

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO IV
FASCICULO II



MAYO - AGOSTO
MCMLI

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>Interpretación de las leyes penales</i> , por Antonio Camaño Rosa	243
<i>El arbitrio judicial y el Código penal vigente</i> , por Vicente González García	253
<i>Delincuencia de omisión</i> , por José María González Serrano	303
Sección Legislativa	
ESPAÑA	
<i>La obligación de socorrer a las personas en peligro en la legislación penal española.</i> (El nuevo artículo 489 bis del Código penal Ley de 17 de julio de 1951), por Eugenio Cuello Calón	335
ALEMANIA	
<i>Una ley germano-soviética: la de protección de la paz</i> , por Antonio Quintano Ripollés	340
FRANCIA	
<i>Ley relativa a publicaciones destinadas a la juventud</i> , por Joaquín Bastero	342
ITALIA	
<i>Ley italiana sobre tribunales de jurados (textos y breve glosa) (de 10 de abril de 1951)</i> , por Antonio Quintano Ripollés	343
VENEZUELA	
<i>Estatutos de vagos y maleantes</i>	353
Sección de Jurisprudencia	
<i>Del concurso delictivo</i> , por Juan del Rosal	361
<i>Jurisprudencia penal correspondiente al primer cuatrimestre de 1951</i> , por José María González Serrano	371
Revista de libros	395
<p>BOONER BERICHTE AUS MITTEL-UND OSTDEUTSCHLAND: "Die derzeitiger Situation der Justiz in der Sowjetischen Besatzungszone", Bonn, 1951, por Antonio Quintano Ripollés; CAMARGO HERNÁNDEZ, César: "El delito continuado", Barcelona, 1951, por Diego Mosquete; CASTÁN TOBEÑAS, José: "Poder judicial e independencia judicial", Madrid, 1951, por César Camargo Hernández; CASTRO PÉREZ, Bernardo-Francisco: "La prueba de grupos sanguíneos en la investigación y desconocimiento de la pater-</p>	

**ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES**

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 3

**ANUARIO DE DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES**



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

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

TOMO IV
FASCICULO II



MAYO - AGOSTO
MCMLI

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

SECCION DOCTRINAL

ANTONIO CAMAÑO ROSA

INTERPRETACION DE LAS LEYES PENALES

VICENTE GONZALEZ GARCIA

EL ARBITRIO JUDICIAL Y EL CODIGO PENAL
VIGENTE

JOSE MARIA GONZALEZ SERRANO

DELINCUENCIA DE OMISION

Interpretación de las leyes penales

ANTONIO CAMARO ROSA

SUMARIO: I. *Generalidades*.—1. Noción. Fuentes.—2. Necesidad. Método positivo.—3. Naturaleza. Distinciones según el sujeto.—II. *Interpretación auténtica*.—4. Leyes. Rúbricas.—5. Contextual. Posterior. Retroactividad. Leyes correctivas.—6. Valor de otros actos.—III. *Interpretación judicial*.—7. Independencia.—8. Poderes y deberes del juez. Sanciones.—9. Correctiva. Benigna. Psicológica. Progresiva.—IV. *Medios de interpretación*.—10. Unidad. Orden. Elemento literal. Texto y contexto.—11. Elemento lógico-sistemático. Predominio. Errores materiales.—12. Procedimientos coadyuvantes. Teleológico. Racional. Sistemático. Histórico. Trabajos preparatorios. Derecho comparado. Político-social.—V. *Resultados de la interpretación*.—13. Dudosá. Declarativa.—14. Extensiva. Restrictiva.—VI. *Límites de la interpretación*.—15. Analogía prohibida.—16. Analogía lícita.

I. *Generalidades* (1).

1.—La interpretación es la operación lógica dirigida a la investigación del verdadero sentido de una norma jurídica a fin de aplicarla a un caso concreto. El objetivo de la interpretación no se circunscribe a la Ley, aunque nuestra exposición se limita a la Ley penal.

Esta es, por otra parte, la única *fuentes* para el derecho penal

(1) Cfr.: MANZINI, *Tratado de derecho penal*, trad. esp., Buenos Aires, 1948, t. I, núm. 134 a 146, cuya exposición seguimos en el presente trabajo ajustándola a nuestro derecho positivo. Ver también: SOLER, *Derecho penal argentino*, 2.^a edición, Buenos Aires, 1945, I, p. 140; CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, 8.^a edición, Barcelona, 1947, t. I, p. 171. Sobre la interpretación en general: ROMPANI, *Introducción al estudio del derecho*, Montevideo, 1944, p. 162; JIMÉNEZ DE ARECHAGA (E.), *Interpretación e integración del derecho*, RDPP, t. 9, p. 299; t. 10, p. 159, 271; t. 11, p. 67.

Abreviaturas: CC = Código Civil de 1914; CONST = Constitución de la República de 1942; CP = Código Penal de 1933; EO = Edición Oficial de 1934 del Código Penal vigente; JAS = Jurisprudencia Abadie-Santos; LJU = La Justicia Uruguaya; RDJA = La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración; RDPP = Revista de Derecho Público y Privado.

uruguayo, «pero revisten ese carácter muchas disposiciones que no se encuentran en el Código» (EO: 149). Así la Ley penal está contenida en: A) los Códigos penales: a) los comunes: antiguo de 1889 en lo no derogado (LJU: caso 2742), actual de 1933; b) el Militar de 1943; B) las leyes especiales; C) lo dispuesto en otros Códigos de la República, y D) los Tratados internacionales.

Para interpretar la Ley penal debe partirse de su fuente inmediata, o sea, la misma Ley (letra, contexto, espíritu). No deben descartarse otros medios, que desempeñan un papel auxiliar o indirecto, pero toda interpretación está subordinada al principio de *reserva* de la Ley penal, es decir, sus resultados deben ser aplicados por el juez «con la sola excepción de que constituya aplicación analógica de una figura o de una pena en contra de lo imputado» (2).

2.—La interpretación es siempre *necesaria*, aunque no exista dificultad, porque la Ley deriva de una operación (abstracción) que debe invertirse para aplicarla (determinación).

Para efectuarla el investigador cuenta con las reglas de hermenéutica establecidas con carácter general en el Título Preliminar del Código civil (art. 12 a 14, 17 a 20-CC), con las restricciones contenidas en el mismo (art. 15, 16 CC) y las impuestas por la estructura propia de nuestro derecho penal liberal (art. 10 CONST; 1, 85 CP) (3). Es decir, en derecho penal actúan las normas de interpretación en sentido estricto y no las de integración, que son de recibo en materia no penal.

El método interpretativo consagrado por estas disposiciones no es el exegético o filológico ni el histórico-evolutivo, sino el verdaderamente científico, o sea el *lógico-sistemático* (4). Este conjunto de reglas lógicas dirigidas a la inteligencia, determinan también la voluntad, en cuanto permitan optar por una solución posible y sancionan los errores de interpretación (Ley 3439, art. 15).

3.—La interpretación objetivamente considerada es única, aunque se valga de medios diversos (5).

Subjetivamente, según el órgano que la practica se distinguen la interpretación *auténtica*, la *judicial* y la *doctrinaria*. La primera es obligatoria en general, la segunda en concreto, la tercera no lo es de ninguna manera.

Lo correcto es que el juez interprete la Ley sin intermediarios y la aplique de acuerdo con las resultancias de autos, sin embargo, no es nula la sentencia que invoca la autoridad de los escritores juristas (Casación Italiana Riv. pen., 74-724).

En la auténtica el elemento imperativo predomina sobre el ló-

(2) SOLER, *op. cit.*, t. I, p. 156. *Infra*: VI, 15.

(3) Los dogmas penales quedan parcialmente afectados por la retroactividad de la ley más favorable art. 15 CP) y el régimen de la peligrosidad sin delito (ley 10.071).

(4) JIMÉNEZ DE ARECHAGA, *op. cit.*, RDPP, t. 10, p. 162.

(5) SILVEIRA, *La interpretación de las leyes excepcionales y restrictivas de derechos*, RDJA, t. 43, p. 3. y autores allí citados.

gico, tanto que es inútil sentar reglas al respecto, sin perjuicio de estudiar sus particularidades. Pero es sobre todo para la judicial, que tiene validez de doctrina sobre la interpretación, siendo la que reclama preferente atención.

II. Interpretación auténtica.

4.—«Sólo toca al legislador explicar o interpretar la Ley, de un modo generalmente obligatorio» (art. 12 CC.). La Ley debe estar formada y promulgada de acuerdo con la Sección VII de la Constitución y el artículo 1.º CC., para hacer la interpretación auténtica de otra ley en la República, y ésta como aquélla están subordinadas a la Constitución (art. 229 y stes. CONST.).

Participan de este carácter las *rúbricas* y otras divisiones sistemáticas de nuestro Código penal vigente, en cuanto también son obra del legislador, aunque su valor *exegético* es relativo (6).

5.—La interpretación auténtica es *simultánea* (contextual) o *posterior*. Ejemplos de la primera son las definiciones que figuran en los textos penales (arts. 175, 198, 212, 231, 293, 295, 313, 316, 362 CP.; 63 C. penal militar) cuyo significado determina la Ley de un modo soberano. Así la de violencia en las cosas difiere del concepto doctrinario (7).

Característica de la Ley interpretativa posterior es que la misma, en cuanto no introduzca principios nuevos, «tendrá efecto desde la fecha de la Ley interpretada; pero no podrá aplicarse a los casos ya definitivamente concluidos» (art. 13 CC.), salvo que, como excepción, ella importase Ley más benigna (8) e hiciese aplicable, en lo pertinente, el artículo 15 ap. 2.º CP., que no distingue entre Ley principal y Ley interpretativa. Repárese que ese artículo mantiene «la autoridad de la cosa juzgada, frente a la nueva ley represiva, pero sólo en cuanto esta cambia la penalidad de los delitos preexistentes» (EO: 161).

Las llamadas leyes *fe de erratas* se asimilan a las leyes interpretativas.

6.—De lo dicho se desprende que carecen de poder interpretativo los actos no legislativos, como ser las circulares e instrucciones del Ejecutivo o las acordadas de la Corte. En cuanto a los decretos-leyes y los tratados, tienen ese poder cuando adquieren el carácter de leyes (Cfr. *Abadie-Santos*, RDPP: t. 23, p. 12)

(6) Ver por ej.: CAMAÑO ROSA, *La instancia del ofendido*, Montevideo, 1947, núm. 221.

(7) CAMAÑO ROSA, *Delitos*, Montevideo, 1949, núm. 263, 309. Sobre supresión de las definiciones: PECO, *La reforma penal argentina*, Buenos Aires, 1921, p. 507.

(8) Sobre lo que debe entenderse por ley más favorable, ver: IJU: casos 1133 y 3026, con notas de CARBALLA; SOLER, *op. cit.*, t. I, p. 211; ODERICO, *Reclusión accesoria*, Rev. de Derecho Penal, Buenos Aires, t. L, p. 210, sección doctrinal.

III. Interpretación judicial.

7.—«Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren» (artículo 12 CC.). Los jueces son *independientes* en la interpretación. La Suprema Corte no puede imponer su criterio por vía administrativa (ley 3246, art. 17; JAS: caso 2919), ni al fallar el recurso de casación en el fondo que es sin reenvío (Ley 3439, art. 20).

8.—La interpretación constituye al mismo tiempo un *poder* y un *deber* del juez. Como deber está garantizado por la obligación de la motivación (acordada 19 de junio 1911), las eventuales consecuencias disciplinarias y las sanciones penales.

El juez que deniega justicia «sin causa justificada» incurre en el delito de omisión contumacial de los deberes del cargo. No se considera causa justificada el «silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes». Ni por estos pretextos, ni por ningún otro, los jueces «pueden dejar de fallar». Este es el verdadero alcance del artículo 164 CP, cuya fórmula supera a las concordantes extranjeras, habiendo reaccionado el artículo 328 C. penal italiano vigente en el mismo sentido. Por ello son inexactas las conclusiones que algunos han extraído del artículo 15 CC. (9). El juez debe fallar, condenando o absolviendo (art. 460 C. Proc. Civ.; 317 C. Inst. Criminal). En materia civil acudirá a todos los medios de interpretación y de integración. «Cuando ocurra un *negocio civil* que no pueda resolverse por las palabras, ni por el espíritu de la Ley de la materia, se acudirá a los fundamentos de las leyes análogas, y si todavía subsistiera la duda, se acudirá a los principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas consideradas las circunstancias del caso» (art. 16 CC.). En materia penal, cabe acondicionar el artículo 15 CC. a los artículos 1 y 85 CP. Ante el silencio absoluto de la Ley, no correspondería la negativa de fallar, sino la absolución, que es una forma de fallar. Pero si el precepto existe, aunque el juez lo considere oscuro o insuficiente, debe interpretarlo y aplicarlo (10).

9.—El poder-deber del juez en la interpretación de la Ley, no se extienden a su *censura* o *corrección*, sin perjuicio del contralor de constitucionalidad (art. 230 ap. 2.º CONST), la corrección de errores materiales y la facultad de dar cuenta «al Poder Legislativo de las dudas y dificultades que hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes, y de los vacíos que note en ellas, a fin de estimular, sea la interpretación de las leyes preexistentes, sea la sanción de nuevas leyes» (art. 14 CC.).

La interpretación debe ser *verdadera* —sea ella declarativa, am-

(9) GUILLOT, *Comentarios del Código Civil*, Montevideo, 1896, t. I, p. 50; JIMÉNEZ DE ARECHAGA, *op. cit.*, RDPP: t. 10, p. 275, 280.

(10) MANZINI, *op. cit.*, t. I, núm. 137 V y nota 45; SOLER, *op. cit.*, t. V, p. 243; CUELLO CALÓN, *op. cit.*, t. II, p. 319; ODERIGO, *Código Penal anotado*, 2.ª edición, Buenos Aires, 1946, nota 1382; PEDEMONTE, *Comentarios del Código Penal*, Montevideo, 1941, p. 173; RDJA: t. 35, p. 108.

pliante o restrictiva—quedando excluidas, por tanto, una interpretación benigna, lo mismo que una rigurosa, así como una fundada en la cualidad moral del delincuente. No debe confundirse la interpretación con la aplicación de la Ley, donde funciona el arbitrio judicial (art. 80, 86 CP.).

Hemos dicho que nuestro sistema se aparta del método histórico evolutivo, o sea, la adecuación de la Ley a las necesidades del presente. Sin embargo, no puede excluirse racionalmente una interpretación *progresiva* entendida en sentido limitado y correcto.

IV. Medios de interpretación.

10.—Los diversos medios de interpretación se unifican en su finalidad y en su asociación, pero el proceso interpretativo supone un orden que la misma Ley establece.

El sentido de la Ley (no las palabras), puede ser claro o dudoso. «Cuando el sentido de Ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu» (art. 17, ap. 1.º CC.). El análisis comienza, pues, por el elemento *gramatical* o *literal*, que comprende también el *sintáctico* o examen de conjunto. «Las palabras de la Ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal» (art. 18 CC.). «Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso» (art. 19 CC.).

11.—Sólo cuando el examen literal resulta infructuoso cabe aplicar la llamada interpretación *lógica*. «Bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la Ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su sanción» (art. 17 ap. 2.º CC.). «El contexto de la Ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía (art. 20 CC.).

El elemento literal, aunque deba considerarse primero, está subordinado al lógico. Cuando exista contradicción entre uno y otro, debe predominar el lógico. La confirmación se encuentra en el artículo 1298 CC., según el cual, «habiendo ambigüedad en las palabras, debe buscarse más bien la intención común de las partes que el sentido literal de los términos». Así, la Ley 9480, art. 26, aparentemente eximía de pena a los delitos de difamación e injuria cometidos por medio de la imprenta. La jurisprudencia patria, anotada por el propio Codificador, afirma que cuando existe verdadera discrepancia entre el *verbum* y la *ratio*, hay que atenderse a ésta, aunque el primero parezca claro, porque la *ratio* y no el *verbum* es el verdadero exponente de la voluntad legislativa (RDJA: t. 35, p. 103 y nota *Iruréta Goyena*).

A veces no es un caso de oscuridad sino de *error material* de la ley. Entonces no se trata de interpretar, sino de corregir, dando a la Ley su sentido racional. Así, por ejemplo, no funcionando la remisión en los delitos de acción pública debe suprimirse la conjunción «o» del art. 111 CP., para ponerlo de acuerdo con el anterior (RDJA: t. 42, p. 348; LJU: caso 2085); en el delito de usurpación de títulos, dice: «se abrogare» y debe leerse: «se arrogare» (artículo 167 CP.).

12.—La interpretación lógica dispone de diversos procedimientos coadyuvantes, dados por los elementos teleológicos, racionales, sistemáticos, históricos, comparativos y político-sociales de la Ley.

La *finalidad* de la Ley penal consiste ordinariamente en la tutela de un bien jurídico (vida, libertad, etc.). Para inducir la debe correlacionarse la norma a interpretar con el criterio clasificador fundamental, con otras disposiciones del mismo género y con el conjunto de la legislación penal. La clasificación de delitos en categorías más o menos amplias (títulos, capítulos) ha sido hecha en base al criterio del bien jurídico protegido, elemento sistemático esencial. De la consideración más genérica (por ejemplo, delitos contra la propiedad) se pasa a otra intermedia (con violencia en las personas) para llegar a la unidad específica del artículo (rapinía). Existe, pues, una concatenación, aun dentro de ese sistema discontinuo de ilicitudes que es el Derecho penal, según recalca Soler.

El elemento *histórico* tiene cabida, de modo supletorio, para aclarar el lógico-sistemático. Comprende el ambiente histórico contemporáneo a la norma que se trata de interpretar y el proceso de su sanción.

Los *trabajos preparatorios* y el *derecho comparado*, afines al elemento histórico, deben emplearse en forma subordinada y complementaria.

Los primeros sólo pueden valer cuando se tiene la certeza de que el concepto ha pasado a la norma. Respecto de nuestro Código penal de 1933, la *exposición de motivos* fué conocida por el legislador, no así las *notas* que fueron redactadas con posterioridad para acompañar la edición oficial de 1934 (ley 9155, art. 10). El valor de aquella es mayor que el de éstas; ambas constituyen una importante exégesis del articulado, desde que el Proyecto de Irureta Goyena fué sancionado «a tapas cerradas» (EO: 24); pero sobre ninguna de ellas puede fundarse interpretación auténtica (RDJA: tomo 38, pág. 324).

Tiene especial relieve el derecho comparado de Italia y España. Dice el codificador: «He seguido en general la sistematización del nuevo Código italiano (de 1930), eliminando todo lo que me ha parecido en él excesivo y de corte demasiado fascista» (EO: 19).

También siguió el Código penal español de 1928, sobre todo en materia de faltas (11).

Por último, la finalidad de la ley se conecta con los fines del Estado, de acuerdo con su estructura *político-social*. Así, en los regímenes liberales, la máxima «lo que no está prohibido está permitido» (art. 10 CONST.), es tenida como criterio hermenéutico (12).

V. Resultados de la interpretación.

13.—Los resultados de la interpretación deben aplicarse con la única cortapisa señalada al principio (*supra*: I, 1). Tales resultados pueden ser dudosos, meramente declarativos, extensivos o restrictivos.

En caso de duda se suele indicar erróneamente el precepto, válido en materia probatoria, *in dubio pro reo* (LJU: caso 1497; RDJA: t. 46, pág. 196). Lo que corresponde es aplicar la interpretación más conforme con la voluntad de la ley, sea o no favorable al acusado. Así se procedió al interpretar los preceptos dudosos de las leyes 5637 y 9480 (JAS: caso 2743; RDJA: t. 35, página 103). Las leyes interpretativas 7391 y 9774 resolvieron ambos problemas, corroborando la última la tesis judicial. También se falló que no procede el descuento del artículo 69 Código penal en la pena de inhabilitación principal, apartándose con ello de la solución simplemente más favorable (RDJA: t. 38, pág. 229).

14.—La interpretación puede ser *extensiva* o *restrictiva*, de las palabras o de la norma. No debe confundirse la mera interpretación extensiva, de recibo en materia penal (13), con la analogía creadora. La primera revela que el caso está implícitamente comprendido en la ley, mientras que la segunda demuestra lo contrario, pues para alcanzarlo hay que aplicar una disposición análoga. Así, dentro de la expresión «sello de una autoridad», cae la de estampilla fiscal (LJU: caso 109). Pero no cabe extender el precepto relativo a la «energía eléctrica» (art. 343 CP) a otra clase de energía (térmica, genética).

Una norma ejemplificativa puede extenderse, no así una fórmula de equiparación (arts. 231, 236, ap. 2.ª; 245 CP). No se trata de interpretación extensiva cuando las palabras se asumen en su sentido propio, aunque denoten conceptos más amplios. Así el término «niño» (art. 313 CP) comprende también a la niña.

Para esta interpretación se emplean los argumentos *a maiore ad minus* y *a minori ad maius*. Así, incurriendo en bigamia el casado que «contrajere segundo matrimonio válido» (art. 263 CP),

(11) CAMAÑO ROSA, *Las faltas*, Montevideo, 1946, p. 18.

(12) SILVEIRA, *Interpretación de las leyes frente a los regímenes políticos*, RDJA: t. 40, p. 297.

(13) MANZINI, *Op. cit.*, t. I, núm. 144; SOLER, *op. cit.* t. I, p. 158; JIMÉNEZ DE ARECHAGA, *op. cit.*, RDPP: t. 11, p. 70.

con mayor razón quedará comprendido el que contrajere varios nuevos matrimonios.

La interpretación restrictiva también procede en muchos casos para que la norma armonice con otras disposiciones jurídicas. Así entre los «menores» protegidos por el artículo 350 Código penal están los emancipados o habilitados; pero sólo quedan comprendidos los que no están facultados para determinados actos (artículos 283, 307, 310 CC; 9 C. Com.). Su efecto máximo es la interpretación excluyente, en caso de conflicto de normas.

VI. Límites de la interpretación.

15.—Los límites de la interpretación en materia penal están señalados constitucional y legalmente. «Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe» (art. 10 CONST). «Es delito toda acción u omisión expresamente prevista por la ley penal» (art. 1.º CP). «No podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia emanada de los jueces en cumplimiento de una ley, ni hacerse sufrir de distinta manera que como ella lo haya establecido» (art. 85 CP). «Las medidas de seguridad—como las penas—sólo pueden ser establecidas por los jueces en virtud de sentencia ejecutoriada» (artículo 93 CP).

Se rechaza la analogía bajo sus dos formas, *legis* y *juris*, como fuente de represión. La generalización de las normas procura evitar los inconvenientes que para los derechos individuales podría aparejar la interpretación analógica, prohibida por los dogmas penales, pero que en el hecho suele producirse por vía de interpretación *elegante* (EO: 25, 149, 227).

En principio, pues, la interpretación analógica está prohibida en materia penal como consecuencia del *nullum crimen, nulla pena sine lege*. No sólo no rige el procedimiento de integración del artículo 16 Código civil (*supra*: III, 8), sino que no hay integración de lagunas (14). Todo lo que no se prohíbe sigue siendo jurídicamente lícito o indiferente.

El análisis de la figura delictiva debe realizarse eliminando todas las razones posibles de analogía y procurando la tipificación dentro de las formas expresamente descritas en el Código penal, enseña Soler, anotando un caso donde se aplica este criterio (RDJA: t. 41, pág. 41; LJU: casos 1373, 1382). Un contrato, aunque no encaje en el casillero del Código civil, todavía puede ser un contrato innominado (art. 1.260 CC); para que un hecho sea delito, debe ser típico, nominado (15).

(14) MANZINI, *op. cit.*, t. I, núm. 145; SOLER, *op. cit.*, t. I, p. 145; JIMÉNEZ DE ARECHAGA, *op. cit.*, RDPP: t. 10, p. 281.

(15) La única discrepancia contra el principio rigidamente legalista, entre nosotros, es la de SALVAGNO CAMPOS, *el delito innominado y la interpretación analógica*, JAS: caso 3311, aunque debe reconocerse que su posición difiere de las reacciones de tipo autoritario, como dice DE QUIRÓS, *Lecciones de legislación penal comparada*, C. Trujillo, 1944, p. 267.

Varias hipótesis de casos no previstos ha enfrentado nuestra jurisprudencia. Así tiene resuelto en forma estricta que: faltando la norma pertinente no puede castigarse como consumado un delito tentado (RDJA: t. 38, pág. 320; LJU: caso 77); el cómputo del artículo 69 Código penal no puede aplicarse por analogía a la pena de inhabilitación principal (RDJA: t. 38, pág. 229); el artículo 120 Código penal no acuerda efectos interruptivos a la denuncia nula y no cabe asimilar el artículo 1.235 Código civil, que extiende esos efectos al emplazamiento irregular (LJU: caso 200); el artículo 122 Código penal no prevé la existencia de un proceso penal en el extranjero como causa de suspensión de la prescripción (LJU: caso 3026); el artículo 249 Código penal no prevé como delito la compra y venta de timbres inutilizados o usados (RDJA: tomo 27, pág. 155); la presunción absoluta de violencia establecida para la violación no pudo extenderse al antiguo delito de sodomía (LJU: caso 184); el artículo 332 Código penal, sobre omisión de asistencia por negligencia, no comprende al que lo haga para prevenir un perjuicio propio (LJU: caso 1497).

16.—Sin embargo, esta prohibición de la analogía en materia penal no es absoluta. Todas las normas que no contienen incriminaciones ni sanciones (por ejemplo, explicativas), o que de otra manera no importen restricción de derechos o de la potestad punitiva del Estado, pueden constituir base para el procedimiento analógico. En dos palabras: el artículo 16 Código civil no rige como método de integración, supletivo de las normas penales, pero sí como medio de interpretación subordinado, en cuanto sirve para verificar el verdadero alcance de la ley (16).

A veces la interpretación analógica se impone por *voluntad expresa* de la ley. Las disposiciones del Código penal «se aplican a los hechos previstos por leyes penales especiales, salvo que en éstas se establezca lo contrario» (art. 17 CP). Así lo resolvió correctamente la Corte aplicando al antiguo delito especial de vagancia, castigado con pena de servicio militar, la disposición común que descuenta el tiempo de prisión sufrida (JAS: caso 223). Atenúa el delito, «cualquier otra circunstancia de igual carácter, o análoga a las anteriores» (art. 46, inc. 12, CP). Los jueces han usado largamente de esta facultad (17).

En cambio, contra lo que sostiene un ilustre penalista (18), cuando la ley emplea una generalización—por ejemplo, «de cualquier manera» (arts. 258, 259 CP)—no impone la interpretación

(16) MANZINI, *op. cit.*, t. I, núm. 146; SOLER, *op. cit.*, t. I, p. 159; *Casación Italiana, Giust. pen.*, 1925, 644.

(17) CAMAÑO ROSA, *Código Penal anotado*, Montevideo, 1944, p. 53.

(18) JIMÉNEZ DE ASÚA, *L'analogie en droit pénal*, Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé, núm. avril-juin, Paris, 1949. Compartimos la crítica formulada en Rev. de Derecho Penal, Buenos Aires, t. V, p. 160, 2.^a Sección.

analógica. Precisamente, como lo señaló Abadie-Santos, el nuevo texto penal está redactado bajo fórmulas gramaticales abiertas, que permiten superar con gran tecnicismo los inconvenientes de la interpretación analógica y se adaptan mejor a la represión.

R É S U M É

L'auteur étudie l'interprétation de la loi pénale de l'Uruguay et la divise en trois groupes selon la personne qui doit l'appliquer. Ces trois interprétations sont l'authentique, la judiciaire et la doctrinaire. La première est obligatoire en général, la seconde seulement dans les cas concrets et la troisième n'est jamais obligatoire.

Après étudier les moyens de l'interprétation et ses résultats, qui peuvent être douteux, déclaratifs, extensifs ou restrictifs, il considère les limites de celle-ci, qui sont signalées par la Constitution et la Loi en appliquant le principe "nullum crimen, nulla pena sine lege".

On repousse ainsi l'interprétation analogique, excepté dans les cas où la loi même l'exige.

S U M M A R Y

The author studies the interpretation of Uruguay's Penal Law and divides it into three different groups, according to the person who has to apply it. These three interpretations, are the authentic, the judicial and the doctrinal one. The first one is obligatory in general, the second only in the concrete cases and the third is not obligatory.

After studying the means of interpretation and its results, which can be either doubtful, declaratory, extensive or restrictive, he considers the limits of that one, which are given by the Constitution and the Law by applying the principle "nullum crimen, nulla pena sine lege".

Thus, the analogical interpretation is rejected, except in the cases in which the Law itself demands it.

El arbitrio judicial y el código penal vigente

VICENTE GONZALEZ GARCIA

Teniente Fiscal de la Audiencia Territorial de Cáceres

I. *Introducción.*

«Los Códigos—dice Dorado Montero—no son otra cosa más que un trasunto más o menos fiel de las ideas de sus autores, y éstas el reflejo de las generalmente recibidas en su tiempo y en su pueblo» (1). La afirmación es axiomática, porque el pensamiento humano, afanándose siempre por el descubrimiento de la verdad, que, a veces, se convierte en doloroso espejismo, es el que señala las normas rectoras para la más perfecta convivencia social. Se ha defendido, sin embargo, con obstinación que el derecho es absoluto e inmutable; lo que cambian, por exigencias ideológicas, son los modos de sentirlo y aplicarlo. De aquí, que Carrara advierta que «lo que hoy es *contrario al derecho*, era *contrario al derecho* un siglo atrás, aunque la ley escrita entonces lo proclamase, a causa de un error, *conforme al derecho*, o viceversa» (2).

La gestación de las ideas que imprimen el rumbo de la producción legislativa no es rápida, sino que normalmente implica una evolución lenta. Cuando, al adquirir madurez, arraigan en la conciencia ciudadana y se transforman en una tangible realidad, su implantación perdura largamente. Y el sistema legal que engendran sólo desaparece, si las directrices doctrinales que le infundieron vigor se derrumban frente al brío irrefrenable de un impulso ideológico distinto; o sobrevive, pero arrastrando una existencia lánguida, si se pretende plegarle, con enmiendas, a las nuevas orientaciones.

La permanencia, pues, de los cuerpos legales depende de su mayor o menor identificación con el espíritu colectivo. Parecería natural que todos ellos, o los más substanciales al menos, fuesen

(1) DORADO MONTERO, *Problemas de Derecho Penal*, Revista de Legislación, Madrid, pág. 5.

(2) CARRARA, *Programa del curso de Derecho criminal*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1944, § 745, pág. 124.

dictados con el propósito de que persistieran en el tiempo. Esta consideración se descubre, por ejemplo, en el Código civil, que, respondiendo con tino y escrupulosidad a criterios de honda raigambre, continúa subsistiendo con su vigencia primitiva, que sólo se ha quebrantado parcialmente al acoger, bien en su articulado, bien en leyes dispersas, adelantos sociales de fuerza incontrastable.

No ha ocurrido lo mismo en la esfera criminal. Aun admitiendo que su legislación es más inestable (3), porque no puede eludir las mutaciones de la organización política del Estado—y nuestra Nación, en ese terreno, podía servir de curioso paradigma—, es lo cierto que la tónica habitual de los Códigos penales españoles es haber sido promulgados con carácter de interinidad. Como si se tratara de un mal endémico, se tropieza en seguida en algunos de sus preámbulos con la promesa de abordar, de modo definitivo, la elaboración del pertinente cuerpo legal. En la práctica, sin embargo, no ha cuajado ese deseo. Se ha entendido, indudablemente, que otras tareas tienen la primacía para su estudio y desenvolvimiento efectivo, sin parar mientes en que a la creación de normas penales, por representar uno de los esfuerzos más acuciantes del Estado, debe prodigársela una primordial atención, puesto que atañe a la tranquilidad pública y a la vida, la honra y libertad de los ciudadanos. Y así vemos que el Código penal en vigor, como se dice al comienzo de su exposición, «en su sistema fundamental y en muchas de sus definiciones y reglas, data del Código promulgado en 19 de marzo de 1848».

Desde esta fecha no se concibe que la legislación penal subsista a costa de retoques, sin que los principios progresivos de la ciencia hayan cristalizado con la coordinación necesaria, pues el Código de 1928, a pesar de sacudir la dejadez y la incuria, no cabe erigirle en honrosa excepción, por su vida efímera. La explicación del estado que se esboza acaso radique en este certero razonamiento de Antón Oneca: «Una de las causas de longevidad de nuestro viejo Código de 1848... es que nuestro legítimo amor propio nacional nos impide copiar una ley extranjera y la falta de elaboración técnico-jurídica no nos permite construir sobre nuestra original doctrina. Un código nuevo exige, como labor preparatoria, el análisis y crítica del sistema jurídico que va a derogar. Pero a la vez la reforma ha de orientarse hacia los ideales de una política criminal de acuerdo con la hora histórica exacta» (4).

Como el Código de 1848 fué una consecuencia del eclecticismo de Rossi, a través de Pacheco, los postulados de la escuela clásica son los que sirvieron de base para su estructuración y los que, por

(3) «La ley penal se ha renovado y no puede dejar de renovarse continuamente en sus formas y preceptos: lo que dispuso en las pasadas edades no es lo que dispone en el día, ni lo que dispondrá en las edades venideras». PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado*, Madrid, 1867, tomo I, página XII.

(4) ANTÓN ONECA, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, Salamanca, 1944, págs. 121 y 122.

tanto, han constituido el rasgo saliente de los cuerpos legales que le sucedieron. La aparición de éstos obedeció a las transformaciones operadas por circunstancias políticas. Se aprovechó, no obstante, la coyuntura para introducir en el articulado variaciones que implicaron un avance y una débil repercusión de las tendencias doctrinales consolidadas, pero respetando la hechura tradicional, poco en consonancia, a veces, con la significación de aquéllas. Y, de esa manera, se ha llegado a la regulación penal, apoyada en puntales clásicos, pero con incrustaciones subjetivas y positivistas. Por este procedimiento, un Código como el actual exterioriza esta doble y extraña faceta: de un lado, plegándose a la trayectoria que marcó su origen, una preocupación por el hecho, por el delito, que hasta tiempos no lejanos integraba la obsesión exclusiva del ordenamiento penal; y de otro, amparando juicios que germinaron en el campo de la especulación científica, un especial desvelo por la persona del delincuente, que antes se hallaba postergada. En este aspecto, después de subrayar que «tanto por la fecha de su nacimiento como por las ideas informadoras de nuestra legislación penal, no cabe duda que el Código penal español está fundado en el principio de hecho», dice Juan del Rosal que el vigente de 1944 «adopta posiciones subjetivas destacables, o bien ha esmaltado de expresiones de esta índole algunos párrafos de la ley» (5).

Entre esas huellas de rango subjetivista, que salpican la textura clásica del «texto refundido», se alinea en puesto preeminente el arbitrio judicial, al que se le dispensa una reglamentación más cuidadosa que en los otros Códigos, con abstracción del de 1928, aunque adolezca todavía de timideces. La novedad se traduce en una contradicción palmaria. El arbitrio judicial, remontándose sobre el hecho punible, por relegarle a un plano muy secundario, centra sus inquietudes en la figura del transgresor, porque es la conducta humana lo que ha de enjuiciarse; y en el Código de 1944, con la impronta del clasicismo penal, despunta el delito como elemento insoslayable para la determinación del castigo. Esta amalgama de ingredientes clásicos y positivistas, producto de las ideas que socavan un ordenamiento legal concebido en una época como inmovible, suscita vacilaciones e incertidumbres acerca del correcto y cabal funcionamiento del «texto refundido» (6).

Ante los diversos y diametrales matices que claramente se advierten en el Código, un incontenible prurito de sistematización armónica está pregonando la urgencia de emprender y rematar, en

(5) DEL ROSAL. *Estimación de la teoría del "tipo de autor" en la legislación penal española*, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, tomo I, enero-abril, MCMXLVIII, págs. 32 y 42. Reitera la misma apreciación en su obra *La personalidad del delincuente en la técnica penal*, Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, 1949, páginas 88 y 92, de sugestivo interés para el examen más detenido del tránsito que anotamos.

(6) DEL ROSAL, *La personalidad del delincuente en la técnica penal*, ed. cit., página 144.

el área legislativa, el problema planteado penalmente. Esto presupone, en medio de todo, aunque pudiera pensarse cosa distinta frente a todas las censuras, un cálido elogio de la vetusta ley penal española, puesto que «lo mejor que humanamente puede decirse de algo es que necesita ser reformado, porque ello implica que es imprescindible y que es capaz de nueva vida» (7). Y sobre el viejo armazón de nuestro Código cabe construir un nuevo sistema penal, salvando dificultades como las alegadas por Antón Oneca, que sustituya al que hoy impera y rige, el cual, por nutrirse de influencias ideológicas que desentonan con las tradicionales que le han caracterizado siempre, no acusa la vitalidad de los cuerpos legales que se cimentan sobre unos principios equilibrados y uniformes.

El giro, sin embargo, que el «texto refundido» ha tomado, al incorporarle—aunque con precauciones y mesura—cierto ámbito de arbitrio judicial, significa un remozamiento de importancia. Y la innovación, a la que no hay que regatear elogios, bien merece que se la dedique un haz de comentarios.

II. *Idea general del arbitrio judicial.*

Gramatical y jurídicamente, la noción del «arbitrio» tiene una semejanza absoluta. Si en la primera acepción—de *arbitrium*, *ii*—equivale a libertad o facultad, en la segunda entraña libertad para apreciar circunstancialmente algo que en la ley no consta. Consecuente con este significado, Bernaldo de Quirós la bosqueja «como facultad en los jugadores, respecto a la aplicación de las leyes, de servirse de su criterio personal en cuanto no esté definido y medido por aquéllas» (8).

La trascendencia del arbitrio judicial se manifiesta cada vez con más pujanza en la órbita del Derecho. Recientemente ha escrito Castán que «los momentos presentes, dentro del ambiente que, por diversas razones, se vive en casi todos los países, son de aquellos en los que, necesariamente, la balanza cae del lado de la ampliación de las facultades del Juez, autorizándole en una cierta medida para juzgar, según criterios de equidad, a fin de proveer a exigencias sociales que no tienen exacta traducción en el derecho vigente» (9). La acentuada complejidad de la convivencia humana no puede abarcarse en una norma, ni al legislador le es factible, ni le incumbe, emitir una para cada relación social. «La vida real se ríe un día y otro de la previsión del legislador. Las palabras de la ley no son nunca más que un marco, y muchas veces harto deficiente,

(7) ORTEGA Y GASSET, *La rebelión de las masas*, Espasa-Calpe, Argentina, S. A., Buenos Aires, pág. 183.

(8) BERNALDO DE QUIRÓS, *Arbitrio judicial*, en *Enciclopedia Jurídica Española*, Seix, Barcelona, tomo III, pág. 299.

(9) CASTÁN, *La idea de equidad y su relación con otras ideas morales y jurídicas afines*, Reus, Madrid, 1950, pág. 8.

dentro del cual ha de buscar libremente el jurista la solución necesaria» (10). Tiene que ser, en su virtud, el juez quien, buceando en los principios informadores de los preceptos legales, afronte las hipótesis que permanecen al margen de los límites de aquéllos. Y para una misión de tal entidad, ha de revestirse su función de la indispensable autonomía.

No siempre, sin embargo, como es sabido, se enfocó de ese modo la labor del juez. Por citar solamente dos renombradas figuras, de antagónica posición ideológica, recordemos que Santo Tomás, después de advertir que la justicia es cambiante y que no se descubre en todos los hombres, afirma que «ha sido necesario determinar por la ley, en la mayoría de los casos posibles, que era preciso juzgar y dejar muy escaso lugar a la iniciativa del juez» (11); y que cinco siglos más tarde, insistiese Montesquieu en que los jueces no son más «que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su vigor» (12). Así se fué fraguando, con apreciaciones de esta índole, el absolutismo legal, parejo al despotismo político; en que el juez, sin atribuciones para subsanar las lagunas, porque la interpretación radicaba en el Soberano, era un esclavo de las leyes, con prohibición, por tanto, de hacer uso del más exiguo arbitrio.

Pero frente a este panorama de angosturas para la actuación de los juzgadores, a fines del siglo XIX se inició una emancipación de éstos, que culminó en la llamada escuela del Derecho libre. Sus designios se vislumbran, sin veladuras, a lo largo de estas consideraciones de Clemente de Diego: «Detrás de la ley y del Estado están el Derecho y la sociedad misma, que no siempre encuentran su adecuada y completa expresión en aquéllos. El juez se debe, es cierto, a su Estado y a su ley; pero también se debe a la sociedad y al Derecho. La obediencia a la ley es un predicado de la constitución social, de la naturaleza del hombre y de la ley; pero esa obediencia ha de ser discursiva y no ciega; la ley y el derecho no se identifican, no son términos que se absorban ni se excluyan; el monopolio de la producción jurídica a favor exclusivamente del Estado está en crisis; dentro de la ley, o más allá de la ley, hay Derecho que no está en ella especificado ni puede estarlo» (13).

Una repercusión de la corriente aludida encontró inmediato eco en el artículo 1.º del Código civil suizo, que, en contra de la situación dominante, ensanchó el poder del juez hasta rozarle casi con la competencia legislativa, puesto que, en defecto de una solución

(10) DANZ, *La interpretación de los negocios jurídicos*, trad. de W. Rocas, «Revista de Derecho Privado», Madrid, 1931, pág. 133.

(11) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, La ley, quaest. 95, artículo 1.º. En igual sentido ALFONSO DE CASTRO, DEL ROSAL, *Alfonso de Castro (Antología)*, ediciones FE, MCMXLII, págs. 43 y 44.

(12) MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, libro XI, cap. VI.

(13) CLEMENTE DE DIEGO, *La jurisprudencia como fuente de Derecho*, Madrid, 1925, pág. 111.

conforme a los preceptos en vigor o a la costumbre, le autorizó para arbitrar *les règles qu'i édicterai si'il avai à faire office de législateur*. Elogiando, sin reservas, la disposición, dice Clemente de Diego que «significa el reconocimiento más explícito de la augusta misión encomendada a los jueces, la exaltación debida a su función, sin que en este concepto sea única ni excepcional...» (14).

Con la noble y razonable aspiración de colmar la ley de contenido humano, para que así no se frustren los propósitos que persigue, se admite, pues, modernamente, como inexcusable, el otorgamiento de un arbitrio al juzgador. Y es de tan insospechada relevancia esta concesión que, aunque interrogativamente, porque el parecer es hoy muy aventurado, no ha dejado de insinuarse—teniendo en cuenta que el término y el origen de las cosas se unen—la posible regresión al estado embrionario del Derecho, el cual, entre nosotros, brotaba de las denominadas «fazañas», decisiones judiciales de casos singulares, pero con la eficiencia de servir de guía en los que se suscitaban con posterioridad.

Las alternativas que se han destacado como trazos generales, ineludiblemente se observan también en el Derecho penal. Beccaria, acérrimo enemigo de los abusos que caracterizaron a la administración de la justicia criminal de su época, abogó igualmente por la tesis que defendió Santo Tomás, y para él, como decía Montesquieu, el juez no era más que la viva voz de la ley, cuyas disposiciones tenía que aplicar escrupulosamente, sin alterar el espíritu que las animaba (15). Pero el sesgo que adquirieron las ideas, coincidente con la elevación del nivel moral e intelectual de la magistratura, derivó a las elucubraciones de Dorado Montero, que auguró, en un porvenir no muy remoto, el fin de la íntima subordinación del juzgador a la ley y el triunfo de un «inteligente arbitrio judicial» (16); y por influencia de la teoría del Derecho libre, al criterio de que el juez, corrigiendo las omisiones del legislador, debe agregar a la ley escrita lo que en ella no se encuentre (17). Y aunque se dudó del éxito de esta facultad en la doctrina y en la práctica, es innegable, sin embargo, porque los hechos lo avalan, que, guardando paralelismo y similitud con el Código civil suizo, algunos Códigos penales—el alemán, antes de la guerra mundial, el holandés y el soviético—han acogido explícitamente la analogía que envuelve un arbitrio judicial contra el que, en un tiempo, tantos reproches se concitaron.

Enfocando el concepto del arbitrio como determinada holgura:

(14) CLEMENTE DE DIEGO, *ob. cit.*, pág. 115.

(15) BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, trad. de Pascual Vincent, Madrid, 1879, págs. 39 y sigs. Este punto de vista fué compartido por insignes militantes de la escuela clásica y secuaces, por tanto, de BECCARIA, como CARRARA—*ob. cit.*, tomo I, 821, pág. 42—y PESSINA, *Elementos de Derecho penal*, traducción de González del Castillo, Reus, Madrid, 1913, pág. 207.

(16) DORADO MONTERO, *ob. cit.*, págs. 33 y sigs.

(17) FERRI, *Principios de Derecho criminal*, trad. de Rodríguez Muñoz, Reus, Madrid, 1933, pág. 176.

para la aplicación de las leyes, no se concibe un Código que no permita al juzgador libertad en su criterio para encuadrar una conducta humana en el artículo correspondiente. Claro está que ello afecta a la interpretación, «que va más allá de los límites del texto y trata de descubrir los fines de la ley misma» (18), los cuales son vivientes y, por tanto, mudables y requieren, en su virtud, una ininterrumpida acomodación a las exigencias del momento. Pero sin la movilidad de criterio que esta empresa lleva aparejada, y que hay que calibrar como un arbitrio—de ahí el riesgo de incurrir en analogías—, no sería factible aclarar las imprecisiones legales. Aunque los ejemplos, en tal terreno, pudieran multiplicarse, hacemos constancia de los siguientes, bien reveladores de que al poner en contacto la ley con la realidad, hay matices de aquélla que están reservados, escuetamente, a las declaraciones del juzgador: el alcance de la nocturnidad, de la premeditación y de la obediencia debida; la fijación del estado de necesidad sobre la base de los requisitos que la configuran, la racionalidad del medio empleado en la legítima defensa, encomendada por Pacheco a los Tribunales y que, según Rosal, «concede anchuroso margen» a su prudente arbitrio (19), la línea divisoria de la consumación y frustración en el delito...

Mas donde se comprueba la utilidad de la concesión de estas facultades al juzgador, es en aquellos supuestos que no fueron peribidos por la ley y que, al ostentarse, no se estimaron incursos en la prevención establecida en el párrafo primero del artículo 2.º del Código penal, reproducción literal de los precedentes. Nos referimos a la defraudación de fluido eléctrico, antes de que el Código de 1928 la definiese y castigase como hurto (núm. 2.º del artículo 703) y antes, por consiguiente, de su enjuiciamiento por la ley de 10 de marzo de 1941, incorporada, en la parte sustantiva, al «texto refundido» en sus artículos 536 a 538.

Motivos cronológicos determinaron que el Código penal de 1870 no abarcara, expresamente, dentro de su articulado, la sustracción de energía eléctrica. Planteado en la práctica este problema, y clasificada la electricidad como cosa mueble, después de investigarse su naturaleza jurídica (20), se discutió su tipicidad: delito *sui gé-*

(18) MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, trad. de Rodríguez Muñoz, edit. «Revista de Derecho Privado», Madrid, tomo I, pág. 148.

(19) DEL ROSAL, *Estudios penales*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1948, págs. 230 y 242.

(20) CANDIL, *La electricidad como objeto del derecho*, extracto de la «Revista de Derecho Privado», Madrid, 1925, pág. 31. PAUL OERTMANN, sin embargo, —*Derecho civil*, trad. de Sancho Teral, ed. Labor, S. A., pág. 140—, no llega a esa conclusión, pues si bien cosa no es solamente lo que pueda percibirse con el tacto, sino también con los sentidos—cuerpos gaseosos, vapor de agua, etc.—, esto no cabe afirmarlo de la corriente eléctrica, al menos mientras en ella se vea un movimiento de las moléculas de otro cuerpo—el hilo conductor, etc.—y, por tanto, si son cosas los alambres, acumuladores, etc., es difícil incluir en esa conceptualización a la electricidad, por lo que siendo indudablemente un hurto el apoderamiento de aquéllos, no puede sostenerse lo mismo si es ésta lo que

neris, estafa, daño, hurto de uso y hurto (21). Y entre esa pluralidad de opiniones, el Tribunal Supremo, plegándose a la norma aceptada en cuanto al gas (SS. 27 mayo 1887, 30 enero 1891 y 1 abril 1897), estimó como hurto la apropiación de energía eléctrica (SS. 27 mayo 1907, 30 octubre 1909, 9 y 17 noviembre 1909 y 16 abril 1912), ratificando el parecer de las sentencias recurridas, aunque en la de 24 de abril de 1909 se inclinó por la estafa. Como hurto, según se ha indicado, la reprimió el Código de 1928; pero el vigente se orienta hacia un delito *sui generis*, por entender que el hurto se contrae a cosas corporales (22). No se explica, de lo contrario, que primero en la ley especial y luego en el Código se haya regulado la sustracción de fluido eléctrico al margen de aquel delito contra la propiedad.

Al comparar la actual situación legislativa con las tesis apuntadas en esta reseña, se induce que la cuestión penal de la energía eléctrica tuvo que abordarla el juzgador con amplitud de criterio, porque sólo de esa forma era como podía encauzarse lo que la ley no llegó a prever. Y el arbitrio interpretativo se desarrolló con tal independencia, que asalta la conjetura de si el juzgador incidió en la analogía, que prescribe la doctrina (23) y la propia jurisprudencia (SS. 2 diciembre 1889, 26 junio 1934, 26 enero y 4 junio 1945 y 5 abril 1946) (24).

Esta elasticidad de juicio y decisión a que acabamos de remitirnos, y que hemos ejemplificado para su mayor comprensión, puede señalarse como una faceta del arbitrio, puesto que denota un poder en el juzgador. Pero deslindando su concepto en el Derecho penal, que es donde ha arraigado más profundamente, el arbitrio judicial atañe a la precisión del castigo. Y su diferencia con la discrecionalidad del juzgador en otro orden es ésta. Las resultancias de la interpretación del juez, o sea, todo lo que concierne a la delimitación del tipo penal y a sus deducciones sustantivas, son susceptibles de someterse al criterio superior del Tribunal Supremo, porque a él le compete la discriminación de lo que ha de constituir la doctrinal legal. La mayoría, por no decir la totalidad, de sus fallos responden, precisamente, a esa incumbencia.

se sustrae. La *Memoria* de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1899 dice que la electricidad no reúne las condiciones de cuerpo o cosa mueble, pero su defraudación—añade—hay que sancionarla como estafa o como hurto o daño, o dar lugar a una acción civil.

(21) RUIZ FUNES, *La protección penal de la electricidad*, Victoriano Suárez, Madrid, 1926, págs. 15 y sigs.

(22) RODRÍGUEZ DEVESA, *El hurto propio*, Publicaciones del Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1946, pág. 115.

(23) GARRAUD, *Traité theorique et pratique du droit pénal français*, París, 1888, tomo I, págs. 171 y 172.

(24) ANTÓN ONECA, no obstante, dice que se presta a discusión que incurriera en analogía el Tribunal Supremo, al comprender en el delito de hurto las sustracciones de fluido eléctrico, porque es controvertible que aquél esté circunscrito a las cosas corporales. ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal*, Madrid, 1949, tomo I, pág. 102.

Cuando el juzgador, en cambio, se mueve dentro de los confines que marca la ley para indagar la cuantía justa de la pena, las determinaciones que adopte no son recurribles en casación. Así logran, entre otras sentencias numerosas, las de 8 de noviembre y 2 de diciembre de 1911, 13 de marzo de 1914, 26 de octubre de 1917, 20 de febrero de 1918, 18 de noviembre de 1919, 30 de noviembre de 1932, 31 de diciembre de 1945, 4 de febrero de 1947 y 23 de abril, 27 de octubre y 28 de diciembre de 1948, las cuales reputan como inconvencibles cuantas sanciones impongan los Tribunales apoyándose en el uso del arbitrio.

Resumiendo lo que antecede, y parafraseando la noción consignada de Bernaldo de Quirós, podría decirse que el arbitrio judicial, en el aspecto punible, es la facultad que se dispensa por la ley a los juzgadores para servirse de su criterio personal en la fijación de las sanciones, cuyas magnitudes extremas se les prohíbe traspasar. En esta definición está implícita la doble significación que actualmente acompaña a la medida de la pena: la graduación legal y la graduación judicial; aquélla a base de los tipos que la ley prescribe y ésta en virtud de un acuerdo emanado del marco legal (25).

Pero el concepto, en sus dilatadas dimensiones, gira alrededor de la indeterminación del castigo, con la consecuencia de que cuanto mayor libertad tenga el juez para concretarla, su ligazón a la ley irá disminuyendo. De aquí que esa indeterminación acuse dos diversidades: absoluta y relativa.

La indeterminación absoluta, exenta de restricciones legales, no es hoy casi más que una utopía, de la que, entre nosotros, fué su paladín más entusiasta Dorado Montero, que propugnó la potestad exclusiva del juez para fijar la pena, sin sujetarse a normas preexistentes con objeto de que los funcionarios comisionados de la vigilancia del sentenciado calculasen su duración y cumplimiento (26). Fructificó en el sistema de las sentencias indeterminadas, que, con su pristina pureza, no triunfó plenamente ni en su solar nativo—el Estado de Nueva York—, puesto que ha subsistido merced a mixtificaciones y atenuaciones.

La indeterminación relativa, que establece un mínimo—garantía de la sociedad—y un máximo—garantía del reo—, dentro de los cuales el juzgador puede oscilar para señalar la pena en cada caso, es el método que ha sido admitido, hasta ahora, en los cuerpos legales y el que ha servido de inspiración, aunque con cautelas, al legislador español de 1944.

Como procedimiento racional para una represión equitativa, la

(25) MEZGER, *ob. cit.*, tomo II, pág. 360.

(26) DORADO MONTERO, *El Derecho protector de los criminales*, Librería Victoriano Suárez, Madrid, 1916, págs. 30 y sigs., y *Código penal*, en *Enciclopedia Jurídica Española*, Seix, Barcelona, tomo VI, página 64. Comparte igual parecer JIMÉNEZ ASÚA, *La sentencia indeterminada*, Madrid, 1913, páginas 86 y sigs.

individualización de la sanción contiene beneficios insospechados, si se reflexiona que los transgresores difieren unos de otros y que no a todos, catalogados según las infracciones cometidas, es conveniente aplicarles una especie de tarifa penal. Siendo el castigo como el remate del andamiaje delictivo, hay que consagrarle, en su especificación, cierto tacto y esmero, para que no padezca la utilidad social a que está proyectado. Frente a esos designios, y en relación con la cuestión enunciada, un esclarecido jurista diseñó, con estas atinadas impresiones, la individualización penal: «Siempre tendrá que ser delito la infracción voluntaria de la ley; pero no debe ser lo esencial la objetividad de la infracción, sino la voluntad que la quiso y efectuó, y dentro de ella los móviles que la determinaron. Estos son el *deus ex machina* del delito y a ellos ha de atemperarse la pena, por su índole, por sus circunstancias y por sus efectos. Y como estos móviles son distintos para cada voluntad y actúan en cada una por modo diverso, porque diversos son los estímulos del querer en cada sujeto, definir el delito y señalarle una pena predeterminada por los caracteres prefijados a aquél, es como pretender curar todas las fiebres con la misma dosis de la misma sal de quinina, todas las llagas con el mismo ungüento, todos los dolores con la misma cataplasma. El sistema está en bancarrota, y en su ruina arrastra el de la tasa penal y el mecanismo de las escalas. Si aquí cupiera tomar la metáfora por la identidad, la solución fuera la preconizada por algún insigne maestro equiparando la delincuencia a la enfermedad, el delincuente al paciente, la pena a la medicina» (27).

III. *Esquema histórico.*

El arbitrio judicial se conecta íntimamente con el siguiente dilema, que no han dejado de plantearse los tratadistas (28): si debe penarse al culpable únicamente por el hecho que ha realizado, o sólo por lo que es. La solución dependerá del destino que se adjudique a la pena: buscando en su finalidad la retribución y la prevención general, la sanción estará plegada al delito; pretendiendo simplemente la corrección y enmienda de una actuación temible y peligrosa, o sea, la prevención especial, habrá que adaptarla al delincuente.

En el primer caso, el castigo se precisará, de una manera objetiva, por la ley, porque «especificado el delito, queda también especificado el mal necesario para su expiación»; y en el segundo, contrariamente, hay que individualizarla recurriendo a normas que se articulan con más o menos extensión, porque «el delincuente

(27) CREHUET, *Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo*, Reus, Madrid, 1927, pág. LXV.

(28) Véase, por ejemplo, P. J. MONTES, *Derecho penal español*, ed. Núñez Samper, Madrid, 1917, vol. II, pág. 239.

dejará de estar sometido a la pena reformadora solamente cuando esté reformado, o cuando su peligrosidad haya desaparecido» (29). Entre los dos extremos média un largo proceso que arranca del talión, puesto que para los pueblos primitivos fué estrictamente material la proporción de la pena al delito, y termina con el otorgamiento de un arbitrio al juzgador, ya que desde hace años se ha defendido que la sanción tiene que amoldarse, después de aquilatarlas, a las cualidades que definen la personalidad del delincuente.

Por motivos humanitarios se explica el tránsito de una situación a otra. Los sentimientos individuales y sociales prepararon el campo para que germinaran las ideas que respondían, con más fidelidad, a su sana trayectoria. El desarrollo histórico del Derecho penal, con sus típicas etapas, corrobora la evolución.

En los orígenes del Derecho penal, el rudimentario poder público quedaba al borde de la tarea represiva. Su ejecución, de índole privada y vindicativa (30), era atributo de los individuos y de los grupos, que frecuentemente se empeñaban, por esa causa, en guerras y luchas cruentas. Con el transcurso del tiempo se procuró mitigar éstas violencias y se ingeniaron, como remedios, el talión y la composición, que, según hemos insinuado, se enlazaban directamente con el daño producido.

Más tarde, amortiguado el caos inicial por el robustecimiento de la organización política, preponderó el criterio de que el delito era una ofensa a la divinidad, en cuyo nombre había que expiar las acciones cometidas, con la esperanza de seguir gozando de su protección. Y estrechamente unido a ese período, sobrevino el de la venganza pública, dirigido a garantizar la tranquilidad social mediante el temor que despierta el cumplimiento de las penas. Las leyes eran rigoristas e inhumanas y no valoraban las infracciones graves y las insignificantes. Y los castigos—muerte, mutilaciones, confiscación...—no guardaban paridad con el hecho perpetrado, al que continuaban exclusivamente ceñidos. Las desigualdades sociales se reflejaban en el orden penal: los nobles y los pudientes eran sometidos a sanciones leves y a los plebeyos y siervos se les reservaban las que estaban rodeadas de crueldades. Una demostración irrefutable, entre otras, de lo que siglos antes hacía decir Platón, en el *Georgias*, al personaje Kalikles: «lo justo es que el más fuerte exceda al más débil y el más poderoso al impotente...»; o lo que con mucha posterioridad, inspirándose en esas reflexiones, derivó Nietzsche de su doctrina de la doble moral: la de los señores y la de los esclavos; los primeros vital y espiritualmente superiores a los demás y los segundos inferiores a ellos, con alma

(29) CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1940, tomo I, página 562.

(30) «La idea de la pena—dice CARRARA—nació en los hombres primitivos del sentimiento de *venganza*.» *Ob. cit.*, tomo I, § 587, pág. 407.

y cuerpo decrepitos, por lo que a cada uno pertenecen valores morales opuestos (31). En tales extravíos degeneraron las diferencias, que se autorizó a los jueces para incriminar por sí mismos hechos que la ley no había previsto y para infligir a los culpables, a su elección, cualquiera de las penas establecidas por los usos o por las ordenanzas (32).

Por primera vez aparece el juzgador con libertad para el desempeño de sus funciones. Podía no sólo crear figuras penales, sino también adecuar la sanción al delincuente. Pero como esto se llevaba a cabo sin olvidar privilegios sociales, y con una pasión desenfrenada y una persecución sañuda, las facultades que se dispensaban al juzgador no es acertado encajarlas dentro de los contornos del verdadero arbitrio judicial, que ha de tener por guía la ecuanimidad y la ponderación de espíritu. Lo que entonces palpitaba en el ánimo del juzgador era una mera arbitrariedad, bien distante de los fines a que debe circunscribirse la justicia, porque ésta, para serlo, tiene que acoplarse a los preceptos definidores de lo que se ha de dar.

Conviene advertir, sin embargo, para que esa arbitrariedad se calibre con exactitud, que no en todos los momentos pudo merecer acerbas censuras. Hubo algunos en que significó, paradójicamente, una medida bienhechora.

En los umbrales del siglo XIX, la dureza que perfila a nuestras leyes penales era una imitación de la que caracterizaba a la legislación precedente. Por la descripción que hace Pacheco, nos enteramos de que «los azotes, la marca, la mutilación estaban aún vigentes... La pena de muerte seguía aplicada a los que robasen en cualquier parte del reino una oveja, o valor de una peseta en Madrid: y en este punto no sólo estaba la aplicación en las leyes, sino que pocos años ha se ejecutaban éstas con una severidad draconiana. La sodomía y la herejía eran también crímenes mortales: y las hogueras de la Inquisición se han encendido más de una vez para los judaizantes y los hechiceros» (33).

Mas las ideas que iban dominando pugnan con las disposiciones en vigor. Su ejecución era reprobada por la conciencia colectiva, que comenzaba a redimirse de los extravíos torturantes en que se hallaba sumida por la preponderancia de la crueldad legal. Y como paliativo, se apeló a la práctica de los Tribunales, que, burlando la estricta observancia de la ley, matizaban las penas ateniéndose, principalmente, a la naturaleza del delito que enjuiciaban. Se dulcificó, por este medio, el rigor de los castigos y se suavizó la rigidez de las leyes. Por donde «la arbitrariedad, que es en este punto la injusticia y el desorden, era, sin embargo, un bien,

(31) Cfr. GALÁN GUTIÉRREZ, *Introducción al estudio de la filosofía jurídica*, Madrid, 1947, págs. 139 y 140. Sobre la antítesis apuntada, DORADO MONTERO, *ob. cit.*, págs. 59 a 61.

(32) GROIZARD, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, Burgos, 1870, tomo I, pág. 164.

(33) PACHECO, *ob. cit.*, tomo I, pág. XLV.

como correctivo de otra injusticia mayor; de la barbarie del precepto» (34). La amplitud de criterio que disfrutaba el juzgador para subsanar los excesos aludidos se quebraba, no obstante, aunque esporádicamente. Las fórmulas angustiosas estereotipadas en los preceptos recobraban su eficacia cuando, por circunstancias extraordinarias, apremiaban las necesidades de ejemplaridad (35).

Esa libertad vituperable, encarnada en los juzgadores de entonces, originó, precisamente, la reacción que simboliza el ciclo humanitario, que, con su ascendiente en el Derecho penal de la Iglesia, puso coto a los extremismos derivados del arbitrio judicial imperante. Sus defensores más tenaces fueron Montesquieu, D'Alambert, Voltaire y Rousseau, según Cuello Calón (36)—que nos sirve de valiosa ayuda en esta sucinta referencia—, si bien el movimiento que alboreaba culminó en Beccaria—el más genuino representante del Iluminismo—, quien, en su famoso libro *De los delitos y de las penas*, fustigó el sistema subsistente y preconizó inaplazables modificaciones, a base, entre otras, de la abolición del abusivo arbitrio judicial, que antes del siglo XVIII ya había sido blanco de críticas demoledoras (37). Los esfuerzos, pues, de los reformistas, al proponerse la supresión de las omnímodas facultades conferidas a los jueces, se consagraron a este doble objetivo: la legalidad de los delitos y de las penas y la proporcionalidad entre los castigos y las infracciones (38). Así surgieron los dogmas penales *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que fueron el núcleo de las restantes transformaciones jurídicas. Recogidas primero, fragmentariamente, por Catalina de Rusia, José II de Austria y Federico de Prusia, alcanzaron plenitud legislativa con la Revolución francesa, que las incorporó a sus Códigos, como evidencian el de 1791, el de 1795 y el posterior de 1810, de los cuales irradiaron a los ordenamientos penales de los demás países (39). La línea constante que en este terreno han seguido los Códigos, sólo se ha desviado, al admitir el principio de analogía, por el soviético de 1927—artículos 6.º y 16—, por el de Dinamarca—artículo 1.º—y por el alemán—parágrafo 2—, aunque en éste han recuperado validez los dogmas penales, porque la Ley de 28 de junio de 1935, que introdujo aquella innovación, fué derogada por la Ley II del Consejo de Control (40).

(34) PACHECO, *ob. y tomo cit.*, pág. XLVI.

(35) ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ, *oc. cit.*, tomo I, pág. 61.

(36) CUELLO CALÓN, *ob. cit.*, tomo I, pág. 54.

(37) P. JERÓNIMO MONTES, *El arbitrio judicial*, Madrid, 1926.

(38) ANTÓN ONECA, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, ed. cit., pág. 35.

(39) Nuestro primer Código penal de 1822 declaró las garantías apuntadas en su art. 3.º y se han reiterado en los sucesivos: el de 1848, en sus artículos 1.º, 2.º y 19; el de 1850, en los mismos preceptos; el de 1870, en sus artículos 1.º y 22; el de 1928, en sus artículos 1.º, 26 y 173, y el de 1932 y el «texto refundido», en sus artículos 1.º y 23.

(40) SCHÖNKE, *Interpretación, analogía y derecho consuetudinario en Derecho penal*, trad. de JUAN DEL ROSAL, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, tomo I, fascículo II, mayo-agosto, MCMXLVIII, pág. 221.

Si bien se ha sostenido (41) que la generalización del principio *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* obedeció a considerar la pena como un mal que se impone al transgredir en retribución y retorsión de otro mal que él ha causado—*malum passionis propter malum actionis*—, el motivo saliente, no obstante, de su implantación fué colocar a recaudo la libertad y seguridad de las personas contra las mencionadas extralimitaciones del poder judicial y cercenar, en su virtud, la inmensa y espantosa arbitrariedad que reinaba (42). El régimen adoptado implicó, por tanto, un triunfo del constitucionalismo frente al imperio de los gobiernos absolutos, en que la personalidad del ciudadano se encontraba muy mermada. De aquí que se haya prodigado la frase de Franz von Listz de que el Código Penal es la *carita magna* del criminal. Hubiese sido, en efecto, completamente estéril la consecución de los llamados «derechos del hombre» si los juzgadores, dentro de su radio de acción, hubiesen podido continuar deteniendo, sumariando y asignando sanciones sin ninguna cortapisa previamente establecida. Desde aquel momento, las penas dejaron de ser arbitrarias para convertirse en legales y, sintetizando las nuevas concepciones, los Códigos centraron su atención en el delito y prescindieron del delincuente, pues a ello equivalía concebirle «como un tipo abstracto imaginado por la razón» (43), aunque su personalidad adquiriera después algún relieve con la inserción en los mismos de las circunstancias atenuantes (44). Y como el ajuste del castigo a las infracciones se fijaba taxativa y anticipadamente por el legislador, la misión de los jueces quedó reducida a un simple automatismo y alejada de cualquier posibilidad de arbitrio.

Durante el período que los criminalistas denominan *científico*, ha vuelto a renacer la conveniencia de que el juzgador pueda desenvolverse con mayor holgura. El giro que se ha operado dimana de la diferente valoración que se imprime al delito y a la pena (45). Aquél, más que una entidad jurídica registrada en el Código, tiene la consideración de ser un claro exponente de la peligrosidad que encierra el culpable; y la pena, desnuda de abstracciones científicas y metas meramente retributivas, se perfila con fines de defensa social. Así se han sentado los jalones fundamentales del moderno ar-

(41) DORADO MONTERO, *ob. cit.*, pág. 10.

(42) BOITARD, *Leçons de droit criminel*, 13 ed., París, 1889, págs. 1 y 2. Véase también GROZARD, *ob. cit.*, tomo II, pág. 91.

(43) CUELLO CALÓN, *ob. y tomo cit.*, pág. 56.

(44) ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ, *ob. cit.*, tomo I, pág. 545.

(45) Examinando JUAN DEL ROSAL el auge del Derecho penal de autor sobre el Derecho penal de hecho, dice que las posiciones de éste, impuestas para anular la arbitrariedad de los siglos XVII y XVIII, pierden firmeza, porque «... las solicitudes concretas y apremiantes de la vida en curso demandan una distinta contemplación en la regulación de los delitos y de las penas». *La personalidad del delincuente en la técnica penal*, ed. cit. pág. 30, en cuya obra, como igualmente en sus *Principios de Derecho penal*, ed. cit., tomo I, páginas 101 y sigs., estudia esta evolución, con atinadas referencias a la legislación española.

bitrio judicial, porque esas variantes de concepto exigen, como secuela, no una adecuación del castigo al delito, sino al delincuente, que el juzgador, más que la ley, es el encargado de puntualizar. Las razones, por tanto, que aconsejaron a los codificadores el señalamiento previo y prolijo de una sanción a cada figura delictiva—con lo que se convirtió en realidad la máxima de Bacon *optima lex quoe minimum arbitrii iudice relinquit*—se han ido debilitando al polarizar las preocupaciones sobre la prevención especial, desvaída en los postulados clásicos, que ineludiblemente supone un ensanchamiento del arbitrio judicial, puesto que el tratamiento, para evitar recaídas, tiene que atemperarse a las condiciones individuales del sujeto (46).

He aquí cómo, según se anunció al principio de este apartado, de la estimación absorbente del resultado producido, que se reprimió, en los orígenes, con el talión en su dualidad material y simbólica, se ha desembocado en el elemento subjetivo o culpabilidad, que constituye el germen del nuevo rumbo que se abre a los ojos del juzgador. Los derroteros que en ese sentido van marcándose, se traducen en serios embates para los dogmas *nullum crimen, nulla poena sine lege*, cuyo ámbito se estrecha insensiblemente, como demuestran las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, la libertad y condena condicionales, los procedimientos educativos para los menores delincuentes, la implantación de las medidas de seguridad, la redención de penas por el trabajo y las conquistas que alcanza el arbitrio judicial. No faltan, sin embargo, denodados apologistas de las esencias de aquéllos principios (47). Pero la acentuada progresión del arbitrio judicial, reflejo de la del pensamiento humano, lleva implícita la consecuencia aludida. Y es que cada época presenta una perspectiva diferente y tiene una peculiar manera de enfocar los problemas.

Si se medita sobre todo lo que antecede, se desgajan tres conclusiones. En primer término, que el arbitrio judicial es una de las síntesis a que ha conducido la evolución penal, cuyo paréntesis se abre y cierra con estos enunciados: castigar sin saber por qué, respondiendo a un sentimiento innato en el hombre, y castigar sabiendo por qué, con el ansia de que medre el beneficio social de la justicia. En segundo lugar, que el éxito del arbitrio judicial depende de la inteligencia y rectitud de los juzgadores, y por eso, en un ambiente de corruptelas y de extrema decadencia, en que aquellas

(46) ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, págs. 48 y 49.

(47) Partidario de que no padezcan alteración alguna, mas reconociendo «... que el arbitrio judicial es tan necesario como los dogmas», ha dicho SÁNCHEZ TEJERINA que «... proporcionan a la administración de justicia penal, que por definición lleva en sí los más graves ataques a la libertad, al honor, al patrimonio, incluso a la vida de los ciudadanos, el fundamento legal único que soporta nuestra conciencia jurídica». *Nuevos problemas de Derecho penal en Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, tomo I, fascículo II, mayo-agosto, MCMXLVIII, pág. 239. Y *Derecho penal español*, Madrid, 1950, tomo I, págs. 124 y 126.

cualidades corren el peligro de envilecerse, la ley reduce con exageración al mínimo la movilidad de criterio. Y, finalmente, que el arbitrio judicial que en la actualidad ha invadido la ciencia penal y el campo legislativo, con independencia de los móviles de su génesis, no es más que un trasunto, depurado por la razón y los anhelos de justicia, del que gozaron los jueces anteriores al siglo XIX. Las innovaciones, con frecuencia, son, sencillamente, el vivo recuerdo de una institución desaparecida que perduró, no obstante, en un momento histórico. Acaso, por ello, las suspicacias que sugiere el arbitrio judicial sean debidas a la impresión desfavorable que crea la contemplación mental y retrospectiva de sus perniciosos resultados en aquellos tiempos, único lastre, por fortuna, que sigue siendo pasado y que no viene embebido en los ecos renovadores.

IV. *El arbitrio judicial en los Códigos penales derogados.*

Con anterioridad al Código de la Dictadura, los legisladores coartaron al juzgador el uso del arbitrio, respondiendo a las ideas que tanto dominio ejercieron y de las cuales ha quedado constancia en su oportuno lugar. Se autorizaba, desde luego, cierta flexibilidad en lo que concierne a la interpretación, como claramente se advierte, por ejemplo, para tomar en consideración la agravante de despoblado (núm. 15 del art. 10 de los Códigos de 1848, 1850 y 1870) o para la determinación analógica de circunstancias (art. 9.º, número 8.º y art. 10, núm. 23 de los Códigos penales de 1848 y 1850 y núm. 8.º del art. 9.º del de 1870), cuya atribución, detestada por Pacheco (48), tenía su precedente en el artículo 109 del Código de 1822, que estaba redactado del siguiente modo: «Cuando alguna culpa o delito de los comprendidos en este Código resultase con circunstancias que no estén expresadas literalmente en ninguna de sus disposiciones, pero que a juicio de los jueces de hecho tengan una perfecta semejanza y analogía con otras de las literalmente expresadas, podrá el juez aplicar la pena de éstas, si no tuviere motivo fundado de duda para consultar al superior competente. La propia regla se observará en cuanto a las circunstancias que favorezcan al procesado.»

En la fijación de penas, el juzgador, como un autómatas, sin libertad para atemperarlas, estaba supeditado férreamente a normas prescritas, que aquilataban, a base de los tres grados tradicionales, el castigo que en cada caso había de imponerse. Sólo se permitía un arbitrio mezquino—que los Tribunales despreciaron con la habitual aceptación del tope inferior—cuando, por virtud del mecanismo legal, se averiguaba el escaso período de tiempo que podían recorrer. Y así, el artículo 74 de los Códigos de 1822 y 1850 y la

(48) PACHECO, *ob. cit.*, tomo I, págs. 249 a 251.

regla 7.^a del artículo 82 del Código de 1870 declaraban: «Dentro de los límites de cada grado, los Tribunales determinarán la cuantía de la pena, en consideración al número y entidad de las circunstancias agravantes y atenuantes y a la *mayor o menor extensión del mal producido por el delito.*» Las palabras subrayadas, acreditativas de una acuciosa solicitud por el aspecto objetivo del delito, por el daño, que es postulado de la escuela clásica, en la que aquellos Códigos se inspiraron, obstaculizaban toda posibilidad de arbitrio, al menos discreto, puesto que éste demanda una preferencia por el responsable, que entonces se silenciaba. Los Códigos de 1848 y 1850 (art. 73), como el de 1870 (art. 87) otorgaban, sin embargo, más elasticidad al juzgador si el delito, por no ser totalmente excusable, ante la falta de alguno de los requisitos para eximir de responsabilidad, llevaba aparejada la rebaja de su penalidad: en ese supuesto podía imponer la sanción en el grado que estimase conveniente, cuya facultad ha subsistido después.

Tratándose de penas pecuniarias es cuando únicamente se concedía gran amplitud a los Tribunales, quienes, para determinarlas, no tropezaban con más estorbo que el de no aménorar o exceder sus cantidades inicial y final, sistema que sigue perdurando. Y por ello, al aludir a la fianza, en la caución, salvo el de 1822 que lo proscribía, los Códigos de 1848 y 1850, en su artículo 43, y el de 1870, en su artículo 44, permitían que los Tribunales la precisaran, «según su prudente arbitrio». E igualmente esos cuerpos legales contuvieron un artículo (el 84 del Código de 1870 y el 75 de los de 1822 y 1850), que en los restantes se ha reproducido, mediante el que los Tribunales podían recorrer toda la extensión de las multas, «consultando para determinar en cada caso su cuantía no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho *sino principalmente el caudal o facultades del culpable.*» Aunque la faceta objetiva del delito no se olvidaba, la índole de la sanción aconsejaba que ésta se plegase al delincuente para que fuera eficaz, sin remontarse a sumas que no pudiera satisfacer ni descender a las que, según su fortuna, hubieran resultado inocuas. Se remitió, pues, el problema a la discreción del juzgador. Y como éste iba a ser intérprete de un verdadero arbitrio—único que se localiza a través del articulado—, el legislador, percatándose de su concepto, tuvo que descollar las condiciones del delincuente y situarlas en idéntico plano que el hecho, como indefectiblemente ha de ocurrir cuando se orilla la tasa legal.

Aparte del «prudente arbitrio» que con relación al delito culposo y a las faltas (arts. 480 y 500 y 581, y 620 de los ordenamientos penales de 1850 y 1870), se dispensó al juzgador para no vincularse, como en la actualidad, a las normas generales que regían en materia de fijación de penas concurriendo agravantes o atenuantes, los Códigos de 1848 y 1850, en su artículo 365, y en el de 1870, en su artículo 454, sancionaron el delito de abusos deshonestos con el castigo que especificaban, pero «según la gravedad del hecho». La frase transcrita encerraba un arbitrio que hay que calificar de

esporádico, porque, aún afectando a la objetividad de la infracción, sin mencionar para nada al culpable, la cuantía de la pena se reservaba a la apreciación del Tribunal, cuya potestad les estaba vedada en otras figuras delictivas (49). De ser distinto el alcance de las palabras que se glosan, no se explica ni se concibe el motivo de que se consignaran en la disposición. La prueba de que su significación radica en lo que acaba de invocarse, es que, si bien el código de 1932 siguió reprimiendo los abusos deshonestos en su art. 432 con prisión menor en sus grados medio y máximo, «según la gravedad del hecho», el «texto refundido» de 1944 ha suprimido la advertencia en el artículo 430, donde se encuadra aquel delito, porque, como todos los demás, está sometido a las instrucciones del artículo 61, reguladoras del arbitrio que se confía al juzgador.

Finalmente—cerrando esta escueta reseña—, los cuerpos legales a que nos hemos venido refiriendo mostraron algún atisbo de arbitrio en el orden cualitativo de las sanciones, que los posteriores no han borrado. Un ejemplo, en efecto, de pena facultativa ofrecía el delito de amenazas, puesto que en sustitución de la caución, podían los juzgadores condenar al culpable a la vigilancia de la autoridad o a destierro—arts. 722, 419 y 509 de los Códigos de 1822, 1850 y 1870—, y un caso de pena alternativa se evidenciaba en las lesiones menos graves, ya que les era factible elegir entre el arresto mayor o destierro y multa—arts. 345 y 433 de los Códigos de 1850 y 1870—, aunque con más profusión las hipótesis de esa naturaleza se patentizaban en las faltas, a base de la disyuntiva del arresto menor o multa—arts. 485 y 497 del Código de 1850 y arts. 587, 592, 597, 598, 599, 604, 614 y 616 del Código de 1870.

Con estas menguadas salpicaduras intercaladas en los cuerpos penales anteriores a 1928, para que, sin constreñirse rigurosamente a la ley, pudiera el juzgador infligir un castigo, se promulgó aquel año el llamado «Código de la Dictadura», cuya concepción de la sanción, como dice Juan del Rosal, «enlaza su carácter expiacionista y de justicia proporcionada entre el daño causado con las ideas de la defensa social, resaltada en el arbitrio judicial, en la apreciación de la persona del delincuente» (50).

Sin detenernos en detalles y exégesis, porque la alusión es meramente superficial y complementaria de este trabajo, el arbitrio judicial tuvo dos destacadas manifestaciones en el Código de 1928 (51). Una, más bien amplia, para determinar la pena, y otra, de horizontes reducidos, para concretar su clase.

Los vocablos «prudente arbitrio» se prodigaban a través de sus preceptos, los cuales precisaban la sanción atendiendo a la

(49) GROIZARD apunta esa «excepcional latitud» del juzgador en el delito de abusos deshonestos. *Ob. cit.*, tomo V, pág. 128.

(50) DEL ROSAL, *Principios de Derecho penal español*, ed. cit., tomo I, página 408.

(51) CUELLO CALÓN las explana prácticamente en *El nuevo Código penal español* Bosch, Barcelona, 1929, tomo I, pág. 209 y sigs.

ejecución del delito y a la participación de las personas responsables—arts. 137 a 147—, así como a la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad—arts. 148 a 157—. En el primer aspecto, se autorizaba a los Tribunales para rebajar la pena en dos, tres y hasta cuatro grados, como ocurría si se trataba de cómplices de un delito frustrado—arts. 143 y 144—; y en el segundo, no mediando atenuantes ni agravantes, su discrecionalidad oscilaba «dentro de los límites señalados para cada caso» —regla primera del art. 151.

Aunque la pauta fué especificar la clase de pena, en ciertas figuras delictivas, sin embargo, como en algunas modalidades de los desórdenes públicos—arts. 308 a 310— o en las injurias graves—art. 629—, se facultó al juzgador para escoger entre las dos penas alternativas que se mencionaban, con lo cual se confería un doble arbitrio, pues al de la selección del castigo, había que añadir, por mandato del artículo 163, el que demandaba su duración. Y en este terreno, llegó a más al legislador, aunque también excepcionalmente: en los delitos de falso testimonio, de acusación y denuncia falsa y de homicidio—arts. 406 y 518—, se consintió a los Tribunales una sustitución de penas—la prisión por la reclusión, con la consecuencia indicada.

El sistema anterior, en que el delito se perfilaba como una entidad de acusado relieve al que se ligaba una sanción predeterminada, fué alterado por el Código de 1928, que, con sesgo progresivo, colocó en lugar preeminente la conducta del sujeto, que en definitiva es lo que hay que juzgar a través de su resultado, y se preocupó de que el castigo, sin estar señalado tan taxativamente *a priori*, se adecuase individualmente en cada caso. Por eso el arbitrio giró alrededor de sus postulados peculiares: el elemento antropológico, con sus variadas facetas, y la extensión y clase de pena. Y con el fin de rodearle en la realidad de indispensables garantías, se publicó el Real Decreto de 8 de septiembre de 1928, que cambió, con la adición de un párrafo, la redacción primitiva de los artículos 741 y 973 de la ley de Enjuiciamiento criminal, para que se razonara en las sentencias al uso del arbitrio.

La vida del Código de 1928 fué precaria y al restaurarse la vigencia del de 1870, los Tribunales perdieron la movilidad de que gozaban para la adaptación de la sanción y volvieron a sumirse en el automatismo de la tasa y de las escalas penales (52). Esta situación la corrigió levemente la reforma que en 1932 se operó en el Código de 1870. Los retoques que se introdujeron por el régimen republicano en ese cuerpo legal, tildado de efímero en el preám-

(52) Criticando la técnica del Código de 1870 para averiguar el castigo, decía DORADO MONTERO «... que no parece que se haya propuesto otra cosa sino convertir a los Tribunales en máquinas de administrar justicia, toda vez que les quiere dar hecho todo su trabajo, no permitiéndoles libertad alguna, ni el ejercicio de sus facultades discursivas, ni la persecución razonable, con la pena, de los fines que les parecen mejores». *Código Penal*, en *Enciclopedia Jurídica Española*. Seix, Barcelona, tomo VI, pág. 604.

bulo ante la necesidad de promulgar un nuevo ordenamiento—siempre las interinidades—, fueron pocos en materia de arbitrio judicial. Se concretó la modificación a facultar al juzgador, en la tentativa, para rebajar la pena en uno o dos grados—artículo 52—, sin la obligación, por tanto, de descender al segundo, como imperativamente ordenaba el artículo 67 del Código de 1870; para recurrir o no al grado máximo de la pena, terciando una agravante, que era preceptivo en aquél; para disminuir la sanción en uno o dos grados—no al inmediatamente inferior, como precedentemente acontecía—, cuando sólo mediaban dos o más atenuantes y aún una sola muy calificada, cuyo aditamento integraba la innovación; y para aplicar la pena superior, en el grado que conviniere, a un plurirreincidente, que también era una novedad—reglas tercera, quinta y sexta del artículo 82 del Código de 1870, en conexión con las mismas del artículo 67 del Código de 1932—. Tan escasa elasticidad disfrutó el juzgador, según podrá inferirse, para ajustar el castigo, que el régimen de individualización penal del Código de 1870, casi nulo, perseveró incólume. Pero se ha registrado la nimia transformación que se verificó en el Código de 1932, para completar las vicisitudes de la cuestión que se estudia.

Contrastando, sin embargo, con el legalismo punitivo del Código republicano, la ley de Vagos y Maleantes, promulgada meses después—el 4 de agosto de 1933—y pediente, no del resultado de una conducta delictiva, sino del estado peligroso del individuo, proyectó en el campo de la justicia, sin prevenciones ni cicaterías, un auténtico arbitrio judicial, como se aprecia en sus artículos 4.º y 5.º, definidores de las medidas de seguridad aplicables.

V. *El arbitrio judicial en el Código penal vigente.*

Los azares políticos, que tanto han contribuido a la accidentalidad de un ordenamiento penal en nuestra Nación, aunque con la promesa constante de abordar su total reforma, justificaron la ley de Autorizaciones de 19 de julio de 1944, fruto de la cual fué el «texto refundido», hoy en vigor, que, como se dice en su preámbulo, no «es una obra nueva, sino sólo una edición renovada o actualizada de nuestro viejo Cuerpo de Leyes Penales».

Con finalidades tan comedidas como eran las que se enumeraban en la ley de 1944, parecía que poco podía esperarse de la tarea que se había de emprender. Y, sin embargo, superando las dificultades que irremisiblemente surgieron, la ponencia encargada de ultimar el proyecto supo darle cima—justo es reconocerlo—con aciertos laudables. Como es inconcebible un Código que siga uniforme y fielmente las huellas características de una determinada corriente doctrinal, sino que en cualquiera se vislumbra al pronto un eclecticismo acusado, o más o menos embozado, los tradicionales moldes clásicos de nuestro sistema penal permitían aco-

ger la esencia de algunos avances. Y es por lo que, sin desnaturalizar ni conculcar aquéllos, antes al contrario, respetándolos en lo posible, se infiltró, con pretensiones de remozamiento, en la primigenia arquitectura legal, el espíritu de la doctrina subjetiva. A lo largo del articulado del actual Código, continúa descubriéndose una predominante obsesión por el delito en sí, pero, a su lado, descuella también, ocupando casi el mismo plano, la personalidad del culpable. Y la síntesis de ese emparejamiento ha sido, como la ley de Autorizaciones decretó en el inciso sexto del apartado A) de su artículo 2.º, la regulación de un arbitrio judicial, que recuerda al del breve paréntesis del Código de 1928, con el mérito, para la Ponencia, de no haber rebasado los confines en que tuvo que desenvolverse, inexistentes, en cambio, al estructurarse aquél.

Sin propósito exhaustivo, porque a esa ambición no llegan nuestra formación jurídicopenal ni nuestras modestas aptitudes profesionales, vamos a exponer las directrices más salientes que, en ese aspecto, presenta el Código de 1944.

Aunque es extemporánea, por desviarse del nervio del tema, una simple ojeada a la vasta perspectiva del juzgador para descifrar el significado de los preceptos, y a la que en algunos pasajes nos hemos referido, no podemos sustraernos a la tentación de un somero comentario sobre dos disposiciones que, sin concretarse a la pena, confieren, como novedad, un arbitrio a los Tribunales.

Una de ellas contempla en el párrafo último del artículo 258. El artículo 257 reprime el depósito de armas o municiones de guerra y de defensa y el siguiente, para que no se resienta la configuración de este delito, desmenuza cuáles son las armas que se reputan de guerra y de defensa y qué se entiende por depósito de unas y otras, pero no hace ningún distinguo, según era congruente y obligado, por lo que concierne a las municiones. No detalla, en su virtud, la índole y número de éstas para catalogarlas como de guerra y de defensa—sin duda porque es una lógica deducción de la categoría de las armas—y para saber cuánto integran depósito. La cuestión la relega al Tribunal, en el párrafo final del citado artículo 258, al estatuir que aquél «apreciando la cantidad y clase de las municiones, declarará si constituye depósito...» Es decir, que el legislador apela al arbitrio y encomienda al juzgador el deslinde del concepto. Ahora bien: como el margen discrecional atañe a una materia netamente sustantiva, las definiciones que puedan emitirse han de encadenarse a un juicio uniforme y, por tanto, contra lo que sucede en cuanto al estricto arbitrio judicial, los puntos de vista que se mantengan por los Tribunales, en ese terreno, serán recurribles en casación.

La otra disposición, también ajena al castigo y que, como la precedente, es una innovación en el Código, se abarca en el párrafo segundo del número 5.º del artículo 112. Mediante el mismo se faculta al juzgador para rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de los menores o incapacitados, en los delitos

contra ellos perseguibles a instancia de parte, ordenando la continuación del procedimiento o el cumplimiento de la condena, con intervención del Ministerio Fiscal. El precepto se reitera, casi literalmente, en el penúltimo párrafo del artículo 443, sin esclarecer la causa que lo justifique, pues la aprobación del perdón por el Tribunal y el arbitrio para negarle de que habla, sin titubeos se desprende del número 5.º del artículo 112, en armonía, respecto de aquélla, con el artículo 106 de la Ley de Enjuiciamiento criminal. Por suponer, pues, una redundancia, y para evitar algún confusiónismo, pudo haberse silenciado el párrafo mencionado del artículo 443. En ambos preceptos, como se observará, la obstrucción que al perdón puede esgrimir el juzgador es doble, puesto que afecta al ejercicio de la acción o al cumplimiento de la pena, y su decisión, por las circunstancias en que se pronuncia, es inmovible. Si el perdón se alega durante la instrucción sumarial o antes de dictarse sentencia, el procesado no queda, por ello, desamparado en su derecho y en la utilización de los pertinentes recursos. Si se produce después de adquirir firmeza el fallo, la negativa del Tribunal es equiparable a los efectos de la remisión de condena cuando es potestativa, en que, opuestamente a si es preceptiva—artículo 95—, no es susceptible de casación. La postura trazada creemos que es correcta, porque la repulsa del Tribunal al otorgamiento del perdón, ejercitando un arbitrio cuya trascendencia es bien notoria, está basada en la pureza de unos motivos morales, cuales son coartar vergonzosas transacciones de representantes legales desaprensivos y velar por la asistencia y protección—así menospreciadas—que reclaman los menores e incapacitados. Por esta causa, precisamente, se recaba entonces la intervención del Ministerio Fiscal, cualquiera que sea la situación del asunto.

Y después de estas, para nosotros, ineludibles digresiones, seguiremos cifándonos al problema de la individualización de la pena, materia que nos interesa primordialmente en nuestro trabajo.

Como ya se consignó con anterioridad, en la determinación del castigo son viables dos procedimientos: uno, estrictamente legal, que implantó el Código penal francés de 1791, reflejando el sentir del momento, enemigo de la arbitrariedad antes reinante, y otro, exclusivamente judicial, cuya repercusión más extrema es la sentencia indeterminada, puesto que el tratamiento penal sólo es admisible que cese cuando el delincuente, por su enmienda, deje de ser un peligro social. En su pureza, ninguno de los dos sistemas ha prevalecido y las legislaciones se inclinan por una solución intermedia, aunque con propensión, cada vez más acentuada, a la libertad del juzgador, por imperativos de la prevención especial. En congruencia con esto, los Códigos de inspiración clásica no han poseído tajantemente de un arbitrio a los Tribunales, por pequeño que sea, a pesar del celo desplegado en sus textos para la conexión de la pena con el delito, circunscribiendo casi la labor del juez a sencillas operaciones matemáticas al alcance de cualquiera.

De haberle suprimido radicalmente, la inflexibilidad de la ley hubiera derivado a consecuencias que, por lo absurdas, resultarían incompatibles con la idea de la justicia. Y ese despropósito se ha evitado con el método de los *marcos penales*, que «consiste en establecer magnitudes de pena *relativamente* indeterminadas, con un máximo (pena máxima) y un mínimo (pena mínima), entre los cuales sólo el Juez ha de determinar a su vez la pena concreta del caso particular» (53).

En el «texto refundido» de 1944 cabe distinguir dos modalidades del arbitrio: una, *general*, que es la pauta a que comúnmente tiene que supeditarse el juzgador para indagar la medida apropiada de una sanción, y otra, *especial*, que le sirve de dirección en un supuesto aislado, o que implica una desviación o rectificación de la primera. Aunque ambos se encuentran desperdigados en el Código, el arbitrio general es más bien objeto del libro primero y el especial del segundo. En aquél, no obstante, se insertan también normas que sólo tienen aplicación en hipótesis definidas.

Arbitrio general.—Es susceptible de un desdoblamiento, para su más fácil comprensión, teniendo en cuenta las peculiaridades de los castigos.

a) *Penas privativas y restrictivas de la libertad.*—Nuestro Código vigente, como los que le precedieron, acepta el sistema de los *marcos penales*, pero el tiempo comprendido entre los dos límites lo divide en tres períodos—de los que, constituyendo una salvedad, se separó el Código de la Dictadura—, para formar los grados conocidos, que tienden a resolver las cuestiones que engendran las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Así se deduce de los artículos 62, 78 y 79 y de la regla séptima del artículo 61, la cual, por ser fiel reproducción de la que figuraba en los anteriores cuerpos legales, donde únicamente se aludía al exiguo arbitrio que otorgaban, continúa refiriéndose, dada su raíz clásica, «a la mayor o menor extensión del *mal producido por el delito*», en contraste con otras reglas del precepto citado, que, más en consonancia con las directrices típicas del arbitrio, al lado de la «gravedad del hecho», destacan «la personalidad del delincuente», o del «culpable» (54).

Alrededor de este postulado gira todo el engranaje penal para la averiguación del castigo, que está íntimamente engarzado al grado de ejecución de las infracciones y a la categoría de los responsables de las mismas (arts. 49 al 57) y a la consideración de las agravantes y atenuantes (arts. 58 al 66).

En el primer sentido, o sea, en orden a la pena que correspon-

(53) MEZGER, *ob. cit.*, tomo II, pág. 360. ANTÓN ONECA dice que la fijación por la ley de un máximo y un mínimo de pena, que aseguren la arbitrariedad y la retribución, es suficiente para satisfacer «la función ejemplar o pedagógica que realiza la justicia criminal». ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ, *ob. y tomo cit.*, pág. 547.

(54) ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ—*ob. cit.*, I, pág. 566—anotan la anomalía.

da a los autores, cómplices y encubridores de delito consumado o inacabado, en su dualidad, el Código muestra unas rígidas fórmulas a las que, inexorablemente tiene que amoldarse, sin desorbitarlas; la actuación del Tribunal. Transcribiendo la innovación que en el de 1870 hizo el Código de 1932, simplemente se le permite alguna holgura en la discriminación de la pena imponible en la tentativa (art. 52), que puede ser inferior en uno o dos grados a la que acompañe al delito consumado, con lo cual se corrigió el criterio obligatorio de descender al segundo que antes se observaba. Y la facultad se amplía a la conspiración, proposición o provocación para delinquir, cuya punición ha generalizado el artículo 3.º, y al delito imposible, que, ausente de nuestros cuerpos legales, excepto en el Código de 1928 (arts. 41 y 147) y en la ley de aborto de 24 de enero de 1941 (art. 5.º), refuerza, con su inclusión, el matiz subjetivista que se perfila en el «texto refundido».

Es en el otro aspecto de los enunciados, contraído a la medida de la sanción en presencia de circunstancias, donde el arbitrio judicial logra más plenitud. El Código, en efecto, mediante la regla cuarta del artículo 61, autoriza al juzgador para recorrer en toda su extensión la pena asignable cuando no concurren atenuantes o agravantes. Y no olvidando que aquélla se señala, corrientemente, en toda su integridad, sin los fraccionamientos de otras etapas legales, se comprobará que son muy elásticos los resortes confiados al juzgador para evaluar penalmente los casos de esta índole que tenga que afrontar. Respecto de ellos, se le ha dispensado la omnimoda libertad que en la regla primera del artículo 151 recogía el Código de 1928, donde, como se ha dicho en su momento, el arbitrio judicial imperó por vez primera. Existe un caso, no obstante, en que es aconsejable estrechar el ámbito de este arbitrio. Nos referimos a los delitos sancionados con penas conjuntas de privación de libertad y muerte, integrando ésta el grado máximo de las mismas. Como la excepción de la regla segunda del artículo 61—que inmediatamente se examinará—lo que intenta es restringir la aplicación de la última de aquéllas, creemos que, habiendo ausencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, el arbitrio de la regla cuarta del citado artículo, que entonces rige, no debe usarse para infligir la pena de muerte al enjuiciar las transgresiones que la lleven aparejada en unión de la de reclusión, pues si se tolera al Tribunal que deje de imponerla cuando surja una agravante, con más motivo es atinado rechazarla si no media ninguna.

Cruzándose circunstancias que no sean compensables, pues si lo son (regla tercera del art. 61) es factible oscilar a lo largo de toda la pena, como si se diera el evento de la regla cuarta de aquel artículo, queda, en cambio, mermado el juicio discrecional del juzgador, que ha de plegarse entonces al grado mínimo o máximo, según se trate de atenuantes o agravantes, conforme a las normas primera y segunda del mencionado precepto. Con la última de éstas

se ha enmendado el Código de 1932, que rompiendo con la tradición de los precedentes, al emplear la expresión «podrán imponerla», no constriñó a los Tribunales a infligir la pena en su grado máximo, si afloraba del hecho delictivo una agravante. Aunque el viraje se conjuga mal con la tendencia favorable al arbitrio (55), se ha querido, indudablemente, tornando a la antigua situación, restablecer la eficacia retributiva de las circunstancias que alteran la responsabilidad criminal.

El cauce forzoso de esa regla segunda del artículo 61 se ha quebrado, no obstante, frente a la pena de muerte, cuya imposición escatima el Código por elogiosas razones humanitarias. Los Tribunales, constituyendo aquélla el grado máximo, pueden omitirla en la sentencia, aun terciando una agravante, decisión inadmisibles, según se ha apuntado, si no entra en juego la más severa de las sanciones.

Ahora bien: cuando acoja el juzgador este arbitrio, ¿conserva su valor dicha circunstancia, con la consiguiente repercusión penal? A la vista del precepto, es posible defender las dos soluciones que envuelve la pregunta.

Si se entiende que a la agravante se la priva ocasionalmente de su finalidad, que es la de punir el delito con el grado máximo, sin que tal acuerdo sea rectificable en casación (SS. 16 noviembre 1945 y 27 octubre 1948), el resto del castigo, o sea, los grados mínimo y medio, compuestos siempre por la reclusión mayor (arts. 120 a 122, 136, 139, 142, 144, 405, 406 y 501, núm. 1.º), podrá recorrerle el Tribunal en toda su magnitud, puesto que en la hipótesis que se comenta no aparece ligado a ninguna restricción, con lo cual el arbitrio de la salvedad introducida a la regla segunda del artículo 61 será entonces de doble efecto. Aquél, sin embargo, no es equitativo que sirva para alejarse, descendiendo, de los treinta años de reclusión, pues la circunstancia apreciada, aunque se la despoje de su virtualidad punitiva, algún valor tendrá que merecer al juzgador para no medir el castigo con excesiva benevolencia.

Si se opina, opuestamente, que la agravante no pierde su eficacia resultará aventurado el anterior criterio. Es supuesto análogo, el Código de 1928 declaraba, en el inciso final de la regla segunda del artículo 152, que si concurría tan sólo una circunstancia de agravación, podía el Tribunal, a su prudente arbitrio, imponer la pena de muerte, o la de reclusión o prisión, *en la medida que estimase justa, dentro de su tercio superior*. Suministraba, pues, unas sanciones alternativas, pero si el juzgador excusaba la pena capital, tenía que continuar ponderando el alcance agravatorio de la circunstancia, al recurrir a cualquiera de los otros dos castigos. En cambio, el Código de 1944 no indica a los Tribunales, cuando descarten la pena de muerte, qué sanción privativa de libertad es la que han de recoger en el fallo. Prescribe, escuetamente, que

(55) QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, «Revista de Derecho Privado», Madrid, tomo I, pág. 347.

«podrán dejar de imponer dicha pena». Y no olvidando la influencia que, en la regulación del vigente arbitrio judicial, ejerció el Código de 1928, puede sostenerse que el «texto refundido» no suprime, en esa coyuntura, la actuación de la agravante, sino que, de orillarse por el juzgador la pena de muerte, lo que establece es la reducción del castigo a la reclusión mayor, pero recobrando la normalidad de sus tres grados, de acuerdo con el artículo 78, para que aquella circunstancia se valore en armonía con el párrafo primero de la regla segunda del artículo 61.

Con independencia de la posición que se adopte, lo indiscutible es que el arbitrio en relación con la pena de muerte ofrece una laguna y que esta imprevisión tendrá que suplirla el Tribunal Supremo.

Se ha disminuído, por un lado, el arbitrio y se ha ensanchado, por otro, en lo que respecta al que registraba el Código de 1932, cuando se juzgue a un doble o multirreincidente. Aquel ordenamiento legal en el último inciso de la regla sexta del artículo 67, abandonaba a la voluntad del juzgador la aplicación de la pena *inmediatamente* superior, en el grado que estimase justo, con la *simple* concurrencia de la circunstancia de agravación décimocuarta del artículo 10—reincidencia—, que no le sujetaba tampoco, si despreciaba la norma que se comenta, a la aceptación del grado máximo de la pena, ante la potestad que para ello le ofrecía la regla tercera del precepto citado. Opuestamente, en el Código actual, es preceptiva la ascensión a la pena superior, si bien lo exige a partir de la *segunda reincidencia* y con la atribución de realizarlo no en uno solo, sino en *dos grados*, así como con la libertad de calcular la sanción dentro del elegido, aunque se aprecien otras circunstancias (S. 5 diciembre 1947). Esta regulación específica del culpable plurirreincidente es aleccionadora, paragonándola con el arbitrio especial que amparan los artículos 511, 516 y 530, como se verá más adelante.

Finalmente, en las hipótesis de que se admitan en favor del procesado dos o más atenuantes, o una muy calificada, o también una eximente incompleta, el arbitrio del juzgador es idéntico al que ya disfrutaba en el Código de 1932, según sus artículos 67, 5.ª, y 72. En ellas, los Tribunales (regla quinta del art. 61 y art. 66 del «texto refundido») pueden rebajar la pena en uno o dos grados. Y tan libérrima es su discrecionalidad para precisar el castigo dentro de los mismos—aunque no lo es, claro está, para valorar la entidad jurídica de las circunstancias, por ser materia sustantiva y recurrible en casación—, que si en el supuesto del artículo 66 media una atenuante, no se compele a la Sala a la utilización de la regla primera del artículo 61 (S. 1 febrero 1946).

Consideramos inexcusable dilucidar que el arbitrio sólo puede usarse por el juzgador después de investigar la pena, conforme al mecanismo que suministra el Código y que hemos glosado superficialmente. La advertencia surge de la contemplación del artícu-

lo 71 del Código de 1944, donde se abordan los casos de delito compuesto y de delito complejo.

En ese precepto se ordena la aplicación de «la pena correspondiente al delito más grave en su grado máximo, hasta el límite que representa la suma de las que pudieran imponerse, penando separadamente los delitos», con el nuevo aditamento de que se sancionarán éstos con independencia, si la pena así computada excede de aquel límite. Pues bien: frente a un hecho que genere dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer otro, no es desatinado pensar—siempre que haya ausencia de atenuantes y agravantes, pues si existe la duda se desvanece—que el beneficio en favor del reo se obtiene más fácilmente con la regla cuarta del artículo 61, si, escudándose en el arbitrio que concede, el Tribunal señala para cada delito de la complejidad o concurso real el tope mínimo de su sanción. Cabe, no obstante, que el juzgador opte por el máximo y entonces este grado, como observa Antón Oneca, avalando su opinión con un sencillo ejemplo, «no excederá nunca de la suma de los dos máximos que «pudieran imponerse» separando las infracciones». Pero, sagazmente, el catedrático de la Universidad de Salamanca dice que eso se traduciría en un sensible empeoramiento, perturbando el espíritu de la disposición, «pues lo más probable es que el Tribunal, de juzgar separadamente los delitos, hubiera aplicado el grado mínimo»—como nosotros iniciábamos el razonamiento—«o el medio a cada uno de ellos». A nada que se ahonde o profundice en la cuestión, la perplejidad inevitablemente invade el ánimo del juzgador.

Lo importante, sin embargo, es arbitrar una solución. Ignoramos si el Tribunal Supremo la ha exteriorizado en alguna sentencia. Antón Oneca defiende que habrá que entender por «penas que pudieran imponerse» las que los juzgadores fijasen al reprimir aisladamente las infracciones (56). Esto equivaldría a infundir un arbitrio al artículo 71, en abierta disconformidad con los términos imperativos en que se ha redactado. Nuestro parecer, en su virtud, recogiendo la sugestión de la que arrancaron las argumentaciones, es que el juzgador debe cumplir objetivamente la prescripción del precepto (SS. 23 marzo 1948 y 23 mayo 1949) y, una vez sabido si el grado máximo de la pena más dura y rigurosa encierra la ventaja que se busca para el delincuente, será cuando pueda recorrerle en toda su extensión, sin traba ninguna, al amparo de la regla cuarta del artículo 61.

Dictado el fallo, no por eso se anula el arbitrio del juzgador. Incorporando a su articulado instituciones jurídicas que tenían su desenvolvimiento en leyes aparte, el Código sigue otorgando facultades al Tribunal después de acordada la firmeza de la sentencia. Demostraciones evidentes de este aserto, que revela en el legislador un alejamiento de la idea expiacionista, son la remisión con-

(56) ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ, *ob. cit.* págs. 549 y 460.

dicional y la redención de penas por el trabajo. La primera atañe a castigos menores de un año, o de dos, si ha sido apreciada una circunstancia atenuante muy calificada; y la segunda afecta a sanciones privativas de libertad que rebasan los dos años.

Por la remisión condicional, que además de sustitutivo de pena es un medio apreciable de individualización de ésta, puede el juzgador, en determinadas coyunturas, como se sabe, suspender o no la ejecución del castigo por un plazo de dos a cinco años (artículos 92 y 93). Está obligado, no obstante, a aplicarla cuando se declare la existencia del mayor número de requisitos para eximir de responsabilidad, o cuando haya solicitud expresa del agraviado en los delitos perseguibles a instancia del mismo, en cuyas ocasiones, por estar vedado el arbitrio, es viable el recurso de casación (artículos 94 y 95). Y aunque la pena no exceda del año, la remisión no se tolera en los sentenciados ante los Tribunales de Urgencia, atendiendo a la inexorabilidad que caracteriza a esa jurisdicción (artículo 71, s), de la Ley de Orden público).

La remisión condicional, por envolver un gran arbitrio para el juzgador—pues a él se vinculan generalmente sus efectos—, fué una de las primeras victorias legales de la moderna corriente científica que llegó a subvertir la esencia de los postulados informadores de la dirección clásica, como se deslizó líneas más atrás.

Por lo que concierne a la redención de penas por el trabajo (artículo 100), el rasgo curioso, en cuanto al arbitrio judicial, es que cristaliza en ella, parcialmente, a imitación de la libertad condicional, el sistema de la sentencia indeterminada, porque el comportamiento del reo en el establecimiento penitenciario permite aminorar el máximo de la sanción infligida (57).

b) *Penas pecuniarias*.—Dentro de las diversas sanciones que se enumeran en el artículo 27 del Código, es la multa la que, sin olvidar el daño producido, con la infracción, ha sido rodeada de más posibilidades legales para adaptarla a las condiciones del delincuente. Ya se expusieron, a propósito de su regulación en los otros cuerpos legales, idéntica casi a la que tiene en el actual, las causas de que así acontezca.

El principio rector es que los Tribunales (art. 63) pueden moverse en toda la dimensión de las penas económicas para acordar su cuantía, ponderando las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y, principalmente, el caudal o facultades del culpable. Es una salvedad a las instrucciones que rigen la imposición de castigos consistentes en privaciones o restricciones de la libertad, pues entonces el juzgador está ligado a cánones que difieren, según la clase de circunstancias. Tratándose de una multa, puede, por tanto, elegir el tope mínimo o el máximo, así como los intermedios, aun siendo varias las agravantes; y actuar de igual manera, si las circunstancias concurrentes son de índole atenuatoria.

(57) ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ, *ob. cit.*, tomo I, pág. 551. Y PUIG PEÑA, *Derecho penal*, Clarasol, Barcelona, 1944, tomo I, pág. 651.

Esa es la conclusión que fluye de la literalidad del artículo. Pero exige, para discriminar su sentido, que se la consagre unas sucintas reflexiones.

Antón Oneca—al que con frecuencia nos referimos, porque a su sólida formación científica, une la experiencia de haber estado adscrito a la administración de justicia—sostiene que el amplio arbitrio judicial del artículo 63 no es obstáculo, pese a la redacción del precepto, para descender del mínimo de la multa cuando se den pluralidad de atenuantes, o una calificada, eximentes incompletas, o la menor edad de dieciocho años, ni tampoco para ascender del máximo en caso de multirreincidencia (58). Calificamos de impecable su posición, porque aunque el artículo 63 esté incrustado en la sección que destina el Código a las reglas generales para aplicar las penas en consideración a las atenuantes y agravantes, tiene que calibrarse en contacto íntimo con las demás orientaciones que a su lado constan, las cuales pueden imprimirle ritmos divergentes, sobre todo si son de eficacia punible tan específica como la que distingue a las circunstancias privilegiadas de los artículos 64, 65 y 66. Confesamos, sin embargo, que la apreciación acaso no sea muy ortodoxa. La reserva se arguye, porque de la sentencia de 31 de diciembre de 1945 se colige, aunque su doctrina emane del Código de 1932, que en la observancia del artículo 63 no entran en juego las fórmulas de aritmética penal enumeradas en el artículo 61, ante la razón, sin duda, de que éstas afectan a penas de tres grados, inexistentes en la multa. Y entre esas fórmulas figuran, precisamente, las que se contraen a atenuantes calificadas y a la doble o multirreincidencia, mentadas por Antón Oneca.

Para inclinarse, en el fallo, por la suma que se repute pertinente, ha de influir, en un porcentaje crecido, el conocimiento de los medios de fortuna del delincuente y de las actividades que se los proporcionen. Es decir, que el responsable aparece en plano tan preferente o más que el delito y aspira a que la pena se atempere a sus condiciones. Y nada mejor para conseguir ese objeto que el arbitrio que se dispensa, el cual presenta algunas ramificaciones en el afán de que no fracase con posteridad al uso que de él se haga.

El Tribunal, en efecto, después de asignada la multa, puede establecer el plazo dentro del que haya de pagarse y autorizar al reo que carezca de recursos para que la satisfaga en otros períodos de tiempo (art. 90). Con criterio discrecional, pues, sigue adaptando las determinaciones que se derivan de la sentencia a la situación pecuniaria del condenado. Y aun llega a más el Código. Si al no cumplirse el castigo económico hubiera que sustituirle por una responsabilidad personal subsidiaria, será el propio Tribunal quien la calcule (art. 91), y no tendrá más impedimentos que el de no traspasarla de seis meses o quince días, según sea delito o falta, ni infligirla al que sufra pena privativa de libertad supe-

(58) ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ, *ob. y tomo cit.* págs. 564 y 565.

rior a seis años. Este arresto supletorio no deja de ofrecer cierta repercusión curiosa en relación con la indeterminación relativa de la pena, que es una de las facetas del arbitrio judicial. Si bien aquélla, como ya se anotó, presupone, corrientemente, la acotación legal del castigo, sin que al juzgador le sea factible desbordar sus mínimo y máximo, hay, sin embargo, una variante—que aunque no tiene muchos prosélitos, fué propugnada en el Congreso Internacional de Bruselas—, consistente en señalar sólo el máximo de la pena, pero silenciando la indicación del mínimo. Pues bien: la responsabilidad personal subsidiaria, como sanción privativa de libertad que reemplaza a la multa, es un caso de la indeterminación relativa apuntada—que, con el de la caución, son los únicos que se vislumbran en el Código—, teniendo en cuenta que el artículo 91 no habla más que del límite que a los Tribunales no les está permitido rebasar.

El arbitrio, por consiguiente, de que goza el juzgador en esta materia es más dilatado de lo que cabe presumir. Abraza los dos momentos culminantes de una pena: su imposición y su ejecución. Y tan perfectamente está reglamentado que es raro descubrir en los restantes artículos del Código un indicio, siquiera, de alteración. Es verdad, no obstante, que el artículo 266 del «texto refundido», atinente al castigo que corresponde a los padres, tutores o guardadores de los menores de dieciséis años que hayan perpetrado algún delito de tenencia ilícita de armas o depósito de armas o municiones y de terrorismo y tenencia de explosivos, prescribe una multa de mil a cinco mil pesetas, «que los Tribunales aplicarán según su prudente arbitrio», de cuya advertencia pudiera inducirse una potestad especial en el juzgador. Pero, a poco que se medite, se verá que es una secuela ilusoria y engañosa y que lo más correcto hubiera sido que el legislador hubiese soslayado la indicación, pues, sin necesidad de destacarla tan explícitamente, el arbitrio surgiría, de todas formas, del artículo 63 y de sus complementarios 90 y 91, que se han analizado y son rituales. Sólo una restricción, o modificación de estos preceptos, justificaría cualquier mención expresa.

El arbitrio judicial en cuanto a la pena de multa, según se ha glosado, tuvo su cabal e inmediato antecedente, aunque con menos detalle, en los artículos 69, 93 y 94 del Código de 1932. El nuevo giro de la cuestión es interesante por mostrarse en un cuerpo legal de significación clásica, en que la pena está conectada al delito con descuido del delincuente (25). De aquí que el Código de 1870, más aferrado a aquella dirección, pormenorizase en su artículo 50 la manera de llevarse a cabo el sustitutivo de las responsabilidades pecuniarias, con menguadas atribuciones para el juzgador. El estado actual del asunto evidencia, como anticipó la doctrina, que son fácilmente conciliables, en la realidad legislativa,

(59) CARRARA, *ob. cit.*, tomo I, 8582 y sigs., págs. 405 y sigs., PESSINA, *ob. cit.*, pág. 593.

la concepción clásica del Derecho penal y el criterio de la individualización del castigo. Todo estriba en no adecuar la pena exclusivamente al daño originado, sino suministrar el margen debido para proporcionarla también al elemento psíquico de la culpabilidad. Y en el Código vigente no es desdeñable esta preocupación, aunque pueda alegarse que, a veces, peca de cauteloso.

Por la propiedad económica que acusa la caución, y por estar catalogada entre las penas comunes, como la multa (art. 27), creemos oportuno un ligero examen de la misma en este sitio. El arbitrio del juzgador, respecto de aquélla, trasciende a la duración de la fianza (art. 44) y a la de la propia sanción (párrafo final del artículo 30). Como no hace mucho exponíamos, es la caución el segundo de los supuestos en que el legislador opta por la individualización relativa con fijación única de tope máximo infranqueable, cifrado en seis años. Con esta especificación del Código en vigor, se ha mermado el arbitrio de los anteriores—casi imperceptible para otras graduaciones penales—, pues en ellos la caución se plegaba *inicialmente* a las cualidades de la indeterminación absoluta, al no establecer su comienzo y término, que quedaban sometidos al juicio de los Tribunales, según los párrafos últimos de los artículos 29 y 30 de los Códigos de 1870 y 1932, si bien se les coartaba después en condiciones parejas a las de ahora, ya que, frente a las eventualidades previstas en los párrafos terceros de los artículos 44 y 43, tenían que apelar, como solución, al destierro.

Prácticamente, sin embargo, este arbitrio singular carece de importancia, porque la caución sólo la registra el Código—y, además, con carácter facultativo—en el delito de amenazas (art. 495), que remite al juzgador a la pena de destierro, en defecto de aquélla. La medida discrecional de este precepto no es susceptible, naturalmente, de casación, pero prospera el recurso si se condena a destierro sin haberlo hecho antes a prestar caución (SS. 28 marzo y 6 junio 1917).

Arbitrio especial.—Ceñido su concepto, según se anticipó, a hipótesis concretas, su rasgo saliente es el casuismo y la meticulosidad, que en alguna ocasión degeneran en complicaciones dignas de un estudio de mayor alcance, fuera del propósito implícito en las reflexiones actuales. Son diversos, como es obvio, los matices que ofrece a lo largo del articulado del Código.

a) *Excepciones a las normas generales.*—Con expresión decisiva, se contienen en los artículos 565 y 601, los cuales disponen, respectivamente, que en la imprudencia punible y en las faltas al juzgador no estará subordinado a los mandatos de los artículos 61 y 49 a 66. La movilidad, pues, de que disfruta es de gran relevancia; y como su arbitrio, sin el entorpecimiento que implica el mecanismo de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, no tiene más freno que el de mantenerse dentro del marco del castigo, resulta que responde con fidelidad a lo que real-

mente debe ser la indeterminación relativa, de acuerdo con su exacta concepción.

b) *Clase de pena*.—La modalidad del arbitrio en cuanto a la cualidad de la sanción, de suma eficiencia, porque consiente adecuar el castigo con más escrupulosidad al delincuente, es muy esporádica en el Código actual, a semejanza de lo que sucedía en los anteriores, según se apuntó. De aquí que se incluya como de naturaleza específica, aunque su noción, doctrinalmente, habría que encuadrarla en el arbitrio general. En nuestro ordenamiento legal se manifiesta bajo un doble aspecto:

1. *Con signo sustitutivo*.—Se infiere del artículo 65 destinado a precisar la pena que corresponde al menor de dieciocho años. Independientemente de poder disminuir la que acompaña al delito en uno o dos grados se autoriza al juzgador para suplir la que pudiera obtenerse no por otra, ciertamente, sino por la medida de internamiento en Institución especial de reforma, con absoluta ilimitación de tiempo, pues lo que se busca entonces es la corrección del responsable. La novedad, que Ferrer Sama ensalza, sin reservas, al porvenir del moderno tratamiento de los jóvenes delincuentes (60), es un trasplante al Código de funciones similares a las del Tribunal Tutelar, por lo que el juzgador de la jurisdicción ordinaria, para extirpar incipientes proclividades delictivas, debe percatarse de esta misión y soslayar, cuando así proceda, la imposición de penalidades inocuas.

También se atisba una sustitución en el artículo 85, consagrado a las faltas, al tolerarse que el condenado cumpla el arresto menor en su propio domicilio, cuando la sentencia no recaiga sobre hurto, defraudación o infracción de origen deshonroso.

Y aunque ya estudiadas, corresponde igualmente agrupar en este apartado la remisión condicional y la redención de penas por el trabajo, así como la libertad condicional.

2. *Sistema de penas alternativas*.—En cuatro preceptos del libro segundo del Código se descubre la facultad del Tribunal para elegir aquella sanción que reputa más conveniente, entre las dos o más que se señalan al delito.

En el párrafo final del número 1.º del artículo 174, conforme al que, en los eventos que cita referentes a Asociaciones ilegales, puede escoger la de arresto mayor o las de destierro y multa de mil a cinco mil pesetas.

En el penúltimo párrafo del artículo 394, reflejo del criterio mantenido para las malversaciones de cuantía indefinida por el Código de 1928 en sus artículos 480 y 485. Según la interpretación jurisprudencial que se imprimió al Código de 1870, no existía mal-

(60) FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, Sucesores de Nogués, Murcia, 1947, tomo II, pág. 271. Nuestro compañero FERNANDO ALAMILLO CANNILLAS, pocos meses después de la promulgación del Código, hizo una exégesis de la innovación, aportando estimables antecedentes, en un notable trabajo, *Derecho penal juvenil*, publicado en la *Revista de Estudios Penitenciarios*, julio 1945, pág. 10.

versación mientras no constase indubitavelmente determinada la cantidad desaparecida (SS., por ejemplo, de 6 junio 1881 y 21 diciembre 1882); y en varias ocasiones—pues en otras se optó por la solución opuesta—preponderó también la misma tesis, si al procedimiento criminal no había precedido el examen y aprobación de las cuentas por las autoridades administrativas (R. D. C. 11 junio 1901, 6 agosto 1905 y 5 enero 1922). Para desvanecer el confusio-nismo y evitar la impunidad de hechos tan graves y frecuentes, se insertaron en los indicados cuerpos legales las disposiciones anotadas. Y, con el designio de precaver sanciones exorbitantes o deficientes, que no guardarán paridad con el daño causado, decretó el Código de 1928, y reiteró el «texto refundido», que no estándó comprobada la suma sustraída de caudales públicos, el Tribunal aplicará la pena que considere oportuna de las que legalmente se consignan. Y abarcando éstas, según el artículo 394 del Código vigente, desde el arresto mayor a la reclusión menor, pasando por los presidios menor y mayor, la selección de aquella que haya de asignarse, y su extensión, conduce a un arbitrio judicial de innegable alcance.

En el artículo 422, que reprime las lesiones menos graves. Los Tribunales, para su punición, pueden decidirse por el arresto mayor o por el destierro y multa de mil a cinco mil pesetas, pero en la práctica aceptan, corrientemente, el primero de los castigos, por lo que cabe afirmar que es un arbitrio poco empleado.

Y en el artículo 459—injurias graves hechas por escrito y con publicidad—también se brinda al juzgador la disyuntiva entre el arresto mayor y el destierro.

El libro tercero del Código, regulador de las faltas, es, en cambio, menos restrictivo en penas alternativas. Y así, en los artículos 573 y 578—contra los intereses generales y régimen de las poblaciones—, 584 y 585—contra las personas—y 595 y 597—contra la propiedad—, facilita al juzgador la posibilidad de infligir el arresto menor o una multa, a cuyas sanciones agrega, además, el artículo 584 la de reprensión privada.

c) *Aditamentos complementarios a penas de ciertos delitos.*—Este enunciado se escinde en dos fases: 1, adición de penas propiamente dichas, o sea, englobadas en el artículo 27, y 2, acuerdos tomados en la sentencia sin el valor de sanciones penales, puesto que no figuran relacionados en aquel precepto.

1. Sin más guía que la de ponderar las circunstancias del hecho y del culpable, puede el juzgador imponer, a su arbitrio, las siguientes penas, aparte de las que imperativamente se declaran para cada infracción: multa e inhabilitación absoluta o especial en los delitos contra el Jefe del Estado (art. 148); comiso de la imprenta, no siendo clandestina, cuando, por medio de ella, se perpetren los delitos que acaban de citarse, así como los pertenecientes a la seguridad exterior del Estado, a las Cortes, al Consejo de Ministros, a la forma de Gobierno, al ejercicio de los derechos de la persona re-

conocidos en la ley y a la Religión Católica (art. 213); multa de cinco a cincuenta mil pesetas en algunas modalidades del delito de sedición (art. 223); inhabilitación absoluta o especial, independientemente de la facultad para elevar las multas hasta quinientas mil pesetas, en las propagandas ilegales (art. 252), y la caución o, en su defecto, el destierro, en las amenazas (art. 495).

2. Potestativamente también, pueden los Tribunales adoptar, en sus sentencias, determinaciones que, según se ha anunciado, no se enumeran como penas en el artículo 27.

La primera constituye más bien una medida de seguridad, y con esta significación la invocaba el Código de 1928 en su artículo 106 y la establece, con expresión concisa, el número 6.º del art. 4.º de la Ley de Vagos y Maleantes. Es la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que cometió el delito, o en que resida la víctima o su familia, cuando se condenen a las fracciones contra las personas y su honor, libertad y seguridad y propiedad, y aconsejen el acuerdo la gravedad de los hechos y la peligrosidad del agente (art. 67). Denota el precepto un ejemplo de indeterminación absoluta, puesto que el tiempo que ha de durar la prohibición apuntada se reserva exclusivamente al Tribunal, que, en su virtud, no está sujeto a cálculos concretados de antemano.

Para Ferrer Sama, tiene analogías con el destierro, aunque resalte las diferencias que obstaculizan una identificación perfecta (61). La Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1945 (62) dice que, a pesar de que no se la denomine así por el Código, esta prescripción del artículo 67 envuelve *realmente* una pena de destierro. En igual sentido se produce Antón Oneca (63). Y no es absurda la equiparación de ambos conceptos, si el razonamiento se enlaza con el número 4.º del artículo 112, donde se ordena que el indultado, no obstante la gracia, tiene que abstenerse, *como el desterrado*, de entrar en algunos lugares.

En abierta discrepancia, Quintano Ripollés entiende que la proscripción del artículo 67 es una medida de seguridad, aunque se parezca al destierro—añade—«como una gota de agua a otra»; y opina, por ello, que su incumplimiento no acarrea un quebrantamiento de condena, sino un delito de desobediencia (64). Ferrer Sama sugiere también este problema y, si bien no le pasa inadvertido el artículo 8.º de la Ley de Vagos y Maleantes, que conmina con arresto mayor al infractor de la prohibición de vivir en un sitio o territorio, concluye afirmando—y nosotros compartimos su juicio—que el reo que vulnere la decisión del juzgador sobre el artículo 67, incide en quebrantamiento de condena, «sin que a ello se oponga la naturaleza asegurativa de esta medida, pues ha de tenerse en cuenta que

(61) FERRER SAMA, *ob. cit.*, tomo II, pág. 275.

(62) *Memoria* del mismo año, pág. 133.

(63) ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ, *ob. y tomo cit.*, pág. 563.

(64) QUINTANO RIPOLLÉS, *ob. y tomo cit.*, pág. 387.

tal delito no es sólo de quebrantamiento de *pena*, sino de *condena*—subrayamos—y un extremo de la condena es esta prohibición» (65).

La segunda de las determinaciones dichas al comienzo de este epígrafe es de índole civil y se circunscribe a la privación de los derechos de patria potestad o de la tutela o autoridad marital que tuviere el responsable de delito de abandono de familia (párrafo final del art. 487).

d) *Rebaja de pena*.—Arrancando de la que legalmente es inseparable del delito, y siempre que acaezcan los hechos que se describen, está obligado el Tribunal a descender la sanción, pero dejando a su arbitrio si ha de ser en uno o dos grados, en la rebelión y sedición (arts. 224 y 226); y esa disminución es potestativa, mas no olvidando, al pronunciarse acerca de ella, tanto las condiciones del delincuente como su conducta delictuosa, en los atentados (art. 235), propagandas legales (art. 253), tenencia ilícita de armas (art. 256) y falsedades (art. 318).

e) *Elevación de pena*.—En cuatro infracciones, dependientes de un arbitrio especial, el Código establece castigos superiores a los que comúnmente señala: a voluntad del juzgador, en el robo (art. 511), y, de un modo preceptivo, pero sometiendo a la discreción de aquél su extensión, en el hurto (art. 516), en la estafa (art. 530) y, por ser «especie semejante» a ésta, según la sentencia de 28 de junio de 1945, en la apropiación indebida.

Como ya se anticipó, el arbitrio conferido en esos preceptos promueve cuestiones sugestivas, más claras y dignas de reflexión en los artículos 516 y 530 que en el artículo 511. Importado de la ley de 11 de octubre de 1943 y reuniendo la característica de una condición objetiva de punibilidad, como observa acertadamente Adolfo de Miguel (66), el último de estos preceptos patentiza, en efecto, una ambigüedad para las pretensiones de nuestro trabajo. Entre otros extremos que comprende, habla de los «antecedentes de los delinquentes» para que el Tribunal pueda subir en un grado las penas designadas en el capítulo dedicado a los robos. Sin dilucidar esos antecedentes, cabe pensar que es aventurado incluir en la frase entrecomillada aquellos que tienen una valoración penal. Como la interpretación de las disposiciones de esta naturaleza ha de hacerse en el estricto sentido gramatical (SS. 29 febrero 1942 y 18 junio 1945) y huyendo de impropiedades (S. 20 abril 1911), se dirá que el silencio del legislador impide ensanchar la órbita de sus propósitos, pues de haber querido abarcar en la expresión que se comenta, además de los antecedentes policiales y de conducta, por ejemplo, los típicamente penales, lo lógico es que se hubiera manifestado en esos términos. En su virtud—se seguirá discurriendo—, si el autor del robo en quien se dan los pormenores del artículo 511 ha sido ya condenado por otros delitos, estos antecedentes no podrán evaluarse a los efectos del arbitrio que aquel precepto en-

(65) FERRER SAMA, *ob y tomo cit.*, págs. 276 y 277.

(66) DE MIGUEL GARCILÓPEZ, *Derecho penal*, Reus, Madrid, 1949, pág. 247.

cierra: repercutirán, simplemente, en el hecho que se enjuicie como circunstancias agravantes—reiteración y reincidencia—y con la eficacia que se desprende de las reglas segunda y sexta del artículo 61 del Código. No participamos, sin embargo, del criterio bosquejado, por creer que el juzgador, frente al artículo 511, ha de considerar todos los antecedentes del culpable, cualquiera que sea su clase, sin sumisión a esas reglas (67), y de ahí, que las argumentaciones que a continuación se hilvanan, en conexión con los artículos 516 y 530, son correctamente aplicables al caso que contempla el artículo 511.

Los artículos 516 y 530 elevan la pena en un grado en los hurtos y estafas, cuando les cualifican las circunstancias a que aquéllos se contraen; y sus párrafos últimos autorizan a los Tribunales, como novedad, para imponer las sanciones que resulten en la medida que estimen conveniente, aunque concurren otras agravantes.

Este arbitrio envuelve una excepción a la norma general contenida en la regla segunda del artículo 61, que decreta el grado máximo del castigo, terciando alguna circunstancia agravante. Como consecuencia, en cambio, de la facultad discrecional del artículo 516, el juzgador, sin sujetarse a ese principio del artículo 61, puede asignar la pena en su grado mínimo, no obstante la presencia de circunstancias de agravación, sea cualquiera su número y entidad. El Tribunal, por la movilidad que se le dispensa, se encuentra en idéntica situación que la descrita en la regla cuarta del artículo 61, donde encajan las hipótesis de ausencia de circunstancias atenuantes y agravantes. De aquí, que el arbitrio de los artículos 516 y 530 sea acaso, en cuanto al fondo, a nada que se medite, de los de más importancia que el Código otorga.

El límite que señala el legislador en los párrafos finales de esos artículos 516 y 530 es la tasa máxima de la sanción obtenida. Remontada en un grado la pena del hurto, estafa o apropiación indebida perpetrados, cuando sea viable la aplicación de dichos preceptos, el juzgador podrá recorrerla íntegramente, porque, como acaba de indicarse, ningún otro motivo legal lo dificulta; pero no le es permitido exceder el tope de tiempo que comprende, y ello, desde luego, a pesar de que también concurren otras circunstancias agravantes, cualquiera que sea su mayor o menor relieve. Viene a suponer igualmente esta restricción una salvedad a otra norma de observancia general, como es la regla sexta del artículo 61, por la cual imperativamente se inflige la sanción superior en uno o dos grados, a partir de la segunda reincidencia, cuando surja la agravante décimoquinta del artículo 10—conservando, pues, su rango genérico, aunque con nuevo giro punible—,

(67) Este artículo—dice PUG PEÑA—aumenta el arbitrio del juzgador «... y le autoriza a agravar las sanciones fuera de la mecánica normal de las circunstancias». *Derecho penal*, ed. Licití, Barcelona, 1950, tomo II, pág. 436.

siendo así que las demás circunstancias de esta categoría están privadas de tal fuerza:

Según se infiere de lo que precede, los artículos 516 y 530 significan una cortapisa a ciertos principios del libro primero del Código, proyectados a regular la mecánica para el manejo de las penas. Y es sabido que las excepciones, en este y otro aspecto, que los libros segundo y tercero muestran, proscriben el uso de lo que es patrón conforme al libro primero. Las instrucciones generales y corrientes están, por tanto, vinculadas a las variantes que tajantemente se consignan después.

Ahora bien: el problema planteado no se agota con las disquisiciones apuntadas, dada la singular estructura del artículo 516, más casuístico que el artículo 530. Los tipos especiales o cualificados de aquél «son el resultado de una supervaloración penal que hace el legislador de determinadas circunstancias» (68). Las tres enunciadas en el artículo 516 afectan: la primera, al lugar en que se verifica la sustracción o a las cosas tomadas; la segunda, a la relación que une al autor con el perjudicado, y la tercera, a los antecedentes del culpable. Su matiz objetivo o subjetivo no engendra ninguna prelación en orden a sus repercusiones y trascendencia en la responsabilidad. Tienen, escuetamente, como meta ulterior, elevar en un grado la pena impuesta por el artículo 516 a la infracción que se cometa. Son circunstancias embebidas en el delito que la ley menciona al definirle y castigarle, según el artículo 59, sin virtualidad, por tanto, para aumentar la sanción.

En armonía con lo que termina de afirmarse, si la realización de un hurto está cualificada conjuntamente por el abuso de confianza y por la doble o múltiple reincidencia, una de las circunstancias servirá para tipificar el delito y la otra para ser catalogada como genérica (SS. 6 mayo y 19 agosto 1878), a semejanza, por ejemplo, con lo que ocurre en el asesinato cuando esté perfilado por más de una de las agravantes que le caracterizan (SS. 6 mayo 1884 y 20 junio 1892). El artículo 59 no se opone a la adopción de esa postura, según la interpretación de la doctrina jurisprudencial que aducimos.

Si, de acuerdo con esta aclaración, es el abuso de confianza lo que infunde gravedad al hurto castigado en el artículo 516 (69), la doble reincidencia dejará de ser entonces circunstancia cualificativa para transformarse en una agravante común. Y no es factible, en tal evento, que entre en juego la regla sexta del artículo 61, que exigiría la ascensión en uno o dos grados del castigo que dimana del artículo 516, porque esa severidad es incompati-

(68) PUIG PEÑA, *ob. y tomo cit.*, pág. 430.

(69) Cometiéndose el delito por un doméstico que, además, era reincidente—dicen las sentencias de 13 de junio y 17 de julio de 1873—, la primera circunstancia debe tomarse como cualificativa y la segunda como agravante genérica.

ble, y está contrarrestada por el párrafo último de este precepto, que, según se anotó, la hace inoperante, como, respecto de la estafa y de la apropiación indebida, sucede igualmente con el artículo 530, de trazos similares, aunque más reducidos.

Esto partiendo, claro es, de la base de que el abuso de confianza sea la circunstancia que tipifique al hurto, pues si se opta para ello por la reincidencia, con el fin de que la genérica sea aquella (70), la cuestión ya no se presenta con las complicaciones de la regla sexta del artículo 61, que así quedan soslayadas. La preferencia no es caprichosa y resulta admisible, jurídica y jurisprudencialmente. Si la noción legal del asesinato no sufre quebranto porque en presencia, por ejemplo, de la alevosía y de la premeditación, se escogiera la segunda circunstancia y no la primera para configurarle, menos se desnaturalizará, con la alteración insinuada, la prescripción del artículo 516, ya que su designio no es la creación de unos tipos penales autónomos y peculiares, sino que, simplemente, se constriñe a señalar, ante unas agravantes concretas, un castigo superior al que se ha marcado para una infracción penal normal, de contornos inconfundibles, como es el hurto.

El único estorbo legal que frustraría esa elección es el artículo 68—inequívoco caso de concurso de normas jurídicas (71)—, que suministra una orientación para resolver las incertidumbres que se despiertan cuando los hechos sean susceptibles de calificarse con arreglo a dos o más preceptos. A simple vista, pudiera objetarse, apoyándose en el valor interpretativo expuesto, que ese artículo 68 obligaría, precisamente, a admitir como circunstancia cualificativa del hurto el abuso de confianza y reputar como genérica la doble o múltiple reincidencia, puesto que de tal modo la sanción aplicable sería mayor por exigencia de la regla sexta del artículo 61. Se incurriría así, no obstante, en una especie de círculo vicioso, porque en seguida se interpondría, con imposibilidad de salvarla, la barrera, en ese sentido, del párrafo final del artículo 516. La reincidencia, sin más alcance entonces que la de una sencilla circunstancia de agravación, sería indiferente a los efectos de la repetida regla sexta del artículo 61, por carecer ésta de eficacia para superar la pena del artículo 516. Según esto, el párrafo último de este artículo supone también una excepción a otro principio general, cual es el encuadrado en el artículo 68.

Y es que cualquiera que sea la faceta que se examine del asunto suscitado, siempre se desembocará, truncando cuantas soluciones se esgriman contra lo que él estatuye, en el párrafo final del artículo 516, que arrastra, indiscutiblemente, una desigualdad fren-

(70) Rectificando el criterio de que se ha hecho mérito, el Tribunal Supremo ha declarado en sentencia de 21 de febrero de 1947 que, mediando más de una circunstancia en el art. 516, será siempre cualificativa la plurirreincidencia.

(71) DE MIGUEL GARCILÓPEZ, *ob. cit.*, pág. 83; y ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ, *ob. cit.*, pág. 463.

te a las hipótesis en que, libre de los escollos despuntados, es impecable la viabilidad de la regla sexta del artículo 61. En la realidad jurídica, es absurdo, efectivamente, que la doble o multirreincidencia genérica, motive el aumento de pena en dos grados, conforme a la regla sexta del artículo 61, y, como específica, en cambio, lo circunscriba a uno solo—cuando sería más atinada la severidad—, según se colige de los artículos 516 y 530 del Código. Dejando aparte el párrafo último de estas disposiciones, el inconveniente, que hay que tildar de paradójico, se hubiese orillado suprimiendo en el «texto refundido» de 1944 el número 3.º del artículo 516 y el artículo 530, que entrañan una redundancia (72), pues aunque se hubieran omitido, el castigo, en los casos a que se contraen, sería elevado de todas formas por mandato de la regla sexta del artículo 61, como acontece en cualquier otro delito, cuyo autor, atendiendo a las condenas anteriores, sea dos o más veces reincidente. Lo que se ha destacado es una imprevisión del legislador que a él, y sólo a él, incumbe subsanar y corregir. Los Tribunales, sin más remedio, tienen que respetar y acatar esa extraña situación jurídica (73), procurando, sin embargo, cuando las particularidades de la acción punible lo aconsejen, suavizar su falta de equidad y recurrir, si la habitualidad criminal del delincuente es presumible, a los artículos 3.º, apartado 1.º, y 7.º de la ley de Vagos y Maleantes.

f) *Leyes especiales*.—El auge del arbitrio judicial en nuestro Derecho penal se revela, más que en el Código, en las leyes publicadas con posterioridad al mismo, dictadas por apremios de la defensa social y ante la urgencia de una reforma o de la punición de hechos que escapan a su articulado. Es raro no encontrar en aquéllas preceptos consagrados a subrayar la atención que merece al legislador el uso, por los Tribunales, de esa facultad discrecional.

Aunque nada digan acerca de este extremo, el arbitrio general del Código alcanzará, desde luego, a las leyes especiales que, con arreglo a la clasificación de Jiménez Asenjo, habría que inscribir en el grupo de las complementarias (74), pues no obstante lo que aquél dispone en el artículo 7.º, su soberanía se refiere a los tipos que crean y a los castigos con que las reprimen, pero para lo demás que en ellas no esté previsto rige, como supletorio, dicho cuerpo legal (75). Según esto, ya sería un triunfo poder incrustar en el anquilosamiento penal de las leyes anteriores a 1944 el arbitrio concedido al juzgador por el «texto refundido», que permite do-

(72) CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, Bosch, Barcelona, ed. 1949, II, página 790.—QUINTANO RIPOLLÉS, *ob. cit.*, tomo II, págs. 422 y 456.—Y ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ, *ob. cit.*, tomo II, pág. 353.

(73) V. la Consulta de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1948, *Memoria de igual año*, pág. 188.

(74) JIMÉNEZ ASEÑO, *Manual de Derecho penal especial*, ed. «Revista de Derecho Privado», Madrid, pág. 11.

(75) CUELLO CALÓN, *La ley penal del automóvil*, Bosch, Barcelona, 1950, página 22.—DE MIGUEL GARCILÓPEZ, *ob. cit.*, pág. 277.—Y FERRER SAMA, *ob. cit.*, tomo I, pág. 96.

tarlas de la flexibilidad de que carecían, aunque alguna la mostrase desde su promulgación. La ley de Caza, en efecto, relegó a los Tribunales la determinación de la pena que asigna a los delitos de los artículos 50 y 52, mediante las expresiones «según las circunstancias del caso», o las «del hecho y la importancia de la infracción» (SS. 27 abril 1904 y 27 octubre 1916), mas por cohesionar su espíritu con el clásico del Código de 1870, obsesionado con la objetividad del resultado delictuoso, desechó el elemento básico del arbitrio, que es el delincuente. Pero, en tal terreno, la progresión es de mayor magnitud en las elaboradas recientemente, como corroboran el párrafo último del artículo 2.º de la Ley de 27 de abril de 1946, sobre cobro de primas por arrendamientos de pisos, y los párrafos segundo y tercero del artículo 1.º de la Ley de 22 de diciembre de 1949, sobre entrada clandestina en territorio nacional.

Por su redacción, cristaliza en ellos un arbitrio de naturaleza específica al prescribir que únicamente la reincidencia compele al juzgador a imponer el grado máximo de la pena señalada al delito. Es decir, que de todas las agravantes, sólo la décimocuarta del artículo 10 del citado Código le obliga a no descender del grado más alto del castigo. Las otras circunstancias servirán, por supuesto, para calcular la sanción, a voluntad del Tribunal, pero sin someterse a la pertinencia de las normas del artículo 61 del Código, que en este caso quedan por ello mermadas. Si la exégesis se tachaba de gratuita y caprichosa, no se explicaría cuál habría sido la intención del legislador al recoger una salvedad tan estéril, porque, aunque la hubiese silenciado, al reincidente siempre le correspondería el grado máximo de la pena, conforme a la regla segunda del artículo 61.

Conclusión pareja, pero sin excluir de la discreción del juzgador al delincuente contumaz, lleva implícita el artículo 546 bis e) de la Ley de 9 de mayo de 1950, que, respondiendo a criterios doctrinales (76), ha regulado el encubrimiento con plena autonomía jurídica, cercenándole de la participación criminal. Una razón de equidad justifica este arbitrio: excluir un censurable exceso, que, a base de penas flexibles e idóneas para la individualización, se garantiza con el paralelismo que deben guardar la del encubridor y la del delito encubierto (77). Si el legislador, en ese precepto, no hubiese deseado que el Tribunal matizase el castigo, ajeno a los influjos de las pautas comunes, como nosotros—no sabemos si con error—opinamos, lo lógico también es que hubiera eliminado la advertencia del artículo 546 bis e), máxime teniendo en cuenta que la ley se incorporaba—y aun no siendo así—al texto del Código, cuyas instrucciones generales, en orden del arbitrio, la dominaban. Y esta ley todavía prodiga el arbitrio en el artículo 546 bis d),

(76) V. La notable monografía de MOSQUETE MARTÍN, *El delito de encubrimiento*, Bosch, Barcelona.

(77) *Delito de encubrimiento*, en *Obras de Diego María Crehuet*, Madrid, 1950, pág. 167.

dados los términos permisivos de adicionar a las penas del encubrimiento la inhabilitación del reo para el ejercicio de su profesión o industria y el cierre temporal o definitivo del establecimiento, si a juicio del juzgador—cuya facultad, pero ésta recurrible ante el Tribunal Supremo por aludir a materia sustantiva—los hechos fueran de gravedad notoria.

En la otra ley especial, finalmente—la penal del automóvil—, de igual fecha 9 de mayo de 1950, si bien contiene la potestad de aumentar o bajar en un grado la sanción establecida para la alteración o desaparición de señales destinadas a la orientación o seguridad de la circulación (art. 6.º), la novedad más sobresaliente, por lo que concierne al arbitrio del juzgador, se transparenta en la especie del castigo, autorizándole a elegir, con la aspiración de que la adapte mejor al delincuente, entre el arresto mayor y la prisión menor o la multa (arts. 1.º a 4.º y 7.º a 9.º).

En resumen: atendiendo tanto al aspecto cuantitativo como al cualitativo de la pena, el arbitrio judicial, en la moderna legislación especial, es más elástico que el que se diseña en el Código y más apto, en su virtud, para conseguir la proporcionalidad de la sanción a la responsabilidad del culpable.

Sintetizándolos, en ocasiones, y explicándolos con alguna prolijidad, en otras, según requiera su estudio, estos son los trazos principales del arbitrio judicial en el Código penal vigente. A pesar de haberse dado un impulso nada desdeñable a la determinación de la pena por el juzgador, sobre todo si se recuerdan las fórmulas ya extinguidas, el *avance*, no obstante, ha sido objeto de reproches, muy halagadores para los que estamos adscritos a la administración de justicia. Y así, Ferrer Sama, después de ensalzar, por lo ingeniosa, la obra del legislador, puesto que ha sabido aquilatar y disminuir la medida de la pena, reduciendo la función del juez a una mera operación matemática, sin más arbitrio que aquel que era imposible descartar, manifiesta a continuación «que en ello precisamente radica el defecto fundamental del sistema, que resulta opuesto al moderno principio de individualización de la pena y atentatorio, incluso, a la dignidad del Poder Judicial» (78).

Adhiriéndonos a las apreciaciones de este comentarista, pues personalmente somos partidarios acérrimos del arbitrio judicial, no creemos, sin embargo, que la prudencia con que se ha otorgado deje de significar una conquista (79). Si había de respetarse el armazón del vetusto Código, cuando se emprendió la tarea de retocarle y adicionarle las disposiciones penales dispersas, ello no permitía una profunda transformación de su estructura para que resplandeciese, con la perfección apetecible, el arbitrio judicial. La total reforma del Código, tantas veces pregonada, pero no cumplida, constituiría la coyuntura propicia para alcanzar ese soñado ande-

(78) FERRER SAMA, *ob. cit.*, tomo II, pág. 232.

(79) DEL ROSAL, *La personalidad del delincuente en la técnica penal*, ed. cit., página 98.—Y QUINTANO RIPOLLÉS, *ob. cit.*, tomo I, pág. 374.

lo. Entonces, sin la esclavitud a postulados y apótemas insoslayables, una coordinación legal con el sesgo apuntado no ofrecería reparos. Los inconvenientes, quizás, sobrevendrían durante el período de brusca transición de un régimen jurídico de reservas y prevenciones legales a otro de más anchos horizontes, en el que la conciencia del juzgador no estaría tan domeñada por la frialdad y la rigidez de unos preceptos. Para obviar esa contingencia algo se ha adelantado con el comedido arbitrio que campea en el Código, a través del cual se facilitan al juzgador variadas oportunidades para predisponer favorablemente su espíritu hacia un ambiente —hoy simplemente entrevisto— de prometedoras compensaciones. Y esta cavilación nos coloca en la tesitura, si no desertamos de nuestro cometido, de tener que enfocar un problema bastante espinoso para un funcionario fiscal en servicio activo.

IV. *El arbitrio judicial en la realidad.*

En presencia de un panorama legal que trunca la situación creada al cobijo del anterior derecho, siempre asalta la duda de si las pretensiones que han dado lugar al nacimiento de las nuevas perspectivas jurídicas serán rectamente interpretadas y sentidas por el juzgador, cuyo ánimo, en los primeros instantes, está sojuzgado por la doctrina del período fenecido. Las renovaciones legales han arrastrado estas o parecidas secuelas. Y de aquí que en los albores de una de esas etapas predominen la desorientación y las vacilaciones, más hondas y prolongadas cuanto mayor significación innovadora acompañe a la reforma.

Tal vez haya sido con relación al arbitrio judicial donde la desconfianza se ha manifestado más acusadamente. Prueba de ello es que percatándose de los escrúpulos que pugnaban por contrarrestar su implantación, se viese precisado a decir el legislador, en el preámbulo del Código de 1928, que del ejercicio del arbitrio había que esperar satisfactorio resultado, «dadas la rectitud, cultura y celo de la Magistratura española...» Y que un jurista de tanto prestigio como don Diego María Crehuet, que integró la Comisión encargada de la revisión del proyecto de aquel cuerpo legal, condensase en las palabras que se transcriben, después de combatir los inquietantes recelos, su firme convicción de que la facultad discrecional que se otorgaba no había de frustrarse: «La Magistratura española, que no es reaccionaria ni incomprensiva, y que se nutre de una juventud de la misma cantera que las demás carreras, acogerá el Código nuevo con el respeto que todas cuantas disposiciones aplica, y lo hará con cordialidad, por tener seguramente en cuenta que se ha elevado su ministerio al franquear al arbitrio judicial todo un panorama antes vedado por miedo a la arbitrariedad que se creía agarrada con la tasa de la pena mediante ese montón de escalas que

hace de la función judicial un oficio mecánico, para el que sirve el último aspirante a Oficial de Secretaría» (80).

No puede ocultarse que lo que interesa averiguar es si el arbitrio ha respondido prácticamente a las ilusiones con que se concibió, que en el Código actual, aunque nada se haya alegado, tuvieron que ser las mismas que en 1928. Es más: si el uso del arbitrio durante la efímera vigencia del Código de la Dictadura se hubiese malogrado por incapacidad o ineptitud del juzgador, lo natural hubiera sido que no figurase, como transplantado de aquél, en el «texto refundido» de 1944.

Sin embargo, a los cuatro años de regir el presente Código se han emitido criterios adversos sobre la utilidad reportada por la facultad discrecional de los Tribunales para individualizar las penas. Aparecen resumidos en la *Memoria* de 1949 (págs. 85 y sigs.) y proceden, consiguientemente, de los Fiscales de las Audiencias. El juicio común se polariza en estas gráficas reflexiones de Enrique de Leva Suárez, Fiscal de Avila, consignadas literalmente en dicha *Memoria*: «del extremo de la aritmética penal y de las tablas de logaritmo, inadecuados para ponderar una conducta humana, el péndulo ha pasado al otro extremo, sin detenerse en la vertical». Y algunos colegas, escudándose en que el arbitrio es perturbador para la determinación de la sanción condigna, propugnan la «vuelta al automatismo anterior». Esta creencia, que afortunadamente sólo la comparten pocos funcionarios, es calificada, por quien tiene autoridad para ello, de «solución ingenua, puesto que el toque está no en renunciar a esa facultad que es necesaria para discernir la justicia del caso concreto (que tiene en cuenta las circunstancias del hecho y las personales del delincuente), sino en procurar que de ella se haga un uso razonable, pugnando porque se consigan los fines inequívocos que el legislador persiguió» (81).

Lo que acaba de exponerse responde a la estimación del problema por una de las *partes* del proceso penal. Si hablara la *contraria*, abrigamos el convencimiento de que, en general, las alabanzas consagradas al empleo que se hace del arbitrio serían también uniformes. Y entonces, ante valoraciones tan contrapuestas, se abriría el abismo de un nuevo dilema, con los arduos inconvenientes de conciliar las opiniones dispares y fundirlas en la moderación y el equilibrio.

No negamos la tendencia del juzgador a producirse en sus sentencias con benignidad, por huir, en múltiples oportunidades, de la dureza que objetivamente singulariza a la sanción de un hecho punible. Sabemos, no obstante, también de casos en que, por disfrutar precisamente de los resortes del arbitrio, se han dictado sentencias con la severidad que requería la actuación del culpable.

(80) *Memoria* de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1927, págs. LXVII y LXVIII.

(81) PLAZA NAVARRO, *Memoria* de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1949, Reus, Madrid, pág. 108.

Y conocemos de cerca, además, las preocupaciones de juzgadores por aquilatar la graduación apropiada del castigo. Pero es indiscutible—repetimos—que la tónica de los Tribunales se caracteriza más bien por la benevolencia (82). La propensión, sin embargo, no puede reputarse de sistemática. Hay algo que, si no lo justifica totalmente, lo explica al menos.

El mundo circundante, que los criminólogos escudriñan para descifrar la etiología del delito, presenta, entre otras, una faceta económica. El juzgador, como hombre que se halla en contacto con los ramalazos de la vida, otea sus repercusiones en la criminalidad. Está persuadido, por ello, de que la delincuencia contra la propiedad—cuyo porcentaje en la estadística es cada vez más elevado—se conecta, en su origen, a factores de la índole apuntada. Y aunque no ignora que en épocas de crisis económica, como la que actualmente invade al mundo, al lado de los delitos de *necesidad* se cometen también los de *bienestar*—dualidad que Exner examina (83)—, está cerciorado que los primeros son los que representan el mayor índice numérico, mientras que los segundos se exteriorizan en cantidad reducida. Un recrudescimiento de las actividades delictuosas debería refrenarse con fallos duros e inexorables. Pero, paradójicamente, no es así. Frente al cúmulo de robos y hurtos, por ejemplo, producto de conductas en las que se atisban causas que se aproximan, aunque no las rocen, a privaciones, estrecheces y apuros momentáneos, el espíritu del juzgador se encoge y fluctúa insensiblemente y sus energías desfallecen, porque no puede sortear el contraste de estos supuestos con otros que son obra del *hombre canalla* de que hablaba Benedikt, esa persona aborrecible—hoy por desdicha muy prodigada—que triunfa y se enriquece con tácticas desaprensivas, al amparo de atmósferas inmóviles, y que astutamente *ingenia* el modo de burlar las mallas del Código penal. Si las inestabilidades se esfumaran y se sanease el ambiente malsano que presiona y asfixia la honradez y la decencia, para que la honestidad de la vida volviera a discurrir por sus cauces naturales, es seguro que la lenidad del juzgador sólo se dibujaría en las sentencias cuando lo demandase una solución equitativa.

No pretendemos paliar lo que, por el contrario, debe resaltarse para que se enmiende y corrija. Tratamos, sencillamente, de poner de relieve alguno de los motivos que disculpa la reacción casi unilateral que se achaca a la utilización del arbitrio por el juzgador, en cuya conciencia, de tanto influjo en sus decisiones, no se puede penetrar sin que asalte la idea de un delicado temor y sin que previamente se le haya mostrado el camino para que la facultad discrecional, en su trámite, sea un acierto. Con esto último damos a entender que no hay que olvidar que el arbitrio, aunque en definitiva

(82) ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ, *ob. cit.*, tomo I, pág. 72. Y QUINTANO RIPOLLÉS, *ob. cit.*, tomo I, pág. 374.

(83) EXNER, *Biología criminal en sus rasgos fundamentales*, trad. de J. del Rosal, Bosch, Barcelona, pág. 129. •

se reserve a los Tribunales, tiene que perfilarse, si es pertinente, cuando se sostenga una acusación.

En la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1946, dedicada a dar instrucciones sobre el alcance de algunos artículos del «texto refundido», se ordena a los Fiscales que, para la fiel comprensión del arbitrio, tienen que «valorar con cuidadosa atención aquellas circunstancias del hecho y del culpable que han de servirles para graduar la pena y no han de limitarse a solicitar la imposición de ésta siempre en el grado medio o en el mínimo, sino que la pedirán en uno o en otro grado, y aun en el máximo, según la estimación que hagan de aquellas circunstancias a que alude la ley» (84). Y complementando estas orientaciones se advierte a los Fiscales en la *Memoria* aludida. líneas más arriba, correspondiente al año 1949 (pág. 87), «que al proponer el uso del arbitrio, traducido en la petición de pena, cuiden de valorar a su vez, razonándolo oportunamente en el juicio, el *porqué* de su petición, en relación con la medida de la sanción a imponer, lo que forzará al Tribunal, a su vez, a la meditación y le obligará a razonar su acuerdo en ese punto». A los funcionarios del Ministerio Fiscal, pues, se nos exige la observancia del arbitrio, por lo que, como cooperadores iniciales para delinearle, debemos preguntarnos, antes de discutir la labor de los demás, si hemos calibrado las penas con el acuciante anhelo de que sean las que se transparenten en la sentencia; y si hemos rehuído, en su virtud, rigorismos estériles, sin sugestionarnos el concepto erróneo que comúnmente se tiene de nuestra misión. De lo contrario, sería absurdo que la *sistemática* indulgencia que se atribuye al juzgador guardara paralelismo con la *rubinaria* dureza del acusador, quedando abandonado entre las dos posturas, sin que nadie lo recogiera, el fruto sazonado del verdadero arbitrio. Despreciando rebosos y rubores, y agarrotando el amor propio, todo hay que confesarlo, porque así, con sinceridad y con nobleza, es como pueden enderezarse y rectificarse las desviaciones y extravíos de una institución jurídica de utilidad insospechada.

El desaliento, sin embargo, no debe cundir porque todavía no haya llegado a centrarse el arbitrio en la realidad penal. Independientemente de otros obstáculos que lo impidan de momento, como el ya anotado, no hay que olvidar que la acomodación práctica de las transformaciones legales, lejos de ser rápida, es paulatina. En el orden jurídico-penal hemos vivido legislativamente muy aferrados a los dogmas *nullum crimen, nulla poena sine previa lege*, y el arbitrio judicial, a medida que se extiende, no hace más que minarlos. Durante el imperio absoluto de aquellos principios, era el delito, en sí, lo que reclamaba poderosa y casi exclusivamente la atención. El juzgador, al reprimir las transgresiones penales, se limitaba a estudiar la objetividad del hecho, para enmarcarlo dentro de un precepto del Código, en cuyo contexto se detallaba con me-

(84) *Memoria* de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1945, pág. 134.

ticulosidad el castigo que había de asignarse. Pero cuando las corrientes positivistas y correccionalistas fueron infiltrándose en los cuerpos legales y resquebrajaron la pureza de su hechura clásica, se dilató el ámbito del juzgador porque la personalidad del delincuente, que permanecía en la sombra, adquirió gran relevancia para la determinación de la pena. Y si nuestro vigente Código apunta un sesgo subjetivista, puesto que con los aditamentos introducidos ha captado derivaciones de esas tesis doctrinales, resulta difícil para el juzgador abordar su cometido sin un conocimiento del hombre. El legislador establece los postulados de la defensa social, con los cuales se garantiza la convivencia humana, si alguien la perturba; pero la escueta noción de ellos no es bastante para que se logre una justicia ejemplar. El juzgador, ante los nuevos horizontes que se le ofrecen, además de analizar el hecho, tiene que afanarse por sondear, hasta donde sea factible, el desarrollo psíquico de la personalidad del delincuente y todas las circunstancias que giran en torno de su vida (85).

Según se colige, ambas trayectorias envuelven divergentes puntos de vista, cuyo engranaje acaso requiera alguna lentitud, porque no cabe imaginarle sin un mejoramiento de la formación profesional (86), que satisfactoriamente se va operando y se encuentra en trance de que sea más completa en un cercano porvenir. Al preconizar, hace ya años, un amplio arbitrio de los jueces, con separación previa de las especialidades civil y penal, entendían Jiménez Asúa y Antón Oneca que aquéllos, si habían de ser celosos intérpretes del mismo, tenían que ingresar en una Escuela o Instituto donde el futuro juez recibiera, en un par de cursos al menos, la preparación indispensable para el desempeño de sus complejas funciones, a base del cuadro de materias que especificaban (87). Desde entonces es innegable que se ha elevado el nivel cultural jurídico en nuestras carreras judicial y fiscal. La inquietud por el saber y los desvelos para que el acierto sea lo que caracterice a sus actuaciones, corrientemente dominan y absorben la atención. Y aunque esto, siendo ambiciosos, no remate las aspiraciones, implica, no obstante, lo suficiente para afirmar que la implantación de un arbitrio, por cauto que sea, como el actual, ha de surtir efectos provechosos, a pesar de todos los prejuicios y suspicacias. Pero donde hay que cifrar más seguridades, que desvanecen las dudas que en ese sentido pudieran surgir, es en la Escuela Judicial, «seminario de Jueces y Fiscales», de cuyo seno, expertamente alleccionados, saldrán, o deben salir, juzgadores con la capacitación apro-

(85) DEL ROSAL, *La personalidad del delincuente en la técnica penal*, ed. cit., páginas 54, 55 y 98.—CASTEJÓN, *Génesis y breve comentario del Código penal de 23 de diciembre de 1944*, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, abril 1945, pág. 465.

(86) CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1948, tomo I, página 599.

(87) JIMÉNEZ ASÚA y ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, Reus, Madrid, 1929, tomo I, pág. 27.

piada para que el arbitrio, cualquiera que sea su amplitud, no rebase los contornos de las decisiones justas.

La clave, pues, del problema consiste en moldear las distintas aptitudes del juzgador con el cuño de una orientación renovadora que permita encajar el rumbo progresivo del Derecho, el cual no hace más que atemperarse al que sigue la sociedad humana. Con la garantía de su experiencia, don Manuel de la Plaza Navarro, ilustre Director de la Escuela Judicial, dice que la formación de la Magistratura reside en dos calidades fundamentales, la condición moral y la cultura jurídica, sólidamente compenetradas para no caer en el error, adoptando una situación unilateral, de «que al dispensador de la justicia le basta con tener buen sentido o, acaso mejor, sentido de lo justo». La fusión de ambos *ingredientes*, como les califica, es imprescindible, pues, según advierte, «la más decidida y firme voluntad de acertar fracasa si la conciencia del juzgador no está iluminada por un conocimiento cabal de las posibilidades que el derecho ofrece para alcanzar el ansiado objetivo»; y «en otro orden de consideraciones—termina razonando—no podemos perder de vista que el realizador de esta augusta misión no es un personaje colocado en un mundo sidéreo, sino un hombre de carne y hueso que se desenvuelve en un medio social determinado y, por ello, participa de sus inquietudes, vibra con sus preocupaciones, tiene las excelencias y flaquezas de sus conciudadanos y vecinos, responde en fin, a un *sentido de lo justo*, que, a pesar de ser un concepto absoluto, ofrece en sus realizaciones matices variadísimos» (88). Si es inexcusable, en su virtud, para el juzgador, el conocimiento del Derecho, en la misma medida, por lo menos, es conveniente que esté penetrado de las diversas manifestaciones que la vida presenta. Con este bagaje tamizará sabia y comprensivamente, a través del incommovible texto de la ley y del cedazo de su conciencia, aquellos supuestos, arrancados de la tangible realidad, que se le someten para su examen y solución. Y así, al discriminar la imputabilidad, el dolor o culpa y las circunstancias internas y externas de una acción punible, para configurar el concepto de la culpabilidad, soporte de una sanción, tiene que evaluar, si ésta ha de ser una ecuánime consecuencia, las cualidades morales y materiales del hombre que delinquirió y el ambiente en que se fué forjando su voluntad, que en un instante de su existencia, a lo largo de toda ella, careció del freno de las almas buenas, porque, a semejanza de cualquier otro acto humano, «el delito es producto de dos factores: del carácter y de la situación; esto es, de la individualidad y del medio» (89). Armonizando los dos aspectos, el juzgador podrá interpretar la ley como verdadero hombre, con el espíritu abierto al bien y al mal; no sentirla fríamente, como si estuvieran adormeci-

(88) Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1948, Reus, Madrid, 1949, pág. 48.

(89) RADBRUCH, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, trad. de Recasens, edición «Revista de Derecho Privado», pág. 134.

dos los resortes de la caridad, del amor, de la comprensión, como si latiese un corazón y actuara un alma de fondo seco, sin posibilidad ninguna de discernir la malicia de la bondad. El juzgador entonces no se dejará arrastrar por el rigor inflexible del precepto, cual ocurre en ocasiones al pedir una pena que resultaría excesiva, ni se subordinará demasiado a los sentimentalismos y compasiones, como sucede también frecuentemente al emitir una sentencia, señalando un castigo que, por lo benévolo, será inoperante para el culpable y la sociedad. Recordando la cita de Radbruch, el juez tiene que llevar grabadas las palabras que Goethe dice de «Mahâdôh, señor de la tierra»: «Tanto si debe castigar como si debe tratar con dulzura, siempre debe mirar a los hombres humanamente» (90). Bastaría esto para que el término ponderado, sin templanzas ni severidades, sobreviniese como secuela obligada y para que el arbitrio judicial, por consiguiente, lograrse el éxito a que se aspira.

Pero es preciso no habituarse a la idea de que ha de llegar un momento en que se encuentre una fórmula tranquilizadora para que el ánimo descanse y repose. Conviene, por el contrario, pensar que esa meta no procede alcanzarla, que el desacierto es lo que acecha, que diariamente, a pesar de que la tarea adolezca de alguna monotonía, hay que renovarse y abordar los hechos y las personas, los delitos y los delincuentes, cual si fueran una novedad. Es necesario, en suma, aunque la afirmación parezca extraña, revelar el criterio punible que se estime justo con la incertidumbre de si lo será, porque no somos omniscientes y porque así, dudando, es como puede mantenerse, perennemente viva, la fe en la justicia.

Mientras vibren en el ánimo, sacudiéndole constantemente, inquietudes de esa naturaleza, mientras creamos que estamos al borde de la equivocación, nos asistirá el estímulo que, profesionalmente, nunca tiene que abandonarnos. Huyendo de la significación peyorativa que alguien pudiera columbrar, si no está identificado con lo que decimos, la esencia de nuestras reflexiones—bien ajena a todo vilipendio—se patentiza diáfananamente en estos versos de León Felipe:

«—No
sabiendo
los oficios
los haremos
con
respeto—.
Para enterrar
a los muertos
como debemos
cualquiera sirve, cualquiera...
menos un sepultureiro.»

RÉSUMÉ

En partant de l'affirmation que les corps législatifs ne font que refléter les idées dominantes dans le moment de leur conception, l'auteur de ce travail commence par faire une allusion au caractère d'intérimat avec lequel les Codes pénaux espagnols ont été promulgués couramment, ce qui a empêché les principes progressifs de la science de cristalliser en eux avec la coordination appropriée. Et comme quelquefois la signification de leurs préceptes était éloignée de la pensée prédominante dans le champ de la spéculation scientifique on a dû introduire quelques retouches, dans le contexte originnaire de la loi pénale, comme s'a été le cas de l'arbitre judiciaire modéré octroyé au Code actuel, qui continue à montrer une préférence par le fait objectif, en postergant le délinquant, qui cependant est plus digne d'attention pour l'usage de la faculté indiquée.

Après avoir exposé l'idée de l'arbitre judiciaire, l'auteur dirige ses réflexions vers le Droit pénal où celui-ci s'est enraciné le plus, pour distinguer la liberté de criterium, qu'on accorde aux Tribunaux en ce qui concerne l'interprétation et la portée des dispositions, de l'élasticité de jugement, qu'on leur octroyé en ce qui concerne la précision de la peine assignée à un délit, qui est ce qui forme le vrai arbitre judiciaire, dont il examine les contours selon une indétermination absolue et relative.

Après une brève référence historique sur l'arbitre judiciaire, une aux vicissitudes que celui-ci a subi dans les différents Codes pénaux espagnols, l'auteur aborde la régulation de l'arbitre judiciaire par le Code de 1944, qui est celui qui se trouve actuellement en vigueur, comme l'aspect fondamental du problème qu'il étudie. Il analyse et systématise l'articulé en classifiant l'arbitre en général et spécial et en groupant dans chacun d'eux les différentes suppositions légales que le juge puisse considérer, quoique sans intention d'épuiser le sujet.

Il finit son travail par une allusion aux difficultés et aux inconvénients qu'on attribue à l'arbitre judiciaire dans sa réalisation et, en défendant l'importance et l'efficacité avantageuse que celui-ci entraîne, il indique quelques moyens pour éviter les critiques adverses et pour donner à cette institution juridique une amplitude plus grande.

SUMMARY

Basing himself upon the fact that the legal bodies only reflect the ideas which prevailed in the moment of their conception, the author begins his study by making an allusion to the temporary character of the Spanish Penal Codes, what hindered that the progressive principles of science could crystallise in them with the

suitable coordination. And, as some times the meaning of their precepts was very far away from the ideas prevailing in the field of the scientific speculation, it was necessary to introduce some retouches in the original contexture of the Penal law, as it was the case with the moderate judicial free will granted in the standing Code, which continues to show a preference for the objective fact, postponing the delinquent, who nevertheless deserves more attention for the use of that faculty.

After exposing the idea of the judicial free will, the author aims his reflexions to the Criminal Law, where it has the deepest roots, to distinguish the freedom of criterion granted to the Tribunals concerning the interpretation and reach of the dispositions from the elasticity of judgement granted to them concerning the exactness of the penalty assigned to a crime, and which constitutes the real judicial free will, the contours of which he examines according to an absolute or a relative indetermination.

After a short historical reference of the judicial free will linked with the vicissitudes that it has suffered in the different Spanish Penal Codes, the author treats the regulation of the judicial free will by the Code of 1944, which is the standing one at present, as the principal aspect of the problem which he studies. He analyses and systematizes the article by classifying the judicial free will into general and special one and by grouping in each of them the different legal suppositions that the judge may consider, but without idea of exhausting the subject.

He finishes his study by an allusion to the difficulties and the inconveniences attributed to the judicial free will in its fulfilment and, defending the importance and the advantageous efficacy which it implicates, he points out some of the means to avoid the adverse critiques and to give a greater amplitude to this institution.

Delincuencia de omisión

JOSE MARIA GONZALEZ SERRANO
Fiscal de la Audiencia de Salamanca

SUMARIO: I. Silueta del delito. Su marcado tono social.—II. Delitos de acción y delitos de omisión. Importancia creciente en extensión y en intensidad de los delitos de omisión.—III. Los delitos de comisión por omisión. Dificultades para su incriminación.—IV. Relación de causalidad. Causalidad física y causalidad moral.—V. La teoría de la causalidad moral explica el reproche de los delitos de comisión por omisión.—VI. Labor jurisprudencial de marcar cuáles son las «conductas esperadas» en los delitos de omisión.—VII. Obligación de denuncia. Omisión de denuncia. Delincuencia colectiva de omisión (1).

En un trabajo que sobre el tema «Pacheco, penalista y legislador» publicó en la *Revista de Información Jurídica* de octubre de 1948 el sabio Catedrático de la Universidad de Madrid, don Eugenio Cuello Calón, se estudia la influencia de Pellegrino Rossi en nuestro don Francisco Pacheco. Rossi «representa en Italia, en el campo penal, lo que Kant un siglo antes representara en Alemania»; «encarna la oposición decidida contra el hedonismo y el utilitarismo de Beccaria y de la filosofía penalística del siglo de las luces, que prescindían de las ideas de moral y de justicia; en pugna con aquél al que certeramente reprocha no ver más que el lado político de la justicia y sacrificar todo a este aspecto, fundamenta el Derecho penal sobre el orden moral y la justicia absoluta, exteriorizada en la idea de retribución». Y don Eugenio Cuello Calón expone seguidamente esta idea, que llamó mi atención grata y poderosamente: «También hoy se esboza ya una sana reacción, como ésta, de fondo moral y espiritualista, contra el desmedido patologismo y biologismo que infesta la ciencia penal, y se aspira con brío a ligarla reciamente con la ética, porque el Derecho penal no se comprende sin una concepción ética de la vida.»

Es como la voz indicadora de nuevos rumbos para nuestra cien-

(1) N. de la R.: Con posterioridad a recibirse este trabajo en nuestra Redacción, se ha publicado la Ley de 17 de julio del presente año, sancionadora de actitudes de omisión, en la misma tendencia doctrinal que en el trabajo se expone.

cia. Esta no es sólo una labor de análisis, de investigación, de clasificación del delito o de la persona del delincuente. Y ello, aunque sea con espíritu combativo, para anular la delincuencia y rectificar o atajar su obra donde ésta se presente.

Es también la ciencia penal una ciencia constructiva.

Carrara decía que Rousseau se equivocaba al estimar que el Derecho penal no era una ley subsistente por sí misma, sino la sanción de todas las otras: «con esta fórmula se reduce el oficio del Derecho criminal al mero castigo, sin tener en cuenta la prohibición, que forma parte integrante de él» (1).

Y realzan la valoración de la ley penal estas palabras de Mezger: «El medio más terminante de que el legislador dispone para desaprobar, prohibir y marcar como injusta una determinada acción, es sancionar con pena la ejecución de la misma. Al hacerlo, la prohíbe. El fundamento de la antijuridicidad de la acción yace en la misma ley penal» (2).

La ley penal, lejos de ser sólo ley accesoria que sirve o busca el cumplimiento de otra ley principal, tiene también la función de valorar conductas e impregnarlas del sello de licitud o ilicitud.

Función vital por excelencia, que por ello no debe salir del campo de la ética que nutre todo el Derecho positivo. «Como el billete sin reserva, dice Carnelutti, es una moneda falsa, aunque legalizada, el precepto sin contenido ético es un Derecho falso» (3).

La filosofía en la actualidad corta sus vuelos anteriores idealistas o positivistas y se centra y se atempera a la realidad de la vida. La ley penal y con ella la ciencia penal teórica o jurisprudencial, en signo de manifiesto vitalismo, «aspira con brío a ligarse reciamente con la ética», según la expresión del profesor Cuello Calón.

I

Concepciones diversas existen sobre el delito. Las escuelas han dado y defendido tesis distintas. Nuestra inteligencia gusta de escudriñar e investigar lo que ya conoce. Generalmente alardea de perseguir un descubrimiento, pero es muchas veces de algo que ya tiene captado. Precisamente porque lo ha captado y lo conoce es por lo que quiere descubrirlo. La inteligencia revolotea sobre lo que ya tiene por base segura.

Cosa semejante ocurre con el delito. Captado su ser o su concepto, el discurso de los penalistas lo pone a las veces en el propio delincuente, para teñirlo de antropología, de biología, de psicología

(1) FRANCISCO CARRARA, *Programa del Curso de Derecho Criminal*, Prolegómenos. Traducción de Jiménez Asúa. Edit. Reus, Madrid, 1925, pág. 11.

(2) EDMUNDO MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*. Traducción de Rodríguez Muñoz. Segunda edición. Edit. «Revista Derecho Privado», t. I, pág. 365.

(3) FRANCESCO CARNELUTTI, *Teoría General del Derecho*. Traducción de Carlos G. Posada. Edit. «Revista Derecho Privado», Madrid, 1941, pág. 61.

gía. Otras lo saca al exterior, para vestirlo de sociología, de economía, de medio ambiente. Y otras, por fin, lo repliega a las hojas del Código, para adornarlo o disfrazarlo de juridicidad.

Pero siempre se juega, en definitiva, con esencias de las que ya somos dueños.

Cuando la inteligencia, inquieta por serlo, de imposible reposo hasta dar con la Verdad Suprema, se obstina en su vuelo perenne, en girar sobre lo mismo para descubrir o representarse facetas infinitas de las cosas, es prudente cortar su osadía y replegarla para que no se aleje de su base de partida y se exponga a confusión.

Una relación de tesis y teorías sobre el concepto del delito puede demostrarnos de cuántas formas podemos verlo y con qué ropajes distintos lo examinamos unos u otros.

Pero un serio repliegue de nuestro pensar y un propósito, utilitario sin duda, de limitar nuestra libertad de opinión, nos descubrirá el punto de partida libre de aditamentos, y el delito se nos presentará simplemente como una modalidad de nuestro comportamiento para con la sociedad.

Algo nuestro, humano, integrado en el despliegue de nuestra existencia. Que se enfrenta con algo de los demás, del todo, del complejo o conglomerado que constituye la vida en sociedad.

Sin lo primero, lo ocurrido será un acaecer, pero no un delito. Sin lo segundo, lo primero habrá sido funesto o conveniente, torpe o acertado, horrendo o bello, pero no encontrará la voz de eco que el delito requiere en la pared incommovible de la organización social.

Tal vez hoy sea conveniente replegarse a un concepto, diríamos empleando un término de actualidad, que simplemente existencial del delito. Admitir y dar por buenas las variaciones de su noción. Mas importa precisar en cada momento de la vida social su silueta. Los estudiosos han agotado su materia. El delito se ha presentado en mil maneras dignas de emprender su análisis. Pero la especulación debe replegarse de vez en cuando a la fría realidad. Al fin y a la postre, de tanta teoría si se deducían distintos procedes éstos eran todos de lucha contra el crimen. Y el crimen era siempre el disparo lanzado por el delincuente contra lo que la organización social había dicho ser suyo.

Hoy esa organización social reclama ser defendida. Algunos afirman que el Derecho penal encaja dentro de la Jurisprudencia de intereses, y el civil de la Jurisprudencia de conceptos (4). El primero se dota así de un realismo y vitalidad inconfundibles.

Las encrucijadas de la Historia se presentan como obstáculos formidables según su capricho para los hombres, para los pueblos, para las naciones. Hoy es el «todo social» el que se agita, se agrieta, se descompone. Guerras, revoluciones, luchas de ideas que como las ondas etéreas circunvalan el mundo.

(4) SILVA MELERO, *Relaciones entre el Derecho Civil y el Derecho Penal*. ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES. Madrid, t. I, pág. 246.

Y en tan solemne y trascendental momento, el ataque del individuo al todo social es lo que destaca como fuerte nota en la silueta del delito, y desde ese punto de mira, básico y generalizador, es desde donde importa combatirlo.

Pero el delito no puede estimarse sólo como una conducta tendente en determinado sentido al todo social. Eso puede ser el punto de partida. Hasta ahí, la acción delictiva no ha pasado de ser una conducta o conductas individuales, en las que se observa y destaca una tendencia determinada.

La silueta del delito no se completa hasta que arrancando de ese punto de partida no concluye más tarde su trayectoria. Y esa trayectoria enlaza la conducta individual con otra determinada conducta del «todo social».

Pues bien, es precisa en el «todo social» una actitud o posición determinada. Y esta posición es compleja.

Hace falta primeramente que el todo social haya hecho una apreciación de un ser o sucedido de la vida y lo haya adoptado como suyo.

La vida es una sucesión constante de acaeceres, en donde juegan como peones los hombres y las cosas. Estos acaeceres son de mayor complejidad a medida que un mayor estado de cultura va imponiendo mayores exigencias de vida y descubriendo nuevos rumbos de actividades.

El «todo social» va recogiendo y encubriendo como suyos contenidos que se crearon y se desarrollaron a su margen. Otras veces él mismo puede crearlos. Y así, el «todo social» se agranda hasta mostrar el aspecto que hoy ofrece de verdadero gigante.

Pero no es sólo esa función integradora del «todo social» la que interesa para marcar la silueta del delito. Hasta ahí no ha existido más que labor de apreciación, de formación o absorción de contenido.

El «todo social» realiza también su función valorativa. Todo lo que vive hace constantemente una valoración. La facultad estimativa que en los brutos existe, les permite hacer valoración de lo que es conforme o contrario a su naturaleza. En el hombre esto se llama cogitativa.

Pues el «todo social» percibe de un modo semejante lo que es compatible o incompatible con su propia existencia. Y vive como en perpetua revisión de valores. Depreciando o revalorizando su propio contenido. En constante labor de medida.

Aquí ya se encuentra la actitud o posición del «todo social», necesaria para obtener la silueta del delito. Una conducta de ese todo que se haya apropiado como suyo de un «algo» de los que la vida se compone y lo haya valorizado hasta el extremo de pronunciar una condenación o una repulsa de todo lo que a ese «algo» se oponga. «El delito, dice Pessina, no tiene por objeto negar la

religión, la ciencia, la moral, la industria, la educación de la humanidad o del individuo; su objeto propio, directo e inmediato es el Derecho mismo, del que aquél es una rebelión» (5).

Pues en esa postura del «todo social» es donde termina la trayectoria de la representación del delito. Se inició en una conducta humana tendente al «todo social», y concluye en una conducta del «todo social» de apreciación y valoración que el Derecho realiza y que resulta herida por aquel proceder humano.

Si esa es la trayectoria, de recto perfil, su colorido se descubre con solo observar el de los extremos que enlaza. Parte de una conducta humana, individual, sin duda, pues en el orden delictivo sólo es correcto partir de la conducta del hombre o de la suma de hombres, pero nunca de nada distinto del mismo hombre. Y esa conducta se matiza de colorido social, puesto que es de su naturaleza tender a otra que es social por excelencia. Y termina en una actitud del «todo social», que bien para defenderse a sí mismo o a los propios individuos de que se integra, se sitúa en una postura de afirmación de su contenido y negación del contrario.

Luego una conclusión brota en definitiva. La silueta del delito se ofrece como eminentemente social. Sólo pensando en el «todo social» puede darse el arranque a la idea del delito. Sólo considerando la propia afirmación del «todo social», que como tal afirmación puede por alguien ser negada, es como cabe imaginar la existencia real del delito.

II

Pero conviene delimitar algo más esta idea del matiz social en la silueta del delito.

El «todo social» ocurre por el hecho de encontrarse situado el hombre entre los demás hombres, lo que previamente implica el hecho de encontrarse todos los hombres en la vida.

La vida se integra por un conjunto de acaeceres que naturalmente no pueden ocurrir por un constante azar. Entonces ocurriría el desorden, la destrucción, el aniquilamiento. La vida es un orden, y el espíritu vital radica esencialmente en el orden vital.

El orden supone un ordenador. Al ordenador se le llama así porque impone el orden. Luego su concepto de contenido positivo implica la existencia real o posible del contrario, del desorden. Si el ordenador se llama ordenador porque impone el orden pudiendo optar por el desorden es porque ese ordenador es libre.

Sólo dos seres son ordenadores en el acaecer de la vida. Los dos seres que en ella son libres. Dios y el hombre.

Recuerda el catedrático Elías de Tejada que Santo Tomás con-

(5) ENRIQUE PESSINA, *Elementos de Derecho Penal*. Traducción de González del Castillo. Edit. Reus, Madrid, 1936, pág. 277.

cibe el universo como la resultante de dos fuerzas combinadas: la omnipotencia de Dios y el quehacer libre del hombre; un dualismo en el que Dios pone la objetividad del orden, y el hombre la posible alteración de ese orden. Dios es causa primera y el hombre causa segunda del ordenamiento cósmico (6).

Dios ha establecido el orden magnífico de la Naturaleza. Existe en todo el universo, observa Taparelli, un principio innato de movimiento que tiende a cumplir los designios del Criador. Este principio es lo que solemos llamar Naturaleza (7).

Y en la Naturaleza ha colocado Dios al hombre, dotándole de libertad, que tanto radica en la voluntad como en la inteligencia, para que construya su orden y alcance así su fin. De esa forma será algo en el cielo prometido, pues si aquí somos cada uno un hacer, allí seremos los haceres que aquí hicimos. No se concibe un cielo rodeado de seres que de sí nada hicieron, limitado entonces al primero y único hacer del Criador. Un cielo en el que Dios se mostrase glorificado, pero rodeado tan sólo de tios-tos y macetas.

El hombre se encuentra en la vida situado en el orden de la Naturaleza por Dios creado. Y es su misión hacer su propio orden. Vivir es irse enraizando por medio de la libertad que Dios nos ha dado en el propio orden que Dios ha impuesto.

La perspectiva que la vida ofrece es entonces la de un orden de cosas extrañas al hombre, que acaecen fuera de la voluntad del hombre, y con las que el hombre se encuentra al hacer su vida.

El hombre pone en ellas su actividad, y así origina que junto al curso o cadena causal de las cosas se desarrolle el curso causal humano, consecuencia de aquella actuación del hombre. La voluntad somos nosotros mismos, dice Saldaña, proyectándonos magníficamente sobre el mundo exterior para modificarle (8).

Ahora bien, el hombre no vive sólo en la vida. El hombre se encuentra situado en ese orden y acaecer de la Naturaleza. Pero se encuentra situado juntamente con los demás hombres. Junto al proceso causal que él produce, están los procesos causales de todos sus semejantes. Y es en esa cadena de acaeceres, divina en parte, humana en parte también, en donde el «todo social» realiza la labor de apreciación y valoración que antes referíamos.

Si la acción del hombre que marca su proceso causal resulta contraria a la estimación que el «todo social» ha hecho, aparecerá la silueta delictiva. Pero la actitud del hombre puede ser también de no hacer, de dejar correr el proceso causal de la Naturaleza, de no poner el suyo propio para lograr lo que el «todo social»

(6) ELÍAS DE TEJADA, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. Madrid, 1946, cuaderno II, pág. 80.

(7) LUIS TAPARELLI, *Curso elemental de Derecho Natural*. Traducción de G. Tejado. Madrid, Librería Católica Internacional, 1871, pág. 17.

(8) QUINTILIANO SALDAÑA, *Adiciones al Tratado de Derecho Penal* de Franz von Liszt. Edit. Reus, Madrid, 1927, t. II, pág. 429.

ha estimado. La reprobación del «todo social» tiene que ser entonces la misma.

El hombre habrá dejado de hacer, de realizar su vida, cuando el «todo social» estimaba que ese hacer le era preciso. La silueta delictiva resultará así matizada de un contenido social, y de un sentido de hacer, pero lo mismo referido a un hacer contrario a la valoración del «todo social» que a un dejar de hacer contrario igualmente a esa valoración.

En esta manera de pensar el delito, nada significa entonces que éste sea por acción o por omisión. En ambas formas destacan por igual sus características de actitud individual de tendencia al «todo social», de lesión a lo que el «todo social» ha apreciado y valorizado, y el resultado de tomar posición en el orden de acaeceres de la Naturaleza distintos a lo que el «todo social» quiere incrustar o mantener en el mismo.

Pero diríamos, a pesar de esa similitud, que el delito de acción es de más bulto que el de omisión. Resalta más, a la vista de cualquiera. Uno y otro son infracción de un precepto. El primero de un precepto prohibitivo. El segundo de un precepto ordenativo, pero el precepto prohibitivo, al que se ha vinculado la existencia de un delito, suele ser de mayor significado y tener relieve más marcado que el precepto ordenativo.

Históricamente se comprende así también. Pese a que el hombre por su naturaleza y por el hecho de encontrarse entre los demás hombres, es evidentemente un ser social, las teorías que fundamentan el fenómeno de lo social tienden a engarzarlo más que a una necesidad del complemento del individuo, a una necesidad de limitación del individuo para que el hecho social pueda realizarse. Es el hombre que dimitte parte de sus derechos para con ellos integrar los derechos del «todo social».

Esa necesidad primordial de autolimitarse se explica si se considera que es difícil al hombre concebir nada que primeramente no esté dentro de sí. Es el hombre quien tiene un fin que cumplir. El fin que con la creación Dios se haya propuesto, sólo Dios lo sabe. Nosotros sólo sabemos el fin nuestro, y que cada uno tenemos uno. O más propiamente, que el mismo fin de todos es para cada uno fin íntegro, como si los demás no lo tuviesen también.

Por eso, los derechos y las obligaciones son en definitiva personales, aunque los mismos miren a nosotros mismos, al «todo social» o a Dios. Y así, el «todo social» lo integramos con aportaciones de nuestro yo individual. El mayor orgullo del hombre es considerarse un microcosmos, con lo que sabiéndose por revelación el rey de la Naturaleza, ve en sí mismo una concreción de todo lo creado.

De los griegos arranca la idea de que una identidad entre naturaleza, razón y cosmos nos hace inteligibles el mundo exterior que nos rodea. Sócrates pregunta si es posible un adecuado cono-

cimiento de la naturaleza del alma, prescindiendo de la naturaleza del universo (9). Y la filosofía idealista mantiene esa identidad, viendo las mismas reglas en el mundo del pensamiento que en el mundo del ser. «Lo que es racional es real y lo que es real es racional», es el principio hegeliano (10).

El hombre, si se vió a sí mismo necesitado del auxilio de sus semejantes, también observó en él algo de plenitud o totalidad que había de limitarse para la convivencia social.

No es de extrañar por ello que las disposiciones prohibitivas destaquen en la formación del todo social, con colorido mayor que las ordenativas. Y así, los delitos de acción resalten con mayor vigor y transcendencia que los delitos de omisión.

El proceso histórico de los delitos de acción integra toda la historia conocida de la criminalidad. En ella se ha estudiado la frecuencia mayor o menor del crimen, su intensidad según fuesen sus actos reveladores de crueldad más o menos marcada, e incluso la trayectoria de sus direcciones. De todos es conocida la evolución que Nicéforo marca de la delincuencia violenta a la fraudulenta. Von Liszt las denomina delincuencia blanca y de color (11).

Sobre los delitos de omisión no existen estudios semejantes. Pero a la vista está su proceso creciente bien marcado. Y nos atreveríamos a decir que marcado no sólo en extensión, sino también en intensidad. Lo primero porque su campo cada vez es mayor. Lo segundo, porque cada vez ahonda más en significación y transcendencia la actitud de omisión en el proceder social.

No cabe duda de que el área de los delitos de omisión tiene que extenderse. El «todo social» se agranda. Decíamos que hoy es un gigante. Aquel su primer comienzo de simple limitación de contenidos de personas individuales, queda tan lejano que sólo se descubre en el reconstruir especulativo del pasado, de lo que tantas veces se compone la Historia. Hoy el «todo social» suma y aglomera preceptos y preceptos con idea agotadora de todas las posibilidades de la existencia. Es fácil comprender que a mayor número de mandatos, corresponderá una mayor suma de infracciones por omisión de los mismos.

Pero afirmamos también que la delincuencia por omisión aumenta en intensidad. Lo que antes se omitía por derecho o por ser campo abierto en donde el Derecho no había penetrado, hoy se omite con tono de grave desvío de lo que el «todo social» persigue. Porque hoy se valora no sólo lo que el «todo social» prohíbe, sino lo que resulta de dirección opuesta a lo que el «todo social» se propone.

En realidad la explicación de esta mayor exigencia radica en

(9) SÓCRATES, *Fedro*, 270 c.

(10) JULIÁN MARÍAS. *Historia de la Filosofía*. Edit. «Revista de Occidente», segunda edición, pág. 277.

(11) FRANZ VON LISTZ. *Tratado de Derecho Penal*, t. II, pág. 365, traducción de Jiménez Asúa. Edit. Reus, Madrid, 1927.

un cambio del concepto de libertad, lo que a su vez supone una concepción distinta de vida del hombre.

La libertad se estimó siempre como un bien. Pero no se creyó siempre en ella como algo unido a la misma noción del ser humano. Como facultad del hombre ha sido afirmada y negada constantemente. Las cosas que se demuestran con argumentos de razón, encuentran con facilidad razones en contrario más o menos aparentes. La libertad es un fenómeno observable. Pero si despreciando esa experiencia que cada uno posee de sí, trata de buscar con la especulación lo que a la mano tiene, la libertad parece que se esfuma y son necesarios refuerzos de argumentación para de nuevo sacarla a flote.

Como condición social o política del hombre, la libertad ha tenido en la historia sus momentos de mayor o menor relieve.

El siglo XIX se señaló como siglo liberal por excelencia. El horizonte del mundo ofrecía amplios panoramas de libertad. Se tendía a lograr una libertad, panacea de todos los males.

Lo que se esperaba era como en redención o contraste de un pasado que con fundamento mejor o peor estudiado se estimaba de opresión.

Frente a los viejos colectivismos, o modulaciones de vida impuestas por poderes de tipo espiritual o temporal, se ofrecía como mejor perspectiva la de la persona humana íntegra, desplegando libremente a todos los aires su propia actividad.

La legislación se hizo celosa pregonera y defensora de la persona humana, casi divinizada. Y esta tal persona, reina y señora del vivir, desligada de ataduras que acababa de romper, no acertó sino a girar sobre sí, y se modeló con un recio individualismo y un egoísmo grosero.

En pueblos de sentido anarquizante, cual los pueblos meridionales, esa labor se destacó. De los españoles decía nuestro Ganivet que el ideal de cada uno era llevar una constitución política en el bolsillo que dijese: Este español está autorizado a hacer lo que le dé la gana (12).

Han transcurrido los años, y, como en todo, ese transcurso es solución de problemas. Los problemas de la vida se resuelven o el tiempo les diluye. Nada indica que desde el Poder se ejercite hoy mayor o menor opresión que cuando hace un siglo se alzaban al grito de ¡libertad! barricadas en las calles. Y sin embargo, esas barricadas no se levantan. Y si se levantan, los que dan el grito de libertad son los que están en el Poder, contra quienes los sublevados se dirigen.

Algo ha ocurrido que ha trocado los papeles. La explicación es sencilla. Hace un siglo se creía asistir al nacimiento de la personalidad humana, perdida antes o borrada en organizaciones de clases sociales, o estatales o de la Iglesia. Pomposamente se os-

(12) ANGEL GANIVET, *Idearium español*.—Granada, 1906, pág. 57.

tentaba esta creencia desmedida. Todo era en buena parte reflejo y engaño del espíritu de la revolución. Pero al menos no puede negarse que se asistía al nacimiento de un concepto de ciudadano político.

Hoy lo que se siente es la vejez de ese ciudadano. Y aquí sí que no es pomposidad, hablar de que se observa la decadencia de toda la personalidad humana. Y al igual que en el siglo XIX, se enfrenta ahora esa personalidad con una opresión que, de triunfar, definitivamente la asfixiaría. Pero no es de una opresión pasada, de la que el hombre se libera, sino de una opresión futura, a la que el hombre va lanzado.

La consecuencia es la contraria de la situación anterior. El hombre, en lugar de divinizarse, se desilusiona. Ya no fía en sus propias fuerzas. Ya reniega, aunque a veces sólo sea en convicción expresada de palabra, de su egoísmo individualista. Busca el agruparse a los demás para ensayar soluciones y adoptar posturas. Y siempre dimitiendo de aquella plena soberanía en sus cosas y en sus acciones, de que se veía o se creía dotado el hombre de final y de principio de siglo.

La noción de libertad del siglo XIX no tiene hoy sentido. El concepto de vida a que respondía, hoy se juzga feliz ilusión de nuestros abuelos.

Tal vez el concepto de vida no lo hagamos nunca nosotros. Como de hecho vivimos, la noción de vida la tenemos impuesta. Es algo que sobre nosotros está, en cuyos cambios no somos fautores, sino los que directamente los experimentamos.

Pues esa variación de un siglo a esta parte se ha producido y naturalmente ha trastocado el viejo concepto de libertad.

Hoy no se construye el ideal de persona humana con el lema utópico de máximo de libertad y mínimo de ligaduras, sino con razonado encaje en un vivir que exige ligaduras por todas partes. Hoy no se lanza el hombre a conquistar su libertad para con ella hacer su vida, sino que siente y sabe que su vida está en la de todos y que es con todos con quienes a la vida tiene que ir.

Así el orden de lo social, de lo colectivamente organizado, va dominando en la vida sobre el orden individual, de la iniciativa y actividad privada.

El hombre no deja de sentirse libre por verse cada vez en mayor grado, ligado al «todo social». Y el «todo social» valora entonces no sólo las actividades, sino también las conductas de omisión que implican un apartamiento de la conducta conjunta, cada vez más gigantesca. Conductas de omisión que son así en su transcendencia cada vez más extensas y cada vez de mayor intensidad y significado.

III

Se explica por lo dicho la importancia que hoy adquiere la conducta de omisión. Pero resalta principalmente el papel singular que hoy puede jugar la figura delictiva que se ha venido conociendo por los nombres de impropios delitos de omisión o delitos de comisión por omisión.

Estas actuaciones, cuya ilicitud ha sido puesta en duda sólo con timidez y reparos, diríamos que algo vergonzosamente, se han llevado al campo de lo penal.

Se ha distinguido, naturalmente, la omisión propia de la impropia. La primera supone quebranto de un precepto ordenativo, no hacer lo que la ley manda. La segunda implica atentado a un precepto prohibitivo, al tolerarse lo que está prohibido o provocarse por la omisión, y a un precepto ordenativo, al no hacer lo preciso para evitar se realizase el resultado contrario a la ley.

Y en esta omisión impropia se han distinguido por su diferente trascendencia dos clases distintas: la equivalente a la acción, por reunir una finalidad igual a la que con la acción podía perseguirse, cual la madre que quiere matar a su hijo y en lugar de asfixiarlo no le da el pecho para que muera de hambre. «En el mismo no hacer el hombre es siempre activo, aunque las apariencias nos le muestren inerte, porque la actividad se repliega sobre sí misma, determinándose a no obrar y persistiendo en tal determinación», dice Pessina (13). Y la no equivalente a la acción, por no reunir una finalidad que la caracterice al modo que el fin caracteriza a las acciones; supuesto en el cual la omisión, desplazada de la línea causa a efecto, o principio a fin, parece alejarse del campo de lo penal. El transeúnte que no separa del charco a un niño que en él ha caído o al que por alguien ha sido arrojado y que va a perecer ahogado. Ni es causa ni es principio ese transeúnte de la dolorosa situación de esa criatura, que tal vez tenga una causa u origen delictivos. Pero el resultado contrario a la ley, la muerte violenta de esa criatura, va a producirse a la vista y paciencia del transeúnte.

La doctrina aquí se deshace en distinguos. El genio previsor de los alemanes quiere agotar los supuestos. Debe alejarse por odiosa del campo penal la figura del tercero independiente. Este tercero incurre en delito de comisión por omisión si su actuación legalmente es esperada. Y lo es si se trata de persona que por su relación con la víctima o con la situación producida, tiene legalmente obligación de intervenir.

El padre está siempre obligado a salvar al hijo. La obligación puede derivar de un convenio precedente; el guía alpino no puede sin más dejar al alpinista perdido en la montaña. O tam-

(13) PESSINA, *ob. cit.*, pág. 279.

bién si es ese tercero cuya actitud se discute, el que ha provocado la situación de peligro; quien por descuido deja a otra persona cerrada en una habitación, no puede omitir el ir después a abrirla, y es en él esperada esa situación posterior de ir a abrir la puerta, cuya omisión se estimará delictiva (14).

Pero los distingos no se agotan. El tercero puede ser un auténtico tercero, y no encontrar el modo de engazarle al campo penal ni aun a través de obligaciones morales o económicas.

Si aquel transeúnte no era más que un transeúnte, ¿de dónde derivar su responsabilidad en la muerte del niño? ¿Cómo construir la antijuridicidad de su conducta?

Estos casos, buscados siempre en la dialéctica como casos de relumbrón, casos de caricatura que alguien llama, asustan al menos sensible. Pero su incriminación hiere otra sensibilidad contraria. La de quienes estiman que el penar tales omisiones, es exigir a cada instante un modo de conducta; y como las situaciones en las que esas conductas resultarían exigibles no pueden preverse, ocurriría que el Poder público tendría un amplio portillo por el que censurar y en definitiva castigar conductas indeterminadas de los ciudadanos.

Tal precaución debe datar de fechas lejanas. El romanista Arias Ramos refiere de la Ley Aquilia sancionadora del daño intencional o negligente que requería un acto positivo, no castigando los daños producidos por abstenciones; y que la interpretatio admitió el delito en casos en que la abstención estuviese relacionada con un acto anterior positivo: el que enciende un horno y se echa a dormir incendiándose la casa. Luego la responsabilidad parece sólo del que previamente incendió (15).

La ciencia penal muestra igual grado de prudencia:

Pessina afirma que la omisión sólo es punible en cuanto es violación de un deber especial de hacer alguna cosa (16).

Mezger niega la existencia de un deber general de auxilio (17).

Jiménez Asúa comenta el artículo 27 del Código penal de 1928, que decía: «Constituirá en todo caso omisión punible la de quien, estando en condiciones de prestar auxilio, sin perjuicio ni riesgo propio, no realice los actos que estén a su alcance y sean necesarios para evitar los daños y peligros que puedan sufrir personas o cosas.» Y el penalista comenta: «podría pensarse por el lugar que ocupa este precepto y por los términos de su redacción que se trataba de definir una forma general de todos los delitos... En tal caso este precepto sería peligrosísimo» (18).

(14) Véase el epígrafe sobre «el deber de actuar», en MEZGER, *ob. cit.*, página 291.

(15) ARIAS RAMOS, *Derecho romano*. Edit. «Revista Derecho Privado», 1943, t. I, vol. II, pág. 129.

(16) PESSINA, *ob. cit.*, pág. 279.

(17) MEZGER, *ob. cit.*, t. I, pág. 298.

(18) JIMÉNEZ ASÚA y ANTÓN ONECA, *Derecho Penal conforme al Código de 1928*. Edit. Reus, Madrid, 1929, t. I, pág. 120.

Según Antón Oneca, los casos de comisión por omisión deben quedar reducidos a los «equivalentes a la acción», por no haber precepto de carácter general que los extienda a otros hechos, como el artículo 40 del Código italiano (19).

Cuello Calón exige siempre el deber jurídico de obrar. «Si el sujeto en cuestión no tenía deber jurídico de obrar no existe omisión ni delito alguno.» Pero cita la opinión de Traeger: «Cuando la conducta activa sea absolutamente necesaria para el mantenimiento del orden y de la seguridad social, debe equipararse con la producción del resultado el hecho de no impedirlo; mas en otros casos debería establecerse una graduación de la penalidad proporcionada a la importancia social del deber de impedir el resultado.» (20)

En definitiva ese criterio de prudencia, unido al reparo de carácter técnico de imposibilidad de encontrar, ni por analogía ninguna relación causal, es lo que hace retirar prudentemente del campo penal continuas actitudes de omisión.

Sea de ello lo que fuere, es lo cierto que la nueva conciencia social, contraria a toda posición de egoísmo individualista, ha de ir borrando por su intrascendencia la distinción de delitos de acción y de omisión en cualquiera de sus formas, vinculando cada vez más a las personas a una intervención obligada y reprochando más fuertemente toda actitud inhibitoria por exculpada que parece.

La observación no es de ahora. Cita Sánchez Tejerina el dicho de Montesquieu: «la ley penal ha de adaptarse al sentimiento de las sociedades, y la sensibilidad social tiende hoy a castigar ciertas abstenciones» (21). Y en sentido semejante Carrara, aunque pone como premisa necesaria el «derecho exigible a la acción omitida», advierte que los delitos de inacción se extienden considerablemente en aquellas legislaciones que admiten el principio de la «solidaridad defensiva» de los ciudadanos (22).

En las islas Filipinas existe un proyecto de reforma del Código penal vigente, promulgado en el año 1932, pero trasunto del dado por España a aquellas islas en 1887, a su vez derivación del español de 1870 (23).

En ese proyecto se tipifica en los delitos contra la sociedad «la desatención reprochable de los deberes cívicos», que se enuncia de la siguiente manera: «es la obligación moral para con la sociedad

(19) ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho Penal*. Madrid, 1949, tomo I, pág. 173.

(20) EUGENIO CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*. Edit. Bosch, Barcelona, 1948, tomo I, pág. 296.

(21) ISAÍAS SÁNCHEZ TEJERINA, *Teoría de los Delitos de omisión*. Edit. Reus, Madrid, 1918, pág. 13.

(22) CARRARA, *ob. cit.*, pág. 64.

(23) ALFONSO FÉLIX, *Reforma del sistema penal de Filipinas*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, Madrid, t. I, pág. 407.

o sus componentes, que el sentir general o la conciencia pública impone a todo individuo que convive con los demás miembros de una comunidad civilizada, de ser útil y de prestar a sus semejantes el servicio que las circunstancias de cada caso demanden.» Y lo explica la exposición del proyecto en párrafos de marcada significación: «el filipino, apático de suyo, ha sentido la perniciosa influencia de esa ola de indiferentismo imperante en esta época de grosero y egoísta materialismo»; «es corriente acudir a contemplar un incendio como a un espectáculo»; «a compensar tan censurable insubordinación contra el precepto divino, amarás a tu prójimo como a ti mismo...»

IV

El delito de acción ataca directamente al precepto prohibitivo. Hace lo que la ley prohíbe. El delito de omisión dirige sus dardos hacia el precepto ordenativo: omite lo que la ley ordena.

En ambos se ha investigado la cadena causal. En el delito de acción se ha descubierto una rica gama de causas y concausas. Tantas, que a veces parece que la investigación se ha salido del campo de lo investigado. En la vida todo es causal y todo es compuesto. El delito sin duda también lo es. Pero cuando lo que se investiga es un fenómeno vital como el delito, es fácil desenfocar la investigación, porque parece que el hecho que se observa como hecho vital tiene algo propio, «sui generis», y es así distinto de las causas que lo producen y de la simplicidad de los elementos que lo integran.

La causalidad en los fenómenos vitales sólo puede admitirse con un cierto tono de relatividad, sin ninguna pretensión de postulado absoluto. Sería cerrar toda la fuerza del impulso vital que en la Naturaleza existe.

A veces, las disquisiciones y teorías de la causalidad, se hacen por tratadistas más o menos enrolados a la tesis Kantiana. Y precisamente para Kant, la causalidad es una categoría del ser, no algo que existe en las cosas, sino tan sólo algo pensado por nosotros en las cosas. Pues, o se mantiene la vida en los terrenos del más puro y viejo idealismo, o si de ellos se descende para situarla en un ámbito real y existencial, aquellas elucubraciones de la mente para dotar de causalidad a las cosas, resultan verdaderas trabas para examinar el claro acontecer de los hechos cotidianos.

Algún autor, como Mayer, niega la necesidad de una teoría de la causalidad en Derecho penal (24). Tal vez pueda admitirse que para el estudio del delito sobra mucho de la teoría de la causalidad.

En los delitos de omisión la cadena causal ofrecía el punto obs-

(24) MEZGER, *ob. cit.*, t. I, pág. 230.

curo de su eslabón de arranque. Porque de una negación de actividad, ¿qué puede nacer? La nada, nada produce.

Para ello se apeló a la tesis de la relación causal por analogía. Una omisión es causa de un sucedido en forma análoga a como un hecho puede ser causa de otro. Pero sólo análoga. Porque si la causa en buena filosofía tiene en sí encerrado el efecto, la nada no puede encerrar nada. «Sobre el cálculo de la fuerza causal—dice Antón Oneca—para impedir el resultado de la acción debida, se puede declarar de un modo analógico que la omisión ha causado el resultado» (25).

Todas estas cuestiones producen la sensación de que el tema se ha desbordado. El delito se ha querido examinar en sus causas, en sus elementos. Los horizontes de investigación han resultado indefinidos. Los componentes del acto delictivo, de una inabordable complejidad. Pero parece que se ha perdido la idea previa del delito. La meta de donde se partía y adonde se quería llegar.

A fuerza de examen, el delito, fenómeno vital, ha sido desvitalizado. Las sinuosidades de la teoría de la causalidad o de la teoría de la acción, nos llevan a un laberinto especulativo, en el que la silueta del delito casi se esfuma. Dice el Padre Cathrein que los tratadistas emplean en estos preliminares de «acción» demasiada atención y agudeza de ingenio (26). Y en definitiva la noción de «acción» tiene que adoptar una configuración «sui generis» para su juego en el campo penal. Recuerda Antón Oneca la controversia sobre si la acción es concepto naturalístico o jurídico; es decir, si pertenece al mundo de la realidad natural o si es concepto valorizado jurídicamente. Antón concluye que «el hecho base del juicio penal pertenece a la realidad natural, pero está jurídicamente delimitado y sistematizado» (27).

La forma más cruda de la teoría de la causalidad es la de la igualdad de las concausas. Todo lo que suprimido «in mente» produciría la desaparición del resultado.

Esa forma cruda, que más bien parece una fórmula de las «ciencias exactas», cede de su crudeza con los aditamentos de la causa relevante o de la causa adecuada. Es una labor de acoplamiento de fórmulas extrapenales, a la necesidad de construir el Derecho penal para combatir el hecho real del delito.

Pero parece hemos sobrepasado el tema. El delito es fenómeno vital, la acción de un viviente. El Derecho penal persigue el delito. Lo que le importa es la actuación de ese viviente. El cuadro de lo material en donde el delito se haya producido, sólo interesa en cuanto querido por ese viviente.

La vieja teoría de la culpabilidad moral nos da la clave. En definitiva se busca esa culpabilidad, descubrirla, esclarecerla, gra-

(25) ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ, *ob. cit.*, t. I, pág. 172.

(26) P. VÍCTOR CATHREIN, *Principios fundamentales del Derecho Penal*. Traducción de S. Tejada. Edit. Gustavo Gili, Barcelona, 1911, pág. 166.

(27) ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ, *ob. cit.*, t. I, pág. 161.

duarla. Pues en su busca, y si esa culpabilidad moral consiste en la aceptación del delito por la voluntad que luego lo produce, lo que interesa es examinar esa voluntad como causa del delito. Todo lo que sea investigar la causalidad, prescindiendo de igual aditamento de «moral», es desbordar el tema.

El crudo concepto de causalidad material resulta de difícil encaje, y la doctrina tiene que darle también una configuración especial para poder traerlo a cuento. Así se explican estos párrafos de Mezger: «La conexión causal en el sentido del Derecho, es más restringida que la conexión causal en sentido natural, teniendo en cuenta el fin propio del Derecho, por lo que debe excluirse de la causalidad en el ámbito jurídico todo lo que no corresponda a la regla de vida.» Esta es afirmación de von Bar (28). Pero Mezger también dice: «La posibilidad de distinguir diversas formas valorativas de participación en el delito, no obstante el igual valor causal de las distintas condiciones del resultado, descansa en el hecho de que equivalencia causal no supone al mismo tiempo igualdad valorativa jurídica» (29).

Y el desplace de la causalidad material hacia la causalidad moral, se impone. Carrara, citado por Ferrer Sama (30), en el caso del que sitúa una escalera para que otro suba a robar pero éste sube a matar y mata, desecha toda responsabilidad del primero por participación en el homicidio, pues «una complicidad constituida por la mera cooperación material sin concurso de la voluntad específica, es un absurdo legal».

La verdadera causa eficiente del delito, según el Padre Montes, es la voluntad. Los factores antropológicos, físicos o sociales, no producen jamás por sí solos el delito. Y en todo caso hace falta, para que el acto constituya delito, que la voluntad conserve el dominio sobre todos los motivos... (31).

El jesuíta Padre Pereda, profesor de Derecho penal en Deusto, en un estudio publicado en la revista «Pensamiento», correspondiente al segundo trimestre de 1946 (32), rechaza la asimilación entre causa y condición que implica la doctrina de von Buri sobre la equivalencia de las concausas. «Aunque bien es cierto que con una mera condición se puede ser autor en Derecho penal... La causalidad física apenas si nos interesa en Derecho penal; la causalidad moral lo llena todo... La causalidad moral consistirá, en resumidas cuentas, en una voluntad consciente y libre que se vale y aprovecha de la causalidad física... La distinción entre causa y

(28) MEZGER, *ob. cit.*, t. I, pág. 231.

(29) MEZGER, *ob. cit.*, t. II, pág. 246.

(30) FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, primera edición. Murcia, 1947, t. II, pág. 25.

(31) P. JERÓNIMO MONTES, *Precursos de la Ciencia Penal en España*. Librería Victoriano Suárez, Madrid, 1911, pág. 171.

(32) *El principio de causalidad en el Derecho Penal*, «Pensamiento». Revista publicada por las Facultades de Filosofía de la Compañía de Jesús en España. Año 1946, pág. 179.

condición al hablar de la causalidad física, no tiene tanta trascendencia cuando la trasladamos y referimos a la causalidad moral, que es la que nos interesa... El que pone una condición que actualiza la causalidad física, es claramente causa moral del resultado y, por tanto, plenamente responsable...»

En sentido idéntico, el Padre Gemelli: «Las circunstancias ambientales son sólo condiciones del delito... No es justo, por consiguiente, hablar de «causas exógenas» y de «causas endógenas» del delito. El delito se consume todo él en la personalidad humana que lo idea, que lo prepara, que lo realiza» (33).

Y desde este punto de vista de la causalidad moral, del hombre causa de sus actos, las complejidades de las concausas en el delito de acción y las dificultades de hallar el arranque de la relación causal en el delito de omisión, se atenúan o desaparecen.

El hombre es causa moral del resultado producido por su omisión. En el mismo modo que lo es del resultado originado por su acción. La causalidad moral se entronca en la voluntad humana. La voluntad es facultad de tendencia. Cuando tiende a la vulneración del bien jurídico especialmente protegido, de lo que el todo social marcó como suyo y protegió especialmente, es causa del delito que se produce.

Si la libertad humana se niega, es lógico que el «*iter criminis*» no encuentre base suficiente en que apoyarse, si sólo pretende hacerlo en la decisión del hombre. Porque esa decisión será causada. No surgirá por sí misma como un «*fiat*» misterioso, misterio con el que se quiso ridiculizar la tesis de nuestra libertad de determinación.

Pero si el hombre es libre, será de esencia en su propia libertad, que su facultad de decisión sea causa de lo que decide, y lo decidido sea su efecto.

Cualesquiera circunstancias o requisitos que concurrieren a formar su decisión, podrán ser otros tantos motivos o consideraciones que un día integraron el panorama por el que su libre voluntad paseó la vista antes de decidir. Pero esa libertad, por el hecho de existir, se arrogó para sí el acto de causación, y cuanto después del momento de su decisión se produce es el proceso causal que la libertad del hombre origina.

La voluntad es entonces causa en cuanto quiere la realización del acto delictivo. Que la realización sea por medio de una acción o de una omisión, es cosa que afecta a la forma de la cuestión, pero que no llega al fondo. El fondo se integra por el querer de la voluntad.

Son palabras del Señor en el Evangelio de San Marcos: «Lo que del hombre sale, esto contamina al hombre; porque de dentro del corazón de los hombres salen los malos pensamientos, fornicación

(33) AGOSTINO GEMELLI, *La personalità del delinquente nei suoi fondamenti biologici e psicologici*. Nota bibliográfica del ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, Madrid, t. I, pág. 586.

ciones, hurtos, homicidios, adulterios, codicias, maldades, dolo, libertinaje, mal ojo, maledicencia, soberbia, privación del sentido moral» (34).

V.

Exponíamos que en los delitos de omisión, la relación causal se explicaba o se suplía acudiendo a una interpretación analógica. En forma análoga a la relación de causalidad, se ligaba el resultado con el sujeto agente. No a través de una acción, sino de una omisión en la que se fingía o se suponía la misma fuerza eficiente.

Existen en ambas clases de delito los términos de sujeto y resultado. Y además un medio, que bien sea acción por sí eficiente, u omisión de eficacia análoga aun sin el «per se» que a la acción acompaña, es siempre atribuible al sujeto.

Pero en los delitos de comisión por omisión la cuestión es de mayor complejidad. Porque la actitud omisiva no es el «medio» productor «per se» o análogo del resultado; ni tiene relación alguna con el sujeto realmente productor del resultado; y sólo estrictamente con dicho resultado encontraría un ligamen en cuanto asociada al mismo por una actitud consentidora, pero fuera de toda relación de causalidad.

En el ejemplo ya indicado del transeúnte que deja perecer ahogado al niño que encuentra caído en el charco, el niño no está allí por nada que haya hecho u omitido el transeúnte. La pasividad del transeúnte no liga como medio la causa originaria de que el niño esté allí y el resultado de que perezca ahogado.

Sin embargo, la conducta de ese transeúnte es a todas luces reprochable. Y en una teoría de la causalidad moral, encuentra la justificación de tal reproche.

La causalidad material y estricta, no halla aquí los puntos de engarce de la cadena causal. La causalidad moral, en su marco de actuación dentro de la voluntad libre, lo encuentra más fácilmente.

El hombre es responsable moral de sus acciones porque es causa moral de las mismas en cuanto las quiere.

Pero los resultados queridos por el hombre pueden ser o por él provocados o por él aceptados en cuanto que no los evita pudiendo hacerlo en un orden de cosas que se le presenta y al que hasta entonces era extraño.

Los resultados se producen por sus causas y por sus condiciones y en sus ocasiones. Físicamente medidas, las causas, las condiciones y las ocasiones, tendrán fuerza o valor diferentes.

Pero en el orden penal, el concepto de causa moral puede abarcar no sólo el propiamente de causa, sino también el de condición y el de ocasión. Basta para ello que el que haya actuado, haya querido el resultado delictivo. Con una simple condición se puede

(34) San Marcos 7-20.

ser causa moral de un robo: abriendo la puerta a los ladrones. Las ocasiones juegan papel preponderante en la ley penal, si son queridas por el delincuente: hacer el robo de noche, en despoblado, con ocasión de una catástrofe. El que provocase la catástrofe para la más fácil realización del delito, sería autor de ese delito aunque después en él no interviniese.

Por consecuencia la voluntad delictiva puede ser voluntad de causación o voluntad de condición o de ocasión tan sólo. Y de igual manera que puede encontrarse la causalidad moral, en la causa, en la condición o en la ocasión de la acción, puede ser habida en la causa, en la condición o en la ocasión de la omisión. Bastará con que el resultado para el cual la omisión es necesaria o simplemente conveniente o favorecedora, haya sido querido por quien se atiene a esa conducta omisiva.

Ahora bien; a veces resultará impreciso determinar cuáles son las condiciones de un suceso. En el caso que citamos será el agua, será la constitución del niño que no le permite levantarse. ¿Qué tiene que ver con todo esto el transeúnte?

Mas esta duda surge por no alejar debidamente el problema de la estricta causalidad material. Por olvidar así la condición de fenómeno vital que el delito ostenta.

La misma dificultad que encontraba la tesis de la causalidad material y que la teoría de la causalidad moral salvaba, surge aquí si se encierran los conceptos de causa, condición y ocasión, en límites diríamos meramente físicos de una trayectoria causal.

Pero ante una noción más concreta y patente, más vital del delito, lo engarzaremos con todo el cuadro de sucesos propios y extraños en el que el delito se produce.

Condición de un suceso será entonces todo el cuadro exterior en el que el suceso ocurre. Y al apreciar el delito, fenómeno de vida, será necesario apreciar si todo ese cuadro exterior se ha desenvuelto normalmente, conforme la regla de vida requiere se desenvuelva. Porque las anormalidades en el mismo observadas, en cuanto son queridas, se han convertido en causas morales del delito.

Nuestra observación es la de un suceso anormal, tanto más censurable si el niño no cayó al charco por accidente, sino si en el charco fué metido por ánimo parricida.

Tal observación se ofrece idéntica al transeúnte. Presencia la misma escena e incluso sabe su origen. Le consta estar en presencia de una muerte anormal, causada por la violencia de los elementos o de otras personas. Pero el suceso tiene ahora otro personaje. Un espectador que está en condiciones de evitar tal muerte violenta. No pueden ser extrañas al criterio juzgador del sucedido, la existencia y actuación de ese personaje. Si ese personaje es un paralítico, el juzgador se moverá a compasión viéndole víctima de la presencia de un triste espectáculo. Si ese personaje

es un hombre hábil, moverá a su juzgador a repulsa al verle consentidor del triste espectáculo.

Y ese transeúnte se verá a sí mismo involucrado en el cuadro del sucedido. Por azar de la vida, ha pasado a ser personaje del mismo. Y a consecuencia de esa anexión, el transeúnte tendrá ante sí inmediatamente el dilema de actuar salvando al niño, o dejarle perecer. No son lo mismo, al decir de Carrara, los actos culposos que los actos negativos; en los delitos de omisión el cuerpo permanece inactivo, pero el ánimo está en actividad; en los culposos el cuerpo puede estar activo, pero el ánimo permanece inactivo (35).

Pues aquel transeúnte, desde el momento en que fué incorporado al suceso, hubo de poner necesariamente su ánimo en actividad, bien para tolerarle, bien para impedirle. En una u otra forma asoció su ánimo al mismo.

La quietud del transeúnte, nuevo personaje en la escena delictiva, es «condición precisa» para que el efecto antijurídico se produzca. Pongamos al transeúnte en situación de actuación normal, y la muerte no se habrá producido.

Y como de tal «condición precisa» es autor el transeúnte, porque en la tesitura necesaria de mover su ánimo quiso y optó por la pasividad en lugar de adoptar una conducta activa, ese transeúnte es causa moral de la muerte del niño.

En el cuadro del suceso descrito, todos sus elementos integrantes debieron de actuar conforme a la regla de vida. El Magistrado, al reproducir los hechos «in mente» para formar su convicción, así habrá de exigirlo. Hay un extremo en el cuadro que ha fallado en tal funcionamiento. El Magistrado, en su función interpretativa, formando libremente su criterio, pero arrancándole de la forma de realización del sucedido, habrá de declarar, también por regla de vida a la que quiere atenerse, que ese transeúnte que permaneció quieto ante la muerte del niño, observó tal quietud porque en tal momento decidió su ánimo queriendo esa muerte.

VI

Por lo hasta aquí expuesto, estimamos que en toda conducta de omisión consentidora de un acto delictivo puede verse una cooperación o causalidad moral de ese acto, lo que ha de ser suficiente para poder medir en el mismo una responsabilidad penal.

Expuestos quedan anteriormente los reparos de los tratadistas a incriminar esas acciones.

El reparo de falta de relación causal se salva al desviarse de la estricta causalidad física y orientarse por los derroteros de la causalidad moral. El reparo del posible quebranto del principio «no hay delito sin ley que lo prevea», resulta de dificultad más del orden práctico que del orden teórico. Pues engarzada la conducta omi-

(35) CARRARA, *ob. cit.*, pág. 143.

siva con el resultado delictivo por medio de la causalidad moral, la dificultad teórica desaparece en cuanto el resultado si está tipificado penalmente. Y sólo queda la cuestión práctica de determinar cuando conforme a un normal sucedido de la vida, era esperada la acción omitida, y era esperada en grado relevante para suponer su fallo una conducta que el «todo social» ha reprobado.

Ni una exigencia de que el individuo viva en perpetuo estado de alerta, ni tampoco un consentimiento de que viva en un total abandono de todo lo que no sea el círculo de realidades en el que él mismo se haya situado.

Y toda cuestión del orden jurídico impregnada de un sentido práctico de la vida, es en la jurisprudencia en donde encuentra su desarrollo y su solución. La práctica jurisprudencial es la que tiene la clave de este asunto. La «conducta esperada» a que se refieren los tratadistas, considerada como regla de vida, es la jurisprudencia quien puede en su cotidiana labor ir la marcando.

En esa formación tendrá que atemperarse a las corrientes por donde hoy el «todo social» discurre, indudablemente de un mayor significado de lo social sobre lo individual. Algo así como si el centro de gravedad de la vida de los hombres en la tierra, se hubiese desviado de algún tiempo a esta parte.

Pero tal tarea jurisprudencial no se limitará a recoger o impregnarse de ese «sentido de la época», sino que realizará una evidente labor constructiva del más alto significado. Tan alto, que su actuación estará en las cumbres mismas del Derecho, en los puntos de engarce del Derecho con la Moral. La labor de los Tribunales tendrá entonces un pleno sentido ético.

El Derecho penal se ha visto siempre enriquecido con aportaciones extrañas. Pero a veces tan extrañas, que ha quedado desfigurado. La antropología, la psicología, la biología, la sociología, han vertido sin reservas sus contenidos al campo del Derecho penal que algún día se creyó agotado. El buen Juez tenía que ser a la vez un antropólogo, un psicólogo, un médico, un sociólogo. Tantas altas y buenas intenciones daban a la ciencia penal horizontes indefinidos y perspectivas inagotables. A veces la trayectoria llegaba al campo de las quimeras. Y se hacían tan bellas y románticas construcciones como el «Derecho protector de los criminales» de nuestro Dorado Montero (36).

¿Por qué recelarse ahora si sólo se pretende que la labor judicial pueda enjuiciar conductas enriqueciendo los fríos y estrechos cauces del precepto positivo con los sanos principios de la ética, guardadores del eterno vitalismo? «El proceso del Derecho, dice Carnelutti, se entiende en el sentido de que cada día es menor la diferencia cuantitativa entre Ética y Derecho, aumentándose así lo que llamaríamos la receptividad ética del Derecho positivo» (37).

(36) PEDRO DORADO, *El Derecho protector de los criminales*. Madrid, Librería Victoriano Suárez, 1916.

(37) CARNELUTTI, *ob. cit.*, pág. 74.

Esa será la labor constructiva de la Jurisprudencia. Pues no es sólo mirando a un pasado; a las conductas ya realizadas y como en el sumario sepultadas como los Tribunales han de vivir. Necesariamente han de juzgar el pasado orientándose en un porvenir. El pasado le juzgan, y le absuelven o castigan. El porvenir le previene y le construyen. Por eso la eficiencia de su tarea ética. Porque, además, el porvenir construido no es sólo el del delincuente juzgado, sino el del total desarrollo de la vida aún imprecisa en sus acaeceres y en sus personas.

Esto no es a su vez caer en una quimera impregnada en coloridos sociales de mayor o menor actualidad. Es la realidad eterna del concepto de la Justicia. Su nota de alteridad, el referirse siempre a otro, que señala Santo Tomás, parece que no sólo exige la dualidad de partes, sino unas finalidades aun distintas de esas partes, otros «otros» que no son escuetamente esas partes. Tal vez por eso el mismo Santo Tomás afirma la condición de virtud política de la Justicia (38).

Y las Siete Partidas filosofan de esta manera sobre las dos razones de la pena: «la una es porque reciban escarmiento de los yerros que hicieron; la otra es, porque todos los que lo oyeren e vieren tomen exemplo e apercibimiento para guardarse que no yerren por miedo de las penas» (39).

Las teorías absolutas puras, que no ven la esencia de la pena sino arrancada de la misma esencia del delito y como momentos de un solo todo, de forma que la primera encuentra su única y plena justificación en la existencia del segundo, dejan un vacío en el sentido crítico y pragmático de la vida, que fácilmente se llena con la idea de venganza, y la noción de pena se ensucia y desfigura. Ya de antiguo sonó contra esto la protesta. «No castigaremos al hombre, dice Séneca, porque pecó, sino para que no peca más» (40).

Pero el correccionalismo se sale con desprecio de aquella nota de «alteridad» que mira al enjuiciado y al todo social en que se enjuicia. Se critica la prevención general porque la persona humana no puede servir de medio para fines distintos de los de su misma persona. Era el momento de paroxismo de una teoría que fué útil por lo que aportaba e inútil por lo que censuraba. Con tono más ecuánime afirmaba Fran Von Liszt que «la exigencia de la política criminal se dirige a utilizar en lo posible la aptitud de la pena como medio adecuado al fin y a adaptarla a las necesidades del caso particular; pero tanto en el establecimiento de los hechos criminales como en la determinación comprensiva de la pena, el contenido general de la legislación penal no podrá perder de vista los efectos de la amenaza y de la ejecución de la pena que no tocan al delincuente, o prevención general»; «la exageración de la

(38) ELÍAS DE TEJADA, *ob. cit.*, pág. 85.

(39) Tit. XXXI. Ley 1.^a.

(40) SÉNECA, *Tratado de la ira II-31*. «Antología de la Biblioteca de la Cultura Española». Aguilar, editor.

idea correccionalista llegaría a ser tan funesta a la conciencia jurídica de la población entera, y, por tanto, a la vitalidad del Estado, como lo sería una dureza desconsiderada respecto al delincuente de ocasión o de una crueldad brutal respecto al incorregible» (41).

En España, nuestros clásicos no perdieron de vista ese proyectarse de la Justicia sobre el «todo social». Recuerda el Padre Montes cómo opinaban algunos que no era lícito penar el crimen oculto, fundados en que la pena sería socialmente inútil. (42).

Con ese amplio sentido de «alteridad» referido a las partes enjuiciadas y al todo social en el que se realiza ese enjuiciamiento, los Tribunales podrán ir marcando cuáles son las «conductas esperadas» en labor práctica inspirada en los más altos principios.

El Magistrado, al señalar en sus fallos cuál es la conducta que la sociedad espera, lleva como el timón de la nave que transporta el contenido ético que a esa sociedad enriquece.

Ferrer Sama, en sus Comentarios al Código penal, al estudiar el artículo 12, trae una relación de sentencias de nuestro Tribunal Supremo que admiten el concurso por omisión. La de 23 de junio de 1916 considera que el hecho de presenciar cómo el suicida escribía una carta despidiéndose de sus padres y cómo se quitaba la vida, sin tratar de impedir el hecho, constituye un acto de auxilio, ya que una determinación de esta naturaleza exige resolución y entereza que se afirman y acentúan desde el momento en que nacidas en el ánimo de una persona, encuentran acogida en otra que da a la primera valor y energía superiores. La de 22 de enero de 1921 califica de autor por cooperación al Director de una Central de Teléfonos que deja que un tercero realice en los aparatos manipulaciones que determinan la interrupción del servicio. La de 30 de enero de 1945 estima autor de robo al padre, en cuya presencia se concierta el robo ejecutado por su hija, no oponiéndose a ello, e interpretando la hija este silencio como aquiescencia, por cuanto tal robo se ha de estimar producido por la omisión voluntaria y punible del reo, siendo su causa eficaz y próxima y habiendo existido omisión del deber de educar a la hija y del uso de la facultad de corrección que establece el artículo 155 del Código civil. La de 2 de enero de 1940 admite la existencia de una participación omisiva en concepto de autor, en el caso de un dependiente que se limitaba a guardar silencio sobre las varias sustracciones ejecutadas por un compañero suyo del cajón donde se guardaba el producto de las ventas. Pero el mismo alto Tribunal ha desechado la responsabilidad por participación en el mero hecho de hallarse presente en la ejecución de un hecho delictivo, manteniéndose en actitud simplemente pasiva sin acto que indique cooperación. (Sentencia 21 de febrero de 1935).

Modernamente caben citarse interesantes fallos del Tribunal

(41) FRANZ VON LISZT. *ob. cit.*, t. II, págs. 6 y 25.

(42) P. JERÓNIMO MONTES, *Derecho Penal Español*. Imprenta del Real Monasterio del Escorial, segunda edición, t. I, pág. 156.

Supremo que más o menos directamente aluden a actividades omisivas de cooperación y dan luz sobre el problema que nos ocupa.

La sentencia de 4 de febrero de 1947 enjuicia el caso de un padre que entrega a su hijo unos resguardos del Servicio Nacional del Trigo para negociarlos en un Banco; el hijo altera las cantidades señaladas en los resguardos para obtener un lucro; el padre lo consiente y es condenado como autor del mismo delito con arreglo al núm. 3.º del artículo 14 del Código penal.

La sentencia de 12 de mayo del mismo año hace esta apreciación ante un fallo condenatorio por delito de escándalo público: «La aquiescencia o aquietamiento absoluto de la esposa ante actos de grave escándalo de su marido amancebado, hasta el extremo de consentir con su asistencia indiferente, dentro y fuera del domicilio, una promiscuidad afrentosa para su persona y las buenas costumbres que trascendió al dominio público, con ofensa a los sentimientos colectivos, integra el delito previsto en el apartado 1.º del artículo 433 del Código penal de 1932 (los que de cualquier modo ofendan al pudor o a las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o transcendencia)».

La sentencia de 11 de octubre de 1949 enjuicia la actuación de la madre de la menor corrompida, condenada en la de instancia como autora del delito previsto en el núm. 1.º del artículo 438 del Código penal (el que habitualmente promueva, favorezca o facilite la prostitución o corrupción de persona menor de veintitrés años). El fallo confirmatorio de la condena alude a una actividad de la madre que «fomentó aquel vergonzoso y deshonesto proceder, lucrándose con los beneficios económicos que de esta manera obtenía la menor». Pero principalmente se refiere a una conducta omisiva, trayendo a recuerdo deberes éticos incumplidos: «ocultó al padre tal situación y se abstuvo de adoptar por su parte y en beneficio de la menor de las medidas de amparo y corrección obligadas en el ejercicio de su irrenunciable autoridad materna».

La sentencia de 12 de abril de 1950 contiene interesante apreciación sobre una conducta esperada cuya ausencia se estima delictiva. El resumen doctrinal de este fallo en la Colección Legislativa se expresa de esta manera: «Que si bien cuando sobrevino la avería del vehículo la actuación de los procesados se acomodó a lo que las circunstancias demandaban, pues uno de ellos vertió discretamente la gasolina en el carburador, mientras el otro accionaba el mecanismo de arranque del motor; al sufrir aquél quemazón en las manos, arrojó lejos de sí la lata de gasolina que en ellas tenía, que fué a caer en la cuneta de la carretera, prendiendo seguidamente las matas y malezas secas y el bosque próximo; es innegable que desde el momento en que advirtieron los procesados que el fuego había prendido en aquellas matas y malezas, la más elemental norma de prudencia les exigía procurar que el mal producido por un acto involuntario, desprovisto de malicia, no adquiriese mayores proporciones; y como sólo se pre-

ocuparon de apagar el fuego prendido en el motor del coche y una vez que lo pusieron en marcha se alejaron de allí, sin tener siquiera la precaución de avisar a alguien de lo que ocurría, esas indisculpables omisiones voluntarias, aunque no intencionadas, establecieron el nexo que liga el mal no querido ocasionado y el resultado dañoso que da vida delictiva a la figura de imprudencia temeraria; pues la más mínima regla de prudencia y buen sentido de la realidad les imponía el deber ineludible de contribución a aminorar las consecuencias de un acto lícito, pero dañoso, avisando al menos de lo que sucedía, en vez de apartarse de aquel sitio, ajenos a lo que previsiblemente podía acaecer y desgraciadamente ocurrió.»

He ahí señaladas por la jurisprudencia conductas «esperadas» en virtud de relaciones familiares, paternas o conyugales, o meramente sociales.

Sería difícil construir un precepto positivo definidor de esas actuaciones que permanecen al margen de las conductas delictivas por no tener engarce en su causalidad material, pero que, sin embargo, se coloran de la misma ilicitud que estas conductas.

A veces destacará en ellas su calidad de simples condiciones, determinadoras de complicidades. Otras veces esas condiciones por su relevancia serán estimadas indispensables. O la actitud omisiva será de tal fuerza de expresión que revele una verdadera voluntad de causación.

El libre juego del arbitrio judicial es quien puede marcar el grado en el que la conducta omitida era esperada. Y en su tarea podrá hacer constante manejo y apreciación de circunstancias subjetivas modificadoras de la responsabilidad criminal. Determinando cuando la omisión ha sido debida al temor fundado de sufrir un mal socialmente valorable. Algo análogo a la apreciación del miedo o del estado de necesidad. Y en una constante medida judicial de bienes y actitudes.

VII

En los delitos de comisión por omisión, tiene peculiar relieve la omisión de denuncia.

Diego Mosquete, en su libro «El delito de encubrimiento», hace historia interesante y detallada de esa omisión, que ya en el Derecho romano se consideró forma de encubrir (43).

José Orlandis resume la evolución del Derecho entre dos puntos extremos: la actuación de carácter privado inspirada en el

(43) DIEGO MOSQUETE, *El delito de encubrimiento*. Edit. Bosch, Barcelona, pág. 61.

principio «nadie responda sin querrellos», y la tendencia del Poder público a limitar las actuaciones privadas (44).

A veces la persecución del delincuente sólo ha interesado a la sociedad en un sector ínfimo de actividades. La distinción de los delitos públicos y privados en el Derecho romano es elocuente al caso. La denuncia y acusación se han ejercido entonces en gran parte como el ejercicio de un derecho particular del perjudicado.

Pero la línea ha sido ascendente y el «todo social» se ha llamado cada vez más a la parte en la persecución del crimen. En un tiempo con miras económicas, incluyéndose entre los que eran interesados en el reparto de las indemnizaciones. Después, considerándose cada vez más afectado por los hechos delictivos y creyéndose en su consecuencia obligado a su persecución.

Esta se ha recabado en ocasiones íntegramente por el Estado. Otras la intervención estatal ha permanecido compatible con la denuncia de los particulares.

Sobre el deber de denuncia estimamos que ha de ser examinado a través del lado social que el delito contiene. Por mucho que en puras teorías correccionalistas quiera considerarse la pena como una medicina, el móvil de denuncia no es para que el delincuente sea castigado, sino para que la sociedad se defienda mediante ese castigo del delincuente.

En mera teoría de la pena cabrá anteponer el cuidado por el castigo particular a la defensa social. Una pena que invirtiese esos términos y pretendiese antes que todo un fin de intimidación general, pecaría de injusta al perder toda noción o sentido de individualización por donde la pena debe discurrir principalmente, aunque sin perder de vista desde ese discurso, otros fines distintos.

Pero en mera teoría de la denuncia, el orden de esos factores se invierte. Porque en la vida social nos relacionamos con nuestros semejantes a través del orden social, y no tenemos señorío ninguno sobre ellos que no sea por ese conducto.

Por eso, si la pena es más pura y correcta cuanto más se individualice, aunque una vez individualizada se extienda a fines distintos, la denuncia es más noble y desapasionada cuanto más se generalice buscando la defensa social y alejándose de la idea de castigo, tangente a la de venganza, que es finalidad que a nosotros, como individuos, no nos incumbe.

Desde esa consideración del lado social de la denuncia, su nota esencial no puede ser el simple derecho, sino más bien la obligatoriedad.

Y a tal apreciación cabría sumar otra, y ésta de tipo histórico. La perspectiva de la organización política del siglo XIX era la de un Estado mínimo en una sociedad máxima. Hoy es la de un Estado imbuído en gran parte en la sociedad e integrado con lo que

(44) JOSÉ ORLANDIS, *Las consecuencias del delito en el Derecho de la alta Edad Media*, Nota bibliográfica del ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES. Madrid, t. I, pág. 603.

anteriormente se creyó pertenecía a la sociedad tan sólo. El Estado se ha enriquecido y agrandado.

Al situar al delincuente en esos conjuntos, se observa que el mismo tiene hoy en el propio Estado campos de actividad que antes no tenía. Con mayor facilidad, dada la mayor extensión y complejidad del Estado, el delincuente podrá incrustarse en la misma organización estatal. La denuncia adquiere entonces una necesidad de labor social, porque el delito del «incrustado» desde su puesto de privilegio, afecta a todos.

Pero es más. En el viejo régimen liberal, las libertades ilimitadas que tantas veces resultaron libertinajes, de imprenta y de palabra, podían, a su vez, tener una ventaja: que el «incrustado» era pronto descubierto por los ojos policía de todos los ciudadanos. Al reglamentarse esas libertades, es fácil que el «incrustado» se proteja, precisamente con tales limitaciones regladas. La labor de defensa social exige entonces su denuncia. Y labor de tal interés no puede quedar relegada a la categoría de simple facultad de los ciudadanos.

En la imposición de esa obligatoriedad, y en el aumento de atribuciones al Ministerio Fiscal, organismo especialmente encargado de la delegación de los delitos, en forma que pueda tener amplias facultades y medios adecuados para velar porque el delincuente no se esconda en rincón alguno del edificio económico y administrativo en el que el «todo social» se hospeda, se encontrará hoy la mejor garantía de que el delito, desde su nueva posición peculiar, no podrá quebrantar ni torcer los rectos fines sociales.

Ahora bien, la omisión de denuncia, sólo en determinados casos puede ser delito de comisión por omisión. Será cuando la denuncia haya podido hacerse en momento aun oportuno para que el delito no llegue a realizarse.

Imposible determinar anticipadamente la transcendencia de esa omisión. Considerada tal denuncia como «acción esperada», será labor jurisprudencial el ir marcando cómo y cuándo la actividad cívica debe estar presta a la evitación del crimen.

La presencia del delincuente «incrustado» en la organización estatal, puede a su vez tener una especial repercusión en el «todo social» creando una situación de omisión colectiva, si tal presencia se tolera sin poner el remedio de denunciarla.

Si aquella delincuencia de posición privilegiada es producto del nuevo signo de los tiempos que impone un amplio campo de actividades estatales susceptibles de ser invadidas por la fuerza siempre expansiva del delito, no menor significado puede tener la pasividad o condescendencia criminal de una delincuencia desde abajo, que pierda el sentido apremiante de la justicia y se considere en su papel con posturas de conformidad o de paciente espera del paso de los tiempos.

En realidad, se forma así un complejo de actuaciones contrarias, pero que se complementan. De un lado, una ilícita actividad

desbordante. De otro lado, una magna pasividad y dejación incalificables.

El delito se impregna entonces de un matiz social más marcado que nunca. Porque son los propios resortes estatales los que busca el «incrustado» para delinquir. Y porque es toda la masa social quien tolera su propio daño y no ejercita su obligación de denunciar al delincuente.

La omisión del deber de denuncia del cáncer social del «incrustado», es un lento suicidio que la propia organización social realiza.

Pues he ahí una indudable labor ética y dentro de la ética marcadamente cívica que a la ciencia penal jurisprudencial incumbe. Poder señalar ante cada caso de delincuencia, cuando eran «esperadas» las conductas delatorias de quienes con su silencio han dado su conformidad al crimen, y son causa moral del mismo, porque así construyeron la ocasión y la condición precisas para que el crimen subsistiese.

Hoy se abre camino, en alarde escrupuloso de atinar con una exacta justicia, el estimar como causa de exclusión de la culpabilidad «la no exigibilidad de otra conducta». Y el orden social requiere por razón idéntica que se preste la misma atención a la «exigibilidad de otra conducta».

Salamanca, mayo de 1951.

RÉSUMÉ

Un concept, qu'on pourrait appeler "existenciel" du délit, nous le présente tout simplement comme une modalité de notre conduite envers la société.

La silhouette du délit ressemble à un coup de feu tiré par le delinquant contre ce que le "tout social" considère de sa propriété, ce qui est la raison par laquelle cette silhouette devient complètement sociale.

Il n'y a que deux êtres qui ont ordonné le développement de la vie: Dieu et l'homme. Dieu a créé l'ordre causal des choses et l'homme l'ordre causal humain. L'attitude de l'homme qui ne réalise pas sa propre vie et s'abandonne au cours des choses, doit être repoussée. Voici la cause de l'identité des délits d'action et d'omission.

Mais le délit d'action a eu une importance plus grande car les dispositions prohibitives se sont toujours détachées le plus dans la formation du "tout social".

Aujourd'hui, bien au contraire, on accorde une importance chaque fois plus grande au délit d'omission, car on ne valore seulement ce qui attaque l'ordre social, mais aussi tout ce qui s'oppose à ce que le "tout social" veut.

De la même façon les délits appelés d'omission impropre ou de commission par omission ont augmenté leur importance. La difficulté pour leur détermination était dans leur manque de relation causal et dans le danger de briser le principe "nullum crimen sine lege". Mais aujourd'hui on écarte les difficultés.

En outre, la théorie stricte de la causalité matérielle n'intéresse plus; ce qui intéresse c'est la façon d'agir du délinquant. On doit passer de la causalité physique à la causalité morale. Et dans cette direction l'homme est la cause morale de son action aussi bien que de son omission.

Cette théorie de la causalité morale, accorde une vraie cause aux délits de commission par omission et comme le danger de briser le principe "nullum crimen sine lege" appartient plus à l'ordre pratique qu'à la théorie, ce sera ainsi la jurisprudence qui devra le résoudre.

Avec cette pratique jurisprudentielle on remplira la science pénale d'un contenu éthique, qui est l'avenir que le Professeur espagnol Cuello Calón a prévu.

Cette oeuvre éthique prendra ses sources du nouveau ton social et réalisera une vraie formation sociale constructive.

L'omission d'une dénonciation peut être aussi un délit de commission par omission, si la dénonciation aurait pu être faite encore à temps pour éviter le délit.

Aujourd'hui, par suite de l'étendue de l'Etat et du règlement des droits et des libertés, le délinquant peut "s'incruster" facilement dans les sphères propres de l'Etat.

Cela entraîne l'obligation de changer le droit de dénonciation par un devoir de dénonciation et d'augmenter les fonctions du Ministère Public. Il fournit aussi aux Tribunaux l'occasion de développer une oeuvre éthique et civique, en signalant les dénonciations des délinquants "incrustés" comme une action attendue par la société.

De la même façon qu'on considère aujourd'hui comme cause d'exclusion de la culpabilité la "non exigibilité d'une conduite différente", l'ordre social exige aussi qu'on prête une attention pareille à "l'exigibilité d'une conduite différente".

SUMMARY

A concept of crime which we could call "existential", shows it simply as a form of our behavior towards society.

The silhouette of crime resembles a shot fired by the delinquent against what the "social whole" considers of its propriety, which is the reason by which this silhouette becomes completely social.

There are only two beings who have ordained the course of life: God and the man. God has created the causal order of things and the man the human causal order. The attitude of the man

who does not fulfill his own life and who abandons himself to the course of things, must be rejected. That is the cause of the identity between the crimes of action and omission.

But the crime of action has had a greater importance, as the prohibitory dispositions have always contributed more to the formation of the "social whole".

But to-day, on the contrary, the crimes of omission are given a greater attention, as not only the social order is appraised but also everything that opposes itself to the desires of the "social whole".

Also the so called crimes of improper omission or of commission by omission have a greater importance. The difficulties for their determination were their lack of causal relation and the danger of breaking the principle "nullum crimen sine lege". But to-day these difficulties, are discarded.

Besides, the strict theory of material causality has lost its interest; what interest now is the way in which the delinquent acts. One must switch from physical causality to the moral one. And in this order of things, the man is the moral cause of his actions as well as of his omissions.

This theory of moral causality gives a real cause to the crimes of commission by omission, and as the danger of breaking the principle "nullum crime sine lege" belongs better to the practical order than to theory, so the jurisprudence will be the most fitted institution to resolve it.

This jurisprudential function will fill the penal science with ethical contents, which is the future that the Spanish professor Cuello Calón foresees.

This ethical task will take its roots from the new social tone of our time and will fulfill a real social constructive formation.

The omission of the denunciation can also be a commission by omission, if the denunciation could have been done in time to avoid the crime.

To-day, as a consequence of the vastness of the State and of the regulation of certain rights and liberties, the delinquent can "incrust himself" very easily in the areas of the State.

That implicates the obligation of changing the right of denunciation by an obligation of denunciation and of enlarging the duties of the Public Prosecutor. It grants too, to the Tribunals the occasion of achieving an ethical and social task, by pointing out the denunciation of "incrusted" delinquents as an action awaited by society.

So, as to-day the "non exigibility of a different behaviour" is considered as a cause of exclusion of culpability, the social order requires a similar attention to be given to the "exigibility of a different behaviour".

SECCION LEGISLATIVA

La obligación de socorrer a las personas en peligro en la legislación penal española. (El nuevo artículo 489 bis del Código penal Ley de 17 de julio de 1951).

EUGENIO CUELLO CALON

La obligación de socorrer a las personas en peligro, que siempre se consideró, aparte de sus precedentes canónicos, como norma moral y deber de caridad cristiana, ha alcanzado modernamente, como es sabido, el carácter de un deber jurídico cuya infracción constituye hecho punible.

Durante el siglo XIX, siglo de rígido individualismo, esta obligación de asistencia sólo fué objeto de castigo en algunos países, como España, en los que un arraigado sentimiento religioso resistió con vigor la fuerte acometida de las ideas utilitarias de aquella centuria (1).

Nuestro Código penal de 1822 (art. 123) ya estableció, en verdad dentro de límites por demás estrechos, el deber de socorrer al acometido por agresor injusto: pero en el Código subsiguiente, el de 1848, la obligación de asistencia alcanza considerable extensión, su texto castiga al que encontrando perdido o abandonado a un menor de siete años no lo entregare a su familia o lo depositare en lugar seguro (art. 486. 11), y al que no socorriere a persona hallada en despoblado herida o en peligro de perecer, cuando pudiera hacerlo sin detrimento propio (art. 486). También se penaba en el mismo Código al que pudiendo sin riesgo personal prestar a la autoridad el auxilio que ésta reclamare en caso de incendio, inundación, naufragio u otra calamidad, se negare a ello (artículo 494. 2.º), mas esta disposición, que tiene su precedente en el Código penal francés de 1810, no es en realidad una infracción del deber de asistencia, sino un hecho de desobediencia a la autoridad. Todos los mencionados preceptos fueron acogidos con leve reforma por los Códigos posteriores, los de 1870, 1928, 1932 y el hoy vigente de 1944.

Fuera de España, en la pasada centuria, la sanción penal de la infracción del deber de socorro se establece en escasas legislaciones, en Italia, en el Código sardo de 1859 (arts. 507 y 886. 4.º), y con mucha mayor amplitud en el Código italiano de 1889 (art. 389), en el holandés de 1881 (art. 450) y en el hoy derogado Código después de 1886 (art. 493). Mas en el presente siglo el creciente sentimiento de solidaridad humana llevó este deber a gran número de legislaciones, a los Códigos de Noruega (art. 387), Paraguay (art. 422), Argentina (ar-

(1) «La obligación legal de asistencia no subsistió en el umbral del siglo XX más que en los países donde una fuerte tradición religiosa resistió a las ideas filosóficas y económicas del siglo XIX.» E. SZERESZWKI: *L'obligation de secours aux personnes en péril en droit pénal français*, en *Revue pénale suisse*, 1947, pág. 411.

ticulo 108), Perú (arts. 182, 183), Rusia (arts. 155, 156, 157), Italia (art. 593), Dinamarca (art. 253), Polonia (art. 247), Uruguay (art. 332), Cuba (art. 450, E, 3.º) y Brasil (art. 135). No acogida por el Código federal suizo no obstante figurar en el proyecto de 1918 (art. 296) y en los anteriores, la omisión del deber de asistencia constituye contravención en la mayoría de las leyes penales cantonales (2). Esta infracción también ha sido llevada al Código penal francés (art. 63) por Ordenanza de 25 de junio de 1945. El texto primitivo del § 330 del Código penal alemán, que influido por el artículo 475, 12 del Código francés, castigaba no el quebrantamiento de una obligación de asistencia, sino una desobediencia a las autoridades de policía, fué objeto por la Ley de 28 de junio de 1935 de importante reforma, que amplió considerablemente el alcance de aquel precepto y configurándolo, en su nuevo artículo 330, c), como un verdadero delito de no prestación de asistencia, disposición que no obstante su origen nacionalsocialista continúa en vigor en la zona occidental como en el recién publicado Código penal de la República democrática alemana (zona rusa). Tan alto valor ha alcanzado en nuestros días el deber de asistencia, que en algún país ha sido elevado ha poco al rango de norma constitucional, en el Estado Reno-Palatino, cuya Constitución establece: «Todo hombre tiene el deber, en caso de accidente y de estado de excepción, de prestar asistencia en la medida determinada por la ley» (art. 22).

Los textos de los Códigos citados presentan dos notas comunes: a) La mayoría establece sus sanciones solamente para la no prestación de asistencia a las personas, norma común de la que se aparta el Código alemán, en el que por la especial configuración dada a esta infracción es posible el castigo de las conductas omisivas en caso de peligro para las cosas (3). b) Las legislaciones exigen comúnmente como elemento del delito la ausencia de riesgo para el obligado al socorro (Alemania, Rusia, Brasil, Argentina, Cuba, Perú), o para éste o para un tercero (Ordenanza francesa de 1945, Código danés), o para los próximos parientes (Polonia). Los Códigos de los cantones suizos prescinden de la estimación del riesgo y emplean una interesante fórmula de gran amplitud: «cuando por razón de las circunstancias este socorro pueda ser razonablemente exigido» (Friburgo, Neuchâtel); la misma fórmula, omitiendo el adverbio «razonablemente», emplean los cantones de lengua alemana (Zurich, Berna, Schwyz, Basilea-Campiña, Schaffhausen); sólo Lucerna menciona el elemento de la ausencia de peligro—que el socorro pueda prestarse «sin propio peligro y sin consecuencias dañosas para la vida o la salud»—. Únicamente los Códigos italiano y uruguayo no hacen alusión a la falta de riesgo ni a otras circunstancias equivalentes.

* * *

(2) La infracción del deber de socorrer a las personas en peligro está sancionada penalmente en los cantones siguientes: Zurich, § 16; Berna, art. 6; Lucerna, § 23; Schwyz, § 7; Friburgo, art. 9; Basilea Campiña, § 44; Schaffhausen, art. 10; Appenzell Rhodas-Interiores, artículo 11; Thurgovia, § 34; Neuchâtel, art. 9. En otras legislaciones cantonales se emplea una fórmula influida por el art. 475, 12, del Código penal francés, que más bien sanciona un hecho de desobediencia a la autoridad.

(3) SCHÖNKE: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 5.ª ed., 1951, pág. 772; NIETHAMMER: *Lehrbuch des besonderen Teils des Strafrechts*, Tübinga, 1950, pág. 398.

El Código penal español de 1944, actualmente en vigor, siguiendo el modelo de los que le precedieron, en su redacción originaria reproducía en sustancia las mismas infracciones de omisión de auxilio contenidas en el de 1948, que también como aquél consideraba como «faltas». Dichas infracciones eran dos: no socorrer o auxiliar a persona encontrada en des poblado herida o en peligro de perecer, cuando pudiera hacerse sin detrimento propio (art. 583, 7.º); no presentar a la autoridad o a su familia, o no prestar el auxilio que las circunstancias requirieren al menor de siete años encontrado abandonado con peligro de su existencia (art. 584, 14). Otra modalidad de prestación de socorro, proveniente del Código de 1870, todavía vigente después de la reforma de la que pronto hablaremos, es el caso del que requerido para evitar un mal mayor dejare de prestar el auxilio reclamado, siempre que no hubiera de resultarle perjuicio alguno (art. 586, 2.º). Esta infracción constitutiva de falta como las anteriores, a diferencia de éstas, que se refieren de modo exclusivo a situaciones de peligro para las personas, es también aplicable a los casos de peligro para las cosas.

Además de estas modalidades de omisión de socorro castigadas en el texto del Código penal, en el transcurso de este siglo se han creado otras nuevas contenidas en la legislación penal especial. En la Ley penal de la Marina Mercante de 21 de junio de 1923 se castiga a los capitanes de buque y tripulantes que no prestaren medios para el salvamento de personas a punto de perderse (artículo 12, párrafo primero); a los que no acudieren en auxilio de un buque que lo demande o no lo prestaren a toda persona, aun enemiga, encontrada en el mar en peligro de perdición (art. 12, párrafo segundo); a los que no prestaren auxilio en caso de abordaje (art. 12, párrafo tercero); y a los que no socorrieren a submarinos hundidos o imposibilitados para maniobrar (art. 13) (4). El Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945 (aplicable a las tres armas: Tierra, Mar y Aire) pena a los marinos y aviadores que sin causa legítima dejaren de prestar auxilio a buques o aeronaves en peligro (art. 385). Igualmente la Ley de Bases para un Código de Navegación Aérea de 27 de diciembre de 1947 castiga la no prestación de auxilio a aeronaves en peligro, a sus pasajeros o a sus tripulantes. Y casi recientemente, la ley de 9 de mayo de 1950 sobre uso y circulación de vehículos de motor ha establecido severas penas para el conductor que no prestare auxilio a la víctima por él causada (art. 5.º).

Estas infracciones específicas se castigan con penas muy superiores a las que antes de la reciente reforma establecía el Código penal. La infracción del artículo 583, 7.º, se castigaba con arresto de uno a quince días y reprensión privada; la del artículo 584, 14, estaba sancionada con arresto menor (de uno a treinta días) o con multa de 50 a 500 pesetas o con reprensión privada, penas todas ellas en extremo suaves y en desproporción manifiesta con la alta estimación que en nuestros días se otorga al sentimiento de solidaridad humana.

(4) Fué en el Derecho marítimo donde se afirma por vez primera la obligación de capitanes de buque y tripulantes de prestar socorro a las personas perdidas en el mar. La Ordenanza de Marina de Luis XIV ya la establece: en nuestro siglo, las Conferencias de Bruselas de 1905 y 1910 formularon reglas en materia de asistencia y salvamento marítimo; actualmente las leyes marítimas castigan estas omisiones, como el Código italiano de la Marina mercante (arts. 120 y 385); en Francia el Código penal y disciplinario de la Marina mercante (arts. 83 y 85); el Código penal ruso (art. 156) también castiga la no prestación de auxilio en el mar a personas en riesgo de ahogarse.

Comparadas estas sanciones con las señaladas en otras legislaciones (prisión de un mes a tres años en la Ordenanza francesa de 1945; prisión hasta dos años en el art. 330, c, del Código penal alemán; prisión o arresto hasta tres años en el Código polaco; etc.), resultaban con exceso benignas para la punición de omisiones que la conciencia jurídica de nuestro tiempo estima merecedoras de más severo castigo. Mas no debe sorprender tan leve sanción, si se tiene en cuenta que dichas omisiones eran consideradas como meras transgresiones de deberes morales. Tal se desprende de la interpretación dada a aquellos preceptos por nuestros comentaristas. «Castigase aquí—escribía Groizard (5)—la omisión de un deber de caridad»; en opinión de Viada, «no socorrer o auxiliar a una persona que se encuentre en peligro de perecer es siempre una falta de caridad» (6).

El constante progreso del espíritu de humanidad y de solidaridad social, y por otra parte la promulgación en varios países de Códigos y leyes que configuran estas infracciones con gran amplitud y las reprimen con adecuado rigor, originó en nuestro país una importante reforma concretada en la reciente ley de 17 de julio de 1951.

Esta ley incluye en el Título XII del Libro segundo del Código penal que lleva el rótulo «Delitos contra la libertad y seguridad» una nueva infracción, la «omisión del deber de socorro», que se regula en el artículo 489 bis, cuyo texto es el siguiente: «El que no socorrere a una persona que encontrarse desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de tercero, será castigado con la pena de arresto mayor o multa de 1.000 a 5.000 pesetas.»

«En la misma pena incurrirá el que, impedido de prestar socorro, no demandare con urgencia auxilio ajeno.»

El nuevo precepto eleva de categoría penal la no prestación de asistencia, que deja de ser «falta», alcanzando el rango de «delito», y agrava su penalidad

Su texto, de mayor amplitud que el de los Códigos anteriores, comprende no sólo los casos de omisión de socorro en éstos castigados, sino también otros que en aquéllos, como en la primitiva redacción del Código vigente, no eran punibles. Con arreglo al texto reciente, basta que una persona, niño o adulto, capaz o incapaz de velar por sí mismo, se encuentre en situación de desamparo y en peligro manifiesto y grave para que surja el deber jurídico de socorrerla. Merced a la extensión dada a la configuración del precepto, podrá ser aplicado a todo género de situaciones de peligro personal, no sólo cuando los bienes jurídicos amenazados fueren la vida y la integridad corporal, sino también cuando lo fueren otros diversos, como la honestidad o la libertad.

Justifica esta interpretación el hecho de que la nueva infracción no ha sido llevada al grupo de delitos que en nuestro Código se denominan, impropia-mente, «Delitos contra las personas», grupo que a pesar de su amplia rotulación comprende únicamente los cometidos contra la vida y la integridad corporal, sino que ha sido colocada en el grupo de los «Delitos contra la seguridad», expresión ésta de gran alcance, ya que significa exención de todo daño

(5) *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, vol. VIII, pág. 463.

(6) *El Código penal reformado de 1870*, vol. III, pág. 758.

o peligro. Por consiguiente, de acuerdo con esta significación incurriría en este delito no sólo el que no socorriere a una persona desamparada en peligro de muerte, sino también el que no prestare asistencia a una mujer en riesgo inminente de ser víctima de un grave atentado contra su honestidad (violación o abusos deshonestos). Así, pues, el interés protegido en este precepto es la seguridad de las personas en general, y no sólo su seguridad física, la seguridad de su vida y de su integridad corporal, sino también la seguridad de otros bienes jurídicos.

El nuevo artículo, siguiendo la vía trazada por la mayoría de las legislaciones, excluye la existencia de delito en caso de peligro para el omitente o para un tercero. Unos Códigos, como ya se dijo, la excluyen en caso de riesgo personal o de tercero: tan sólo en una minoría se silencia el requisito de ausencia de riesgo. Nuestro texto, sensatamente, ha tenido presente la fragilidad humana y la imposibilidad de exigir el heroísmo, por lo que en caso de peligro propio o ajeno cesa el deber de socorro (7).

El delito existe, asimismo, cuando el impedido para prestar socorro no demandare con urgencia auxilio ajeno.

Esta segunda modalidad del delito es acogida por escasas legislaciones. Italia, Uruguay, Brasil, requieren se dé cuenta a la autoridad; Francia, más ciertamente, exige «un socorro». El sistema seguido por el nuevo precepto, análogo al francés, parece preferible por su mayor alcance.

El nuevo delito es un puro delito de omisión, pues el texto castiga una conducta voluntariamente inactiva cuando la ley impone el deber jurídico de prestar socorro. Es un delito de peligro; pero, como manifiesta Manzini comentando el análogo precepto del Código italiano, si se toma en cuenta la violación del deber de socorro es indudablemente un delito de daño o de lesión.

El deber de socorro sólo es exigible cuando el periculante se halla en situación de desamparo: cuando ya se encuentre convenientemente asistido por otras personas cesa dicho deber; también es preciso, para que sea exigible, que el omitente pueda prestar la asistencia necesaria. Esta debe ser prestada en todo caso, aun cuando el sujeto en peligro la rechace.

En la segunda modalidad del delito, la referente al deber de demandar el auxilio ajeno, es menester que el agente se halle imposibilitado para socorrer personalmente al periculante: si siéndole posible acudir directamente en su ayuda se limita a impetrar el auxilio ajeno, incurrirá en esta infracción. El auxilio ajeno ha de ser demandado urgentemente, con la mayor rapidez.

El elemento psíquico del delito en sus dos modalidades es el dolo. El culpable ha de conocer que la persona encontrada está en grave peligro y desampara-

(7) En España Quintano Ripollés considera que los Códigos que establecen como presupuesto de punibilidad la ausencia de riesgo para el omitente, y menciona expresamente la Ordenanza francesa de 1945 y el Código del Brasil, supone una clara regresión respecto del Código penal italiano (*La omisión de socorro*, en *Información Jurídica*, 1949, pág. 921). Por este Código al suprimir tal condición no impone al que encuentra a la persona en peligro una conducta heroica: siempre puede entrar en juego la causa justificante de estado de necesidad, como los autores italianos manifiestan (MANZINI: *Trattato*, VIII, pág. 308; MAGGIORE: *Diritto penale*, II, pág. 799; etc.)

da; esto es: incapaz de valerse por sí misma y sin posibilidad de recibir auxilio, y ha de abstenerse voluntariamente de socorrerla. Sin embargo, con arreglo a nuestro Código penal sería posible, dado el carácter general de su artículo 565, castigar este delito a base de culpa (8) en los casos de prestación de un socorro insuficiente por negligencia, y en los de retardo negligente en prestarlo o en demandar el auxilio ajeno (9).

ALEMANIA

Una ley germano-soviética: la de protección de la paz

ANTONIO QUINTANO RIPOLLES

El 15 de diciembre de 1950. púsose en vigor, en la República Democrática alemana (Zona de ocupación soviética), la denominada «Ley de protección de la paz» (*«Gesetz zum Schutz des Friedens»*), que es una típica muestra de la mentalidad de la nueva Alemania soviétizada, y quizá la disposición penal más discutida del régimen (1).

El párrafo 1.º tipifica como delito la propaganda de odio racial y nacional. El 2.º, la incitación a la guerra (*Kriegshetz*), especialmente sus formas de reclutamiento o instigación a súbditos alemanes para participar en acciones de guerra, tendentes a la esclavización de un pueblo, incluyéndose en el tipo el ingreso en formaciones del estilo de «legión extranjera». El párrafo 3.º hace referencia a la propagación de ideas militaristas e imperialistas o las tendentes a incorporar a Alemania en bloques militares agresivos. El 4.º, prohíbe la apología de los armamentos atómicos y otros medios de destrucción en masa. El 5.º, en fin, castiga la obstaculización a los movimientos pacifistas.

Las penalidades previstas son extraordinariamente graves: de prisión o presidio no menor de cinco años, y aun de presidio perpetuo a muerte para el supuesto de que los culpables fueren agentes de una potencia extranjera (párrafo 6.º). La penas pecuniarias son de ilimitada cuantía, pudiéndose llegar a la total confiscación de bienes (párr. 8.º). Pénase no sólo la tentativa (*Versuch*), sino también los actos preparatorios (*Vorbereitung*) (párr. 7.º). Para paliar los posibles efectos de tan extraordinaria severidad y, sobre todo, para

(8) Como es sabido, la doctrina común considera este delito sólo imputable a título de dolo; así en Italia (MANZINI, ob. cit., pág. 313; MAGGIORE, ob. cit., pág. 800) y en Alemania (SCHÖNKE, ob. cit., pág. 774; NIETHAMMER, ob. cit., pág. 400; WEIZEL, *Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, 2.ª ed., Berlín, 1950, pág. 228).

(9) QUINTANO RIPOLLES (lugar cit., pág. 925) cree también posible su admisión en España a título de culpa, no sólo por la técnica genérica de concebir la imprudencia nuestro Código, sino también conforme a la buena lógica jurídica.

(1) Véase, como tesis en favor, el trabajo de W. WEISS, en *Nueve Justiz*, Berlín, 1951, cuaderno I, págs. 10 y sigs., y en contra, el de H. MEYROWITZ, *Aus der Gesetzgebung der Sowjetischen Zone*, en *Juristenzeitung*, Tübinga, 1951, cuadernos 7-8, págs. 247 y sigs.

conservar sobre la represión un absoluto control, la interposición de la querrela se reserva exclusivamente al Fiscal del Tribunal Supremo y la competencia en primera y única instancia al mismo alto organismo, el *Oberstegericht der D. D. R.* (párr. 10, núms. I y II.)

La ley en sí, bien que dura en extremo, no ofrecería motivo de serias objeciones, ya que la paz es ciertamente un bien jurídico de suficiente relevancia para que merezca la más rigurosa tutela penal. Ya ha tiempo que los autores y congresos científicos, penales e internacionalistas, vienen propugnándola y que el delito de «instigación a la guerra» fué felizmente incorporado a los códigos de Polonia, Rumania y Cuba, bastante antes de la última conflagración (2). Pero es el caso que, tanto aquellas fecundas doctrinas, como estas realidades legislativas occidentales (Polonia y Rumania eran a la sazón Occidente), obedecieron a criterios puramente objetivos y jurídicos, diametralmente opuestos al unilateral y partidista que la nueva ley alemana persigue. Y esto, y no la disposición misma técnicamente considerada, es lo que en verdad ofrece amplio campo a las más acerbas y justificadas críticas. La unilateralidad y el partidismo, forzoso es reconocerlo, son los escollos gravísimos con que la tipificación del nuevo delito de instigación a la guerra tropieza, posiblemente inevitable y causa de que tal modalidad criminal no haya logrado la deseada amplitud legislativa, fuera de los ejemplos ya mencionados. Pues claro está que lo que interesa al jurista es proscribir la guerra en sí como un mal, al modo como se prohíbe el homicidio, sin consideración a que éste se ejercite contra amigos o enemigos. En la ley alemana de 1950, no sucede nada de eso, sino todo lo contrario, como se deduce de la instructiva exposición de motivos (*Präambel*), que echa brutalmente por tierra todo lo que en su texto pudiera haber de valioso y aun laudable. En efecto, allí se confirma que la finalidad de la disposición no es otra que la de combatir la «agresiva política de los gobiernos imperialistas de los EE. UU., Gran Bretaña y Francia, que tratan de arrastrar al pueblo alemán a una nueva matanza», junto con otras consideraciones de parecido jaez. Con lo cual, como se comprende, la «Ley de protección de la paz» no es más que un instrumento de una determinada política antioccidental y prosoviética. Ello se delata, por otra parte, en la configuración de algunos tipos básicos de la propia ley. Baste, a título de ejemplo, el precepto ya mencionado del par. 2.º, en que se habla de «acciones bélicas tendentes a la esclavización de un pueblo», con lo que se acentúa que la guerra proscriba no es más que cierta clase de ella, es decir, la dirigida por determinados pueblos contra otros, concretamente, la de los occidentales contra los soviéticos. Consideración que, como es comprensible, rebasa la esfera puramente jurídica para entrar de lleno en la política.

Lo dicho no es de extrañar demasiado conociendo la génesis de la citada ley. Fué propugnada su necesidad en la II Conferencia de los partidarios de la paz, celebrada entre el 16 y el 18 de octubre de 1950, en Moscú, y votada en la II Conferencia mundial de la paz de Varsovia, del 16 al 22 de noviembre del mismo año. Hungría, Checoslovaquia, Polonia y Albania han

(2) ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS: *L'istigazione alla guerra dal punto di vista penale e criminologico*, en *Archivio penale*, Roma, 1950, Fasc. I y II, págs. 3 y sigs.

elaborado leyes acordes con tales puntos de vista, idénticas en el fondo a la alemana que aquí se comenta. Con lo cual es de lamentar que una idea tan generosa y útil como la de represión de la instigación a la guerra, venga a ser utilizada en un sentido que sirva indirectamente para provocar lo mismo que se trata directamente de proscribir.

FRANCIA

Ley relativa a publicaciones destinadas a la juventud

JOAQUIN BASTERO

Francia ha comprendido, al menos teóricamente, el alcance y trascendencia y por ende el peligro de las lecturas y publicaciones destinadas a la juventud.

Por ello el *Journal Official* publicaba en 19 de julio de 1949 una Ley relativa a esta materia, cuya aplicación y resultados prácticos todavía se ignoran.

Entre los estímulos influyentes en la persona humana, tanto en el adulto como en el joven y aun en el niño, juega un papel preponderante la lectura. De aquí la importancia de la Ley mencionada, principalmente, para el niño y para el joven, en los que su mentalidad, esencialmente receptiva, asimila impresiones, ideas y sentimientos del mundo donde vive, los cuales más tarde son difíciles de eliminar y aun de corregir.

Diversos géneros de publicaciones, con relatos, historietas y narraciones novelescas, exponiendo hechos delictivos, producen en la mentalidad joven una admiración que se traduce en estímulo, y éste en sentido heroico en pro de la misma comisión delictiva, coronada la mayoría de las veces con el enorgullecimiento de los precoces autores.

Tan poderosas razones llevan al legislador francés a promulgar esta Ley sometiendo a sus preceptos toda clase de publicaciones destinadas a niños y adolescentes, no pudiendo contener las mismas grabados, cuentos, crónicas, títulos o inserciones que presenten en términos favorables al bandidaje, la mentira, el robo, la pereza, la cobardía, el odio, el libertinaje o cualquier otro acto calificado como delito o que tienda a desmoralizar la infancia o la juventud.

Como medio de llevar a la práctica tan laudable profilaxis, se crea una Comisión en el Ministerio de Justicia, para intervenir las publicaciones destinadas a la infancia o la juventud, y una Junta directiva en cada una de las Empresas dedicadas a dichas publicaciones.

Tras adoptar otras medidas complementarias, la Ley francesa sanciona con multas de 50.000 a 500.000 francos las infracciones a su articulado, pudiendo dichas sanciones llegar, en caso de reincidencia, al millón de francos. Estas penas pecuniarias, en unión de otras de la misma naturaleza, se combinan con la de prisión de dos meses a un año.

El campo prohibitivo de la Ley es completado con otras medidas, todas conducentes a la finalidad perseguida—al menos teóricamente—por el mencio-

nado y reciente texto. Así, se prohíbe la importación para la venta o distribución gratuita en Francia de publicaciones del expresado género; la exportación de estas obras cuando han sido editadas en Francia, el ofrecimiento, regalo o venta a menores de dieciocho años de publicaciones de carácter licencioso o pornográfico, que puedan constituir un peligro para incitar a la juventud al crimen; el exponerlas en la vía pública, en el interior o en el exterior de tiendas o quioscos, y el anunciarlas en las mismas condiciones.

La Ley que se alude, aplicable al territorio continental y a los de Ultramar, prevé la publicación de un Reglamento administrativo, aplicativo de la misma, sin perjuicio de la inmediata entrada en vigor de sus disposiciones penales.

En la presente ley destaca un sentido educativo y moralizador, con el que el legislador francés quiere hacer frente, quizá en momento tardío, a la invasión de inmoralidad, delincuencia y perversión propia de la post-guerra. Para ello no duda de la eficacia de las sanciones económicas y de hacer responsables desde los directores o editores, en concepto de autores, hasta a los mismos repartidores, en calidad de cómplices, sin olvidar a los autores de la publicación e impresores, a los que conceptúa de coautores.

Brilla en consecuencia en la Ley una nota de ejemplaridad que llega a crear figuras de autoría y codeincuencia, como las mencionadas, y que autoriza a la incautación y destrucción de publicaciones sancionadas, todo ello a costa de los condenados.

En el orden formal, la actuación de los Tribunales de Justicia constituye la garantía procesal de los presuntos infractores.

Trátase, en definitiva, de una Ley que recoge diferentes figuras de delito, que llevan aparejada, lógicamente, su sanción y en la que junto a este marcado aspecto punitivo brilla y descuella un carácter de profilaxis social como de defensa y protección hacia el menor, fácil presa de la más lamentable y triste delincuencia.

ITALIA

Ley italiana sobre tribunales de jurados (textos y breve glosa) (de 10 de abril de 1951)

ANTONIO QUINTANO RIPOLLES

CAPITULO PRIMERO

*Institución y composición de los Tribunales de jurados de instancia y de apelación
(Corti di Assise y Corti di Assise di Appello)*

Artículo 1. Institución de los Tribunales de jurados de instancia.—En cada territorio de Tribunales de apelación será constituido uno o varios Tribunales de jurados que, en la circunscripción que les sea asignada, juzgarán los delitos atribuidos a su competencia.

Art. 2. Institución de los Tribunales de jurados de apelación.—En cada territorio de Tribunales de apelación será constituido uno o varios Tribunales de jurados de apelación, que entenderán sobre los recursos de tal clase interpuestos contra las sentencias y otras resoluciones dictadas por los Tribunales de jurados de instancia.

Art. 3. Composición del Tribunal de jurados.—El Tribunal de jurados de instancia estará compuesto:

- a) Por un Magistrado del Tribunal de apelación (de Derecho), que lo preside.
- b) Por un Juez.
- c) Por seis Jueces populares (legos).

Art. 4. Composición de los Tribunales de jurados de apelación.—Los Tribunales de jurados de apelación estarán compuestos:

- a) Por un Magistrado del Tribunal de casación, que los preside.
- b) Por un Magistrado del Tribunal de apelación (de Derecho).
- c) Por seis Jueces populares (legos).

Art. 5. Carácter unitario del Colegio judicial.—Magistrados de Derecho y Jueces populares constituyen un Colegio único a todos los efectos.

Art. 6. Sede de los Tribunales.—El Gobierno queda obligado a establecer, dentro de los cinco meses siguientes a la publicación de la presente ley, el número de Tribunales de jurados de instancia y apelación, lugares en que hayan de actuar, circunscripciones y número de Jueces populares que se hayan de comprender en las listas previstas en el artículo 23, tenida cuenta la población y medios de comunicaciones locales. Tal determinación podrá ser reformada en un plazo no superior a dos años a partir de la entrada en vigor de la presente ley.

Art. 7. Convocatoria de los Tribunales de jurados.—Los Tribunales de jurados de instancia y apelación serán convocados por el primer Presidente del Tribunal de apelación (de Derecho) del distrito, en la sede correspondiente según el artículo anterior. El mismo Presidente puede acordar, en decreto motivado, que la convocatoria tenga lugar en otro lugar del distrito judicial.

Art. 8. Nombramiento de Magistrados (de Derecho).—El Presidente y demás Magistrados que compongan los Tribunales de jurados serán nombrados cada año por Decreto del Presidente de la República, a propuesta del Ministerio de Gracia y Justicia. Un mismo Magistrado puede ser llamado a presidir o formar parte de distintos Tribunales de jurados del distrito. Con el mismo procedimiento serán nombrados Presidente y Magistrado suplentes para cada Tribunal de instancia y de apelación. Caso de ausencia o impedimento de los Magistrados propietarios y suplentes, serán reemplazados por otros nombrados en Decreto motivado por el Presidente del Tribunal de apelación (de Derecho), previa audiencia del Fiscal del mismo.

Art. 9. Requisitos de los Jueces populares en los Tribunales de jurados de instancia.—Deberán reunir los requisitos siguientes:

- a) Ser ciudadanos italianos gozando la plenitud de derechos civiles y políticos.
- b) Acreditar buena conducta moral.
- c) Contar más de treinta años y menos de sesenta y cinco de edad.
- d) Poseer título de estudios de enseñanza media o asimilada (en primer grado).

Art. 10. Requisitos de los Jueces populares de los Tribunales de jurados de apelación.—Además de los exigidos para los de instancia en el artículo precedente, han de estar en posesión de título de estudios de enseñanza media o asimilada de segundo grado.

Art. 11. Carácter obligatorio del cargo.—El cargo de Juez popular es obligatorio. Los designados serán parificados en honores y dignidades durante el tiempo de su función a los Jueces y Magistrados de los Tribunales de Derecho correspondientes.

Art. 12. Incompatibilidades.—No pueden asumir el cargo de Juez popular:

- a) Los Magistrados en general, así como los funcionarios de orden judicial.
- b) Los miembros de las fuerzas armadas y de Policía, aunque no se hallaran en servicio activo.
- c) Los ministros de cualquier culto y religiosos de cualquier Orden o Congregación.

CAPITULO II

Procedimiento para la elección de Jueces populares

Art. 13. Formación de elencos comunales.—En cada Municipio de la República se formarán dos distintos elencos de ciudadanos residentes en quienes concurren los requisitos de los artículos 9 y 10 de la presente ley, elaborados por una Comisión compuesta por el Síndico municipal o un representante suyo y dos Concejales. Hallándose disuelta la municipalidad, los elencos serán formados por Comisión presidida por el Comisario gubernativo e integrada por dos ciudadanos nombrados por el Pretor.

Art. 14. Proclamas.—Para la formación de los antedichos elencos, cada Síndico invitará en manifiesto público, dentro del término de un mes a partir de la vigencia de esta ley, a que los ciudadanos comprendidos en las condiciones de los artículos 9 y 10 y no exceptuados en el 12, se hagan inscribir en los elencos en el plazo máximo de sesenta días.

Art. 15. Precauciones de las Comisiones comunales.—Los elencos serán compilados y completados de oficio con los nombres de todos los ciudadanos que resulten hallarse en posesión de los requisitos legales, y ello en un plazo no superior al de treinta días después del de los sesenta previsto en el artículo anterior. Durante el mismo, la Comisión ha de velar por la exactitud de las condiciones precisas, haciendo las modificaciones oportunas. Los elencos ya completados serán enviados por el Síndico al Pretor de la jurisdicción a que el Municipio corresponda dentro de los diez primeros días del mes sucesivo a su cierre definitivo.

Art. 16. Formación de las Comisiones delegadas.—Dentro de la segunda mitad del mes en que el Pretor reciba los elencos, convocará una Comisión presidida por él y formada por todos los Síndicos de los Municipios de su jurisdicción, o Concejales delegados, en su caso. En caso de hallarse disueltos los Municipios, los representantes serán los Comisarios gubernativos o sus delegados. La Comisión delegada recibe las oportunas informaciones, vigila la exactitud de los elencos y porque los requisitos incluidos sean los legales, y en los treinta días siguientes a su convocatoria distribuye la documentación de las dos categorías:

a) Elenco de todas las personas del territorio con requisitos para desempeñar el cargo de Jueces populares en los Tribunales de jurados de instancia.

b) Elenco de las capacitadas para el de Jueces populares en los Tribunales de jurados de apelación.

Art. 17. Publicación de elencos y reclamaciones.—Los elencos así distribuidos se firman por el Pretor y han de ser publicados no más tarde del 15 del mes siguiente a la clausura de las operaciones previstas en el artículo anterior, publicación que tendrá lugar por anuncios durante diez días en el Pretorio. A partir de dicha fecha y por otros quince días, otórgase a cada ciudadano mayor de edad derecho a presentar reclamaciones sobre omisiones o inscripciones indebidas. Dichas reclamaciones se harán por escrito, exento de timbre, dirigido a la Cancillería del Pretorio.

Art. 18. Formación de las listas definitivas.—Transcurrido el término a que alude el primer inciso del artículo precedente, el Pretor transmite los elencos de Jueces populares, las actas y las reclamaciones al Presidente del Tribunal de Derecho del lugar donde el de jurados haya de funcionar, según se trate de instancia o de apelación. Dicho Presidente, recibidos los documentos y oído el Fiscal y Decano del Colegio de Abogados, procede, asesorado por dos Jueces de Derecho, a las operaciones siguientes:

a) Revisa y controla los elencos en base a todos los elementos recogidos y en el sentido de los artículos precedentes de esta ley.

b) Decide, previa comunicación a la parte interesada, las reclamaciones inscribiendo o cancelando los nombres de aquellos que hubieren sido omitidos o inscritos indebidamente.

c) Forma las listas definitivas de los Jueces de los Tribunales de jurados de instancia, o los de apelación, en su caso, según riguroso orden alfabético y con numeración progresiva, unificando los diversos elencos del territorio.

Art. 19. Publicación de las listas y reclamaciones.—Las listas aludidas en el artículo anterior, promulgadas por Decreto firmado por el Presidente del respectivo Tribunal y publicadas nuevamente en cada Municipio durante diez días, pueden ser objeto de reclamación por parte de cada ciudadano mayor de edad ante los Tribunales de apelación por las omisiones, cancelaciones o inscripciones indebidas. Los recursos serán presentados ante la Secretaría de la Pretura, que los ha de transmitir inmediatamente al Tribunal de apelación.

Art. 20. Decisiones del Tribunal de apelación.—El Tribunal de apelación decide de cada recurso urgentemente en forma de sentencia, dictada tras de la correspondiente audiencia pública, en la que será oída la parte o su representante autorizado, así como al Ministerio fiscal. La sentencia se comunica a través de la Secretaría en el término de diez días a las partes, al Ministerio público y al Presidente del Tribunal del distrito correspondiente. El Presidente ratifica las listas en conformidad con lo acordado en la decisión judicial.

Contra la sentencia se admite recurso de casación en el plazo de quince días a partir de la notificación. Dicho recurso es decidido en vía de urgencia y no suspende la ejecución de la sentencia, aplicándose las disposiciones del primer inciso de este artículo.

Art. 21. Las listas definitivas de los Jueces populares formadas según los artículos precedentes tienen el carácter de permanentes. Para su puesta al día, en el mes de abril de cada año, el Síndico de cada Municipalidad invita en ma-

nifiesto público a todos los que se hallen en posesión de los requisitos exigidos en los artículos 9 y 10 a inscribirse en un plazo que expirará en el mes de julio siguiente. Para las demás reformas se observarán las prescripciones de los artículos 15 y siguientes.

Art. 22. Listas generales de Jueces populares.—Transcurridos quince días desde la publicación de las listas definitivas, el Presidente del Tribunal del lugar de residencia de la apelación forma la lista general de los Jueces populares para el Tribunal de jurados de apelación, comunicándola inmediatamente al Presidente o Presidentes de los Tribunales respectivos, según que se trate de jurados de instancia o de apelación.

Art. 23. Procedimiento para la formación de las listas generales.—Las listas generales de Jueces populares, de instancia y apelación, serán formadas con intervención del Ministerio público y del Decano del Colegio de Abogados, así como del Canciller, incluyendo en una urna tantos números como fueren los correspondientes a las listas definitivas de Jueces populares asignados a cada Tribunal, procediéndose a su extracción sucesiva hasta obtener el número de Jueces populares prescrito. Todos los inscritos en las listas generales son llamados a prestar servicio en el bienio siguiente.

Art. 24. El Presidente del Tribunal del lugar donde tenga la sede el del jurado, o un Magistrado por él mismo delegado, coloca en una urna el número de papeletas correspondiente al número de Jueces de la lista general de los residentes en las municipalidades del distrito; ceremonia que ha de tener lugar en presencia del Fiscal y de un representante del Colegio de Abogados, en audiencia pública. En cada papeleta se inscribe el nombre, filiación y residencia de un Juez.

En una segunda urna se realiza idéntica operación respecto a los Jueces populares suplentes.

El primer Presidente del Tribunal de apelación o un Magistrado delegado por él, en audiencia pública y en presencia del Fiscal y de un representante del Colegio de Abogados, así como del Canciller, coloca en tantas urnas como fueren los Tribunales de jurados de apelación del distrito, el número de papeletas correspondiente al número de Jueces populares de tal categoría en la lista general de residentes en el territorio, observándose las disposiciones citadas en los párrafos anteriores.

Las urnas selladas son custodiadas por el primer Presidente del Tribunal de apelación o del lugar, según que se trate de Tribunales de jurados de apelación o de instancia.

De todas las operaciones se levantará acta suscrita por el Presidente, el Fiscal y el Canciller secretario.

CAPITULO III

Constitución de los Tribunales de jurados de instancia y de apelación

Art. 25. Quince días antes de la apertura del juicio por jurados, el Presidente, en audiencia pública y presencia del Fiscal y del Secretario, extrae diez papeletas de la urna de Jueces populares ordinarios. Diez días antes han debido ser notificados de tal ceremonia los Letrados defensores de las partes,

por si quisieren ejercitar su derecho a presenciario. De todo ello se levantará acta, firmada por el Presidente y el Secretario.

Al menos ocho días antes del comienzo de la sesión, el Presidente hará notificación de su día y hora a los Jueces populares elegidos. Estos estarán obligados a acudir a la misma, salvo dispensa del Presidente por causa justificada.

Las mismas disposiciones se observarán en la designación de Jueces populares para los Tribunales de jurados de apelación, con la sola salvedad de ser doce los sorteados.

Art. 26. Constitución del Tribunal.—El día señalado para la vista y al comienzo de ella, el Presidente del Tribunal de instancia o apelación, en audiencia pública y a presencia del Fiscal, del procesado y de los defensores, da el nombre de los Jueces populares extraídos a la suerte hasta completar el número requerido por la naturaleza del asunto y del Tribunal, que queda así válidamente constituido. Antes de ello y a medida que se extraen las papeletas, se pronuncian los impedimentos y recusaciones, lo que da motivo a nuevas extracciones.

En las sesiones que se prevean de larga duración, el Presidente tiene la facultad de disponer que presten servicio otros Jueces populares en calidad de adjuntos, en número no superior a cinco, los cuales asisten a los debates y sustituyen a los efectivos en el supuesto de ausencias o impedimentos. Tales sustituciones, sin embargo, no son admisibles después de la clausura de los debates.

Art. 27. Jueces populares suplentes.—Si por la ausencia de los Jueces populares extraídos a la suerte o por otra causa cualquiera no fuere posible constituir el Tribunal de jurados, el Presidente extrae de la urna de los suplentes dos papeletas por cada Juez propietario ausente y dispone que los comprendidos en ellas comparezcan en el plazo más breve posible. El Presidente puede proceder a ulteriores extracciones de papeletas hasta lograr los suplentes precisos para la celebración de la sesión. Los Jueces suplentes son igualmente llamados a prestar servicio en el riguroso orden de la extracción de las papeletas.

Art. 28. Operaciones finales.—Constituido definitivamente el Tribunal para la vista y cumplidas las formalidades de apertura de los debates, todos los Jueces populares sobrantes que no formen en él son momentáneamente licenciados, aunque con la advertencia de que comparezcan en la próxima audiencia. Los constituidos vienen obligados a entender del asunto hasta su conclusión, salvo impedimento justificado, abstención o válida recusación.

De las operaciones aludidas se levantará acta.

Art. 29. Causas de dispensa del cargo.—Son dispensas válidas para excusar el cargo de Juez popular la de ser los llamados:

- a) Ministros o Subsecretarios.
- b) Miembros del Parlamento.
- c) Comisarios regionales.
- d) Componentes de los organismos regionales previstos en el artículo 121 de la Constitución.
- e) Prefectos de provincia.

Art. 30. Juramento.—Al asumir el cargo en la sesión judicial a que fueren llamados, los Jueces populares prestarán juramento, a invitación del Presiden-

te, en los siguientes términos: «Con la firme voluntad de cumplir mi deber como hombre de honor, consciente de la suprema importancia moral y civil del cargo que la Ley me confía, juro escuchar con diligencia y de examinar con atención en este procedimiento las pruebas y razones aducidas por la acusación y la defensa, formar mi íntimo convencimiento juzgando con rectitud e imparcialidad y tener alejado de mi ánimo todo sentimiento de enemistad o amistad, a fin de que la sentencia sea pronunciada tal como la sociedad la espera: afirmación de verdad y de justicia. Juro asimismo de mantener el secreto».

De la prestación del juramento debe levantarse acta y hacerse constar, so pena de nulidad, en cada sesión celebrada.

Art. 31. Incompatibilidad, abstención y recusación.—Obsérvanse respecto a los Jueces populares, en cuanto les son aplicables, las normas previstas para los de derecho en los artículos 61 y siguientes del Código procesal penal.

Sobre la abstención y recusación de los Jueces populares o de los Magistrados que forman parte del Tribunal de jurados, decide el Presidente del mismo. Sobre las de los Presidentes, decide el primer Presidente del Tribunal de Derecho correspondiente a su jurisdicción.

Art. 32. Los Jueces populares que hayan ejercido su función en una sesión de jurados no pueden volver a repetirla en las de los asuntos siguientes dentro del mismo bienio. A estos efectos, los Presidentes incluirán las papeletas de los jueces que ya desempeñaron el cargo en un registro especial en que se haga constar tal circunstancia.

Art. 33. Las papeletas de los Jueces populares que aunque extraídas no hayan llegado a servir para que sus titulares presten servicio, volverán a ser incluidas en las respectivas urnas.

En las extracciones de papeletas se tienen por no extraídas las que representen nombres de titulares fallecidos o impedidos por las circunstancias previstas en el artículo 12. Se dará cuenta de ellas al respectivo Presidente del Tribunal para su eliminación. De momento, en todo caso, se sellan las urnas y se levanta acta.

Art. 35. El Juez popular, que antes del pronunciamiento de la sentencia manifieste indebidamente su convencimiento sobre los hechos objeto del procedimiento, queda excluido de formar parte del Tribunal, mediante decreto motivado del Presidente, y condenado al pago de 20.000 a 50.000 liras en favor de la caja de multas, así como al de las costas que la eventual suspensión ocasione, todo ello sin perjuicio de las penas correspondientes caso de constituir delito el hecho. Contra el decreto presidencial cabe recurso de oposición en el plazo de cinco días ante el Tribunal de apelación, pero tal recurso no suspende la ejecución del acuerdo de exclusión.

Art. 34. Sanciones por falta de presentación.—El Juez popular que, llamado a prestar servicio, no lo hiciere sin motivo justificado, puede ser condenado por el Presidente respectivo, en decreto motivado, al pago de una multa de quince mil a treinta mil liras, así como al de las costas que motivaren la suspensión, si la hubiere, sin perjuicio de penas más graves en el supuesto de que la omisión constituyese delito. Contra tal decreto cabe recurso de oposición, ante el primer Presidente del Tribunal de Apelación, en el plazo de cinco días desde la imposición de la multa. El recurso de oposición no suspende la ejecución del procedimiento de exclusión.

Art. 36. Indemnización pecuniaria a los Jueces populares.—A los Jueces populares les es debida una indemnización de dos mil liras por cada día que ejerzan sus funciones, aumentada a tres mil en los casos en que las mismas tengan lugar en punto que no fuere su residencia. En este último supuesto tienen derecho, además, a dietas de estancia y gastos de viaje, calculadas del mismo modo que son debidos a los Jueces (de sexta categoría) o a los Magistrados, según la categoría del Tribunal. Las mismas indemnizaciones corresponden a los Jueces populares citados y luego licenciados, siempre y cuando se hubiesen presentado en tiempo útil para prestar servicio.

CAPITULO IV

Normas de procedimiento

Art. 37. Competencia del Tribunal de jurado de instancia.—El artículo 29 del Código de procedimiento criminal queda redactado en la siguiente forma: «Corresponde a los Tribunales de jurados de instancia el conocimiento de los delitos consumados o intentados previstos en los artículos 422, 438, 439, 575 a 580, 584 y 600 a 604 del Código penal (es decir, delitos de estragos, propagación de epidemias y envenenamiento de sustancias alimenticias, contra la vida, incluida la instigación al suicidio y trata de esclavos). Corresponden también a su competencia los robos con violencia en las personas, amenazas con propósito de lucro y secuestros. Los delitos previstos en los artículos 396, 397, 571 y 572 del Código penal (uso de armas en duelo, lesiones con resultado de muerte y malos tratos familiares) serán de la competencia de los Tribunales de jurados en los casos en que del hecho se derivase la muerte de alguien».

Art. 38. Competencia de los Tribunales de jurados en relación con las de los Jueces ordinarios, por razón de materia.—Siempre que en las leyes procesales se aluda a «Juez de competencia superior» o «a Juez superior», se entenderá que el Tribunal de jurados es de competencia superior a la de los Jueces de primera categoría.

Art. 39. Para los procedimientos de competencia de los Tribunales de jurados y los de apelación serán observadas las normas del Código y demás leyes procesales penales no incompatibles con la presente.

Art. 40. Juicio.—En el juicio de primer grado y en los correspondientes incidentes de ejecución, el Tribunal de jurados y su Presidente, el del Tribunal del mismo lugar, su Presidente y Secretario, tienen las funciones normalmente asignadas por las leyes procesales, respectivamente, a los Tribunales de apelación, a su primer Presidente y a su Secretario.

Igualmente y por lo que respecta a la instrucción, salvo los casos de remisión a la sección instructora, al Fiscal del Tribunal de apelación le sustituye el de instrucción o juzgado (Procuratore della Repubblica).

En los casos en que el Tribunal de jurados de instancia o de apelación tengan que delegar en uno de sus miembros la comisión de algún acto procesal, la delegación recaerá sobre el Presidente o el otro Magistrado (de derecho). Igualmente corresponde a ellos, como norma, la redacción de la sentencia, que siempre suscribirá el Presidente y el Secretario.

Art. 41. Competencia relativa a la libertad provisional.—Se modifica el ar-

título 279 del Código procesal penal en el sentido de que en los procesos de la competencia de jurados, decide sobre la libertad el Juez de instrucción durante dicho trámite; el Presidente del respectivo Tribunal, de instancia o de apelación, después de la conclusión de la instrucción y antes de la apertura del juicio, y el Tribunal en pleno una vez acordada dicha apertura. Si la demanda de libertad es propuesta en las conclusiones finales del debate, se resuelve en la sentencia del Pretor o del Tribunal correspondiente.

Art. 42. Relación entre Juez instructor y Fiscal.—El artículo 371 del Código procesal penal queda redactado así: «Concluida la instrucción, el Juez comunica los autos a la Fiscalía para la formación del acta de acusación».

Art. 43. Queda derogado el artículo 371 del Código procesal (respecto a la comunicación de las actas de acusación a las partes).

Art. 44. Sentencia de reenvío.—El artículo 374 del Código procesal penal queda redactado así: «El Juez instructor, caso de estimar que el hecho integra un delito de la competencia del Juez ordinario y que las pruebas son lo suficientemente firmes para el envío al trámite de juicio, ordena por sentencia dicho trámite, sea al Tribunal de jurados, al ordinario o al Pretor competentes, salvo que retenga la facultad de conceder el perdón judicial.»

Art. 45. Impugnación de las decisiones del Tribunal de jurados.—Las sentencias y otras decisiones del Tribunal de jurados quedan sujetas a impugnación en los casos, términos, medios y formas establecidos en el Código y otras leyes procesales para las decisiones de los Tribunales ordinarios, siendo depositados los recursos en la Secretaría del Tribunal.

Art. 46. Convocatoria de Tribunal de jurados de apelación.—Cuando se ha interpuesto apelación contra una sentencia del Tribunal de jurados, el Secretario del de apelación, apenas recibidos los autos, según las normas de los artículos 208 y 517 del Código procesal, los presenta al Presidente del Tribunal de apelación, quien, una vez oído el Fiscal, emite Decreto de convocatoria del Tribunal de jurados de apelación competente, incluso cuando se tratare de un solo asunto, si hubiere procesados presos.

Art. 47. Anulación de sentencias con reenvío.—El párrafo 2 del artículo 543 del Código procesal penal queda redactado así: «Si es anulada la sentencia de un Tribunal de jurados de apelación o de un Tribunal de apelación, el juicio vuelve a ser enviado a otro de la misma jurisdicción que se halle en la más próxima vecindad.»

Art. 48. Traslado del procesado, de autos y de objetos.—Si el procesado se encuentra detenido en lugar diverso de aquel en que se convoque el Tribunal de jurados, el Fiscal, previo el depósito de la sentencia de apertura del juicio o de la demanda de citación, e inmediatamente después de la convocatoria del Tribunal, procura que el procesado sea trasladado a la prisión del lugar del juicio, donde permanecerá hasta la firmeza de la sentencia. Asimismo serán transmitidos a la Secretaría correspondiente los autos, documentos y objetos intervenidos útiles para el juicio.

En el capítulo V se ocupa la ley de diversas disposiciones transitorias, y en el artículo 56 y final, de la derogación de todas las disposiciones anteriores incompatibles con la misma.

La ley italiana de 10 de abril último, promulgada conforme a la aprobación parlamentaria de 16 de marzo anterior, sólo muy relativamente puede valorarse cual una restauración del jurado clásico. Al igual y aun con mayor razón que su inmediato precedente, la ley francesa de 25 de noviembre de 1941 (reformada en 17 de noviembre de 1944 y 20 de abril de 1945), constituye más bien una clara tendencia a la institución del escabinato o Tribunal técnico-popular, en el sentido que auguró ya en 1935 el profesor Gorphe y que primeramente fué ensayado, antes de la guerra, en algunas colonias francesas, en Mónaco, Finlandia y Suecia.

El sistema aludido presenta igualmente puntos de contacto con el de la denominada «justicia popular» de los regímenes soviéticos, bien que sin el sentido clasista de éstos, muy especialmente con la organizada en la nueva Checoslovaquia por la Ley de 10 de diciembre de 1946 y en la zona oriental alemana por la institución de los «Volksrichter» de 1950. En ellos, la intromisión de jueces legos en la administración de justicia penal (y en la alemana también en la civil) se hace no de un modo indiscriminado, sino escogiendo, en teoría al menos, dentro de un núcleo de ciudadanos de un grado de instrucción superior, aunque no específicamente técnico-jurídica. En este sentido, la ley italiana de este año es menos «liberal» que la francesa de 1941, puesto que ésta requiere sólo en el elegido la mínima instrucción de saber leer y escribir, en tanto la italiana ya hemos visto cómo exige títulos de estudios de enseñanza media de primero o segundo grado (arts. 9 d) y 10). En todo caso, la distinción capital de las nuevas instituciones respecto al típico jurado ochocentista, radica en su carácter de Tribunal unitario, de Colegio único, sin la tradicional separación de las cuestiones de derecho y de hecho. Con ello es indudable que se simplifican mucho las cosas y se evitan no pocos de los inconvenientes inherentes al jurado típico, no todos, desde luego. ¿Se habrá superado con la nueva sistemática el peligro constante que del viejo jurado dimanaba? De él decía no ha mucho el profesor Pannain, que «es inútil científicamente y prácticamente incompatible con una buena administración de justicia». Sobre sus males y críticas no sería difícil acopiar cumplidísima antología, explicativa de la crisis sufrida por la institución a raíz de la primera trasguerra, en la que desapareció, no sólo de los regímenes autoritarios de Italia y de Alemania, sino de otros democráticos, por razones exclusiva o prevalentemente técnicas; así fué abolido en Bulgaria en 1922, en Portugal por Decreto núm. 12.353 de 1926, en Yugoslavia por el Código procesal penal de 1929, restringiéndose notablemente en otros muchos, como en Dinamarca, que subsistió sólo para los casos de pena de muerte, y en Argentina y Suecia, exclusivamente destinado a entender en procesos criminales de Prensa. La nueva institución no ha hecho aún sus pruebas; pero es de prever que éstas no han de ser tan lamentables como las de su antecesora, siquiera sea por haber eliminado uno de los males má obvios de ésta, los de la más crasa ignorancia del ciudadano llamado a ejercitar la misión judicial. De la intermisión de elementos profesionales y legos cultos, aunque no juristas, son de esperar harto mejores frutos. En cambio parece superflua y mero alarde de originalidad la institución de los Tribunales de jurados de apelación (*Corti di Assise di Appello*) que seguramente han de constituir una complicación inútil y una rémora en el procedimiento.

VENEZUELA

ESTATUTO DE VAGOS Y MALEANTES

LA JUNTA DE GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE VENEZUELA

En uso de las atribuciones que tiene por el Acta de constitución del Gobierno Provisorio, de fecha 24 de noviembre de 1948, modificada por el Acta de fecha 27 de noviembre de 1950, en Consejo de Ministros,

Considerando

Que la Ley de Vagos y Maleantes vigente no coadyuva debidamente a la defensa social, y es preciso por ello darle mayor vigor y eficacia, a la vez que debe procurar el mejoramiento moral de los reclusos.

Decreta

el presente

ESTATUTO DE VAGOS Y MALEANTES CAPITULO I

Disposiciones Generales

Artículo 1.º Los vagos y maleantes, para su corrección y como medida de defensa social, serán sometidos al régimen de seguridad pautado en el presente Estatuto.

Artículo 2.º Se consideran vagos:

- a) Los que habitualmente y sin causa justificada no ejerzan profesión u oficio lícitos y que por tanto constituyan una amenaza para la sociedad.
- b) Los que aun ejerciendo profesión, destino u oficio o poseyendo bienes o rentas, viviesen o completasen sus recursos personales a expensas de personas dedicadas a la prostitución, o por ejercicio de actividades ilegítimas, entendiéndose como tales, a los efectos de este Estatuto, las que tienen por objeto actos generalmente considerados atentatorios de la moral o de las buenas costumbres.
- c) Los timadores y petardistas de oficio.
- d) Los que habitualmente transiten por calles o caminos promoviendo y fomentando la ociosidad y otros vicios.
- e) Los que habitualmente pidan limosna para imágenes, santuarios y otros fines religiosos, sin la licencia eclesiástica y el visado de la autoridad de policía; y los que con pretextos benéficos y filantrópicos especulen con la buena fe del público levantando contribuciones.
- f) Los que habitualmente induzcan o manden a sus hijos, parientes o subordinados que sean menores de edad a mendigar públicamente y los que, en

general, se valgan de menores para el mismo fin o exploten igualmente a enfermos mentales o lisiados

g) Los que fingieren enfermedad o defectos orgánicos para dedicarse a la mendicidad.

Artículo 3.º Se consideran maleantes:

a) Los rufianes y proxenetes.

b) Los que hacen de los juegos prohibidos su profesión habitual y los que explotan estos juegos o cooperen con los explotadores en cualquier forma, a sabiendas, de esa actividad ilícita.

c) Los que habitualmente comercien o faciliten de manera ilícita, armas, drogas y efectos de uso o consumo reglamentado o prohibido por la Ley.

d) Los que suministren para su consumo inmediato aguardientes, vinos o en general bebidas espirituosas a menores de dieciocho años en lugares o establecimientos públicos o en Institutos de educación e instrucción, o los que a sabiendas promuevan o favorezcan la embriaguez de menores.

e) Los que ejerzan de brujos o hechiceros, los adivinadores y todos los que por medio de esas artes ilícitas exploten la ignorancia a la superstición ajena.

f) Los que habitualmente ocurran a la amenaza de algún daño inmediato contra las personas o sus bienes con el objeto de obtener algún provecho, utilidad o beneficio.

g) Los condenados dos o más veces por delito contra la propiedad.

h) Los sindicados dos o más veces por delito contra la propiedad, en cuyo poder se encuentren llaves falsas o deformadas para abrir o forzar cerraduras o descerrajar puertas o ventanas cuando no justificaren su procedencia y destino legítimo.

i) Los que comercien con objetos pornográficos o los exhiban en público, y los que ofendan el pudor de la mujer y la irrespeten en la vía y lugares públicos con persecuciones y palabras que constituyan ofensa a su delicadeza y sean un desacato al respeto y a la moral.

j) Los que conocida y habitualmente hagan profesión de testificar en juicios.

k) Los pederastas debidamente evidenciados que de ordinario frecuenten las reuniones de menores.

l) Los que habitualmente se dediquen al contrabando.

m) Los que habitualmente sean hallados en las vías y lugares públicos en estado de embriaguez y que sean, además, provocadores de riñas.

CAPITULO II

De las medidas correccionales

Artículo 4.º Para corregir o poner a recaudo los vagos y maleantes a que se contrae el presente Estatuto, las autoridades competentes dictarán y aplicarán en la forma establecida en los artículos siguientes, las medidas que a continuación se expresan:

a) Amonestación, con la obtención de la promesa, por parte del amonestado, de corregirse y dedicarse al trabajo.

b) Envío bajo custodia, en los casos que lo requieran, a la ciudad o pueblo de origen, con previo aviso a la autoridad respectiva para su vigilancia.

- c) Internación en una casa de reeducación y trabajo.
- d) Obligación o prohibición de residir por tiempo conveniente en un lugar o parte determinado del territorio del Estado, Distrito Federal o Territorio Federal en donde se hubiere tramitado el procedimiento.
- e) Internación en una Colonia Agrícola Correccional fija o movable.
- f) Internación en una Colonia de Trabajo, fija o movable.
- g) Sumisión a la vigilancia de la autoridad. La vigilancia tendrá carácter tutelar y de protección y será ejercida por las autoridades designadas al efecto. Esta medida podrá ser reemplazada por caución de conducta, pero no podrán ser fiadores sus ascendientes, descendientes y el cónyuge.

Unico.—La acción educativa para la readaptación social de aquellos individuos que requieran especial tratamiento, se hará siempre bajo las indicaciones de la técnica médico-social y en sitios debidamente acondicionados.

Artículo 5.º Las medidas correccionales determinadas en las letras c), e), f) del artículo anterior, se aplicarán a los vagos y maleantes por un tiempo hasta de cinco años según el caso, y se ampliarán de conformidad con las disposiciones previstas en el Capítulo IV del presente Estatuto. Las restantes medidas comprendidas en el artículo anterior se aplicarán dentro del indicado límite de tiempo, según cada caso.

A quienes ya hubiesen cumplido una o más medidas comprendidas en este artículo y den motivo de nueva medida correccional, ésta les será aplicada del término medio al máximo.

Unico.—Cuando las medidas a que se refieren las letras c), f), del mismo artículo anterior no fueren mayor de tres meses, se cumplirán en el Establecimiento local de carácter penal, mientras no haya sido creada la correspondiente Colonia, de conformidad con el único aparte del artículo 8.º de este Estatuto.

Artículo 6.º Si un ciudadano conocidamente laborioso quisiere tomar a su cargo, para darle ocupación a cualquiera persona sometida a las medidas b) o c) del artículo 4.º, podrá ser autorizado para ello bajo las condiciones siguientes:

Consignar en una caja de ahorro, o en poder de una persona de responsabilidad, en la oportunidad en que ha de efectuarse cada pago, la tercera parte del sueldo o jornal que devengue la persona sometida a la medida.

Informar cada quince días a la autoridad de policía del lugar acerca de la conducta que dicha persona observe y presentarla cuando se lo ordene la citada autoridad.

Artículo 7.º A los individuos internados en Colonias Agrícolas Correccionales, en Casas de Corrección o de Trabajo o en Colonias de Trabajo, tan luego como hayan adquirido hábitos de disciplina y de trabajo y se dediquen a éste de buen agrado, podrá la autoridad de quien dependen fijarles una retribución, de acuerdo con lo que se disponga en los Reglamentos.

Artículo 8.º Para el debido cumplimiento del presente Estatuto, el Gobierno Nacional creará las casas de Corrección y de Trabajo, las Colonias Agrícolas Correccionales o las Colonias de Trabajo que fueren necesarias, y a su sostenimiento contribuirán los Gobiernos de los Estados, Distrito Federal y Territorios Federales, en la forma que convegan con el Ejecutivo Federal.

Los Gobiernos de los Estados, del Distrito Federal y de los Territorios Fe

derales y las Municipalidades, podrán crear Casas de Corrección y de Trabajo y también Colonias Agrícolas Correccionales o Colonias de Trabajo, cuando lo consideren conveniente, pero siempre con la aprobación del Ejecutivo Federal.

Artículo 9.º En las Colonias Agrícolas Correccionales los internados serán ocupados en los distintos cultivos de la tierra que permita la región, y en el aprendizaje técnico, en lo posible, de la agricultura. También se enseñará a los que revelen aptitudes especiales las artes y oficios que tengan más inmediata relación con la industria agrícola.

Además, en cada Colonia Correccional funcionarán las escuelas primarias nocturnas que fueren necesarias para enseñar la instrucción primaria elemental a los internados que carezcan de ella.

Artículo 10. En las Casas de Corrección y de Trabajo se dará ocupación en oficios e industrias a todos los internados, aun a los parcialmente inhábiles para el trabajo.

En todo caso, en dichas Casas se enseñará la instrucción primaria elemental a los internados que carezcan de ella.

Artículo 11. Los Establecimientos para la reclusión de los vagos y maleantes, tendrán sus respectivos Reglamentos Internos, donde se indicarán los sistemas y métodos a seguir para la reforma moral de aquéllos, de acuerdo con los principios establecidos en el presente Estatuto.

Los Reglamentos de los Establecimientos serán dictados por el Ejecutivo Federal o por el Gobierno de la Entidad que los hubiere creado, pero en este último caso, deberán ser sometidos previamente a la aprobación del Ejecutivo Federal.

Artículo 12. Si transcurriere el tiempo de internamiento sin obtener la corrección del internado, la autoridad que acordó la medida podrá prorrogarla hasta por un tiempo igual al de la medida originaria.

Con tal fin el Director del Establecimiento remitirá a dicha autoridad, tres meses antes de la fecha en que finalice la medida impuesta al incorregido, informe circunstanciado del Tribunal de Conducta sobre el recluso en tal situación, sin ponerlo en libertad en tanto no reciba la orden correspondiente dispóniéndola.

Si quince días antes de la fecha en que finalice la medida no se hubiere recibido orden de la autoridad que la acordó, con prórroga del interesado o disponiendo la libertad del recluso, el Director le remitirá nuevamente el informe del Tribunal de Conducta y notificará el caso por la vía más rápida al Ministerio de que dependa.

Artículo 13. Los individuos a quienes se apliquen las medidas correccionales determinadas en el presente Estatuto, que no se corrijan efectivamente o que después de algún tiempo reincidan en la vagancia o se dediquen a la misma actividad, en razón de la cual se les calificó de maleantes, serán sometidos a cualquiera de las otras medidas correccionales en este Capítulo.

Artículo 14. Las medidas disciplinarias que para la conservación y resguardo del orden se establezcan en los Reglamentos de las Casas de Corrección y Trabajo, en las Colonias Agrícolas Correccionales y en las Colonias de Trabajo, consistirán en amonestaciones, rebajas moderadas en los salarios durante cierto tiempo, no mayor de un mes; aislamiento, fuera de las horas de tra-

bajo, que no exceda de ocho días, privación de diversiones permitidas; y para casos graves, arresto hasta de quince (15) días.

En consecuencia, nunca y por ningún motivo, podrá la corrección disciplinaria consistir en maltratos ni en otras medidas o actos depresivos y ofensivos a la dignidad personal del internado.

Artículo 15. Los funcionarios de policía y los empleados de las casas de Corrección y Trabajo, de las Colonias Agrícolas Correccionales o de las Colonias de Trabajo que violen el presente Estatuto, los Decretos Ejecutivos que lo reglamenten o los Reglamentos internos de esos Institutos, o que de cualquier modo faltaren a su deber, serán castigados por el superior inmediato, previa averiguación, con multa hasta de *un mil bolívares* (Bs. 1.000,00) o arresto proporcional, y en los casos graves, con la destitución independientemente de las sanciones previstas en el Código Penal.

Artículo 16. Ninguna de las medidas de que trata este Capítulo podrán ser aplicadas sino por las autoridades competentes conforme al presente Estatuto y previas las formalidades que en él se determinan.

SECCION DE JURISPRUDENCIA

Del concurso delictivo

JUAN DEL ROSAL

Decano de la Facultad de Derecho y Abogado
de los I. C. de Valladolid, Madrid, y otros

SUMARIO: I. *Supuesto de hecho.*—II. *Calificación del Tribunal “a quo”.*—III. *Impugnación de la sentencia.*—IV. *Breve análisis de la decisión de la Sala segunda del Tribunal Supremo.*

I. Supuesto de hecho.

La sentencia dictada por la Sala segunda del Tribunal Supremo da como “hechos probados” los que siguen: “Que el proceado, mayor de edad penal, L. M. A., desempeñando el cargo de Jefe administrativo de la Dirección General de R. D., en la comarcal de N., realizó en las fechas que se indican los siguientes hechos: a) En 11 de febrero del año 1947, falseando la firma del arquitecto de dicho organismo que debía firmar la liquidación de “cuentas a justificar con la Dirección General”, hizo una liquidación falsa por importe de 38.100,62 pesetas, con una diferencia de 30.000 pesetas. El 7 de mayo del año 1947, por igual procedimiento, falseó el acta de liquidación, incrementándola en 200.000 pesetas (sic) desde 730.517,78 pesetas que debía arrojar hasta las de 960.057,78 pesetas (sic). c) En 10 de junio de 1947, por el mismo procedimiento relatado, falsificó la liquidación correspondiente a fin de mantener la diferencia de la cantidad que había logrado en las anteriores actuaciones. d) En 8 de junio de 1947, en la propia forma, incrementó la liquidación, que era de 551.702,41 pesetas, obteniendo con ello una diferencia de 70.000 pesetas sobre la anteriormente distraída. e) El 11 de agosto de 1947, por idéntico procedimiento que el expresado en apartados anteriores, obtuvo un aumento de 100.000 pesetas sobre aquellas cantidades, consignando en la liquidación correspondiente 989.076,80 pesetas en vez de 589.076,80 pesetas. f) En 9 de septiembre, falsificando igualmente la liquidación, aminoró la diferencia en 10.000 pesetas. g) El día 11 de octubre de 1947, siguiendo el repetido procedimiento, hizo pasar la liquidación de 759.540,85 pesetas a pesetas

1.209.049,63, logrando con ello una diferencia de 450.000 pesetas, que implica el incremento en 60.000 pesetas de las cantidades anteriormente defraudadas. h) El 11 de noviembre de 1947, con igual procedimiento que en los casos anteriores, hizo aumentar las diferencias que venían existiendo con otras 50.000 pesetas. El procesado, en todos dichos casos, ocultaba las notas verdaderas del Arquitecto del prenombrado organismo, don A. B., cursando en su lugar las falseadas por él, en que había imitado la firma de aquél, y después de la última liquidación reseñada escribió una carta al Inspector general de S. diciéndole que "no pudiendo rendir cuentas fielmente, marchaba a ponerse a disposición del Director general", y devolvió 20.000 pesetas que tenía en su poder antes de todo esto de iniciarse el procedimiento judicial."

II. Calificación del Tribunal "a quo"

El Tribunal que conoció y sentenció los hechos, anteriormente narrados, apreció que eran constitutivos de los delitos siguientes: Los comprendidos en las letras a), b), d), e), g) y h) de "seis" figuras delictivas de falsedad en documento público, comprendidos en los números 1 y 4 del artículo 302 del texto punitivo vigente (1); otras "seis" de malversación de caudales públicos, comprendidos, respectivamente, en los números 2, 3, 3, 3, y 2 del artículo 394 del mismo texto (2); y los de los apartados c) y f), dos delitos de falsedad en documento público del prenombrado artículo 302, números 1 y 4, de idéntico Código, y estimando autor al precitado procesado, sin concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, pronunció el fallo que sigue: "Que debemos condenar y condenamos al procesado L. M. A., como autor responsable de seis delitos de falsedad en documento público en concurso ideal con otros seis delitos de malversación de caudales públicos ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a seis penas de diez años y un día de presidio mayor y multa de 8.000 pesetas por cada grupo de ambos delitos, estimando en dicho concurso ideal con las accesorias legales correspondientes de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena; y como autor igualmente responsable de otros delitos de falsedad de documentos públicos, igualmente definido sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a las respectivas penas de ocho años y un día de presidio mayor más las accesorias de inhabilitación absoluta durante el

(1) Los números 1 y 4 del artículo 302 del C. p. preceptúan lo siguiente: "Será castigado con las penas de presidio mayor y multa de 1000 a 10.000 pesetas el funcionario público que, abusando de su oficio, cometiere falsedad: 1.º Contrabaciendo o fingiendo letra, firma o rúbrica. 4.º Faltando a la verdad en la narración de los hechos".

(2) El artículo 394 del texto penal vigente dispone que "el funcionario público que sustrajere o consintiere que otros sustraigan los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, será castigado: 2.º Con la de presidio menor si excediere de 1.000 pesetas y no pasare de 50.000 pesetas. 3.º Con la de presidio mayor si excediere de 50.000 pesetas y no pasare de 250.000.

tiempo de la condena, y multa de 8.000 pesetas por cada uno de estos y al pago de las costas procesales originadas en esta causa e indemnización de 478.784,07 pesetas a la Dirección General de R. D., quedando sujeto, en caso de impugno, por insolvencia, de todas las multas impuestas al apremio personal subsidiario de dos meses. Y siendo la pena más grave de las impuestas la de diez años y un día de presidio mayor, se fija en el triple de ésta, reducido, además, por imperativos legales a treinta años el máximo a cumplir por el procesado, dejando de extinguir todas las demás a que se le condena, y se fija, asimismo, como máximo a satisfacer de las multas impuestas la suma de 24.000 pesetas, siendo de abono para el cumplimiento de dicha condena todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa.

III. Impugnación de la sentencia

Al amparo del número primero del artículo 849 de la Ley procesal, se interpone recurso a nombre del procesado, citando como infringidos: a), el artículo 302 en sus números 1 y 4 del Código penal, en cuanto aduce que de la relación de los "hechos probados" se infiere con toda evidencia que la acción dolosa del inculpado es íntegramente tan sólo un "delito continuado" de falsedad en documento público de los mismos número y artículo por concurrir en su conducta, considerada en conjunto, los elementos propios de tal estimación jurídica, pues en todas y cada una de las "ocasiones" a que se alude con especificación de sus fechas se afirma por "el mismo procedimiento" del fijado en el apartado e); esto es, falseando la firma del arquitecto. Tan sólo el contenido de los apartados c) y f) difieren del relato de los demás al expresar que la falsedad en la liquidación tenía por finalidad la de mantener o aminorar la diferencia de las anteriores mutaciones.

Hay, por tanto, a tenor de cuanto se consigna en el primer resultando de la sentencia, "una identidad de procedimiento en el actuar del recurrente al servicio de un solo designio, todo ello sin perder de vista su condición de funcionario público". Y este designio era el de falsear los documentos a que se alude fingiendo en todos los casos la firma del arquitecto en las liquidaciones que habían de practicarse y consignando en ellas cosa contraria a la verdad, produciendo así una verdadera mutación de la misma.

"El propósito, pues, de L. M. A. y los medios por él empleados para llegar a él aparecen perfectamente claros y definidos: falsos los documentos de que se trata y las liquidaciones a que los mismos se contraen."

En ningún momento en la sentencia se habla de sustracción o consentimiento para que un tercero sustraiga fondos o caudales; tampoco se hace referencia a que las cantidades o liquidaciones de que se trata las tuviere el inculpado a su cargo por razón de su función. "Faltan, por tanto, los requisitos o elementos indispensables para que pueda in-

vocarse el contenido del artículo 394" (3) del Código penal; es decir, la existencia del delito de malversación de caudales públicos, que, en consecuencia, ha de rechazarse como de aplicación a la conducta del procesado; segundo, por no haberse aplicado "la circunstancia atenuante novena del artículo 9.º" (4) de dicho Código, cuando se infiere claramente de la conducta del hoy recurrente.

Así, pues, en resumen, la postura de la representación del impugnante queda concretada de la manera siguiente: "Primero", existencia de delito continuado de falsedad en documento público; "segundo", ausencia del delito de malversación de caudales públicos; "tercero", admisibilidad del arrepentimiento.

El Ministerio Público apoyó el segundo motivo de casación; esto es, el concerniente al arrepentimiento y se opuso al primero.

IV. Breve análisis de la decisión de la Sala segunda del Tribunal Supremo

La decisión de la Sala segunda del más alto Tribunal de Justicia principia, como no podía por menos, por reiterar la conocida doctrina, sentada en otros fallos, sobre el llamado "delito continuado", de cuyos requisitos nos hemos ocupado, en otro lugar, en ocasión igualmente de comentar otra sentencia de esta misma Sala (5). Poco trabajo, en verdad le cuesta abrirse camino el razonamiento de la Sala, ya que dicho sea sin asomo de censura alguna, las alegaciones del recurrente, que previamente fueron subrayadas por nosotros, buscan apoyo y sostén en elementos accidentales y secundarios de la acción continua, que en nada alcanza el meollo jurídico de esta entidad penal. Pues ni el procedimiento, ni la ocasión confiere naturaleza continuada a las diferentes acciones, ya que resulta de suyo imposible enhebrar una serie de conductas naturalísticas y hasta valorativamente realizadas, tanto desde el punto de vista ejecutivo cuanto consumativo de la realidad jurídico-penal aplicable a cada uno de los supuestos, que no es otra sino la falsedad en documento público. Para ello nos basta y sobra con repasar a vuelo de pluma los "hechos probados", los cuales cantan de plano—dígase lo que se quiera—que las acciones perpetradas por el hoy recurrente ha recurrido su ciclo completo en sus distintas dimensiones, proyectadas en la teoría de la acción y del tipo penales.

Ni tan siquiera cabe sacar a relucir la identidad del designio, cuando

(3) Hemos subrayado.

(4) El artículo noveno, circunstancia novena, dispone: "Son circunstancias atenuantes: 3.ª La de haber procedido el culpable antes de conocer la apertura del procedimiento judicial, y por impulsos de arrepentimiento espontáneo, a reparar a disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al ofendido o a confesar a las autoridades la infracción".

(5) V. JUAN DEL ROSAL. Estudios Penales, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1948, pág. 135 y sigs.

Igualmente DEL ROSAL, en este ANUARIO, tomó I, pág. 277 y sigs.

cada una de las acciones están cifradas en un mismo designio cuyo recorrido termina al final de la ejecución de aquélla, para en un tiempo distinto repetir pareja operación delictiva, que no guarda otro parentesco con la anterior y las subsiguientes que vendrán, sino lo proveniente de la ejecución de una misma figura delictiva, pero en cada una de ellas se halla cisurada por un elemento temporal que nos indica que se ha verificado una realización íntegra, tanto subjetiva como objetivamente de la provincia delictiva de supuesta aplicación.

Porque, en verdad lo que importa esclarecer a fondo en el planteamiento de una hipótesis de delito continuado, es la pregunta siguiente: ¿Se trata de un solo delito o de varios? Si las varias conductas se nos presentan como engarzables en un solo delito, entonces existirá "continuación"; en caso contrario no será construible el concepto en cuestión. A esta consecuencia llegamos, después de un análisis más detenido que el actual, ya que dijimos entonces que "en resumen, y siu pretender con ello explanar una definición, puede decirse que el fundamento dogmático y técnico del "delito continuado" radica en el área de la culpabilidad, sirviendo de frontera objetiva los otros dos elementos de "unidad del bien jurídico" y "homogeneidad en las acciones". Pero, aunque se dieran tales presupuestos, queda siempre en manos del llamado a juzgar, vistas las circunstancias concurrentes y la situación especial del hecho, el juicio valorativo sobre la existencia de "una unidad en la culpabilidad", como igualmente la unidad del bien jurídico y la homogeneidad de las actividades, pues no se olvide ni por un solo momento que "el delito continuado" es siempre en principio "un delito único", sea del lado que se contemple. Justamente por esto último, queda radicalmente excluída la posibilidad de aplicar el sistema de punibilidad del llamado "concurso". Problema que ya intuyó de forma ejemplar la mente jurídica de CARRARA, al decirnos que no se trata de aplicar la gama cuantitativa de las penas de cada resultado, sino que se mueve la moldura de la punición dentro de la pena más grave aplicable a cualquiera de esos resultados" (6).

La pregunta, por tanto, a la que responde concisamente el primer considerando de la presente sentencia es la relativa a si efectivamente estamos a presencia de una pluralidad de delitos, o antes al contrario se trata de una auténtica forma de delito continuado. La respuesta, claro está, no cabe inferirla nada más que de la estricta narración de los "hechos probados", exigencia natural y lógica de la línea ortodoxica por la que discurre el recurso de casación.

Y así, el mencionado considerando afirma: "Que la ficción jurídica del delito continuado, aun no recogido en el articulado del Código penal, pero admitido por la doctrina científica y jurisprudencial, "es inaplicable en cuanto cada una de las acciones criminosas se realizaron plenamente con total independencia, y se precisan y concretan las distintas fechas en que fueron cometidos los diversos actos ejecutados y las cifras exac-

(6) V. JUAN DEL ROSAL, obra cit., págs. 157 y 158.

tas del perjuicio económico que en los múltiples casos irrogó, porque entonces no existe el fundamento que permite establecer la conexión continuada" y se impone la observancia de la regla estatuida en el artículo 69 del vigente texto refundido del Código penal, con la limitación ordenada en la norma segunda del artículo 70 del expresado cuerpo legal, y al hacerlo así la Sala de instancia procedió con arreglo a derecho, toda vez que los actos delictivos que narra en los apartados a) al h) de la declaración "de facto" perfilan cada uno de ellos figuras delictivas autónomas que no cabe refundir para formar un solo ente jurídico de naturaleza punitiva, que deba ser objeto de una sola sanción como condigno castigo al proceder doloso del culpable, de donde se deduce la improcedencia de estimar que el recurrente ha cometido un delito continuado de falsedad en documento público, como se propugna en el primer motivo de casación" (7).

La configuración de la doctrina jurisprudencial, de la que nos hemos ocupado extensamente, concretaba los ingredientes del llamado delito continuado en: a), una unidad de resolución (culpabilidad); y b), en unidad de bien jurídico infringido y homogeneidad en las acciones (elementos objetivos), amén de otros de menor monta. Así, pues, la respuesta a si es o no aplicable la entidad del delito continuado se infiere a las claras con sólo estimar los "hechos probados" desde la ya conocida doctrina científica y jurisprudencial. Y, efectivamente, en una primera contemplación de los "hechos" nada tiene de particular que la tesis del recurrente hayan encontrado apoyo para sus alegaciones, puesto que no cabe duda alguna que la similitud del procedimiento empleado confiere aparentemente, en principio, esa especie de abrazadera que en verdad sólo a la unidad de culpabilidad compete, ya que la confusión producida entre "medio" y "ocasión" y "culpabilidad" es lo que induce a pensar la existencia del delito continuado. Pero si se medita un poco más de cerca, viene uno a caer en la cuenta que la semejanza de la "ocasión" y del "procedimiento" son elementos accesorios en la construcción de este ente penal, ya que la raíz parte de la unidad de culpabilidad, la cual no es equivalente ni a la mera "ocasión" ni tampoco al "procedimiento", ya que a lo sumo son ingredientes para valorarla, nunca para afirmarla por ellos mismos. Todavía más claro: la actitud psíquica del recurrente, con respecto a los hechos enmarcados en las letras a) al h), como acertadamente expone el "considerando", anteriormente transcrito, se ha agotado en cada una de las infracciones perpetradas, puesto que no ya el elemento temporal las ha espaciado con el suficiente margen como para conceptualizarlos de suyo independientemente, sino mejor aún, que cada una ha producido un daño, traducido en perjuicio económico, cabalmente delimitado. De esta manera, resulta que cada una constituye una especie de estamento delictivo, en que la realización se

(7) Véase, aparte de la bibliografía citada en nuestra obra, señalada en la nota 5 de este comentario, las recientes publicaciones española e italiana de CESAR CAMARIGO: "El delito continuado". Ed. Bosch, Barcelona, 1951, y E. PROTO: "Sulla natura giuridica del reato continuato". G. Priulla editore, Palermo, 1951.

ha consumado hasta su terminal consecuencia del perjuicio económico producido.

La decisión judicial nos plantea, en consecuencia, la cuestión de si la "unidad de culpabilidad", en el supuesto de que existiera, es capaz de refundir las diferentes infracciones cometidas, con determinación exacta de fechas de comisión y daños efectivos y concretos ocasionados, o por el contrario, este ingrediente del concepto delito—el daño inmediato—por sí mismo paraliza la acción de enhebrar las distintas conductas en un solo y único comportamiento penal a efectos de punición. La novedad que aporta la presente sentencia radica justamente en que la aparente vida que pudiera gozar la unidad de culpabilidad queda automáticamente truncada, desde punto y hora en la precisión del "dato" de realización del hecho penal y la determinación, igualmente segura, de la "perturbación económica" corta en seco el engarce que produce la culpabilidad en las distintas acciones. Con esto, cabe añadir al numeroso repertorio analizado por nosotros acerca del "delito continuado" esta nueva sentencia, en la que destaca de manera prominente la importancia "de las distintas fechas en que fueron cometidos los diversos actos ejecutados y las cifras exactas del perjuicio económico que en los múltiples casos irrogó".

Ahora bien; las razones alegadas en este "considerando" pudieran sembrar ciertos reparos penales, pues se afirma que es inaplicable la figura de delito continuado en consideración a que "cada una de las acciones delictivas se realizaron plenamente con total independencia", lo cual contraviene la pureza dogmática del mentado concepto jurídico-penal, que se apoya ni más ni menos en que la acción en el "delito continuado" no está constituida por "actos sucesivos", ni mucho menos son "momentos" y "pausas necesarias", pues la acción se agota en toda su integridad en cada una de las realizadas por la persona. La persona que yace una y otra vez con la misma mujer casada, consume íntegramente en cada yacimiento la figura del adulterio; la criada que hurta un collar de perlas—el clásico ejemplo de los "Tratados"—verifica en cada sustracción un delito de hurto, de tal manera, tanto en uno como en otro, que la unidad viene "conferida ad integro" en el primer caso por la identidad del sujeto pasivo y del bien jurídico lesionado, además de la idéntica estructura de culpabilidad de los distintos actos, y en el segundo, por la "unidad del bien jurídico lesionado y unidad de ocasión", aparte de la misma dirección de culpabilidad. Es decir, la "acción" en la teoría del "delito continuado" se nos ofrece no como momentos o pausas necesarias, sino, antes al contrario, "completa" desde el "punto de vista naturalístico", y lo que aglutina esas diferentes acciones en una unidad jurídica proviene, ni más ni menos, que del "punto de vista valorativo del orden jurídico". Esto es: la idéntica significación penal de las varias acciones contempladas desde la altura de la culpabilidad, bienes jurídicos lesionados y referencias especial-temporales o motivos procesales a veces. Siempre la calificación de si es o no un "delito continuado", depende íntimamente del orden jurídico, puesto que el "delito continuado" es un

delito único no “naturalísticamente”, sino “jurídicamente”, lo cual no es traducible por creación “ficticia”, al menos, en los términos de los penalistas antiguos” (8).

El fallo actual mantiene la postura de que no son refundibles, ni aun en el caso en que existiera unidad de culpabilidad, las distintas acciones, cuando, como ahora acontece, el fundamento de la conexión continuado queda interiormente deshecho por la determinación del perjuicio económico y las cifras exactas de cada acción perpetrada. Luego se infiere de todo ello que no sólo las fechas exactas—elemento temporal—, sino también el perjuicio económico son elementos esenciales en la determinación del delito continuado y con los que habrá de contarse, habida razón del tipo de delito en que se plantee la elaboración de esta entidad penal. Todavía más puede decirse, apurando el razonamiento a que nos conduce este camino, y es que el delito de falsedad en documento público exige para su consumación el cumplimiento de un perjuicio económico, cosa que en verdad no es sostenible con el texto punitivo en la mano, ni tampoco al amparo de las exigencias constructivas de este delito, tanto dogmáticas cuanto técnicas. Y, sin embargo, nada de esto ha querido sostener el “considerando” en cuestión puesto que la expresa alusión a las fechas y perjuicios no quiere decir otra cosa, sino que en cada una de las acciones la culpabilidad del individuo se nos muestra plena e íntegramente realizada, sin que la “ocasión”, ni la similitud del “procedimiento” fuesen suficientes para enlazar las diferentes acciones en una sola entidad jurídicopenal. La valoración penal es múltiple, fragmentándose en tantos delitos cuantas acciones en razón a que la culpabilidad aparece escindida en cada una de las acciones, como se desprende con sólo pensar en el daño y en las distintas y bien separadas acciones del recurrente.

La duda que pudiera surgir como consecuencia de una visión dogmática de los “hechos probados” queda radiada si observamos la conducta decisonal, seguida por esta digna Sala (9), ya que en numerosos fallos se mantuvo la dirección de apreciar la lesión concursal, cuando los hechos se hayan verificado en fechas distintas (10), o en ocasiones distintas (11). Tampoco ni el mero propósito ni el procedimiento dan nacimiento al delito continuado (12). Siendo, por demás, importante a la hora del funcionamiento de este último concepto penal que no se distingan las fechas en que se realizan las acciones ni tampoco se precisen las cantidades sustraídas (13). Y todavía es más contundente a este respecto la Sentencia dictada con fecha de 11 de abril de 1949, en la que se dice: “Que la doctrina del delito continuado sólo es aplicable cuando se

(8) V. DEL ROSAL, obra cit., págs. 173-174.

(9) V. J. DEL ROSAL, obra cit. Consúltese la citada obra de CAMARGO.

(10) S. 27 noviembre 1915.

(11) S. 15 marzo 1898.

(12) S. 20 enero 1932.

(13) S. S. 5 febrero 1946, 18 abril, 8 mayo, 14 octubre y 20 diciembre 1947; 14 marzo 1904, etc., etc.

aprecia la unidad de propósito y lesión jurídica, y las acciones cometidas no están perfectamente individualizadas en cuanto a su número, fecha de ejecución, valor de cada una, o de alguna otra eficiente circunstancia de hecho que impida singularizar cada una con la debida independencia de las demás”.

Por si fuera poco, algunas otras decisiones descartan por entero que la semejanza de los medios y la identidad de la persona perjudicada den forma apariciante al delito continuado (14).

Apenas si merece comentario alguno los dos restantes “considerandos”, en los cuales se descartan, de un lado, el motivo de inexistencia de malversación, y en el tercero y último se da cabida al arrepentimiento. Veamos, muy a la ligera, tanto uno como otro.

Dice el segundo “considerando” que se impugna “además la calificación jurídica del Tribunal sentenciador respecto a los diversos delitos de malversación que sanciona por echar de menos determinadas afirmaciones que pondrían de manifiesto la concurrencia de los elementos constitutivos del expresado tipo penal; pero, para negar la existencia de éstos olvida que en el relato de los hechos se dice bien claramente que las cantidades que representan las diferencias de cifras consignadas (apartados d) y g) del Resultando de hechos probados, y en el primer Considerando se expresa que el procesado, en el ejercicio de las funciones públicas del cargo que desempeñaba de Jefe de Administración de la D. G. de R. D. en la Comarcal de N., fingió en todos los casos la firma del arquitecto en las liquidaciones de referencia, consignando en ellas cosa contraria a la verdad para lucrarse en su propio provecho con las diferencias que hacía resaltar en tales alteraciones, con lo que estableció los presupuestos necesarios para considerar al reo culpable de las seis malversaciones que sancionó y se incurrió en la infracción, por indebida aplicación del artículo 394 del Ordenamiento jurídico, que denuncia el motivo que se examina, cuya total desestimación es obligada”.

En realidad, basta una simple lectura de los “hechos probados” para llegar a la conclusión de que es lícitamente aplicable el artículo cuatrocientos noventa y cuatro del C. p., pues no se comprende, sino por razones de defensa, que puedan abrirse paso las consideraciones aducidas en el motivo de impugnación. Se dan, por tanto, los requisitos sentados por la doctrina científica y jurisprudencial en los “hechos probados” y no es susceptible de seria objeción la postura contraria.

De mayor interés, por supuesto, se nos revela el tercero y último de los “considerandos”, pues ha servido de base para casar la sentencia del Tribunal “a quo” y de otra parte, reitera la dirección jurisprudencial en lo tocante a la “circunstancia novena del artículo nueve del Código penal”. Dice así “Que, en cambio, debe merecer favorable acogida el segundo y último motivo de impugnación, porque si, como se afirma por el Tribunal “a quo”, el procesado, después de la última liquidación reseñada, la del 11 de noviembre de 1947, escribió carta al Inspector

(14) S. S. 27 noviembre 1915 y 11 abril 1949.

General de S. diciéndole que no pudiendo rendir cuentas fielmente marchaba a ponerse a disposición del Director General y devolvió 20.000 pesetas que tenía en su poder, y todo esto lo realizó antes de iniciarse el procedimiento judicial, es notorio que procedió por impulsos de arrepentimiento espontáneo a disminuir los efectos del delito, y ello permite apreciar en su favor la circunstancia atenuante novena del artículo nueve del Código penal, si bien teniendo en cuenta que sería más gravoso para el reo desglosar para su punición independiente cuatro delitos de falsedad en documento público y otros cuatro de malversación, castigados, a tenor de los artículos trescientos dos y cuatrocientos noventa y cuatro, número tercero del Ordenamiento jurídico, con sendas penas de presidio mayor, que habría que aplicar en su grado mínimo, que comprende de seis años y un día a ocho años, por la concurrencia de una atenuante, porque si se penaran separadamente no podría imponerse por cada uno de ellos pena inferior a los seis años y un día de presidio mayor, que sumarían doce años y dos días, en vez de los diez años y un día que por el concurso ideal del delito impone la sentencia recurrida, es visto que la apreciación de la expresada atenuante únicamente puede repercutir en la cuantía de la medida penal aplicable a los otros cuatro delitos de falsedad, que se fija en seis años y un día de presidio mayor por cada uno, y a las dos malversaciones comprendidas en el número segundo del mencionado artículo trescientos noventa y cuatro, que serán sancionadas, también cada una de ellas, con seis meses y un día de presidio mayor”.

Jurisprudencia penal correspondiente al primer cuatrimestre de 1951

JOSE MARIA GONZALEZ SERRANO
Fiscal de Salamanca

Código penal

1. Art. 1.º *Delito*.—Afirmada la existencia de un contrato verbal, es irreprochable la declaración absolutoria del Tribunal sentenciador, pues el que obra en la creencia con cierto razonable fundamento, aunque sea equivocada, de que ejercita un derecho no incide en la comisión de delito, porque su actuación está desprovista de dolo (S. 13 abril).

2. Art. 8.º, número 1.º *Enajenación mental*.—La enfermedad de epilepsia es susceptible de producir bien la eximente completa del número primero del artículo 8.º del Código penal, o la incompleta de igual número del artículo 9.º (S. 7 marzo).

Ante la manifestación de los hechos probados de que la procesada por su edad crítica sufría anormalidades fisiológicas que influían en su estado psíquico, no puede abrirse camino la circunstancia eximente de trastorno mental completa ni incompleta, porque son bien distinguibles los fenómenos de pura psicofisiología y los de condición psiquiátrica en sentido estricto (S. 26 marzo).

La sentencia de 18 de abril contempla los “estados intermedios”: cuando son extraordinarios y acentuados pueden estar comprendidos dentro de los límites de la atenuante con el valor de eximente incompleta, primera del artículo 9.º, y si son menos sensibles cual sucede en el presente en que únicamente consta una disminución de voluntad y de razón, o sea de imputabilidad, sólo puede acogerse como circunstancia atenuante de las previstas en la décima, por analogía con aquélla, aunque sin sus efectos privilegiados.

3. Art. 8.º, número 4.º *Legítima defensa*.—La agresión ilegítima es requisito básico para apreciar la eximente plena o parcial (SS. 7 marzo y 14 abril). Existe en el acometimiento repetido con que el interfectó esgrimiendo un palo puso en peligro inmediato la integridad personal del procesado, cuando éste, a impulsos del más noble propósito, pretendía poner fin a la pelea que en la ocasión de autos aquél sostenía con otro;

si bien, ya que el procesado y el interfecto se agredieron empujándose mutuamente, es forzoso reconocer que la agresión del segundo contra el primero se hallaba enervada y neutralizada por el forcejeo de la lucha, por lo que el empleo en tales instantes de la pistola con que el procesado quitó la vida a su adversario constituye un exceso en el medio empleado para librarse del riesgo que a la sazón le amenazaba, lo que impide la apreciación en su favor del requisito legal de racionalidad del medio empleado para impedir la referida agresión (S. 3 febrero).

No existe agresión ilegítima: en el extender la mano y dar un ligero empujón invitando a marcharse (S. 7 marzo); en la conminación al procesado para que se incorporara al grupo de la algarada, pues no hay acto de fuerza por acción directa, sino un amenazador apercibimiento de emplear en su caso dicho medio coercitivo (S. 20 marzo); en el insulto soez y grosero acompañado de la iniciación de un movimiento hacia el insultado (S. 14 abril).

La situación de riña excluye toda posibilidad de poder estimar la existencia de una agresión ilegítima (S. 18 enero); a no ser que la riña fuese obligada a consecuencia de la reiterada actitud agresiva del interfecto, de forma que el procesado no aceptó la riña voluntariamente (Sentencia 3 febrero).

4. Art. 8.º, número 11.—*Cumplimiento de un deber.*—Se requiere que aquél cuya conducta pretenda exculparse se halle investido de funciones que tengan carácter público, calidad de la que carecía el recurrente que era sólo guarda particular, no jurado, condición que a tenor del artículo 81 del Reglamento de la Guardia Civil no le confería otras prerrogativas que las de simple criado o colono del propietario de la finca encomendada a su custodia (S. 2 febrero).

La sentencia de 9 de marzo aprecia esta eximente como incompleta en homicidio por disparo de arma de fuego sin dar el alto ni voz alguna a los fúgitivos.

5. Art. 9.º, número 2.º *Embriaguez.*—La embriaguez, aunque puede ser constitutiva de la eximente primera del artículo 8.º, si se prueba que sus efectos llegaron a producir trastorno mental transitorio siendo plena y fortuita, cuando es la normal que disminuye la inteligencia y la voluntad sin privar totalmente de dichas facultades, no cabe estimarla como aquella eximente incompleta, y sólo es factible la atenuante segunda del artículo 9.º, sin perjuicio de que pueda merecer la graduación de muy calificada (S. 6 febrero).

6. Art. 9.º, número 4.º *Preterintencionalidad.*—No se aprecia esta atenuante: en el disparo con revólver (S. 26 febrero); en el puñetazo en un ojo que produce la pérdida total de la visión (S. 12 marzo); en el arrojar una pesa de un kilo a la cabeza, que causa lesiones o muerte (S. 12 marzo); en el golpe en la cabeza con la enrejada de un arado, idóneo para producir la muerte (S. 27 marzo).

7. Art. 9.º, número 5.º *Provocación o amenaza.*—No se aprecia la atenuante, pues los incidentes de la mañana del día 11 terminaron sin reacción violenta por el procesado contra el que le había aludido en términos

groseros, y el hecho de autos ocurrió al día siguiente por la tarde (S. 2 enero).

8. Art. 9.º, número 8.º *Arrebato u obcecación*.—No se aprecia la atenuante, pues los motivos que impulsaron al procesado estaban desprovistos de razón ética, ya que no muestran tal razón ni la desavenencia que distanciaba a ambos protagonistas, ni la conducta de la víctima al haber promovido una acción judicial de tipo civil contra su agresor (Sentencia 28 abril).

9. Art. 9.º, número 9.º *Arrepentimiento*.—La sentencia de 23 de febrero exige estos requisitos: a), realización de los hechos atenuatorios antes de conocer la apertura del procedimiento judicial, cuya expresión se extiende a la diligencia de la Policía para la investigación del delito; b), el elemento subjetivo genérico de obrar por impulsos de arrepentimiento espontáneo, esto es, sin móviles interesados ni estímulos ajenos; c), los elementos objetivos específicos en cualquiera de las direcciones o modalidades que marca la norma legal.

No se aprecia la atenuante si la presentación se hizo para relatar los hechos en términos exculpativos (S. 12 marzo); ni si el ofrecimiento del automóvil fué realizado después de incoado el procedimiento, y la confesión se hizo no ante las Autoridades, como exige la Ley, y en tiempo anterior al descubrimiento del delito, sino en la oficina y cuando los jefes del reo proyectaban practicar la visita de inspección de que el recurrente tenía conocimiento (S. 26 marzo).

10. Art. 10, número 1.º *Alevosía*.—Se aprecia la agravante, pues el procesado se escondió en una acequia y tan pronto vió al interfecto, que marchaba sin prevenirse contra la agresión, a distancia de tres a siete metros, rápida e inesperadamente, sin dar lugar ni tiempo a que se aprestara a la defensa, le disparó un tiro que le produjo la muerte (S. 18 abril).

La sentencia de 3 de febrero contiene los siguientes puntos de doctrina: a) la alevosía exige la busca o aprovechamiento de cuantas situaciones de indefensión absoluta signifiquen garantía siquiera probable para la persona del agresor traicionero; b) no pueda deducirse la realidad de un homicidio alevoso del acto cierto de tratarse de muerte premeditada, y en su caso se daría lugar a dos motivos legales de agravación. En igual sentido la sentencia de 17 de abril aprecia la concurrencia de las agravantes de alevosía y premeditación.

11. Art. 10, número 8.º *Abuso de superioridad*.—Implica el empleo consciente de algún medio que tienda a inutilizar o cuando menos a dificultar la defensa del agredido; y así no se da esa circunstancia por el mero accidente de ser dos los agresores, si no resulta un concierto previo o cuando menos que alguno de los culpables se hubiera intencionalmente aprovechado de la agresión del otro (S. 18 enero).

12. Art. 10, número 9.º *Abuso de confianza*.—No es necesaria una relación estrecha y directa entre los sujetos activo y pasivo del delito, siendo suficiente que medie alguna y que el culpable se aproveche de la situación de facilidad y éxito que la misma le proporciona, que es el caso

del huésped con relación a otro huésped o a cualquier persona que habite en la morada en concepto de familiar, acogida o sirviente; por lo que se aprecia tal agravante en delito de violación (S. 6 febrero).

13. Art. 10, número 10. *Prevalerse del carácter público que tenga el culpable*.—Se aprecia esta agravante, pues el condenado hizo uso de las prerrogativas que su función de policía le confería para defraudar a su víctima, súbdito alemán, atribuyéndose falsamente una misión policiaca encomendada por la Legación de una de las naciones vencedoras en la pasada guerra (S. 25 enero).

14. Art. 10, número 13. *Nocturnidad*.—Precisa, no solamente que el delito se haya cometido en las horas de la noche, sino que ésta hubiera sido buscada de propósito o aprovechada accidentalmente; por lo que no se aprecia si el interfecto y su agresor se encontraron por pura casualidad, sobreviniendo la mortal agresión con la misma rapidez que el pensamiento homicida (S. 28 abril).

Tampoco se aprecia si los novios paseaban por una calle de la capital que no consta careciera de alumbrado artificial propio de las poblaciones de su categoría (S. 3 febrero).

Se aprecia nocturnidad dado el lugar donde se desarrollaron los hechos, paraje solitario y que por ser tal fué previamente elegido, así como del mismo modo procurada y buscada de propósito la hora, la una de la madrugada (S. 17 abril).

15. Art. 10, número 14. *Reiteración*.—Se aprecia esta agravante en delito de homicidio ante la condena anterior por delito de rebelión militar impuesta por la Jurisdicción de Guerra (S. 20 marzo).

16. Art. 10, número 15. *Reincidencia*.—Se aprecia la agravante con los efectos determinados en la regla 6.^a del art. 61 del Código penal, aunque los cuatro delitos de robo precedentes al que ahora se persigue se sancionaran en una misma sentencia (S. 14 abril). Y lo mismo ante el antecedente de una condena por dos delitos comprendidos en el mismo Título del Código (S. 20 abril).

No se aprecia la agravante, pues sólo existe la mera referencia en el encabezamiento de la sentencia de la delincuencia anterior, expresada mediante las palabras "con antecedentes penales" (S. 26 febrero).

No cabe hablar de reincidencia más que cuando al delinquir el culpable, y no cuando al ser juzgado como expresaban los Códigos anteriores, estuviere ejecutoriamente condenado por otro u otros delitos de la misma naturaleza (S. 20 enero).

17. Art. 19... *Responsabilidad civil*.—El art. 22 del Código penal determinante de la responsabilidad civil subsidiaria entiende como personas y empresas dedicadas a cualquier género de industria, no sólo a los organismos de orden privado, sino también a los oficiales o públicos dependientes del Estado, la Provincia o el Municipio, siempre que en sus actividades se refieran directamente a servicios que administren como personas jurídicas y fuera del puro ejercicio del poder definidor y regulador del Derecho (S. 9 marzo).

La responsabilidad civil subsidiaria del referido art. 22 del Código

penal se justifica por el derecho de elección de persona y actitudes y consiguientes deberes de vigilancia de actividades; y se aprecia en el caso del procesado, que trabaja como mecánico en el taller y a las órdenes del patrono que le encarga reparaciones en un camión y que, una vez realizadas, antes de entregar dicho vehículo, sale con el mismo para probar su funcionamiento, y, durante tal práctica, se producen los daños (S. 11 abril).

Se da lugar al motivo del recurso en el que el procesado alega infracción por haber sido condenado al pago de responsabilidades civiles que no fueron objeto del juicio, pues, en efecto, los supuestos daños motivadores de esas responsabilidades, no fueron en el juicio ni mencionados ni objeto de petición alguna; y esto, por respeto al principio acusatorio, básico en el procedimiento penal (S. 16 marzo).

Habiendo renunciado la viuda del interfecto a la indemnización civil que hubiera correspondido, debió deducirse de la cantidad señalada como indemnización la participación que pudiera corresponder a dicha viuda renunciante por su cuota hereditaria (S. 30 marzo).

18. Art. 65. *Multa*.—Impuestas dos penas de multa de mil pesetas por la degradación ante la atenuante de ser el reo menor de dieciocho años, de una pena de arresto mayor en toda su extensión y otra multa de mil a cinco mil pesetas, y establecido como arresto sustitutorio dos meses por cada multa insatisfecha, se da lugar al recurso, pues se ha frustrado el mandato legal que impone la rebaja de la pena, convirtiéndose la pena pecuniaria en el grado mínimo del arresto mayor, cuando la responsabilidad personal subsidiaria no podía por ello pasar de treinta días (S. 17 marzo).

19. Art. 240... *Desacato*.—No existe delito de falsedad, pues la consignación de manifestaciones calumniosas en un acta notarial no significa otra cosa que una prueba auténtica de que estas manifestaciones se hicieron, ya que contrariamente a lo que sucede con otros instrumentos públicos cual las escrituras constitutivas de algún negocio jurídico y las actas notariales de presencia provistas de plenitud probatoria, las actas de distinta naturaleza que levantan los notarios para hacer constar manifestaciones ajenas, carecen de todo valor intrínseco. Pero existe, en cambio, un delito de calumnia a la Autoridad, porque los reos imputaron en el acta notarial al Delegado e Inspector provinciales de Trabajo el haberse llevado entre los papeles de que se incautaron cierta cantidad de dinero y alhajas, ninguna de las cuales fueron devueltas (S. 22 febrero).

Es manifiesto el delito de desacato, pues la presencia del procesado en el local donde el juicio de faltas se celebraba era completamente extraña a su cualidad de Jefe de Falange, lo que tampoco habría justificado su intrusión abusiva en el acto judicial y menos aún el uso de tonos amenazadoras contra el Juez Municipal actuante, del que exigió y logró la suspensión del juicio; reconociéndose la gravedad de los insultos y amenazas dado el significado de las expresiones, las condiciones personales de quien las profriró y las circunstancias ocasionales en que los hechos sucedieron (S. 16 abril).

Se estima el delito de desacato ante el sentido notablemente amenazador de las expresiones, el lugar donde se profirieron, el momento de producirse la acción irreverente, el tono descompuesto de quien amenazaba y la actitud reiterativa del reo depuesta sólo por la fuerza (S. 8 marzo).

Son frases menos graves que integran desacato las contenidas en las cartas dirigidas al Alcalde: "un mínimo de gratitud por esa ciudad me habría aconsejado a mi... a proceder más en armonía con los deberes de urbanidad" "no es lo mismo servir a Madrid que servirse de Madrid"; "y nada más, señor, recomendándole que de V. un repasito a una cartilla de urbanidad" (S. 2 marzo).

20. Art. 254... *Armas*.—Lo sancionado por el art. 254 del Código penal no es la propiedad de armas de fuego y sí su posesión sin los requisitos documentales que la legitimen; por lo que puede delinquir el simple detentador de armas ajenas y estar exento de culpa el propietario (S. 24 enero).

El carácter de Guardia y encargado del orden público no autoriza al uso de armas sin licencia (S. 26 febrero).

El delito de armas de fuego no es tan simplista y objetivo que no precise para su estimación del elemento de voluntariedad, que es la base de la imputabilidad; y así, al tener solicitada el procesado como falangista licencia de uso de arma corta y al estar autorizado por la Jefatura provincial para llevar ese arma, debido a tener que cumplir servicios ordenados por dicha Jefatura, preciso es reconocer que esa autorización bien o mal otorgada, era suficiente para llevar a su ánimo la racional creencia de que estaba legitimada provisionalmente la posesión del arma intervenida, lo que revela la ausencia de dolo (S. 23 abril).

21. Art. 302... *Falsedad*.—Es indiferente a los fines de la represión de la falsedad que ésta se comprenda en uno solo o en dos o más números del art. 302; y así en el caso de autos basta que sea aplicable el número 4.º del referido precepto que la Sala de instancia estimó, para que no quepa discutir si se ha invocado con inexactitud o sin ella el núm. 2.º del mismo artículo (S. 15 febrero).

Que no existe delito continuado, pues la falsificación de documento oficial castigada con arreglo a los núms. 1.º, 4.º y 6.º del art. 302 del Código penal, exige en cada uno de los 33 delitos sancionados una resolución diversa, a diferencia del delito continuado, que representa la resolución única manifestada en diferentes épocas y en relación a porciones de una cosa que se apropia el reo con distintos actos realizados sucesivamente (S. 17 marzo).

No existen, como el Tribunal de instancia aprecia, 1.750 delitos de falsedad del art. 303 en relación con el núm. 9.º del 302, ambos del Código penal, y sí un delito de carácter continuado, porque todos los actos ejecutados por los reos en fechas indeterminadas y en el período de varios meses obedecieron a un solo acuerdo con un solo propósito delictivo y con la misma unidad de medios y de resultado, no pudiendo dudarse que única fué también la lesión jurídica producida, en cuanto las múltiples infracciones sancionadas se refieren exclusivamente a la simulación de las tar-

jetas y sus cupones que el Ayuntamiento destinaba a un servicio público y oficial, limitándose al daño de este público interés el perjuicio que el delito de falsedad lleva consigo y no existiendo la diversidad de sujetos pasivos aludidos en la resolución de instancia para pluralizar desafortunadamente responsabilidades y castigos (S. 6 abril).

Los hechos son constitutivos de dos delitos de falsificación de documentos públicos y no de cuatro, porque aun cuando en cada una de aquellas dos ocasiones se aprecian a su vez dos falsedades en el expediente o procedimiento respectivo a cada una de ellas, no es menos cierto que las cometidas conjuntamente en cada uno de éstos, respondían a un solo propósito delictivo de malversación y tendían en forma simultánea al logro de un solo beneficio ilícito (S. 8 febrero).

No es procedente la apreciación de la circunstancia décima del artículo noveno ("circunstancia análoga a las anteriores") con referencia al estado de necesidad, pues éste sólo puede estimarse como eximente completa o como incompleta en armonía con el art. 66; a más de que tal circunstancia es incompatible con los delitos de falsedad, que exigen una preparación reflexiva que se halla en pugna manifiesta con la intensa turbación que momentáneamente impulsa al que padece aquel estado cuando delinque (S. 10 marzo).

Aprecia la concurrencia de delitos de falsedad y estafa las sentencias de 19 de enero y 10 de marzo; conforme a esta última "no puede prescindirse de sancionar las 17 falsedades cometidas por el reo, que no quedan subsumidas en la estafa, aunque aquéllas fueran los medios puestos en juego para la consumación del propósito defraudatorio".

Son documentos oficiales los que por razón de sus cargos expiden los funcionarios de los Economatos de los Organismos del Estado (S. 3 febrero). Y los recibos de la contribución industrial (S. 10 marzo).

Son documentos mercantiles el talón o cheque (S. 19 enero). Y la factura de una casa de comercio que acredita la legítima adquisición de determinada máquina, por lo que la creación ilegítima de aquella factura constituye el delito de falsedad (S. 30 enero).

Es funcionario público el que presta sus servicios con carácter provisional en la Delegación Provincial de Abastecimientos (S. 17 marzo).

22. Art. 320... *Usurpación de funciones*.—El art. 320 del Código penal sanciona el daño siquiera de naturaleza moral inferido a los intereses generales de la Administración pública, por quienes sin serlo se titulan dolosamente funcionarios y ejercen actos propios de éstos con o sin la mira de un posible beneficio (S. 24 enero).

Se aprecia este delito, pues el "cachear" es acto propio de los Agentes de la Autoridad, sin que la naturaleza delictiva de tal conducta quede enervada por la señalada credulidad de la víctima ante el subterfugio poco hábil de que los procesados se valieron, pues en toda clase de engaños dolosos juega papel principal la buena fe y no pocas veces la torpeza del engañado (S. 9 abril).

Se aprecia igualmente tal figura delictiva en el procesado que se atribuye la condición de Agente de la Fiscalía de Tasas, y realiza determi-

nadas gestiones acerca de supuestas infracciones de la legislación de Abastos (S. 28 abril).

23. Art. 325. *Acusación falsa*.—Es imputación de un delito y no de una falta, pues la acusación falsa hecha por el procesado a la Fiscalía de Tasas de venta a precios abusivos de una partida de vino es constitutiva del delito que define el art. 3.º de la Ley de 26 de octubre de 1939 (S. 24 abril).

24. Art. 339. *Inhumación ilegal*.—La sentencia de 27 de enero expone:

a) En el verbo “inhumar” están comprendidos además de los actos de enterrar, los encaminados al mismo fin y que se realicen con manifiesta contravención de lo dispuesto por las leyes o reglamentos respecto al tiempo, sitio y demás formalidades prescritas para las inhumaciones. Y tal es introducir en un saco el cadáver de la niña recién dada a luz y arrojarlo a un pozo.

b) En la concurrencia de infanticidio e inhumación ilegal, debe estimarse en este último delito en favor de la culpable a la que sólo guió el móvil de ocultar su deshonra, una causa de atenuación de análogo significado a la establecida en el núm. 8.º del art. 9.º del Código penal (“arrebato u obcecación”), que encaja en el núm. 10 del mismo (“cualquiera otra circunstancia de análoga significación de las anteriores”).

25. Art. 394... *Malversación*.—El Alcalde, como único depositario y ordenador de pagos de los fondos municipales, quedó incurso en la infracción definida en el art. 397 del Código penal (“el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados”), pues el sobrante de las cantidades ingresadas en arcas municipales procedentes de la derrama por guardería rural, se dedicó a cubrir otros gastos oficiales y públicos del Ayuntamiento; pero no puede extenderse esa responsabilidad a los Concejales y Secretarios de la Corporación, porque ni aquéllos tienen intervención alguna en tal administración y ordenación de pagos, ni este último otra que dar fe con su firma en el oportuno mandamiento, de que aquel pago ha sido ordenado por el Alcalde (S. 4 enero).

La Sala de instancia dió el verdadero alcance al documento acompañado con la comunicación del Gobernador Civil al Juzgado al tiempo de pasar el tanto de culpa, en donde el procesado manifiesta que el dinero de que hacía entrega era el que retenía en su poder, puesto que sustraer es lo mismo que apoderarse de una cosa, apartarla de su destino, retenerla o hacerla suya, y la Jurisprudencia tiene declarado que a los efectos penales, son sinónimos los verbos sustraer y retener (S. 13 febrero).

Los hechos constituyen un solo delito de malversación y no varios, pues el Secretario Judicial se apropió de ciertas cantidades que por un valor total de 16.711 pesetas le fueron entregadas para su custodia en un solo momento y por razón de su cargo al tomar posesión del mismo, aunque dicha suma se integraba por cantidades procedentes de consignaciones verificadas por distintas personas (S. 8 febrero).

Existe delito de malversación definido en el art. 399 del Código penal

en su último inciso, si los bienes fueron depositados en el procesado para hacer efectiva la multa impuesta por la Fiscalía de Tasas y dicho procesado los vende cuando no se había satisfecho la totalidad de la sanción; pues el Depositario de bienes embargados por Autoridad pública, aunque pertenecieran a particulares, adquiere la consideración de funcionario público, a la vez que esos bienes adquieren el carácter de caudales públicos (S. 16 marzo).

La regente de una Administración de Lotería ostenta la cualidad de funcionario público, y las cantidades de que se apropió y que resultan del descubierto que aparece después de practicada la liquidación tenían el carácter de fondos del Estado (S. 20 marzo).

Se estima delito de malversación la conducta de la procesada, funcionario del Cuerpo de Prisiones de la Cárcel de mujeres, específicamente afecta al cuidado del Almacén de dicho establecimiento en el que se apoderó de ornamentos de iglesia allí depositados (S. 26 marzo).

26. Art. 402. *Exacción ilegal*.—El Alcalde, de oficio carretero, y los dos Concejales, ambos labradores, quedaron libres de responsabilidad por su ilegal acuerdo de un reparto entre el vecindario no existente en el presupuesto en concepto de guardería rural, pues el Secretario de la Corporación no advirtió a aquéllos de las infracciones legales en que incurrieron (S. 4 enero).

27. Art. 406. *Asesinato*.—La circunstancia de ensañamiento existe cuando se emplean métodos de tortura, cuando el agente se complace en satisfacer algún deseo sádico de dolores innecesarios, cuando, en fin, se tienda directa e inhumanamente a producir sufrimientos más intensos de los precisos para el logro del daño definitivo propuesto (S. 3 febrero).

28. Art. 407. *Homicidio*.—Propinar una puñalada en la región abdominal causando gravísimas lesiones, es un acto revelador del propósito de matar (S. 12 enero).

29. Art. 411... *Aborto*.—El delito de aborto comprende la expulsión prematura y violentamente provocada del producto de la concepción, llevada a cabo con ánimo feticida; e incluso en el supuesto de que el feto hubiera vivido, tendría existencia legal el delito de aborto, por el empleo de prácticas de dicha clase y no haber sido espontánea la expulsión, aunque entonces el grado de ejecución sería distinto a causa de no haberse producido el resultado (S. 21 abril).

Quando se entrega alguna sustancia o instrumento con finalidad abortiva concreta para un aborto determinado, ya no se trata del simple acto de peligro del art. 416 del Código penal, sino de una cooperación al delito más grave del art. 413 que exige se aplique la regla general del art. 68 (S. 24 abril).

30. Art. 418... *Lesiones*.—La extensa cicatriz visible representa deformidad; tanto más, cuanto de los hechos probados no resulta pueda ocultarse con el empleo de ropas de uso ordinario (S. 8 enero).

31. Art. 434... *Estupro*.—No es admisible la alegación referente a la omisión en los hechos probados de que la estuprada era de licenciosas

costumbres, pues el silencio sobre tal extremo significa la plena vigencia de la presunción de buena conducta (S. 2 enero).

Se aprecia el engaño ante la repetición de los propósitos matrimoniales, ofrecimiento precedido de tres años de relaciones amorosas tan formales que merecían el beneplácito de las familias (S. 3 enero).

32. Art. 438... *Corrupción de menores*.—Los elementos constitutivos del delito definido en el núm. 1.º del art. 438 del Código penal (“el que habitualmente promueva, favorezca o facilite la prostitución o corrupción de persona menor de 23 años”) se resumen en exigir la habitualidad del hecho, o sea la repetición del mismo, a no ser que se ejercite con abuso de autoridad o confianza, en cuyo caso basta un solo acto; que las pasiones sean ajenas y no propias; y la exigencia de varios sujetos pasivos menores de edad (S. 10 enero).

El hecho es constitutivo del delito definido en el núm. 2.º del art. 438 del Código penal (“el que para satisfacer los deseos de un tercero con propósitos deshonestos, facilitare medios o ejerciere cualquier género de inducción en el ánimo de menores de 23 años”), pues resulta manifiesto el propósito y su logro consiguiente de facilitar la perversión de un menor de 23 años con la práctica de actos homosexuales, sin que sea necesaria la habitualidad de esta conducta en el agente culpable de la corrupción y sea cualquiera el sexo de la persona corrompida (S. 13 marzo). Pues al perseguir la corrupción de menores la ley ampara por igual a la juventud de uno u otro sexo (S. 21 marzo).

Comete tal delito del número 2.º del art. 438 la procesada que permite a la menor de edad frecuentar su casa con objeto de que cohabitara con hombres, pues la facilitó el medio eficiente para satisfacer los deseos deshonestos de tercera persona (S. 20 marzo).

Los hechos constituyen dos delitos de corrupción de menores, pues se realizaron sobre dos menores, aunque fuera de manera simultánea, a fin de servir el mismo deseo lascivo (S. 24 febrero).

33. Art. 443. *Abusos deshonestos*.—A los efectos del art. 443 del Código penal no debe estimarse como denuncia la comparecencia no espontánea de los representantes legales de los menores, que fueron previamente citados por la Autoridad judicial para prestar declaración. Y ese defecto procesal de origen no se convalida por la acusación formulada por el Ministerio Fiscal en el trámite del juicio oral (S. 26 enero).

34. Art. 449... *Adulterio*.—Se rechaza el motivo del recurso que señala como indebidamente aplicado el art. 452 del Código penal, definidor del delito de adulterio, y como falta de aplicación el art. 431, definidor del delito de escándalo público, pues el escándalo producido fué la obligada consecuencia que debe producir en la opinión pública tan grave ofensa al derecho de familia y al deber de fidelidad conyugal; y aun en el supuesto hipotético de que sobre este extremo se ofreciera duda, el artículo 68 del Código citado la resuelve y no por cierto a favor de las pretensiones del recurrente (S. 6 marzo).

35. Art. 457... *Injurias*.—El “animus injuriandi” es dolo específico del delito de injurias, y surge de las expresiones tenidas por afrentosas

en el concepto general y constitutivas de una imputación clara de determinada falta de moralidad (S. 23 enero).

Se acoge el motivo del recurso que combate la sentencia absolutoria por infracción del número 1.º del art. 458 ("la imputación de un delito de los que no dan lugar a procedimiento de oficio"), pues la querellada dijo que no pagaba la casa hasta que no se descontara de las 1.000 pesetas que se había gastado en curar las purgaciones que a su marido le había pegado la esposa del querellante (S. 27 marzo).

36. Art. 480... *Detención ilegal*.—Existe el delito de detención ilegal, por cuanto con total desprecio de lo que establecen los artículos 489 al 492, 495 y 96 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, el procesado ordenó e hizo efectiva la detención de una persona por un término inferior a tres días, sin que en la conducta a la sazón observada por el detenido concurriera ninguno de los requisitos fundamentales que en sus respectivos casos pudieran justificar tal detención (S. 3 enero).

37. Art. 490... *Allanamiento de morada*.—Quien dirige la irrupción en vivienda ajena contra la voluntad de su morador, de cierto grupo de personas que llevan miras vindicativas, se hace responsable del delito de allanamiento de morada; y su carácter de autor, incurso en los números 1.º y 2.º del art. 14 del Código penal no ofrece duda, ante el empleo de los hechos probados del verbo "dirigir" (S. 9 abril).

Existe el delito de allanamiento de morada, pues la tirantez de relaciones entre procesado y ofendido, los motivos próximos de agravio, el objeto de la visita y la actitud violenta del visitante al expresarlo, cuya presencia rechazó sin tardanza el visitado, son circunstancias reveladoras de la oposición del morador a la entrada, y de la decisión del intruso de realizarla sin asentimiento previo que legitimara su conducta (S. 16 abril).

38. Art. 496. *Coacción*.—La violencia característica del delito de coacción igual puede ser efectuada por fuerza material que por medios intimidatorios de orden moral, si bien en este supuesto debe entrañar bastante gravedad e implicar racional suficiencia para que la intimidación se produzca; por lo que no se estima en la actuación del procesado que conmina a los ofendidos si no aseguran a un pastor en la Compañía por él representada con imponerles una fuerte multa e incautarse del ganado, dado "lo disparatado, absurdo e irrealizable de la conminación" (S. 7 febrero).

Integra delito de coacción el hecho de impedir con violencia a otra persona aprovechar normalmente su vivienda, hasta el punto de privarle por espacio de varios meses del disfrute de servicios esenciales como son el agua, la luz y el retrete (S. 26 marzo).

39. Art. 500... *Robo*.—Existen dos delitos complejos de robo con homicidio, previstos y sancionados en el número 1.º del art. 501 del Código penal, puesto que los procesados, con el propósito de lucrarse, se apoderaron de determinados bienes muebles de ajena pertenencia, dando muerte previamente a sus dos legítimos poseedores, para la más fácil consecución de tales deseos (S. 17 abril).

Existe delito de robo con intimidación en las personas, pues ante la negativa de la servidumbre a abrir la puerta, los procesados manifestaron en formas descompuestas y amenazadoras que eran Agentes de la Fiscalía de Tasas y que si no les abrían echarían la puerta abajo, amenazas que surtieron el efecto deseado por los delincuentes, los que seguidamente amedrentaron a la sirvienta diciéndola que nadie se moviese ni tratara de avisar a nadie, pues cortarían el teléfono y se llevarían detenido a quien lo intentase; actos suficientes a producir la intimidación requerida para el delito de robo que no se encuentra embebido en el de usurpación de funciones del art. 320 del Código penal, objeto también de condena, el que no fué bastante a conseguir la finalidad de penetrar en la morada, puesto que hubieron de recurrir a las amenazas referidas para conseguir la apertura de la puerta (S. 16 febrero).

No se aprecia el delito continuado, pues a pesar de la indeterminación de fechas de las diversas sustracciones, se expresa el valor de los efectos sustraídos con la separación conveniente y necesaria para fijar la necesaria cuantía que corresponde a cada uno de los cinco grupos o apartados integrantes del relato de los hechos (S. 20 abril).

La penetración a través de una abertura de la techumbre, aunque el hueco abierto fuese obra del desgaste de los años, significa escalamiento (S. 17 febrero).

Es autor de robo por uso de llaves falsas quien se vale de tal medio para abrir el ropero donde se guardaban el dinero y las alhajas, siquiera no le empleara al introducirse en la casa o habitación de los mismos. (S. 12 enero).

Hoy son posibles los robos fuera del interior de cualquier clase de edificios (S. 17 febrero):

Son edificios públicos las estaciones ferroviarias y sus dependencias (S. 20 abril).

La circunstancia agravante de abuso de confianza es compatible con el delito de robo (S. 23 febrero).

La circunstancia agravante de nocturnidad no es inherente al delito de robo (S. 24 febrero).

40. Art. 514... *Hurto*.—El criado u obrero asalariado que se apropia de los instrumentos o útiles de trabajo, comete hurto y no apropiación indebida, pues no los recibió por ningún título traslativo de la posesión, y sólo los tiene materialmente con el exclusivo fin de usarlos en las labores a que el patrono mismo los destina (S. 15 febrero).

El número 2.º del art. 514 del Código penal de 1944 difiere de su correlativo número 2.º del art. 505 del Código penal de 1932, en que mientras aquél reputa reos de hurto a quienes se apropian con ánimo de lucro las cosas perdidas, sin exigir otra condición, el último requería, además, el saber quién es su dueño (S. 8 marzo).

Los hechos no integran delito de hurto, pues los procesados pusieron en su almacén el toldo encontrado, durante varios meses a la vista de las numerosas personas que allí entraban, y si posteriormente se decidieron a venderlo fué en la creencia de que el toldo no tenía propieta-

rio por abandono o dejación del que pudiese haberlo sido; y esa exclusión de dolo es conciliable con el incumplimiento del art. 615 del Código civil, que obligaba a los ocupantes a consignar en la Alcaldía el toldo que encontraron (S. 23 febrero).

No hay posibilidad de ligar en relación de medio a fin el hurto de caballerías y la falsedad para dotar de documentación aparente a las mismas, pues se trata de actuaciones delictivas completamente diferenciadas; pero en último término constituye un caso de conexidad procesal, que permite, conforme al art. 17 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, perseguir ambas clases de hechos en el mismo sumario y comprenderlas en la misma sentencia (S. 26 febrero).

Cuando una persona realiza diversas sustracciones, perfectamente individualizadas en cuanto a las fechas, cosas objeto de apoderamiento y cuantía, aunque el sujeto pasivo sea el mismo, no pueden estimarse constitutivas de un solo delito de hurto continuado (S. 30 enero).

La doble reincidencia referida en el número 3.º del art. 516 del Código penal surge al recaer la sanción del tercer delito, es decir, que implica la existencia de dos condenas firmes anteriores (S. 17 abril).

La base de la circunstancia de abuso de confianza del número 2.º del artículo 516 del Código penal se halla en la deslealtad del serviciario y en el aprovechamiento de las facilidades que su situación le ofrece para delinquir (S. 30 enero). En igual sentido la sentencia de 26 de abril. Pero basta que el reo se aprovechara de la facilidad de ser empleado en la fábrica, para que se deba apreciar la cualificativa de abuso de confianza (S. 30 abril).

Se aprecia esta agravante cualificativa: en el huésped que aprovecha la ausencia del compañero de habitación para sustraerle dinero guardado por éste en la maleta (S. 14 abril); en el delito continuado de hurto, ya que el procesado llevaba diecisiete años trabajando en la Empresa que resultó perjudicada, en la que tenía un destacado empleo (S. 17 abril).

Al actuar los procesados de común acuerdo con unidad de propósito y con ánimo de lucro, son todos autores del delito de hurto, sea cualquiera la actuación de los mismos (S. 6 febrero).

El hurto está consumado, pues el sustractor cogió cosas del interior del vagón del ferrocarril, aunque su detención por sospechoso, realizada al salir de la estación, le impidiese su aprovechamiento; pues durante algún tiempo, cuando menos el necesario para esconder algunas cosas debajo de sus ropas y ocultar otras en sitio distinto, las tuvo a su disposición (S. 6 febrero).

La responsabilidad del encubridor es idéntica a la del autor, y si éste lo es de dos delitos de hurto aquél ha de seguir la misma suerte, no pudiendo calificarse sus actos de uno solo continuado (S. 30 enero).

41. Art. 519. *Alzamiento de bienes.*—Es imprescindible el propósito malicioso de perjudicar a quien con toda legitimidad puede reclamar el pago de cantidad que se le adeuda; y tal dolo específico no existe en el procesado R..., pues no consta que conociera al suscribir la escritura de cesión de bienes, que el procesado C..., que era quien se los cedía, se

propusiera evitar que su esposa, la hoy recurrente, pudiera cobrar la cantidad que como alimentos provisionales le había señalado el Juzgado en pleito de divorcio (S. 5 abril).

42. Art. 528... *Estafa*.—El examen del conjunto de los hechos demuestra se colocó el recurrente en la postura de autor mediano a causa del suministro de datos precisos para la acción delictiva que con el co-reo convino realizase éste, y que acordase incluso en el reparto de beneficios ilícitos, lo sitúan dentro del núm. 3.º del art. 14 del Código penal (“se consideran autores: 3.º los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiere efectuado”). Y si alguna duda ofreciera la doctrina expuesta, habría incurrido siempre dicho recurrente en la conspiración para el delito de estafa, la cual puede sancionarse con pena idéntica a la estafa frustrada, según el enlace de los artículos 51 y 52 del Código penal (S. 2 abril).

Se confirma la sentencia condenatoria por delito de estafa en grado de tentativa, pues el procesado propietario de una casa en Madrid no envió a su inquilino los recibos acreditativos del pago de la renta de dos mensualidades que el inquilino le había enviado por giro postal desde Ceuta donde se encontraba residiendo, para poder así promover el desahucio y cobrar nuevamente dichas mensualidades (S. 13 abril).

Se aprecian conductas que integran delitos de estafa previstos en el número 1.º del art. 529 del Código penal (“atribuirse poder, influencia o cualidades supuestas, aparentar bienes, crédito, comisión, empresa o negociaciones imaginarias”): Presentar recibos falsos para inducir a error a quienes así engañados creyeron que recibían la legítima garantía del pago que realizaban; estimándose el hecho delito continuado de estafa, ante la unidad de propósito de acción y de técnica en los medios engañosos, y al no haberse determinado cada una de las diferentes fechas en que tuvieron lugar las entregas de las cantidades percibidas, el importe de cada partida y las personas que las hicieron efectivas (S. 16 abril). Ofrecer en falso una mercancía cual si se tuviese dispuesta para su venta, a fin de obtener cierta cantidad como precio de la cosa que no se había de entregar (S. 23 abril). Librar dos letras de cambio no obstante carecer de los obligados fondos en los Bancos donde debieran haberse negociado dichos efectos (S. 24 abril).

Integra delito de estafa definido en el núm. 8.º del art. 529 del Código penal (“cometer defraudación sustrayendo, ocultando o inutilizando algún proceso, expediente, documento u otro papel de cualquiera clase”) la sustracción de vales para gasolina destinada al suministro del Ejército, con el propósito de venderlos de modo clandestino e ilegal (S. 21 marzo).

Aluden a casos de estafa del art. 531 del Código penal (“el que fingiéndose dueño de una cosa inmueble la enajenare, arrendare o gravare”) las sentencias de 26 de febrero (la procesada que manifiesta ser dueña de una finca de que no era propietaria, con objeto de venderla mediante escritura pública y percibir su importe, con pacto especial de retroventa) y 26 de marzo (es obstáculo para la sentencia condenatoria

la expresión en los hechos probados de que el autor obró "estimándose" nudo propietario de la finca cuyo usufructo pertenecía a su madre; pues no finge ni puede fingir una cualidad quien estima le asiste).

43. Art. 535. *Apropiación indebida*.—No es rigurosamente exacto que la doctrina jurisprudencial haya establecido como uno de los requisitos que integran el delito de apropiación indebida la exigencia ineludible de una liquidación, puesto que lo único que en reiteradas ocasiones se ha declarado es que no existe este delito cuando para determinar el saldo se precisa una previa liquidación que no se ha practicado (S. 30 abril).

Aprecian la figura de delito continuado de apropiación indebida las sentencias de 14 de marzo (apropiaciones de sumas de dinero que el culpable recibe por título que produce obligación de entregarlas y que en vez de cumplirlo las hace suyas, con abuso de confianza y perjuicio patrimonial de un tercero, en momento y cuantías que no se han podido determinar separadamente); la de 30 de abril (pues no aparece que el apoderamiento o distracción dolosa de la suma defraudada haya tenido lugar en fechas y cantidades distintas y concretas que, en su caso y si la unidad de resolución dolosa y de lesión jurídica no lo impidieran, hubieran permitido individualizar y calificar por separado las diferentes infracciones de la misma naturaleza); y la también sentencia del 30 de abril (está bien apreciada la condición de continuidad por darse los elementos que la jurisprudencia exige, la identidad de bien jurídico lesionado, de medio delictivo utilizado, de propósito inspirador y de sujeto activo y pasivo).

Cuando consta que el culpable, después de realizar las detracciones, para desvirtuar las sospechas que había advertido y rendir justificación de su encargo alteró con malicia los estados de cuentas, es indudable que concurren las notas esenciales del delito de falsedad, rectamente estimado; pero no es sostenible la afirmación de que constituyó un medio necesario para llevar a cabo las apropiaciones, pues fué posterior y subsiguiente a los efectos de lograr la impunidad (S. 14 marzo).

Comete delito de apropiación indebida: La persona que recibe una cantidad como fianza de quien con ella contrata sus servicios, y dispone de la misma en su provecho (S. 2 enero); el porteador que dispone en su particular beneficio de las cosas que transporta (S. 30 enero); quien retiene con incremento de su patrimonio la cantidad que había recibido como Jefe de compras de la Empresa perjudicada (S. 28 febrero); el procesado que dispone de las alhajas que para que gestionase su venta había recibido de determinada persona, entregándolas a otra en garantía del pago de una deuda; pero sería desorbitado que del mismo hecho se originasen dos responsabilidades de orden criminal que pudieran exigir de una parte el que confirió al procesado la expresada comisión y de otra el que aceptó las alhajas para asegurar el reintegro de la cantidad abonada a los componentes de una Compañía lírica que el reo había contratado (S. 17 marzo).

No existe el delito de apropiación indebida, pues el delegado de la

Compañía se limitó a retener determinada suma que ésta le reclamaba alegando al efecto la necesidad de una liquidación previa para establecer el saldo definitivo de sus cuentas respectivas, conducta ésta que por revelar solamente una divergencia de criterios que el propio recurrente es el primero en someter al resultado de un ajuste formal y definitivo de cuentas, no permite apreciar la infidelidad y abuso de confianza que caracteriza el delito de apropiación indebida (S. 9 abril).

44. Art. 539... *Maquinaciones para alterar el precio de las cosas.*—Se desecha el motivo del recurso que combate la sentencia condenatoria por delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas previsto en los arts. 540 y 541 del Código penal, en relación con lo dispuesto en la Ley de 27 de abril de 1946, pues basta cobrar cualquier cantidad como prima por el alquiler del piso para que el hecho constituya delito, y la diferencia entre delito y falta no estriba aquí en la cuantía de lo percibido, sino en el modo no grave de la maquinación conforme al número 1.º del art. 574 del Código referido; y aunque la forma de desarrollo del hecho no pueda reputarse modo, es indudable que existe fraude grave, conforme al art. 541 señalado, por definir su objeto como de primera necesidad el art. 2.º de la Ley dicha. Y el referido delito está consumado, pues no consiste en la introducción del inquilino en la vivienda mediante pago de prima, sino en el cobro de prima para arrendar el uso de vivienda, de lo que debe concluirse que percibida la prima y suscrito por ello el contrato de arrendamiento, está consumada la infracción jurídica (S. 6 febrero 1951).

45. Art. 542... *Usura.*—La aplicación del art. 542 del Código penal ("el que habitualmente se dedicare a préstamos usurarios"), no se condiciona a la necesidad de una previa declaración de los Tribunales civiles sobre la usura de los préstamos, según las normas estatuidas en la Ley de 23 de julio de 1908, la cual no determina ni define la ilicitud penal de los contratos usurarios, ni priva a los Tribunales de esta Jurisdicción del ejercicio pleno de sus funciones sancionadoras, quieran o no las personas perjudicadas accionar previamente en demanda de la nulidad de los préstamos concertados, del mismo modo que la habitualidad como nota característica del delito tampoco tiene que acreditarse con resoluciones judiciales anteriores ni con inscripciones registrales de ninguna clase para ser apreciada por la Jurisdicción penal (S. 2 enero).

46. Art. 557... *Daños.*—La ficha o tarjeta sustraída del archivo de la Dirección General de Seguridad, quedó inutilizada para su peculiar destino al romperla el procesado en pedazos, pese a que pudo después recomponerse en parte, pero sin la forma propia y la idoneidad sustancial para llenar los fines inherentes a su creación; por lo que se aprecia consumado el delito de daños previsto en el art. 560 del Código penal (S. 12 marzo).

47. Art. 565. *Imprudencia.*—Son casos en que se aprecia delito de imprudencia temeraria: Conducir un camión cargado de eneas que rebasaban por ambos costados y al cruzar con un carro no disminuir ni detener la marcha, enganchando el carro con las eneas (S. 20 enero).

Conducir en estado de agotamiento físico por no haber dedicado al sueño las noches anteriores (S. 3 marzo). Virar rápidamente para evitar un choque en calle estrecha con otro automóvil, aplastando por esta maniobra contra la pared a un viandante (S. 21 marzo). Circular conociendo las averías que inutilizaban el motor y el freno de mano del coche (S. 14 abril). Continuar por el centro del camino con la misma marcha en igual velocidad (S. 13 enero). Continuar a "poca velocidad", si el tráfico de la calle y falta de visibilidad aconsejaban disminuirla aun más y hasta parar (S. 24 enero). No hacer sonar las señales acústicas ni detener el coche al sentirse bajo los efectos deslumbradores de las luces de otro automóvil (S. 28 febrero). Conducir una camioneta descendiendo una pendiente a mucha velocidad, y no parar ni aminorar la marcha en presencia de otro vehículo y varios peatones (S. 16 marzo). No moderar la marcha en un cruce en la ciudad ni ceder el paso a la bicicleta que se aproximaba por su lado derecho (S. 30 abril).

El delito de simple imprudencia o negligencia con infracción de los Reglamentos, consiste en la omisión de las medidas usuales de cautela, generalmente adoptadas y necesarias en los actos lícitos de la vida social, cuya causa produce como resultado un mal en las personas o daño en las cosas, que debió ser previsto y pudo evitarse con la sola observancia de las normas contenidas en aquéllos, el cual de haber mediado malicia sería constitutivo de delito típicamente definido en la ley penal (S. 11 abril).

Se aprecia delito de simple imprudencia con infracción de Reglamentos: En el no parar si fuese preciso, según previenen los arts. 17 y 110 del Código de la Circulación, por lo que no se desvirtúa la imprudencia por el hecho de tocar la bocina y disminuir la marcha (S. 20 enero). En el conductor de un camión que intenta adelantar a un carro sin tener en cuenta que no estaba el paso libre, porque en dirección contraria avanzaba un autobús (S. 13 febrero). En no parar ni aminorar la marcha ni usar las señales acústicas con la debida antelación para adelantar a los conductores de las caballerías que iban en igual dirección; lo que implica infracción de los arts. 17 y 103 del Código de la Circulación (S. 3 marzo). En realizar movimientos de zig-zag en lugar de detener la marcha del vehículo al desconocer cuál sería la reacción de los viandantes (S. 8 marzo).

Las sentencias de 3 y 6 de marzo rechazan la posibilidad de compensar acciones imprudentes, cuando las mismas se dan por parte del reo y de la víctima.

Se da lugar al recurso, pues siendo bipartita la pena correspondiente al delito intencional, una privativa de libertad y otra de multa, la Sala de instancia, al hacer aplicación de lo dispuesto en el párrafo cuarto del artículo 565 del Código penal, impuso por el delito culposo una sola pena de multa (S. 23 febrero).

Infringe por falta de aplicación el párrafo quinto del art. 565 del Código penal la sentencia que condena por infracción imprudente cometida

con vehículo de motor mecánico y deja de imponer al condenado la privación del permiso para conducir aquéllos (S. 9 febrero).

Legislación penal especial

48. *Abastecimientos*.—La sentencia de 21 de abril expone: A) El almacenamiento de 19 toneladas de patatas de las que sólo se han declarado 7, constituye delito de acaparamiento (art. 1.º de la ley de 26 de octubre de 1939) y no el de mera desobediencia (art. 2.º del Decreto-Ley de 30 de agosto de 1946). B) La falsedad por omisión constituida por el hecho de declarar menos cantidad de la producida no constituye hecho distinto del acaparamiento y de la ocultación.

Ley de Enjuiciamiento Criminal

49. *Competencia*.—Las cuestiones de competencia tanto positivas como negativas planteadas entre Tribunales de distintas Jurisdicciones afectan directamente al orden público, y por consiguiente, los preceptos reguladores de su tramitación son de rigurosa e ineludible observancia, que no puede dejarse al arbitrio de las Autoridades judiciales encargadas de cumplirlas; así pues, resulta obligada en todo caso la intervención del Ministerio Fiscal (A. 17 abril). Igual exigencia de audiencia al Ministerio Público se recogen en los autos del 13 y 28 del mismo mes.

50. *Artículos de previo pronunciamiento*.—Lo es la declinatoria de jurisdicción que tiene así que resolverse conforme a los arts. 674 y 676 de la Ley rituarial; pero otras decisiones de carácter condicional o suspensivo no encajan en la genuina significación de este incidente, distinto e inconfundible por su finalidad y alcance con las cuestiones prejudiciales, cuyas resoluciones no son discutibles en casación (S. 2 enero).

51. *Recusación*.—Que no son demostrativas de enemistad manifiesta las actuaciones propias de la actividad profesional de los Magistrados, aunque sean desacertadas e insostenibles en Derecho (S. 26 febrero).

52. *Querebella*.—Ejercitada la acción penal por mujer soltera, si luego cambia su situación civil por haber contraído matrimonio, y el marido otorga su licencia para que sea subsanada la omisión advertida del previo acto de conciliación que se exige para perseguir los delitos de carácter privado, quedó con ello convalidada la situación procesal (S. 28 marzo).

53. *Costas*.—Las costas no deben ser impuestas íntegramente al procesado que, no obstante ser objeto de la sanción por uno o más delitos es absuelto por alguno o algunos de los que se perseguían en el mismo procedimiento (S. 17 marzo).

54. *Casación por infracción de ley*.—No ha lugar a la admisión del recurso: Cuando se funda en el núm. 2.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y no se designan los particulares del documento

auténtico que muestren el error de hecho de la resolución impugnada (A. 20 enero, 17 marzo, 5, 6 y 20 abril). Si falta el requisito necesario exigido por el art. 874 de la propia Ley, de que un abogado suscriba el escrito de interposición del recurso (A. 26 enero). Si no se funda el recurso sobre la infracción de algún precepto de carácter sustantivo penal (S. 27 enero). Si se omiten las normas sustantivas que se estiman infringidas (A A 22 febrero, 27 marzo). Si se cita como precepto que autoriza el recurso uno inexistente (A. 17 febrero). Por omisión de la constitución del depósito cuando sea pertinente (A. 2 marzo). Por falta de presentación de copia del testimonio de la sentencia recurrida (A. 25 abril). Cuando no se respetan en su integridad los hechos fundamentales de la sentencia impugnada (A. 31 enero).

La parte que no recurre, pero muestra su adhesión al recurso que otra hubiera preparado y formalizado, no puede al socaire de la adhesión interponer un nuevo recurso sin relación con el interpuesto, sino que lejos de ser así, el empleo de esta facultad reviste carácter accesorio y ha de subordinarse al recurso principal (S. 15 febrero).

Las medidas de seguridad aplicadas a los procesados en sentencia dictada a continuación de la que es objeto de este recurso y en su misma fecha, no pueden ser materia de recurso de casación porque el artículo 15 de la Ley de 4 de agosto de 1933 establece que, contra la resolución final del Juez, sólo procederá recurso de apelación ante la Audiencia provincial correspondiente o ante las Salas que al efecto se designen y, en este caso, dictada la sentencia conforme al número segundo del artículo 3.º de la misma Ley no es posible conceder un recurso de casación que la Ley no autoriza (A. 5 abril).

El oficio credencial de la Alcaldía que acredita el cargo municipal es documento auténtico (S. 26 febrero). No lo es el acta del juicio oral (SS. de 10 y 18 de enero). Sucesivas resoluciones de fechas distintas niegan igualmente tal condición a las declaraciones del procesado (12, 15 y 23 enero, 19 febrero, 2 y 26 marzo, 3 y 9 abril); a las de los testigos (12 y 15 enero, 9, 16, 19 y 24 febrero, 26 marzo, 3 y 30 abril); a los informes periciales (17, 20 y 23 enero, 9 febrero, 7 y 12 marzo, 9, 11, 12, 18 y 30 abril); a los autos de procesamiento (15 y 20 enero); a las diligencias de careo (19 y 21 febrero, 30 abril); a las declaraciones del responsable civil subsidiario (2 de marzo), y a la diligencia de inspección ocular (8 marzo, 18 y 28 abril).

No deben confundirse el concepto amplio de documento público que comprende los que enumera el artículo 596 de la Ley de Enjuiciamiento civil; y el más restringido de documento auténtico, que abarca a aquéllos que, además de reunir las formalidades exigidas según su naturaleza, constituyen por sí sólo declaraciones de verdad demostrativas de certeza de hecho (A. 21 marzo).

Define el documento auténtico a fines de casación la sentencia de 11 de abril: los que por su forma externa y contenido intrínseco constituyen declaraciones de certeza y no simples manifestaciones de voluntad. Y el auto de 30 del mismo mes: aquéllos que además de conte-

ner las formalidades externas exigidas, según su clase, constituyen en su contenido intrínseco, por sí sólo, pruebas de certeza inatacable que es obligado aceptar.

55. *Casación por quebrantamiento de forma.*—Contra el particular del auto en que se deniega alguna diligencia de prueba conforme a lo preceptuado en el artículo 657 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, puede interponerse en su día, esto es, después de dictada sentencia, el recurso de casación por quebrantamiento de forma, mas para ello es necesario que se prepare oportunamente mediante la correspondiente protesta (S. 3 febrero).

De acuerdo con el artículo 914 de la Ley procesal, procede desestimar el recurso, toda vez que propuesta la prueba documental en el escrito de conclusiones provisionales y denegada por auto de la Sala, el recurrente lo consintió con su silencio, y más tarde, al reproducir aquella pretensión en el juicio oral, no alegó el número sexto del artículo 746 de la Ley de Enjuiciamiento criminal ni al denegar la Sala la indicada prueba formuló protesta alguna (S. 2 marzo).

La regla general establecida en el artículo 236 de la Ley de Enjuiciamiento criminal se quiebra a tenor del precepto contenido en el 237 cuando la Ley otorgue expresamente otro recurso distinto del de súplica, y como precisamente el penúltimo párrafo del artículo 659 del expresado ordenamiento adjetivo advierte que contra la parte del auto en que fuese rechazada o denegada la práctica de diligencias de prueba, podrá interponerse en su día el recurso de casación si se prepara oportunamente con la correspondiente protesta, hay que reconocer que formalizado contra el particular del auto denegatorio del medio de prueba documental recurso de súplica, cuando lo que procedía era consignar la oportuna protesta para interponer en el momento adecuado el de casación que aquella concede, no puede este surtir efecto por haberse previamente utilizado un recurso improcedente (S. 10 marzo). En igual sentido se pronuncia la sentencia del 13 de febrero.

56. Se da lugar al recurso al no hacerse en la sentencia declaración de hechos probados, pues no excusa del cumplimiento de este requisito la circunstancia de declararse probada la paralización del curso de las actuaciones por tiempo que excede del fijado para la prescripción del delito de injurias, porque ese fenómeno extintivo de la responsabilidad criminal no puede producirse sin que primeramente se declare que se ha contraído la que corresponde a determinado tipo delictivo, ya que la prescripción se produce por el transcurso de distintos lapsos de tiempo en razón al delito o a la pena señalada por la Ley (S. 8 enero).

Se da lugar al recurso, pues el resultado de la sentencia se limita a declarar que no se ha justificado debidamente el hecho punible perseguido, sin consignar los hechos que la Sala estimase probados (S. 15 febrero). Igualmente, por la declaración de no hacerse la declaración de hechos probados y sólo transcribirse la primera conclusión del escrito de calificación Fiscal (S. 17 marzo).

La frase "cooperar a una agresión" no es concepto jurídico que im-

plique predeterminación del fallo, si el precepto legal aplicable no es el número tercero del artículo 14 del Código penal, sino el número primero de dicho artículo (S. 13 febrero).

Tampoco lo es el verbo "apropiar", pues este vocablo tiene una acepción gramatical y usual de tomar para sí alguna cosa, lo que le da un carácter narrativo independiente de la conceptualización técnica que le corresponda en el orden del Derecho penal (SS. 2 enero y 1 marzo). Pero sí lo es la expresión de no haberse acreditado falsedad alguna, ya que la palabra falsedad condensa la fórmula que define y distingue una modalidad delictiva (S. 23 abril).

No se da lugar al recurso en que se alega no haberse resuelto en la sentencia todos los puntos objeto de la acusación y la defensa, al omitirse si el procesado percibió en la Fiscalía de Tasas 5.500 pesetas en metálico o en documento representativo de esa cantidad, por cuyo apoderamiento se le condenó; pues es imprescindible que los puntos no resueltos por la sentencia que se combate sean de Derecho y no tienen tal carácter los que el recurrente pretende apreciar en contra de los sentados de hecho como probados; y es doctrina jurisprudencial que las sentencias que absuelven o condenan resuelven generalmente todos los puntos objeto de la acusación y defensa, por ser obligado entenderse desestimados los que no se afirman (S. 1 marzo). A igual alcance de la sentencia absolutoria o condenatoria se refiere la sentencia del 14 de abril.

El Tribunal dejó resueltas en el fallo todas las cuestiones jurídicas propuestas por las partes, condenando al acusado por aquellos delitos que se le imputaban y ateniéndose para ello a la declaración de hechos probados, entre los cuales no tenía por qué aludir a aquellos otros alegados por la defensa sin probanza bastante en el juicio, como el arrepentimiento espontáneo del delincuente y la devolución voluntaria de parte del dinero defraudado, extremos ambos inexistentes para el Tribunal que los omite (S. 5 abril).

Se desestima el motivo del recurso que alega haberse omitido la citación para el juicio oral de los autores civiles, pues el procesado recurrente carece de personalidad para defender derechos e intereses que a él no le afectan ni le benefician (S. 16 marzo).

La incomparecencia de testigos no es siempre motivo de suspensión del acto del juicio oral, ni constituye por sí sola quebrantamiento de forma, sino que es preciso que por el Tribunal se considere necesaria la declaración, según preceptúa el número tercero del artículo 746 de la Ley de Enjuiciamiento criminal (S. 16 marzo).

57. *Marruecos*.—La reforma operada en varios preceptos de la Ley de Enjuiciamiento criminal por la de 28 de junio de 1933, no afecta a los preceptos del Ordenamiento jurídico procesal de la Zona española de influencia en Marruecos (S. 28 febrero).

INDICE ALFABETICO

- Abastecimientos, 48.
 Aborto, 29.
 Abuso de confianza, 12, 39, 40.
 Abuso de superioridad, 11.
 Abusos deshonestos, 33.
 Acusación falsa, 23.
 Adulterio, 34.
 Alevosía, 10.
 Allanamiento de morada, 37.
 Alzamiento de bienes, 41.
 Amenaza, 7.
 Apropiación indebida, 43.
 Armas, 20.
 Arrebató, 8.
 Arrepentimiento, 9.
 Artículos de previo pronuncia-
 miento, 50.
 Asesinato, 27.
 Casación, 54, 55, 56.
 Coacción, 38.
 Competencia, 49.
 Conciliación, 52.
 Conspiración, 42.
 Corrupción de menores, 32.
 Costas, 53.
 Daños, 46.
 Deber, 4.
 Defensa, 3.
 Delito, 1.
 Desacato, 19.
 Detención ilegal, 36.
 Dolo, 1, 20.
 Embriaguez, 5.
 Enajenación mental, 2, 5.
 Ensañamiento, 27.
 Estafa, 21, 42.
 Estupro, 31.
 Exacción ilegal, 26.
 Falsedad, 19, 21, 41, 43, 48.
 Homicidio, 28.
 Imprudencia, 47.
 Inhumación ilegal, 24.
 Injurias, 35.
 Lesiones, 30.
 Locura, 2, 5.
 Lotería, 25.
 Malversación, 25.
 Maquinaciones, 44.
 Marruecos, 57.
 Multa, 18.
 Necesidad, 21.
 Nocturnidad, 14, 39.
 Premeditación, 10.
 Prescripción, 56.
 Preterintencionalidad, 6.
 Prevalcímiento, 13.
 Provocación, 7.
 Querella, 52.
 Recusación, 51.
 Reincidencia, 16, 40.
 Reiteración, 15.
 Responsabilidad civil, 17.
 Riña, 3.
 Robo, 16, 39.
 Usura, 45.
 Usurpación de funciones, 22, 39.
 Vagos, 54.
 Violación, 12.

REVISTA DE LIBROS

BOONER BERICHTE AUS MITTEL-UND OSTDEUTSCHLAND: "Die derzeitiger Situation der Justiz in der Sowjetischen Besatzungszone". Bonn, 1951 ("Comunicaciones de Bonn sobre la Alemania central y oriental. La actual situación de la Justicia en la zona soviética de ocupación"; 27 págs.

El folleto, que por obvias razones de seguridad es anónimo, redactado en el seno de la sociedad de "Juristas libres de la Zona soviética", es una interesante exposición de la radical reforma de las instituciones jurídicas y judiciales en la denominada República democrática alemana. No tocando temas de derecho sustantivo sino principalmente orgánicos, no ofrece particular valor para el penalista, no obstante lo cual, pueden entresacarse de sus páginas datos que afectan a nuestra especialidad. Pues es precisamente en lo penal donde las reformas son más radicales, y deplorables, ya que no en lo sustantivo sí en la práctica judicial. El folleto no hace mención de los tribunales extraordinarios ni de los militares, tan abundantes en la zona y, como es fácilmente comprensible, los más terribles de todos. En los ordinarios, sin embargo, que es a los que el estudio se dedica, hay materia más que suficiente para la crítica y aún el horror. La reforma, quizá más revolucionaria, es la intentada en la recluta de jueces, en los denominados "populares" o "Volksrichter", que no hay que confundir con los tribunales del mismo nombre ("Volksgerichte"), pues son, o pretenden ser jueces de Derecho y no confesadamente legos, cual en estos últimos acontece. Su formación profesional es mínima, de unos dos años universitarios, en que las horas de aprendizaje se dividen así: trescientas horas para las disciplinas sociológicas (de ortodoxia marxista-stalinista); doscientas para el Derecho civil; ciento diez para el penal; veinte para el procesal civil; ochenta para el procesal penal; cincuenta para el Derecho penal económico; veinte para el político y administrativo, y diez para la Ciencia del Derecho en general. Como se ve, una tercera parte de la carrera está francamente dedicada a la Sociología, es decir, al marxismo. En el reparto sale el Derecho penal y ciencias afines bastante bien parado, siendo curioso y sintomático destacar la gran importancia concedida a su rama económica, así como a la procesal, rebajando en cambio la del procesal civil. Pero lo verdaderamente decisivo en la recluta de los "Volksrichter" es la selección política, que incluso alcanza a la procedencia social, puesto que son sistemáti-

camente apartados de la función judicial los estudiantes procedentes de la burguesía y aún los que tienen bachillerato. Según las estadísticas que el folleto aduce, la nueva clase de jueces va paulatinamente desplazando a la antigua, de formación universitaria completa ("Volljuristen"). Así, en 1 de enero de 1951, de 1.160 jueces de la zona, 695, es decir, un 60 por 100 pertenecían al novísimo sistema de recluta popular; entre los 345 fiscales, la proporción era todavía mayor, 284 de nueva extracción, o sea un 82,3 por 100.

Casi omnímodas son las facultades atribuidas al Ministerio fiscal, conforme al patrón ruso y al nacional socialista, hasta el punto de que sólo a él y no la otra parte está reservada la interposición del recurso de casación. Se halla en proyecto, igualmente, la desvinculación de los fiscales del Ministerio de Justicia y su adscripción al del Interior, es decir, a la Policía, con lo cual quedaría consumada la ruina, ya harto patente, del poder judicial.

En materia de severidad, las estadísticas arrojan, para el año 1950, un total de 78.293 sentencias condenatorias, de ellas 15 de muerte, 12 de reclusión perpetua, 15.712 de presidio y 42.461 de prisión. Como era de esperar, dadas las características del régimen y sus concomitancias con el ruso soviético, la mayor crueldad se reserva a la delincuencia política, incluyendo en ella la económica, que de hecho es casi la única reservada a los tribunales ordinarios, por entender de la más grave los populares y de la de tipo militar la jurisdicción castrense de ocupación. Hasta tal extremo llega la odiosidad de la nueva justicia en este terreno, que según disposición de la Fiscalía de 25 de septiembre de 1950, han sido abolidos para la delincuencia política los privilegios sustantivos, procesales y ejecutivos de la ley de tribunales de menores, los cuales quedan, por lo tanto, incorporados al sistema penal común.

Antonio QUINTANO RIPOLLES

CAMARGO HERNANDEZ, César: "El delito continuado".—Editorial Bosch. Barcelona, 1951, 162 págs.

Siguiendo un plan rigurosamente sistemático, divide el Profesor Camargo Hernández su libro en Introducción.—I. Evolución histórica del delito continuado.—II. Concepto y distinción de otras figuras afines.—III. Naturaleza y fundamento del delito continuado.—IV. Elementos o presupuestos del delito continuado.—V Efectos del delito continuado y problemas que se derivan de su especial naturaleza jurídica.—VI. Legislación comparada.—VII. Derecho español.—VIII. Conclusiones.

En la exposición que preside a las importantes cuestiones que dilucida, hace resaltar la certera observación de que "en el tiempo que llevamos aplicando el Derecho a la realidad de la vida —el autor es Abogado fiscal de término— hemos podido comprobar la singular frecuencia con que ante nuestros Tribunales de lo criminal se presentan los casos

de delito continuado y también el extraordinario número de problemas que, con relación a esta interesante figura delictiva, se plantean agravados por la falta de una orientación legislativa, así como por la escasa atención que por parte de nuestra doctrina científica han merecido el delito continuado y los problemas que de él se derivan". La jurisprudencia española admite esa figura delictiva, contenida en cerca de 200 fallos, que al igual que el "Reichsgericht" alemán ha elaborado, en meritorio trabajo, las normas por las que se ha de regir esta institución, llenando la laguna del legislador y reconociendo la naturaleza de esa figura de delito. El silencio del Código penal vigente se deja sentir, y prescindiendo de otras cuestiones que el autor aborda con sobrada competencia, señala el hecho de que considerar varios delitos en continuación con uno solo, es una ficción, que si descansaba en la benignidad que arranca su fundamento en la menor culpabilidad del autor con relación al que comete una serie de delitos no ligados por este nexa, "sirve en muchos casos para que, no obstante el silencio de la ley penal, se imponga al autor de varias infracciones en continuación, una penalidad muy superior a la que le correspondería haciendo aplicación de las normas del concurso material del delito y esto cuando no se agrupan una serie de faltas, para considerarlas como constitutivas de un solo delito e imponer la pena correspondiente a éste".

A fin de impedir tales anomalías o la imposición de penas excesivas, y que delincuentes peligrosos sean penados por varios delitos cuando se estiman continuados, como si hubiesen cometido uno solo, la tesis planteada es objeto de análisis en el Derecho romano, en el Derecho germánico que no mantenía un criterio uniforme, en el antiguo derecho canónico, aceptando la teoría de la acumulación material de penas de los romanistas, las glosas de Accursio, Bartolo y Baldo, en los prácticos italianos con un sentimiento de humanidad; estudiando asimismo la sustantividad del delito continuado, su distinción con el concurso de delitos, la conexidad, el delito único, el permanente, el de hábito y el complejo, así como la cuestión de la reincidencia, diferenciándola del delito continuado, examinada a través de su naturaleza y en sus elementos.

Interesantísimo es el estudio que hace de las teorías y de los fundamentos morales y jurídicos, en las que recoge las conclusiones de la doctrina de la ficción, realidad natural, realidad jurídica, la constitutiva de una circunstancia agravante o causa de atenuación y la de una presunción. Todo ello perfectamente sistematizado y lo mismo ocurre con la fundamentación, radicante en la benignidad, la utilidad o conveniencia práctica, la disminución de la culpabilidad y posiciones armónicas, y los presupuestos del delito continuado para determinar los elementos indispensables a fin de establecer su unidad, efectos, y legislación comparada, agrupada en naciones que no se ocupan de esta figura de delito, las que se enfrentan con ella, y finalmente, las que dan un concepto más o menos acertado. En lo concerniente al Derecho español, se examina el problema en los Fueros municipales que no contienen disposición expresa; lo mismo sucede en el Fuero Real, en las Partidas, Ordenamiento de Alcalá

Nueva y Novísima Recopilación. Hace una especial mención del Código de 1928, y las teorías de los criminalistas del siglo XVI y de los comentaristas de los Códigos penales modernos: Pacheco, Viada, Groizard y Silvela, y la doctrina jurisprudencial, en interesantes fallos, vistos en su naturaleza jurídica, fundamento y elemento psicológico, examinando la unidad de resolución, de plan, de pensamiento, de intención de dolo, de designio, de propósito, interrupción del nexo de la continuación, pluralidad de acciones, unidad del precepto violado, de sujeto pasivo, etc.

Finaliza tan interesante trabajo con unas atinadas conclusiones en las que se pone de relieve la necesidad de que el delito continuado sea regulado en nuestro Código penal, proponiendo una reforma del mismo, en el siguiente sentido: al art. 69, se podría añadir un segundo párrafo redactado en la forma siguiente: "Los que con unidad de propósito y precepto penal violado, en distintos momentos, ejecuten varias acciones u omisiones, constitutivas de delito o falta, se considerarán reos de una sola infracción continuada, a no ser que resulten lesionados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a más de una persona. El reo de delito continuado será castigado con la pena correspondiente al más grave de los delitos o faltas en continuación, aplicado en su grado máximo, pudiendo el Tribunal, en consideración al número de infracciones y demás circunstancias, imponer, cuando se trate de delitos, la pena inmediatamente superior, en el grado que estime oportuno, sin que pueda exceder del doble de la correspondiente al delito más grave." Asimismo propone que al art. 114 se le añada un párrafo que podría decir: "En el delito continuado la prescripción de las distintas infracciones, no comenzará a correr hasta el momento en que se encuentre agotado".

En suma, una interesante monografía bien meditada y mejor escrita que pone de relieve la gran preparación jurídica de su autor, y que además puede servir de base a una futura reforma de nuestro Código penal, en materia de extraordinaria importancia.

Diego MOSQUETE

CASTAN TOBEÑAS, José: "Poder judicial e independencia judicial".— Instituto Editorial Reus, Madrid, 1951; 76 págs.

Contiene este interesante libro el discurso leído por el Presidente del Tribunal Supremo, profesor Castán, en la solemne apertura de los Tribunales celebrada el día 15 de septiembre de 1951.

Comienza el ilustre jurista resaltando la importancia de la independencia judicial no sólo para los que administran la justicia, sino más aún para los que demandan su aplicación y para la sociedad toda. Señala que esta cuestión "nos atañe mucho a los españoles, por la magnífica tradición jurídica que ha tenido nuestro pueblo y por el papel que a nuestra Patria incumbe siempre, y más en momentos críticos como los presentes, en la defensa y conservación de los principios morales".

Separando lo aspectos político y estrictamente jurídico del tema estu-

dia primeramente la independencia judicial como "principio político" para seguidamente pasar a examinarla como "exigencia y como ideal de la realización del Derecho" y en España.

Desde el punto de vista "político" se ocupa, en la primera parte, de la independencia judicial en los aspectos histórico y doctrinal, examinando los textos de las Constituciones de los principales países (Norteamérica, Gran Bretaña, Rusia, Francia, Italia, Portugal y Argentina), y concluye diciendo que, de los datos expuestos, se desprende "existe hoy una cierta tendencia hacia el reconocimiento de la independencia de la función judicial y hacia el régimen de profesionalización y autogobierno del organismo judicial; mas son muchas las excepciones y desviaciones que esta orientación presenta. La independencia judicial sufre un eclipse o adopta, cuando menos, una situación muy débil y quebradiza en aquellos Estados en los que la preocupación democrática o ultrademocrática y totalitaria hace necesaria la adaptación del ejercicio de la función jurisdiccional a la ideología de tipo político dominante. En el panorama que el mundo actual nos ofrece están en lucha, en definitiva, dos principios o sistemas opuestos: el de la "justicia técnica" y el de la justicia que suele llamarse "popular". Los pueblos que se riden a esta última modalidad—muy peligrosa—de la justicia, olvidan que el buen desempeño del oficio judicial exige, de una parte, delicadas condiciones de formación jurídica, sociológica y sobre todo moral, y de otro lado una gran independencia frente a los grupos y partidos".

En la segunda parte, que está dedicada al estudio de la independencia judicial como exigencia y como ideal de la vida jurídica, sostiene el autor que el principio de la independencia judicial tiene razones sustantivas, valederas para todos los tiempos y adaptables a todos los sistemas políticos, que justifican su existencia sin necesidad de apoyarla en una doctrina política discutida e insegura como la de la división y separación de los poderes del Estado, con lo que se correría el grave riesgo de que este principio fuese arrastrado con la crisis o el fracaso de la teoría de la separación de los poderes que nació inspirada por una doctrina de signo liberal.

Para la existencia de una verdadera independencia judicial, estima necesario el Sr. Castán, que la "magistratura se mantenga totalmente alejada de la política" y el cumplimiento de las condiciones siguientes:

1. Un sistema apolítico y rigurosamente técnico de ingreso en la Carrera judicial, tanto desde el punto de vista de la capacidad y competencia como de la formación moral.
2. Un sistema de escalafón, ascensos y provisión de vacantes libre de injerencias gubernativas.
3. Las indispensables garantías de inamovilidad acompañadas del contrapeso de una responsabilidad efectiva.
4. Un régimen de autogobierno de la magistratura bajo la dirección, control y exclusiva competencia del más alto Tribunal de cada país y de sus órganos inspectores.

5. Remuneración holgada de los jueces, que asegure la independencia económica.

La tercera parte de este documentado e interesante trabajo está dedicada al estudio de la independencia judicial en España, diciéndonos su ilustre autor que ha tenido relativa raigambre en la realidad histórica en el sentimiento popular a impulsos de las ideas morales y de la noción de justicia, tan viva siempre en nuestra Patria.

En la actualidad, sostiene el Sr. Castán, que la organización judicial asegura la satisfacción de casi todas las exigencias y realizaciones que señala la doctrina como esenciales para el funcionamiento de la independencia de los Tribunales de justicia; pero entiende que para consolidarla deberían ser tomadas las siguientes medidas:

- a) Una mejor dotación del personal.
- b) Prohibición absoluta de desempeñar cargos públicos a los jueces y magistrados.
- d) Extensión al Ministerio fiscal de las garantías de independencia que las leyes conceden a la Administración de justicia.
- e) Sobre todo, aplicación más general y absoluta del régimen de automatismo o de condiciones rigurosamente detalladas para la provisión de vacantes, extendiéndolo incluso a los cargos judiciales considerados como de confianza o de representación.

Concluye el autor sosteniendo, muy acertadamente, que "el autogobierno de la Judicatura es la meta, la solución última y más perfecta".

En elogio de este magnífico trabajo solamente diremos que alguna de las reformas que en él se propugnan, al poco tiempo, ha sido acogida en el reciente Decreto Orgánico de la Carrera Judicial. Es de desear que la totalidad de las reformas propuestas por el Sr. Castán sean tenidas en cuenta por las autoridades competentes.

César CAMARGO HERNANDEZ
Teniente Fiscal de la Audiencia de Cuenca

CASTRO PEREZ, Bernardo-Francisco: "La prueba de grupos sanguíneos en la investigación y desconocimiento de la paternidad".—Estudio Médico-Legal. Inst. Ed. Reus, Madrid, 1950.

He aquí un estudio que se echaba de menos en nuestra literatura jurídica y cuya decisión y pleno acierto al coronarlo corresponde por entero a un jurista, enfervorecido en su vocación jurídica. No era chico empeño reducir a un trabado esquema científico la profusa bibliografía, fundamentalmente de naturaleza médica, como tampoco era empresa fácil ofrecer en forma accesible al lector de Derecho una problemática extraña e intricadamente compleja cual corresponde a las pruebas biológicas.

Pues bien, sin que medie para nada cualquier otro sentimiento cabe decir que la actual monografía ha cubierto con creces el objetivo del entonces doctorado, ya que ha logrado "una exposición clara de la prueba y sus posibilidades al alcance de los que no son médicos" como igual-

mente ha puesto en manos del perito un instrumento valioso en punto a la investigación de la paternidad, que "utilizada inteligentemente y con las debidas restricciones, la citada prueba fortalecerá los lazos familiares, dará consistencia al patriarcado, pondrá un freno a la pasión y al adulterio y obligará a muchos padres a reconocer a sus hijos".

Para lograr ambos deseos el competente monografista articula su trabajo en la forma siguiente: Cap. I. Atribución de la paternidad; 1. Desconocimiento de la paternidad; 2. Hipótesis del matriarcado; 3. Tránsito al patriarcado, y 4. La fase patriarcal.—Cap. II. Las pruebas biológicas; 1. La prueba del parecido; 2. La prueba racial; 3. La prueba de comienzo del embarazo; 4. La prueba de sensibilidad audible; 5. La prueba de grupos sanguíneos. a) Antecedentes, b) Nomenclatura y constitución íntima, c) Su distribución, d) Subgrupos y factores y e) Herencia e inmutabilidad de los grupos sanguíneos.—Cap. III. La prueba ante los Tribunales extranjeros (Alemania, Suiza, Inglaterra, Austria, Estados Unidos, Argentina, Francia, Italia y otras naciones).—Cap. IV. Posibilidades de aplicación de la prueba en nuestro Derecho legislado; 1. La legitimidad y su impugnación; 2. Conflictos de paternidades; 3. Legitimidad impropia; 4. Investigación de la paternidad; 5. El reconocimiento y su impugnación; 6. Doble reconocimiento; 7. La legitimación y su impugnación y 8. Normas procesales para su aplicación.—Conclusiones.

El diseño histórico que sirve de pórtico a la obra nos muestra las horas de lectura del autor y cómo ha sabido entresacar aquellos rasgos apropiados al tema objeto de la obra Y una vez expuesto el origen inmediato del problema (pág. 43) poco trabajo le cuesta situarnos en la línea histórico positiva de las legislaciones contemporáneas. El famoso artículo 340 del Código de Napoleón influyó en las demás legislaciones que tomaron como modelo la francesa, apuntando el Dr. Castro en dos las razones decisivas: a) La imposibilidad de la prueba; b) El temor al chantaje y al escándalo. Analiza el proceso a que dió lugar, con la Ley de 1912 (pág. 49) en la que dióse cabida a la investigación, con la natural admisión de pruebas.

La tarea más erizada de dificultad lo ofrece el capítulo segundo, la cual ha sido realizada limpiamente por el autor, ofreciéndonos un cuadro claro, sencillo y comprensible de un conocimiento biológico. A lo largo de la exposición de este capítulo y de los restantes cabe anotar, con harta complacencia, la abundantísima referencia a la doctrina, legislación y jurisprudencias extranjeras, y en punto al capítulo ahora comentado señala la admisión de esta prueba por nuestro alto Tribunal de justicia con fecha 14 de febrero de 1894 (pág. 63). El amplio, amplísimo conocimiento que de la materia consigue el Dr. Castro se reitera en el capítulo tercero, en donde pasa revista a la prueba de grupos sanguíneos ante los Tribunales extranjeros, mereciendo especial mención Alemania, Suiza (pág. 86), Inglaterra (pág. 89), Austria, Estados Unidos, Argentina y otros.

De subido interés resulta el siguiente capítulo con que estudia las posibilidades de aplicación en nuestro Derecho, haciéndonos un sugestivo

esquema de los "presupuestos" (pág. 98), sin dejar atrás los antecedentes históricos de nuestros textos, así es cómo critica, en forma aguda, las disposiciones de los preceptos vigentes (pág. 105), subrayando su posición analizadora a la vista de la reciente Sentencia de 24 de enero de 1947, ni tampoco se explica la exclusión por la doctrina jurisprudencial de las pruebas biológicas (págs. 108 y ss.), llegando a la conclusión de que deshechar esta arma, bastante para destruir el engaño y la mentira, por recelos biológicos injustificados, para admitir otros medios indudablemente más falaces, puede ser calificado ya hoy de tímido proceder en orden al supremo fin del hallazgo de la verdad que debe perseguir toda Justicia como cimiento incommovible de sus resoluciones" (pág. 110).

A renglón seguido estudió el "conflicto de paternidades" y la "legitimidad impropia" a base de utilizar material extranjero y patrio, recogiendo los extremos de mayor interés.

En suma, la monografía del Dr. Castro, desarrollada con precisa sistematización científica y en cuyo trasfondo late una idea de vivísima renovación y mejoramiento de esta cuestión de investigación de la paternidad, denota la espléndida formación jurídica del autor y el estimable afán de superación de desusadas prácticas no congruentes con los modernos métodos de la investigación biológica. Merece nuestra sincera felicitación.

J. DEL ROSAL

FERNANDEZ DE LA MORA, Gonzalo: "Las aporías de Nuremberg".
(Separata de la Revista "Arbor").—Abril, 1951; págs. 537-562.

Los griegos designaban, aclara el autor en el comienzo del trabajo, con el nombre de "aporía" a una situación de incertidumbre, perplejidad, apuro y duda ante una cuestión de apariencia insoluble. Aplicada a un "tema hipertenso", como el proceso de Nuremberg, que no ha sido la justificación aliada de la guerra, representa ante todo una revolución jurídica, que el culto autor del ensayo analiza en tres conceptos radicales: quien define el crimen internacional, quien lo juzga y quien es responsable. De su solución depende una buena parte del futuro de la Humanidad, ya que el hallazgo de una autoridad internacional que defina, juzgue y sancione por encima de las fronteras, es, pura y simplemente el principio de una etapa nueva y mejor de la Historia Universal. Gran conocedor de la misma el disertante, relaciona los problemas de derecho con otros "problemas adyacentes". A lo largo de las sesiones que recogen los debates judiciales, se han puesto en claro y en oscuro muchas páginas de la política europea moderna, y el Sr. Fernández de la Mora hace observaciones interesantísimas acerca de que "paralelamente al juicio penal se perfilan responsabilidades no sólo de los vencidos, sino también de los vencedores, antes y después de la guerra".

El Tribunal de Nuremberg no fué una concepción jurídica procesal, surgida por generación espontánea. La idea de una justicia penal inter-

nacional, tenía rancios "antecedentes". La coalición vencedora europea condenó a Napoleón I al destierro en 1813. El Tratado de Versalles aceptó el procesamiento del Kaiser Guillermo II, "por una suprema ofensa a la Moral internacional y a la santidad de los Tratados" y el de otros jefes alemanes "acusados de haber cometido actos contrarios a las leyes y a las costumbres de la guerra." En 1928 la Asociación internacional de Derecho penal ofrece a los estadistas un Proyecto de Estatutos para la jurisdicción criminal internacional, coincidente con la repercusión de doctrinas contenidas en la famosa obra del Profesor Pella, "La Criminalidad colectiva de los Estados y el Derecho penal del porvenir".

Al constituirse en 8 de agosto de 1945, el Tribunal militar internacional para enjuiciar a los criminales de guerra por delitos que no tuviesen especialización local geográfica, a cuyo acuerdo se adhirieron 19 países, compuesto de cuatro jueces para juzgar los crímenes contra la paz, las violaciones de leyes y costumbres de la guerra y contra la Humanidad, se descubren "actas de acusación", a partir de 18 de octubre de 1945, que el documentado escritor examina a través de la definición de la penalidad clásica y la nueva teoría independiente de la guerra crimen, pero según sus propugnadores respetuosa con el principio de "nullum crimen, nulla poena sine lege", que equivale a pena y delito previsto en ley anterior a los hechos, ya afirmación de un principio punitivo en plano superior internacional, expuesto en páginas brillantes. El Tribunal de Nuremberg, afirma Fernández de la Mora no respetó la letra del principio de legalidad, aunque sí el espíritu. No fué un Tribunal representativo de la Humanidad, limitando su acción a un sector arbitrariamente limitado de los presuntos autores de crímenes contra la paz, de crímenes de guerra, o de crímenes contra la Humanidad y de este modo malogró una posibilidad grandiosa de inaugurar una nueva etapa de la Historia Universal.

D. M.

FERRER SAMA, Antonio: "Antijuridicidad, voluntariedad y motivación como exponente de la personalidad del menor".—Oviedo, 1951.

Comienza el autor advirtiendo que no trata, como del título parece desprenderse, de un trabajo de puro valor doctrinal y de escaso interés práctico, sino que se propone examinar aquellos supuestos en que el Tribunal tutelar se enfrenta con sujetos que, pese a su menor edad, se manifiestan como personalidades acusadamente antisociales, cuestión de sumo interés y de profundas consecuencias.

Cita como ejemplo el caso recientemente planteado ante un Tribunal tutelar español y que ha sido objeto de consulta al Consejo Superior de Protección de Menores en el que un sujeto de quince años, después de violar a una niña de cinco la dió muerte, enterrando seguidamente el cadáver para impedir que se descubriera el hecho, y se pregunta el Sr. Ferrer Sama, si las medidas que el Tribunal Tutelar puede adoptar conforme a

nuestro actual sistema son adecuadas a sujetos de personalidad como la que nos ofrece el citado ejemplo.

Después de examinar los conceptos fundamentales en materia de culpabilidad penal referidos a las normas que rigen la minoría de edad como causa de excepción de pena, llega a la conclusión de que así como cada día se abre más franco paso al criterio de que personas mayores de dieciséis años, en casos excepcionales, hayan de ser tratadas a base de medidas de tipo correccional (art. 65 de nuestro Código penal) es lógico que se admita, que también por excepción, sean declaradas fuera de la acción tutelar de los Tribunales de menores, aquellos que tengan una personalidad plenamente desarrollada desde el punto de vista intelectual y desde el plano afectivo.

Partiendo de la base de que los casos como el expuesto representan una rara excepción y que lo normal es que el menor de dieciséis años sea un sujeto inimputable, por falta del debido desarrollo de sus facultades intelectivas y volitivas, y por lo tanto susceptibles de adaptación a la vida social, mediante la aplicación del correspondiente tratamiento educador, cree que "no es lógico que el juicio sobre la capacidad del menor sea encomendado a los Tribunales ordinarios, como se solía hacer en las legislaciones que seguían el criterio del discernimiento, sino que, por el contrario, todo menor delincuente debe quedar sometido a la jurisdicción de los Tribunales tutelares, más con la facultad por parte de estos de poder en casos excepcionalísimos hacer la declaración de extrema peligrosidad en atención a la naturaleza del hecho perpetrado, a la índole de los móviles que le han impulsado a ejecutarlo, a la forma de realización y al resultado, en fin, de la exploración de su personalidad." A efectos de que la inhibición a favor de los Tribunales ordinarios se efectuase con toda clase de garantías, propone que esto se podría hacer, siempre que el menor hubiese cumplido los catorce años, mediante propuesta del Tribunal Tutelar elevada al Ministerio de Justicia, por conducto del Consejo Superior de Protección de Menores y previo informe del Tribunal de apelación.

Concluye diciendo el autor que no desconoce la trascendencia que en orden a nuestra actual legislación supone la reforma propuesta; pero que es preciso recapacitar sobre el ejemplo primeramente citado en el que es imposible encontrar un móvil que pudiera paliar la gravedad del hecho y que su experiencia de "más de una década en la lucha contra la criminalidad infantil y veinte años dedicado al estudio del Derecho penal le han permitido llegar a la afirmación de absurdo que resulta encomendar al Tribunal tutelar de menores el tratamiento de sujetos que si bien no han cumplido los dieciséis años es lo cierto que resultan tan peligrosos como cualquier delincuente adulto".

Esta acertada tesis del Profesor Ferrer Sama, Juez de Menores del Tribunal Tutelar de Madrid y Catedrático de Derecho penal, fué aprobada en la XIV Asamblea de los Tribunales Tutelares de Menores celebrada el presente año en Oviedo.

GALLO, Marcello: "La teoria dell'azione "finalistica" nella piú recente dottrina tedesca".—Milano - Dott, A. Giuffrè Editore, 1950.

Sabido es la atención que en los últimos años merece la teoría de la acción finalística, cuyo teorizante más destacado es el Prof. H. Welzel, de la Universidad de Gottinga. A los españoles cabe apuntarnos, debido a la agudeza del Prof. Rodríguez Muñoz, que a pesar de las numerosas aportaciones italianas y alemanas, en ninguna de ellas se han perfilado objeciones tan certeras, desde el punto de vista dogmática, como las explanadas en las notas del Tratado de Mezger.

La presente monografía del penalista italiano, Gallo, destacado discípulo de Antolisei, quizás sea de las más completas a este respecto, ya que enlazan el análisis de esta postura doctrinal con las grandes líneas del sistema clásico y en buena parte denota un experto conocimiento del estado actual del saber penalístico. El principal propósito de este estudio consiste en ponderar lo que de valedero pudiera tener por fuera de las ideas filosóficas del clima en que nace. Para lograr este deseo, el autor se ve precisado a pasar revista a las cuestiones de mayor interés y en inmediata conexión con la tesis finalista, tales, como, por ejemplo, los elementos subjetivos de la antijuridicidad, el problema de la tipicidad, las doctrinas naturalística y normativa de la teoría de la acción, amén de otras.

Parte de aquella antítesis de objetivo-subjetivo en que se agrupaban los caracteres del delito para resaltar más adelante la quiebra de este simplista esquema, sobre todo, con la entrada de los elementos subjetivos de la antijuridicidad que preludian ya la después teoría de la acción finalística, ya que con aquellos la dogmática clásica va poco a poco desembocando en una corriente irracionalista, de la que surge la dirección doctrinal de la que se ocupa, en la cual sobresa la separación entre la figura dolosa y la culposa, especie de vértebra en que viene a apoyarse la pretendida moderna Dogmática penal, pues justamente el núcleo de la teoría finalista está constituido por la afirmación de que los delitos dolosos no guardan parentesco alguno con los culposos, si bien el monografista la considera infundada.

M. Gallo en sus razonamientos expresa ciertos puntos de contacto con la teoría que critica, aunque se cuida mucho de señalar las diferencias.

La segunda parte de la obra está dedicada a la exposición de la antijuridicidad y culpabilidad en la susodicha teoría, aun cuando limitada a los extremos esenciales, haciéndonos un fino comentario de la significación de los momentos subjetivo y objetivo de la antijuridicidad, subrayándonos el interés de la interpretación finalista de este carácter, en cuanto recarga el acento en el aspecto sustancial, que igualmente se echa a la vista en la mayor parte de las cuestiones suscitadas por la moderna Dogmática en la teoría jurídica del delito. Y, sobre todo, Gallo recoge acaso el extremo más

vivo del sistema de Welzel, concerniente a la afirmación de que no existe una concepción unitaria de la antijuridicidad.

En la exploración dogmática que nos hace de la culpabilidad, Gallo confirma en verdad lo poco que queda de aquélla, habida cuenta de la inserción sistemática del dolo y de la culpa.

De entre los defectos que reprocha merece señalar la falta de decisión acerca de cancelar o no la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad; la redacción de la culpabilidad de hecho jurídico a principio político, la malparada situación de la imputabilidad, y la ausencia de distinción entre la actuación del imputable del inimputable.

En suma, la monografía actual cumple con creces el objetivo propuesto.

J. del R.

GONZALES RODRIGUEZ, José María: "Nuevo delito de infracción de Leyes de Trabajo".—Madrid, 1951; 119 págs.

Siguiendo un plan rigurosamente sistemático, el autor del libro, que fué su tesis doctoral en la Universidad de Madrid, divide el tema en una introducción, y dos Secciones que llevan por título "El nuevo delito de infracción de las leyes del trabajo, tal como aparece en el Código", y "El nuevo delito según nuestra concepción", que constan de cuatro y tres capítulos, respectivamente, denominados "Antecedentes inmediatos y mediatos"; "Interpretación del precepto"; "Errores doctrinales y de sistemática"; "Somera referencia a otros países"; "Redacción del precepto"; "Su situación en el sistema del Código", y "Su alcance". Viene a continuación "Conclusiones" y "Autores consultados" y termina el trabajo con un apéndice que lleva por título "Necesidad de la no enumeración de enfermedades profesionales indemnizables".

La Introducción aborda el contenido de la nueva figura de delito creada en el art. 423 del vigente Código penal español, vista en una crítica positiva más que negativa, en virtud de la justa conveniencia, de que las infracciones de las normas reguladoras del trabajo, que ocasionan quebranto grave en la salud de los obreros y en la producción en general, tengan una adecuada sanción penal, ante la insuficiencia de las sanciones de otro orden, pero sin dejar el autor de calificar de poco afortunada la actitud adoptada por el texto legal a este respecto, a espaldas de elementales principios de la ciencia penal, ya que amalgama bienes jurídicos de distinta naturaleza, exigiendo para la existencia del delito la concurrencia de tales elementos que es difícil pueda aplicarse este artículo y hasta la fecha no ha sido interpretado por la Jurisprudencia y los breves comentarios que al mismo han dedicado los especialistas de Derecho penal en España, no pasan de considerar su formulación de "delito híbrido en el que se maridan para su protección penal bienes jurídicos tan diversos que no pueden sostenerse sea un verdadero delito contra las per-

sonas" (Cuello Calón) y "demasiado inconcreto para ser aplicado en la práctica" (Sánchez Tejerina).

La interpretación del precepto que examina se circunscribe a gramatical y lógica. Los errores doctrinales que contiene son examinados circunstanciadamente. Hace una somera referencia a otros países, a partir del Tratado de Versalles, Carta de trabajo de Italia y su Código penal de 1930, Código penal ruso de 1930 y Código penal suizo de 1937. Después el autor elabora su fórmula de redacción: "Al que no observando lo preceptuado en las disposiciones legales, reguladoras del trabajo y protectoras del trabajador, cometiere un delito por simple imprudencia o negligencia, se impondrá la pena de prisión menor. Se observará lo dispuesto en el art. 565 sobre aplicación y límite de la penalidad." Como final del trabajo, se apunta la convicción de que el art. 423, de nuestro Código penal, tal como está redactado, es de difícil aplicación, y, en cambio, sin alterar la estructura del Código, tiene cabida el delito culposo y la tipificación de conducta dolosa.

Es en extremo interesante la conclusión que fué presentada al Primer Congreso Iberoamericano de Seguridad Social, bajo el título de "Necesidades de la no enumeración de enfermedades profesionales indemnizables", a la que se dió el carácter de Ponencia y fué aprobada por unanimidad, incluyéndola finalmente entre las conclusiones adoptadas.

D. M.

GRAVEN, Jean: "¿Retour a la confession en justice?". Separata de los "Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti", vol. II, (páginas 227-269. Padua, Cedam, 1950.

De nuevo insiste el maestro de Ginebra sobre la palpitante cuestión del empleo judicial de las pruebas científicas del testimonio, en la que su nombre es ya universalmente conocido. En torno a una lección pronunciada en la universidad suiza por el homenajado, en el que se desarrolló el tema, tan grato a Carnelutti, de la interdependencia entre la Moral y el Derecho, Graven trata de acoplarla a su postura bien conocida, aunque no siempre bien interpretada, de relativa aceptación de las pruebas clínicas de veracidad. Para aclarar conceptos y posiciones ha escrito este trabajo, en el que perfectamente discrimina los procedimientos de extorsión de confesiones, indigno y evidente sucedáneo de la vieja tortura, de los que meramente sirven para distinguir objetivamente la verdad o la mentira. Y en tanto que, como no podía ser por menos tratándose de un hombre de la exquisita sensibilidad humana y jurídica, característica de Graven, estigmatiza sin reserva los primeros, muestra su conformidad con los segundos, en los que incluye el más discutido de los procedimientos clínicos, el narco-análisis mediante el pentotal y otras inyecciones barbitúricas. Aun reconociendo que, quizá en el terre-

no puramente ideal y absoluto, sus adversarios tengan razón, relega en definitiva el problema al orden metafísico, y sostiene que en el meramente jurídico y de política criminal, no existen motivos serios para rechazar de plano un medio de prueba que, rodeado de las garantías científicas y procesales necesarias, puede procurar servicios de incalculable valor a la Sociedad y a la Justicia. Toda la cuestión está, pues, en eso, no en prohibir el uso de los medios clínicos, sino su mal uso o abuso. El principal temor que asalta a sus impugnadores es precisamente ese posible abuso, especialmente con fines políticos, como es, al parecer, el caso en los regímenes totalitarios. Argumento puramente "ocasional", como bien lo califica, que no sirve con carácter general y que él cree evitar prohibiendo en absoluto semejantes procedimientos en el terreno político. A este respecto, sin embargo, se ofrece una duda al lector, a mí por lo menos, que me permito sugerir a mi buen amigo y colega de Ginebra, y es la siguiente: "Dado por supuesto que los tales regímenes utilicen abusivamente los susodichos métodos, no parece que haya de ser obstáculo ni profilaxis contra ello el que se prohiban previamente en los Estados de derecho; con o sin tal prohibición, el momento de barbarie llegado, es bien seguro que los nuevos regímenes de fuerza los emplearían. Así, pues, el privarse de una tal arma preventiva para evitarlo, no resulta, siquiera en principio, ni demasiado sensato ni tampoco lógico."

Muy convincente y profunda la argumentación del autor respecto a la consideración procesal, bastante obvia en nuestro Derecho positivo, pero no tanto y aún heterodoxa en el extranjero, de que el procesado no tiene el derecho a mentir sino la obligación de cooperar en su esfera a la realización de la justicia.

A. Q. R.

GRAVEN, Jean: "Principes fondamentaux d'un Code répressif des crimes contre la Paix et la sécurité de l'Humanité".—Ginebra, 1950; 66 págs.

El presente estudio, que fué primero publicado en la "Revue de Droit international de Sciences diplomatiques" de Ginebra, es una nueva y valiosísima aportación del autor a la especialidad, tan de nuestro tiempo, del Derecho penal internacional. En su doble cualidad de penalista e internacionalista, el Profesor Graven, asistente al gran proceso de criminales de guerra de Nuremberg, está cualificado como pocos para tratar de la magna cuestión, a la que aporta, a la vez, la ciencia del profesor y la ecuanimidad y justeza del magistrado, cualidades preciosas una y otra demasiado poco frecuentes en la materia que nos ocupa, entregada generalmente en manos de hombres políticos y diplomáticos. Producto de ellos fué la jurisprudencia de Nuremberg, prefijada en el Acta de Londres, que, como dice el autor, puso de relieve la necesidad ineludible de dotar a la Humanidad de un cuerpo de codificación regular y preexistente, que supla al régimen de anarquía internacional hasta ahora imperante y al

improvisado empirismo triunfante en Nuremberg y Tokio. Fué ésta una "justicia de necesidad", que urge reemplazar por otra "jurídica", y a este fin tienden tantos esfuerzos colectivos y privados. Entre los primeros son de citar, sobre todo, los trabajos de la Asociación internacional de Derecho penal, presidida por el Ministro Pella; entre los múltiples particulares, destaca, sin duda, el trabajo del profesor que aquí se examina.

Con certero sentido jurídico comienza su estudio distinguiendo el objeto del delito, el bien jurídico protegido en la nueva figura criminal propuesta, y a tal fin aconseja una perfecta discriminación entre la "delincuencia contra la Paz", la de "contra la seguridad" y la de "contra la Humanidad", tan a menudo confundidas. La seguridad, en todo caso, no debe ser asimilada a la paz, por ser bienes totalmente distintos, el primero susceptible de protección penal interna, que ya existe tradicionalmente en todos los Códigos, en tanto que el segundo, en lo que presupone un riesgo de la paz, es materia novísima que requiere una inédita regulación internacional.

Considera el autor no solamente útil sino indispensable en el futuro Código mundial, una Parte general, al modo de las existentes en los nacionales modernos, siendo quizá aún más imprescindible que en estos, por cuanto que en el campo de delincuencia internacional no existe un consentimiento ni una práctica ni una teoría en las cuestiones capitales tales como las de dolo, culpa, coparticipación, responsabilidad personal y colectiva, actos preparatorios, obediencia jerárquica, etc. Sobre esta base elemental de una Parte general, puede procederse a la descripción de los tipos delictivos, que han de ser limitativos y precisos, con estricto respeto al principio de la legalidad de delitos y penas. Respeta la tripartición ya clásica del Acta constitutiva de Londres, en "crímenes contra la paz", "crímenes de guerra" y "crímenes contra la humanidad", que pasa a examinar en sus aspectos más importantes, conforme al principio ya aludido de la objetividad del bien lesionado o arriesgado.

Propugna en los delitos contra la paz la incriminación de los actos preparatorios, tanto los materiales como los intelectuales, inseparables en tal especialidad, y que no presuponen un ataque a los legítimos derechos del liberalismo penal más depurado, como lo prueban recientes disposiciones que cita del reciente Derecho penal suizo interno. Es precioso este ejemplo venido de persona y país tan alejados de toda suscripción totalitaria, para desvanecer las dudas y escrúpulos que en ciertos círculos despiertan los proyectos de represión de propaganda de guerra, absurdamente considerados como incompatibles con la libertad de expresión.

En referencia a tipificaciones, se detiene especialmente el autor en las nociones básicas de "complot" y "guerra de agresión", tan vagamente perfilados en Nuremberg y cuya clara definición se impone como presupuesto necesario para un Código penal internacional digno de tal nombre. Respecto al "complot", pone en guardia contra su frecuente asimilación a la "conspiracy" inglesa, proponiendo se precise su sentido hacia la "preparación de la guerra ilegítima, sea por fuerza armada o por infiltración de quintas columnas"; su modelo pudiera ser el ar-

título 86 del Código penal francés o el abolido par. 102 alemán. Nada se opone a que tal tipo sea considerado en sí como delito principal en vez de como resolución criminal o primer grado en el "iter criminis". Reconoce la mayor dificultad de definir la "guerra de agresión", no bastando, dice, la mera asimilación con el ataque ilegítimo del individuo, siendo menester fijar el concepto de voluntariedad, la "mens rea", por no ser suficiente la sola evidencia del acto real. En materia de innovación absoluta, como ésta, duda el autor entre la técnica de la definición jurídica general o la de la enumeración, señalando acertadamente los riesgos de ambas. Piensa que quizá ello sea labor más propia del Derecho de gentes que del penal, y en la más fácil y práctica tarea de enumeración acepta la propuesta por Pella en su Proyecto.

Sostiene Graven el punto de vista de la no conveniencia de incluir en un Código represivo de los crímenes contra la paz y la seguridad los denominados estrictamente "de guerra"; y ello porque los mismos atentados, según él, a otros bienes jurídicos que, como los de la vida, salud o propiedad, no tienen razón alguna para ser desplazados de los códigos penales nacionales. Lo más práctico e inmediato sería, en cambio, la armonización de dichas legislaciones internas en un plano de relativa unificación internacional.

Algo semejante a lo que con los crímenes de guerra, aconseja el autor en referencia a los de contra la Humanidad. El bien jurídico ofendido en ellos no es tampoco eminentemente colectivo, ni tiene que ver con la paz o con la seguridad, sino con valores netamente personales y, antes que nada, con los bienes esenciales del hombre. Duda, incluso, de su conexión necesaria con la criminalidad contra la paz, afirmando que tal postura conduce a una peligrosa restricción del concepto de delincuencia contra la Humanidad, cosa comprensible en tiempos del Acta de Londres, pero insuficiente en un sistema estable de Derecho penal internacional como el que hoy se proyecta. Tornando a su propia tesis defendida en la VIII Conferencia por la Unificación del Derecho penal (la de Bruselas de 1947), Graven insiste en encuadrar el crimen contra la Humanidad en el campo de los de contra la persona humana, independientemente de la existencia episódica del estado de paz o de guerra. Caso de coincidir de hecho con el delito de guerra, habría que acudir a la doctrina general del concurso de infracciones, el ideal y no el material.

Otra cuestión profundamente debatida es la de dilucidar si la delincuencia internacional examinada merece el calificativo de política o de común; en el sentir del autor, sin embargo, ello ofrece hoy por hoy un puro interés teórico, vista la no situación de privilegio del delito político en los sistemas actuales. Opina, con todo, que el delito contra la paz es por naturaleza político, en tanto que el de guerra suele ser común y el de contra la Humanidad, susceptible de una u otra calificación.

En el problema capital de la responsabilidad criminal colectiva, del Estado y de las personas morales (no la de los pueblos, al modo ruso), se coloca decididamente el autor en la línea de los que la afirman, conforme a la tesis de los precursores Pella y nuestro Saldaña, acogida en la prác-

tica norimberguense. Reconoce, no obstante, que el asunto no radica precisamente en decidir dicha responsabilidad, sino en hallar criterios y medidas penales apropiadas para la criminalidad estatal o colectiva. Uno de ellos es la sustitución de la clásica norma de la responsabilidad moral por el de la social.

El resto del valioso trabajo del Profesor Graven, hace referencia a múltiples problemas de tipo internacional, procesal y orgánico que ya no interesan directamente al Derecho penal sustantivo.

A. Q. R.

GUALLART y L. DE GOICOECHEA, José: "El Derecho penal de la compilación de Huesca. 1247".—Estudios de Derecho Aragonés.—100 páginas. Imprenta "Heraldo de Aragón". Zaragoza, 1951.

La honradez científica, llamemos así a la originalidad y a la precisión hermanadas en una obra, es nota característica de las aportaciones a la Ciencia penal del Dr. Guallart, Catedrático de la Universidad de Zaragoza y Decano de su Facultad de Derecho. Cada una de sus publicaciones lo proclama, mas bastaría para ello la titulada con el encabezamiento de estas cuartillas, que recogiendo una visión histórica, que puede calificarse de perfecta, la coordina con la obra legislativa del Monarca aragonés que mereció el nombre de Conquistador.

La monografía en comentario gira en torno a un Rey: Jaime I; a un Prelado: Don Vidal de Canyellas, y a una Compilación: la de Huesca de 1247.

Una vez que el autor centra su pensamiento y sus miradas en el libro VIII de la Compilación, que siguiendo la sistemática romana, es el relativo al Derecho penal, destaca la función punitiva, consagrada como pública y el ejercicio del poder judicial, pleno de prestigio y de competencia. Es en definitiva la justicia real la que brilla y resplandece.

Las materias que el aludido libro VIII recoge, las presenta el doctor Guallart con tal sistemática y orden que convierte su trabajo en un verdadero tratado histórico del Derecho penal en la Corona de Aragón, referido al siglo XIII. De aquí que el primer concepto analizado sea el de "infracción penal", en el que el del hecho en sí pasa al estudio de los grados de culpabilidad, en la que ya se vislumbra el dolo y se aprecia la culpa precedida de todo su abolengo civil.

Con una concepción dualista de la materia, junto al hecho destaca el tratado del "infractor", donde es valorada justa y debidamente por el autor, la visión clara y humana de la Compilación, presentando en pleno siglo XIII al hombre como único sujeto de delito y de responsabilidad por tanto.

Consecuente con la sistemática trazada y con la trayectoria impuesta, el Profesor Guallart estudia la "reacción jurídica" partiendo del concepto de responsabilidad y analizando la ausencia de la misma responsabilidad, apreciada en la legítima defensa, menor edad..., etc., sin olvidar sus circunstancias modificativas.

El delito incompleto y la codelinuencia, son también recogidos y analizados objetiva y minuciosamente.

Se ocupa del concepto de la pena y de sus diversas especies, tales como corporales, en los derechos, en la estimación social y en el patrimonio, no olvidando el problema de la responsabilidad civil.

El Dr. Guallart sistematiza con acierto los delitos en particular, que él recoge de la *Compilación* y los ofrece ordenados con precisión.

La monografía en análisis es completa y por ello, después de estudiar el Derecho material, se ocupa del aspecto formal, dando a conocer el procedimiento penal de la *Compilación de 1247*.

El "colofón" de la obra, como el autor le llama, sirve, para en un estilo elegante y correcto, que predomina en toda la obra, ensalzar al Derecho foral aragonés haciendo justicia al Rey Conquistador y al Prelado don Vidal de Canyellas.

Toda la publicación se cimenta no sólo en una recia formación jurídica, sino también en un profundo conocimiento histórico, que proyectan a lo largo de la monografía la doble y bien lograda personalidad del penalista y del historiador, imposible de improvisar y sólo susceptible de lograr a través de un trabajo intenso y de una preparación tan profunda como selecta.

La sistemática del trabajo que comentamos es sencillamente perfecta e insuperable. Basta decir de ella que a la vez que se conoce un texto histórico parece leerse una moderna obra, pues constituye un verdadero éxito, el del autor al agrupar y ordenar las materias con plan y sistema en realidad insuperables.

La profusión bibliográfica revela el alto espíritu y afán investigador del autor, merced al cual se logra tan extraordinaria y eficaz colaboración al estudio del Derecho penal histórico y al mismo Derecho foral aragonés.

Sólo leyendo y relejendo la merítisima obra del Profesor Guallart se aprecia el elevado nivel científico de la misma y se puede comprender cuál lamentable resulta la desviación de la trayectoria histórico jurídica hacia los textos castellanos.

La monografía comentada, aun estudiada con objetividad, arrastra la pluma a consignar unos superlativos, que en justicia los merece la obra, así como su autor ante el que no debe de omitirse la gratitud de la Ciencia penal por su brillantísima aportación digna de encomio y de noble imitación en la trayectoria científica de este insigne penalista aragonés.

HOMENAJE AL MAESTRO ANTONIO CASO EN LA UNIVERSIDAD DE LA HABANA.—Universidad Nacional Autónoma de México.—Dirección General de Difusión Cultural, México, 1951; 36 págs.

Revistió gran solemnidad el acto académico celebrado en mayo de 1951, con motivo de entregar el busto en bronce del maestro Antonio Caso a la Universidad de La Habana, donado por acuerdo del Rector de la Universidad Nacional autónoma de México, Dr. don Luis Garrido. La Comisión encargada de realizar dicha entrega estuvo formada por don Juan José González Bustamante, Secretario General de la Universidad y autor de notables tratados y ensayos en ciencia penal, de los que tantas veces nos hemos ocupado en esta Sección del ANUARIO DEL DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, don Raúl Carrancá y Trujillo, Director General de Difusión Cultural y don Alberto Trueba Urbina, Profesor y diputado.

El programa organizado al efecto corrió a cargo de la Srta. Ada Ruiz López, presidenta de la Asociación de Alumnos de la Facultad de Filosofía y Letras, de la Universidad de La Habana, ensalzando con gran respeto y admiración la gran figura de las letras mejicanas, representativas en el "Ilustre Profesor y Filósofo don Antonio Caso que con sus lecciones y escritos divulgó la ciencia que llena las necesidades del hombre, y es preciso llenar las necesidades del espíritu, como dijera el sabio maestro a quien debe recordar". La Doctora Lucía Silva intervino en representación de los Graduados de Filosofía y Letras, de esa misma Universidad. El Doctor Agramonte y Pichardo, Director del Departamento de Intercambio Cultural y Profesor de la Facultad de Filosofía y Letras, estudia a Caso como hombre teórico puro, en que el conocer aparece como acto fundamental del espíritu y en su afán por el pensamiento objetivo le lleva a la reducción a teoría de los grandes problemas que expone en sus libros "La Existencia como economía, como desinterés y como caridad". "El acto ideatorio". "Sociología". "La persona humana" y "Meyerson y la física moderna". El Doctor Salvador Masip, Decano de la Facultad de Filosofía y Letras, considera a caso "como uno de los más altos valores de la intelectualidad mejicana que iluminó con el brillo de su pensamiento, el ámbito de nuestra América".

El Dr. don Raúl Carrancá y Trujillo pronunció un discurso reflejando la actividad humana vitalista y filosófica de Caso, que se traduce en la fórmula: "Actividad asimiladora y disimuladora, económica y egoísta, que es la vida; la vida que quiere conservarse por encima de todo, que es acción para vencer la resistencia del medio y por tanto es adaptación, la cual impone la solución del problema económico". Puso fin al acto el discurso pronunciado por don Benito Coquet, Embajador de México en Cuba, glosando la vida de Caso en la que armónicamente se combinaron la investigación científica, la búsqueda constante de la verdad, y las afanosas tareas de la enseñanza.

Asimismo, el Profesor González Bustamante pronunció una Conferencia sobre el tema "esquema del delito", en la Facultad de Derecho

de la Universidad de La Habana, el día 25 del mismo mes de mayo, que ha venido a avalorar sus méritos ya contraídos por su notable libro "Derecho Procesal penal mejicano", y numerosos trabajos científicos; y el Dr. Trueba Urbina pronunció otra conferencia sobre "El nuevo constitucionalismo político social".

Todo ello reflejado en un opúsculo editado por la Universidad Nacional Autónoma de México.

D. M.

LOPEZ IBOR, Juan José: "La responsabilidad del enfermo mental".— Discurso de ingreso en la Real Academia Nacional de Medicina. Madrid. Cosano, 1951.

El Prof. López Ibor, cuyas aportaciones a la Psicología forense son tan notorias, aborda en su discurso de ingreso en la Real Academia Nacional de Medicina los problemas que plantea la responsabilidad criminal del enfermo mental, materia sobre la cual, como es sabido, no son muy abundantes los trabajos en nuestra bibliografía. Con anterioridad, el ilustre psiquiatra y médico-legista, se había interesado por las cuestiones referentes a las ciencias penales, primero en un artículo sobre "Endocrinología Criminológica" (1) y posteriormente, en otro sobre el "Trastorno mental transitorio" a raíz de su inclusión en el Código penal de 1932 como causa de exención de la responsabilidad criminal junto con la enajenación, en sustitución del arcaico enunciado estampado en el Código de 1870, técnica y prácticamente inadecuado (2). A López Ibor se debe, con ello, el primer estudio de esta importante cuestión, así como la consideración de la eximente a través de la doctrina del Tribunal Supremo, que ante la vaguedad de la expresión legal tuvo que señalar desde un principio tanto sus características como sus limitaciones. En el trabajo que hoy extractamos vuelve a abordar el tema complementando las ideas entonces expuestas. Ambos estudios, junto con el del Profesor Alberca Lorente (3) constituyen, sin duda, las aportaciones más acabadas y rigurosas sobre el Trastorno mental transitorio en nuestra legislación. En la colección de monografías que publica nuestro Seminario de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de Barcelona, se anuncia para en breve la aparición de una de ellas, debida también a la pluma de López Ibor, con el sugestivo título "La predestinación biológica al crimen y la libertad".

Con todos estos antecedentes, unidos a la personalidad del autor, puede imaginarse el interés que ofrece su nuevo estudio, en el que el ilustre psiquiatra enfoca el problema de la responsabilidad del enfermo mental a la luz de las modernas doctrinas psiquiátricas. El concepto

(1) *Endocrinología Criminológica*. "Crónica Médica", 1928.

(2) *El trastorno mental transitorio en el Código penal vigente*. "Revista de Derecho Público", Madrid, 1935.

(3) *La enajenación y el trastorno mental transitorio*, en *Comentarios al Código penal de Ferrer Sama*, vol. 1.

de la enajenación, de las psicosis, psicopatías y neurosis, así como la consideración de la responsabilidad de los individuos afectados de éstos trastornos mentales, el necesario examen del margen de libertad de que goza el psicópata en cada caso individual para establecer debidamente esta última en relación con la ley penal, el trastorno mental transitorio, y dentro del mismo la posibilidad de encajar las reacciones vivenciales anómalas, el estudio de las formas de criminalidad más frecuentes en los psicóticos, la valoración de la responsabilidad en cada una de las enfermedades mentales propiamente dichas, la oligofrenia, las psicopatías y las neurosis, la estructura del acto delictivo y, por último, el problema del determinismo y la libertad, son recorridos por López Ibor desde un punto de vista personal que hacen de este trabajo una aportación meritisima a los estudios de Psicopatología forense.

Dado el interés que presenta este profundo estudio para todos aquellos que de una u otra forma intervienen en la administración de la justicia o dedican sus desvelos al Derecho penal o a la Criminología, ofrecemos al lector, a continuación, una extensa recensión del mismo.

I. El enajenado.—El uso por el Código penal de la palabra enajenado, tomada del lenguaje vulgar, es un acierto. Es enajenado porque dejan de pertenecerle sus actos propios. No tan sólo el “yo” es propietario de unos actos, sino que el “yo” se afirma en su existencia por la vía de sus mismos actos mediante los cuales aquel se realiza, para lo cual precisa de elección para actuar, es decir, de libertad. Si nos sentimos libres también nos sentimos responsables. Actividad, libertad y responsabilidad son nuestro “modo peculiar de existir”. El “yo” se mueve frente al mundo exterior y al interior asimilando y dirigiendo los elementos de uno y otro. Los impulsos internos los absorbe, alienta o los inhibe, según concuerden o no con su proyecto vital, sin disolverse en ellos. El “yo” persiste a través de las mudanzas de todo orden que impone la vida, manteniendo a lo largo de ella la identidad de sus proyectos de acción, identidad que concede a cada vida humana un “cierto sentido”.

En ocasiones, la actividad del yo no es la propia, “su actividad se ha enajenado”; es la locura, la enfermedad mental. Enfermo mental es aquel cuyos actos resultan ajenos, fuera de su propia vida o camino.

II. Psicosis, psicopatías y neurosis.—Los trastornos mentales se agrupan en “psicosis”, “personalidades psicopáticas” y “neurosis o reacciones vivenciales”. Las “psicosis” (las verdaderas enfermedades mentales) se han constituido sobre esquema de las enfermedades somáticas. Son enfermedades de esta naturaleza en las que los síntomas psíquicos adquieren la prevalencia (por ejemplo, “parálisis general progresiva”) o la exclusiva (“esquizofrenia, psicosis maniaco depresiva”). A estas últimas se les supone asimismo una base somática, si bien no descubierta todavía. En las auténticas psicosis, la continuidad de sentido de la vida ha experimentado una quiebra. La vida del hombre tiene un sentido, los actos de nuestra vida individual se hallan siempre, referidos a la totalidad de nuestro proyecto de vida, responden a él, por

eso se encuentran ensamblados formando una "estructura comprensible". Esta realidad diferencia las psicosis de las reacciones vivenciales anormales o neurosis. En estas nos encontramos con "reacciones comprensibles". Las psicosis son extrañas "incomprensibles" y sus síntomas serán primarios o secundarios, según sean o no comprensibles, siendo los primarios tan sólo "explicables". Por esa razón, el psicótico es irresponsable. La psicosis ha quebrado la continuidad de sentido de su vida psíquica. "La estructura—dice literalmente el autor—se ha roto; el acto ya no es un miembro de aquella estructura, sino algo que no es propio—en esta intimidad psicológica—del sujeto que lo realiza". El acto, es la manifestación de la conducta de un enajenado y lo que ha roto la estructura es la corporalidad enferma, el proceso somático morboso. Los psicóticos son los enajenados en el sentido del Código Penal.

III. Personalidades psicopáticas.—No pueden incluirse éstas entre las enfermedades mentales, que requieren propiamente la presencia de una enfermedad somática conocida o no. En las personalidades psicopáticas no existe esta enfermedad somática. Son personalidades anómalas, es decir, que se desvían en más o en menos del término medio, aquellas que precisamente "en virtud de su anormalidad sufren o hacen sufrir a la sociedad" (Schneider). Téngase en cuenta, en consecuencia, que no basta que el individuo sea anómalo socialmente para que sea un psicópata, como ocurre con los vagabundos y prostitutas y los mismos criminales. Existen criminales psicópatas y otros que no lo son. Para que sea un psicópata, pese a apartarse de la conducta normal social, es preciso que la anomalía de su personalidad sea previa a su criminalidad. En la doctrina lombrosiana se confunde al criminal con el psicópata. No hay ningún criminal nato, sino psicópatas (o enfermos mentales) que cometen actos criminales. La personalidad psicopática es aquella en que la personalidad anómala es determinante del conflicto individual o social.

En consecuencia, el psicópata no es un verdadero enajenado, pues sus actos emanan de su personalidad como actos naturales a la misma. La psicopatía no tiene, pues, carácter de eximente en términos forenses. Sin embargo, no son seres normales de donde surgió la idea de la "responsabilidad atenuada". Se consideró que si el psicópata es "medio-normal" debe aplicársele una pena atenuada. Pero como quiera que su constitución le impulsa a una conducta asocial, al estar en libertad más tiempo que el simple criminal, la atenuación de su pena se convierte en una patente de corso. Desde el punto de vista de la profilaxis criminal, el psicópata debería estar más tiempo retenido que el simple criminal y en establecimientos especiales.

Existe otra dificultad: el tránsito entre el psicópata y la personalidad normal es paulatino. ¿Dónde establecer un límite de lo que cae bajo la esfera de acción del psiquiatra? En la práctica, sólo los grados muy graves y complicados de psicopatía—según la opinión unánime de los autores—deben equiparar a los enajenados.

IV. La libertad del psicópata frente a sí mismo.—El autor examina las doctrinas psiquiátricas sobre las psicosis y las personalidades psicopáticas que establecen una radical diferenciación de unas y otras, caracterizando aquéllas por el soporte de una enfermedad somática y explicando la relación entre lo somático y lo psíquico a base de un paralelismo empírico; así como la tan conocida doctrina contraria de Kretschmer que establece una gradual transición entre la normalidad y la psicosis, pasando por la psicopatía (ciclotimia, cicloide-psicosis maniaco depresiva. Esquizotimia-esquizoide-esquizofrenia), llegando a la conclusión de que la clínica enseña que no puede mantenerse de un modo tajante y absoluto la distinción entre psicosis y personalidades psicopáticas, si bien en principio subsiste y tiene validez. En las psicosis el soporte somático provoca el trastorno psíquico; en las personalidades psicopáticas la correlación se establece en otra forma. El proyecto vital del psicópata se halla limitado y condicionado por su “anomalía instintivo-vital” que no es puramente somática, sino que atañe a su soma en cuanto a constitución y a ciertos determinantes energéticos de su personalidad. El coeficiente de la libertad interna se halla, pues, no abolido, como en los actos del enajenado, pero sí reducido. La conducta será más o menos psicopática, según esté más o menos gravida de desviaciones instintivo-vitales, parte naturalmente del medio exterior. El criterio de la mayor o menor libertad frente a sí mismo, de lo que su constitución le impone, es el que nos permitirá medir el grado de psicopatía.

El perito, que presente ante un Tribunal un caso de un psicópata que haya cometido un acto delictivo, deberá hacer patente ante el Juez todas estas cuestiones, en torno a las cuales expresará su apreciación personal: 1.º En primer término, no se trata de casos de auténtica enajenación, en los que un dictamen puede ser más claro y tajante. 2.º En segundo término, se trata de hacer una estimación de una conducta humana, variante por su intensidad de la conducta humana media, y que sólo en los grados extremos de la misma pueden equipararse a la enajenación. 3.º En tercer término, el perito se planteará como problema psicológico el siguiente: ¿Hasta qué punto—dada su personalidad—podía haber obrado de otro modo? ¿Hasta qué punto ha sido libre frente a sí mismo?

V. El trastorno mental transitorio.—El trastorno mental transitorio, en el espíritu del legislador, vendría a ser una enajenación pasajera. Realmente muchas enajenaciones auténticas se presentan con carácter de transitoriedad (un breve episodio catatónico o un estado crepuscular epiléptico). Desde el punto de vista psiquiátrico, la inclusión del enfermo bajo la enajenación o el trastorno mental transitorio es indiferente, más no desde el punto de vista forense a tenor del internamiento preventivo en aquélla. El trastorno mental transitorio amplía el área de la condición eximente por fuera de la psicosis. En la concepción de esta causa de exención ofrecida por la Jurisprudencia, el elemento medular es que el trastorno sea producido por un “choque psíquico”, pues si se halla producido por un agente físico será una auténtica psicosis en tanto en cuanto es

una enfermedad somática acompañada de una sintomatología psíquica (por ejemplo, intoxicación alcohólica o una psicosis comocional). El problema es, pues, el de las "reacciones vivenciales anómalas" (trastornos mentales producidos por un choque psíquico) admitidas en ocasiones por el Tribunal Supremo dentro de la eximente. Las reacciones anómalas pueden presentarse en cualquier individuo normal. Un estímulo violento es capaz de provocar una reacción anómala. La presencia de una reacción psíquica anómala demuestra, hasta cierto punto, la presencia de una personalidad también anómala. Más no cualquier reacción psíquica anómala debe ser considerada como eximente, sino que precisa para ello dos condiciones: una de "intensidad" y otra de "forma misma de reacción". Sólo cuando ambas crean un estado análogo al de la enajenación, es decir, cuando la reacción psíquica toma la forma de un "trastorno de la conciencia", constituirá eximente.

El ejemplo típico de trastorno mental transitorio, es el estado crepuscular epiléptico, en el que existe una alteración del fondo de la conciencia, más no el histérico en el que el trastorno conserva un "cierto sentido" que se puede apreciar incluso en la amnesia posterior. Los límites, frente a la psicología normal, del trastorno mental transitorio, son las grandes emociones o pasiones que ya consigna el Código, agrupadas bajo los calificativos de "arrebato" y "obcecación". Puede existir un estado emocional tan intenso que aun en un individuo no predispuesto a reacciones vivenciales anormales llegue a producir un auténtico trastorno mental transitorio. El hecho es posible, si bien debe reconocerse que resulta excepcional. Y aún así, se necesita que en la persona se dé una cierta base caracterológica anómala que le predisponga a reacciones en cortacircuito. El autor relata un interesante caso conocido en su clínica hospitalaria.

VI. La exención según las diversas enfermedades.—La variedad de delitos que pueden cometer los "esquizofrénicos" es extraordinaria. La responsabilidad de algunos esquizofrénicos presenta un problema de interés planteado por Bleuler. Un enfermo tiene un brote claramente esquizofrénico que le dura unos meses, brote que pasa, dejando su personalidad intacta que se mantiene así durante años. En este caso, el sujeto es responsable de los actos cometidos en ese estado. Otras esquizofrenias remiten, pero la personalidad queda alterada. En este caso habrá que tener en cuenta el grado de alteración y la relación entre el hecho delictivo y la alteración que presenta el acusado. A medida que la alteración de la personalidad es mayor decrecen las dudas.

La "psicosis maniaco depresiva", en sus fases acentuadas tanto maníacas como depresivas, es una enajenación en el sentido de la ley. Las dudas pueden plantearse en torno a los casos leves de enfermedad. En las manías leves hay que examinar si un estímulo exterior, emotivo o tóxico, ha sido capaz de provocar un arrebato en el que se ha cometido el hecho delictivo. En las depresiones apenas se cometen otros delitos que los suicidios individuales o colectivos.

El "epiléptico" es irresponsable de los delitos cometidos en pleno

ataque convulsivo, o en el psicomotor o en estado crepuscular o en plena demencia. Aunque raro, el delito es posible en plena crisis y por la crisis misma. En cuanto a los actos cometidos fuera de los episodios morbosos no hay criterio para resolver las cuestiones que plantean; hay que llegar a una apreciación individual de cada caso. Los progresos de la Psicopatología y de la Clínica de la epilepsia permiten aportar dictámenes más esclarecedores que antaño.

La "paranoia" no existe, pese a que ha sido tan empleada por letrados y peritos forenses, como enfermedad endógena, como pensó Krepelin, sino tan sólo los desarrollos paranóicos. Los paranóicos o han engrosado el grupo de las esquizofrenias o el de los desarrollos psicopáticos. De modo, que no todo paranóico debe considerársele un enajenado y clínicamente se ha señalado la necesidad de que el acto delictivo resulte como una derivación de la propia construcción delirante.

Las "oligofrenias" son en, una parte, enfermedades somáticas acompañadas de retraso mental, y en otra parte, variantes individuales del desarrollo intelectual de carácter negativo. En el primer caso, su inclusión en la enajenación es evidente. En el segundo, depende del grado de déficit. Muy interesantes problemas han presentado los delitos de violación cometidos por los oligofrénicos.

Entre los "psicópatas" tienen importancia forense los fríos de ánimo, atímicos o anéticos llamados por Kraepelin "enemigos de la sociedad" y "asociales", anteriormente englobados bajo la denominación de "locura moral", los cuales cuando no presentan defecto intelectual, no gozan de atenuación de la responsabilidad. Otro tipo psicopático de gran interés es el de los fanáticos ("querulantes").

Los "neuróticos" cometen raramente hechos delictivos. Las realizaciones simbólicas se producen en el sueño o en los actos triviales, pero nunca en actos que sean verdaderamente delictivos. Las inhibiciones, tan naturales al neurótico, sirven de contrarregulaciones a la agresividad de sus instintos y los transforman en nuevas construcciones fantásticas.

En la "hipnosis" asimismo los delitos son rarísimos y sólo pueden cometerse cuando corresponden a la auténtica estructura instintiva.

VII. El acto delictivo.—Para que la enajenación exima de responsabilidad es preciso que destruya profundamente la estructura del acto libre y voluntario, el cual se concibe, al modo clásico, como compuesto de dos tramos, el del "conocimiento de los motivos" de una acción y el de "la decisión" entre ellos. Para Schneider, que esta cuestión no debe plantearse, porque no tiene contestación y el perito debe limitarse a hacer constar si existe o no una enfermedad mental, de lo cual se deduce implícitamente la existencia o no de exención de responsabilidad. La distinción referida se basa en una psicología de la conducta que se halla muy lejos de las verdaderas condiciones reales de la misma. El hombre muy racional puede obrar distinguiendo motivos, sopesándolos y decidiendo entre ellos, pero la mayoría no obra así. Aunque se admita la existencia de la libertad, es muy difícil decidir en un acto particular si se ha obrado o no libremente. López Ibor objeta que en muchas ocasiones el

perito se ve forzado al análisis de la psicopatología del enfermo en relación con el acto delictivo y no puede contentarse con establecer un diagnóstico. El perito debe aportar al conocimiento del delincuente y de las circunstancias del delito todos sus conocimientos y su experiencia psicopatológica. Los hechos, por otra parte, tampoco ocurren como dice Schneider. Las acciones humanas no son el resultado de una serie de fuerzas instintivas que la voluntad puede inhibir o no. Los instintos son instintos humanos y, por tanto, surgen con ciertas valencias espirituales. Por eso es posible educarlos. El hombre conforma su vida instintiva, como lo demuestra el hecho de que cada acto ilícito se acompaña de un "sentimiento de culpa", no como un complemento posterior, sino que inspira temor "automáticamente", como el impulso mismo, porque en el fondo pertenece a la misma estructura. Todo acto humano tiene ese carácter "antimónico" que se pone tan de manifiesto en la crisis angustiada. A lo largo de la vida, la vida instintiva se va sublimando, metamorfoseando, integrando. El instinto de agresión queda absorbido en la necesidad de una vida social, espiritual, que le rebasa como individuo. La necesidad de la vida en comunidad exige el establecimiento de ciertas normas a las que se sujeta el individuo normal. En el anormal, no existe esta regulación instintiva, o si existió, se quebró. Por eso, el acto resulta tan insólito, absurdo, delictivo. Es posible, pues, mediante el análisis de la conducta, establecer la existencia de esa rotura en la continuidad de una vida, continuidad que estriba en la fusión de las antinomias instintivas en la unidad de la personalidad. Para sentar un diagnóstico procedemos así, y este mismo procedimiento debe aplicarse, en la medida de lo posible, al análisis de la situación delictiva. Por eso, es tan importante el conocimiento de la personalidad del delincuente.

VIII. Determinismo y libertad.—El espíritu positivo planteaba la cuestión, afirmando que cualquier hecho que ocurre en el mundo tiene su antecedente forzoso. El hombre que comete un delito lo hace en virtud de una serie de determinaciones previas que forzosamente le conducen a él y es, en consecuencia, tan irresponsable como los oídos de oír el sonido que a ellos llega. Extraña que se haya podido perder tanto tiempo en una discusión así. Porque si el determinismo absoluto fuera verdadero, también el juez sería un muñeco automático cuando condena al delincuente. Kant planteó el problema desde el punto de vista de la teoría del conocimiento, en el sentido de que si llegásemos a conocer los impulsos que fuerzan nuestra vida psíquica podríamos llegar a predecir la conducta humana futura, más lo imposible es el conocimiento exhaustivo de los móviles de esa conducta. La pretensión de conocer los móviles es ya una operación sobre ellos. Las conductas humanas se determinan por "causas" y "motivos". En el hondón de la personalidad se entrecruzan "causas, móviles" y "motivos". Existen actos vulgares cuya determinación es fácilmente comprensible una vez realizados. Su previsión es más difícil. Por íntimamente que conozcamos a "otro", algo siempre se nos escapa: su "secreto personal" que es el secreto de la existencia. Como

también se nos escapa nuestro "yo" en su último alveólo, en aquel en que indudablemente el espíritu, el alma, se ata a nuestro pobre y mortal cuerpo.

Octavio PEREZ-VITORIA MORENO

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Barcelona

MORO, Aldo: "La antijuridicidad penal".—Traducción del italiano de Diego A. Santillán. Editorial Atalaya. Buenos Aires, 1949, 222 págs.

La obra del Profesor de la Universidad de Bari no es propiamente la exposición de un pensamiento o de un sistema original, aunque basado y deducido de los avances y concreciones de los penalistas alemanes creadores de la doctrina de la antijuridicidad, como algunos trabajos que sobre el mismo tema se han producido en castellano, el de González López, por ejemplo. Es más bien la información a los estudiosos italianos de la situación de la doctrina en Alemania sobre esta materia, una como traducción del pensamiento germánico a la mentalidad meridional, con la pérdida de vigor de todas las traducciones, aunque como esta prefieran consignar la palabra alemana, que expresa la idea original, para conservar aquel vigor que el autor de la segunda traducción, ya de idioma a idioma, naturalmente transcribe.

Ahora puedo ya decir que el autor va contemplando y exponiendo la antijuridicidad como disvalor jurídico, los elementos objetivos y subjetivos de la antijuridicidad, de la acción y de la norma; en el análisis del primero—composición del hecho a la norma—el elemento objetivo de antijuridicidad en las doctrinas del derecho penal, crítica de la doctrina del bien jurídico, razón de haber sido abandonada y doctrinas que la han desplazado; en el del elemento subjetivo—contraposición o contrariedad subjetiva con la obligación—, la forma básica de la culpabilidad, reprobación reprobabilidad como elementos subjetivos de ella, los elementos subjetivos del juicio de culpabilidad, examinando las diversas posiciones de los autores sobre este tema; en el capítulo que rubrica la antijuridicidad en la experiencia del delito examina especialmente las relaciones entre la tipicidad y la antijuridicidad con particular detenimiento en las doctrinas de Beling y Delitala, finalmente en el que rubrica el delito aparente, porque al concurrir en el acto alguna causa de exclusión de la antijuridicidad no tiene aquél la sustancia de la contrariedad con el derecho, estudia las posiciones de las doctrinas en torno a la llamada licitud excepcional, especialmente la teoría de Mezger sobre la validez del principio regla-excepción.

Así pues, pese a la doble traducción de pensamiento y de idioma a que nos referimos al principio, que quita claridad a la exposición, la obra tiene en su logrado anhelo expositivo, un indudable valor de información, que subraya una abrumadora bibliografía, para el público de habla española causa sin duda de su versión a nuestro idioma.

NAEHRICH, Walter: "Die Kriminalität der Unehelich Geborenen".—
1951. L. Röhrscheid, Verlag, Bonn.

El segundo cuaderno del Seminario de Criminología de la Universidad de Bonn, dirigido por el conocido Prof. H. v. Weber, está dedicado al estudio de la criminalidad de los nacidos ilegítimamente, del que es autor W. Nächrich, y, por cierto, que se acredita de experto conocedor del tema en cuestión.

Principia por explayarnos un sugestivo aspecto del objeto de trabajo, esto es, esta criminalidad reflejada en la Literatura jurídica, pues es bien sabido cómo ha llamado la atención en los últimos decenios de la reflexión criminológica tanto en Alemania como fuera de este país. Por lo que respecta a aquella nación, recuérdese, sin ir más lejos, la *Biología Criminal*, de Exner, en la que se aborda el problema en forma de subida importancia. Por lo general, se les carga a estas personas una mayor criminalidad, y sin embargo, el monografista apunta, con razón, la dificultad de la inseguridad de los factores que contribuyen a la formación de una voluntad, después, delictiva, siendo dispares las opiniones a este respecto, aunque descuellan los autores el desamparo en que se encuentran.

El autor empieza, una vez que da remate a las consideraciones generales, por delimitar especial y temporalmente esta criminalidad, estudiando primero la disposición y bases de la investigación para luego pormenorizar las particularidades de esta indagación en una serie de cuadros, que nos cantan de plano, antecedentes familiares, comparación con otros jóvenes, frecuencia de unos y otros delitos, así como aparte nos expone la participación tenida por las jóvenes del mismo origen ilegítimo.

En la parte tercera de la obra hace un interesante examen comparativo entre adultos y jóvenes para concretarnos finalmente la interpretación criminológica de los resultados de la investigación realizada.

J. del R.

NUEVA ENCICLOPEDIA JURIDICA.—Editorial Seix. Barcelona, 1950.
Tomo I; 1035 págs.

La Editorial Seix de Barcelona ha emprendido la gran tarea de re-fundir y poner totalmente al día su clásica "Enciclopedia", que fué a modo de Digesto del saber jurídico español del fin de siglo. Trátase de obra nueva con nuevos colaboradores, entre los que se cuentan algunas de las figuras más conocidas de las nuevas generaciones de cultivadores de nuestra especialidad, como los catedráticos Antón Oneca, Pérez-Victoria, Silva Melero y Ferrer Sama y los fiscales Puig Peña, Díaz Palos y Quintano Ripollés. Ello prueba que se piensa dar amplia cabida en la Nueva Enciclopedia a las ciencias penales, que en la primera edición figuraron con los nombres insignes de Bernaldo de Quirós, De Benito y Dorado Montero.

En el Tomo I que aquí se reseña, dedicado todo él, a modo de preámbulo, a la voz "Derecho", con treinta y seis variedades de ella, la única que no es inédita, y sí reproducción de la vieja Enciclopedia, es precisamente la de "Derecho penal", debida al maestro de Salamanca, Dorado Montero. Homenaje justo a la sin par belleza del trabajo, sobradamente conocido por ser como la quitaesencia de su original y humanitaria visión, ello excusa de detallar sus méritos. El Derecho penal desligado de la responsabilidad y vinculado a la defensa proteccional, la pena exigida aun en los casos de propensión, inclinaciones e instintos criminales y, en fin, el Derecho penal protector, son ideas preciosamente resumidas en la cuarentena de apretadas páginas del artículo, la mayor antología de la doctrina doradiana, con su inesperada amalgama de positivismo y utopismo. Es de lamentar, sin embargo, que a la reproducción del famoso artículo no se haya añadido un a modo de apéndice, en el que se recogiese la gran evolución del Derecho penal en el medio siglo que nos separa de su original redacción; lo cual coloca a nuestra especialidad en un plano de cierta inferioridad respecto a las demás disciplinas jurídicas del volumen, rigurosamente inéditas y perfectamente al día.

A. Q. R.

OLESA MUÑIDO, Francisco Felipe: "Las medidas de seguridad", prólogo de Octavio Pérez-Vitoria.—Editorial Bosch, Barcelona, 1951; 363 págs.

El Seminario de Derecho penal y Criminología de la Universidad de Barcelona, que tan certeramente dirige el Profesor titular de dicha disciplina, don Octavio Pérez-Vitoria, uno de los más destacados cultivadores de nuestra ciencia en el momento actual, se apunta un nuevo y merecido éxito con la publicación de este libro, que no solamente aporta problemas y sugerencias que encierran las medidas de seguridad, sino que tiene la gran novedad de que seguramente es la primera vez que en lengua española se ha tratado en toda su amplitud.

A partir del año 1893 en que aparecieron dichas medidas en el proyecto de Código federal suizo, de Carlos Stoops, estos nuevos medios de lucha contra el delito han ido siendo regulados cada vez con mayor minuciosidad, en la reforma de la codificación penal actual, o en leyes especiales. Dentro de un plan científico, admirablemente sistematizado, el Profesor Olesa Muñido en su libro investiga en una completa Introducción histórica, la reacción social preventiva en la antigüedad, en la Edad Media y en la Edad Moderna. En la primera parte describe el estado peligroso, sus formas, la noción de peligrosidad, su concepto, comprensivo de teorías afirmativas (subjetivas, objetivas y política criminal), teorías negativas y la peligrosidad, como situación de la persona; clases de peligrosidad; las distintas formas de la peligrosidad y el concepto de estado peligroso; los Congresos internacionales y la noción del estado peligroso; distinción de conceptos afines y la formulación legal del estado peligroso. La segunda parte comprende tres secciones: la primera dedicada a!

estudio doctrinal, vista en su noción, concepto, naturaleza jurídica, distinción de otras medidas preventivas, distinción entre penas y medidas de seguridad, clasificación, aplicación de las medidas de seguridad, prescripción, duración y principios generales de ejecución. La segunda está destinada a la legislación comparada y en ella se recogen las disposiciones de todos los códigos y leyes especiales del mundo, no ya sólo europeos y americanos, sino gran parte de los de Asia, Africa y Oceanía. La tercera sección comprende la legislación española, contenida en los Códigos penales del siglo XIX, Código penal de 1928, Código penal, texto re-tundido de 1944, y ley de Vagos y Maleantes, analizada con todo detalle. Se estudia a continuación el derecho especial en la materia, referente al Africa española y Territorios del Golfo de Guinea.

De tan amplia información dedúcese que la peligrosidad es una situación de la persona adecuada para que realice con probabilidades hechos que constituyan infracción de la ley penal, manifestándose en persona adulta y caracterizada por la no transitoriedad de sus causas y la ineficacia de la acción preventiva de la pena. Esta peligrosidad en persona adulta sólo autoriza la aplicación de medidas de policía, y en sus formas post-delictuales puede ser combatida por el coeficiente de prevención especial que la pena contiene como principio actuante. Si el sujeto es menor y según la forma de peligrosidad exteriorizada, se aplicarán en su caso medidas educativas correccionales. Esta declaración debe ser efectuada por el juez en acto jurisdiccional y de acuerdo con los índices determinantes y factores tipificados en la ley. Estas medidas difieren de la pena en que la pena deriva de un valor universal, la justicia, como consecuencia última de la infracción de una norma penal; la medida de seguridad es fruto de la necesidad de proteger a la sociedad frente al delito y, por lo tanto, responde a un concepto de utilidad y de pragmatismo. Si la pena tiene por fin la tutela jurídica y el reproche social, la medida de seguridad, primordialmente, la prevención especial. La pena exige para su imposición un previo delito, las medidas de seguridad se imponen por el carácter dañoso o peligroso del agente o de una cosa, cuyo carácter está en relación con un acto punible. En suma, las conclusiones de tan importante monografía, por su teoría y práctica, aseveran que la pena se aplica "porque" causalidad eficiente; la medida de seguridad se aplica "para que" causalidad finalística. Su duración es indeterminada, por serlo también la persistencia del estado peligroso, presupuesto necesario sin más limitaciones que las expresadas por razones de política criminal en la ley. El término de su ejecución debe ser declarado jurisdiccionalmente por el juez.

Los párrafos de la legislación española dedicados a esta materia tienen un interés capital, así como los antecedentes de la cláusula de "retención", establecida en la Pragmática de Carlos III, de 12 de mayo de 1771 y en la Carta Orden del Fiscal de Consejo del Rey, de 18 de enero de 1749 que afectó a los reos más agravados y de cuya salida al tiempo de la sentencia se revela algún grave inconveniente y se les pueda añadir dicha retención.

El libro está avalorado por un admirable prólogo del Prof. Pérez-Victoria, en el que resume la historia del Seminario de Ciencias Penales, que, como indicamos al principio, tantos éxitos viene cosechando, y los méritos de este trabajo monográfico del Sr. Olesa Muñido, producto de una completísima información y de su magnífica preparación y competencia en la materia de su especialidad.

D. M.

SANTANGELO, Giovanni: "L'estincioni del reato nel momento processuale".—Jovene Edit. Nápoles, 1948; 228 págs.

El autor se apresura a decir el fin a que la obra va dirigida: cuáles son las consecuencias procesales que se derivan de haber empleado el legislador italiano la expresión "extinción de la infracción" en vez de "extinción de la acción penal" y si por ello puede seguirse diciendo que las causas extintivas deben aplicarse prejudicialmente.

También se apresura a advertir que la investigación va a ser referida sobre todo a la amnistía que le servirá de base, y tan de base le sirve, que a ella casi exclusivamente se dedica la obra, no refiriéndose las demás causas extintivas sino de pasado o para alusiones.

El libro está dividido en dos grandes partes. La primera, en la que sienta lo que él llama las premisas necesarias, estudia la prejudicialidad de la indagación de la infracción, pues es primero averiguar si esta existe a declararla extinguida, por lo que la amnistía no puede aplicarse al delito ficticio o a los casos en que falte éste, si la amnistía puede considerarse como una novación legislativa, y ya estudiándola como causa extintiva de la pretensión punitiva, si el poder punitivo realiza un derecho subjetivo o una potestad jurídica, si existe una diferencia sustancial entre el derecho subjetivo de castigar y la pretensión punitiva y analiza las principales diferencias existentes entre el derecho subjetivo de castigar y el derecho al ejercicio de la acción penal, para hacer un análisis aunque somerísimo de todas las demás causas extintivas admitidas o enumeradas como tales en el vigente Código penal italiano.

En la segunda parte, la mejor y más sólidamente construída, estudia la amnistía en relación con los indicios de la infracción, por estimar que para aplicarse se necesita que al menos que existan estos, con los elementos del delito, con las circunstancias de él, así como con las principales formas de la infracción: habitual, permanente, continuada, compleja, conexa, accesoria, ejemplarificando en ésta con la receptación y el favorecimiento, aberrante, etc., así como se hace cargo de la "vexata quaestio" de su aplicabilidad a los delitos agravados o cualificados por una agravante a ellos inherente. Termina, por último, esta segunda parte con el estudio de la tutela y valor de la declaración de amnistía.

Esta es a grandes rasgos la obra, a la que no abandona un regusto de tesis doctoral o de primer trabajo, más perceptible cuando estudia la

amnistía como novación legislativa. Aunque su propósito se centra, como dije al principio, en un problema de interpretación de la ley italiana, tiene interés su lectura aún en las naciones como la nuestra en que la ley refiere las causas extintivas a la responsabilidad penal.

D. T. C.

VON. WEBER, Dr. Helmuth: "Der Schutz des Staates" ("La protección del Estado").—J. C. B. Mohr (P. Siebeck). Tübinga, 1951: 22 páginas.

Constituye el presente estudio la ponencia presentada por el ilustre Profesor de la Universidad de Bonn a la XXXVIII Dieta de Juristas alemanes, celebrada el año precedente. En él se plantean un cúmulo de problemas y se aportan una serie de sugerencias muy interesantes al hoy tan acuciante tema de la protección del Estado democrático dentro de los propios límites de la Democracia. Problema agudo, si los hay, ya que es menester armonizar las esencias básicas de la libertad con las necesidades de la eficaz salvaguarda de los mismos valores, que en tantas ocasiones dan lugar a una verdadera "contraditio in adjectio". El doble peligro al cual suelen sucumbir los muchos intentos realizados, es, o bien la insuficiente protección, con el debilitamiento consiguiente del Estado democrático, o la defección de éste a sistemas totalitarios que contradicen su razón de ser. Von Weber cree posible la solución de la ardua antinomia y deniega la fatalidad de poder proteger eficaz del Estado democrático con procedimientos que no sean específicamente dictatoriales, teoría que, pese a su paradojismo, va ganando terreno en la doctrina y aun en la práctica de muchos países. La propone dentro del marco de la estricta técnica penal, propugnando su incorporación al Código y la exclusión de leyes y jurisdicciones especiales, de tan subido sabor antidemocrático. La protección del Estado—dice—es el sismógrafo en que se registran los trastornos y catástrofes políticas antes de su efectiva producción. Su debilidad o desmesurada fortaleza es signo indeleble de la del propio Estado, aunque reconoce que estas realidades de debilidad o vigor no dependen, en definitiva, del tecnicismo jurídico-penal, sino de otros factores más amplios e imponderables. Pone en guardia contra la opinión de la omnipotencia de la represión a los efectos de fortificar las instituciones, y hace resaltar la fuerza definitiva que, dentro y fuera de lo jurídico, corresponde al elemento psicológico. Considera, en fin, lo especialísimo del caso en la Alemania dividida y ocupada de hoy, donde todo lo legislado y proyectado ha de ser forzosamente provisional en vistas a un futuro e inevitable nuevo Estado unido y libre.

Ya en el terreno del tecnicismo legislativo, Von Weber considera digna de conservarse la tradicional distinción entre "alta traición" (Hochverrat) y "traición territorial" (Landesverrat), correspondiente a la lesión de los intereses de la seguridad exterior e interior del Estado.

Condicionada la segunda a la situación política mundial, en ella es susceptible de encarnarse, pero siempre en base a ser considerado un delito internacional, el propuesto tipo de "traición a la paz" (*Friedensverrat*). En cuanto a los atentados contra el régimen democrático y la Constitución, en este terreno de máxima y más virulenta fricción con la salvaguarda de los valores demoliberales, Von Weber hace una propuesta concreta de coincidencia. Consiste ésta en la extensión de la clásica noción de "ataques violentos a la Constitución", hoy insuficiente, hasta comprender también como delictivas las agresiones no estrictamente de fuerza, tales como la calumnia y propagandas mendaces, cuyo uso y eficiencia han sido demasiado frecuentemente acreditados por la experiencia de los métodos de ataque totalitarios. Tal extensión no constituye, según el autor, una violación del principio de la libertad de opinión, que, en su sentir, no debe equivaler a la de "libertad de mentira", ni constituir un indeseable Derecho penal sectario. Se obstaculizarían de este modo las tácticas tan usuales de los modernos revolucionarios, que tan bien saben explotar los artificiosos movimientos de masas en favor de sus propósitos subversivos. Es la "revolución fría", no menos temible y a la larga quizá más peligrosa que la violenta de antaño. Sugiere, incluso, la legítima incriminación de formas de sabotaje político, tales como las huelgas y paros que afecten al orden del Estado. Se extiende luego a otras consideraciones menos originales sobre la debida protección de las personas e instituciones en que encarna el Estado, defendiendo la libertad de crítica hermanada con el absoluto respeto a las decisiones judiciales, así como la salvaguarda del honor y de los símbolos de soberanía. Concluye su sugerente estudio con un articulado de conclusiones, que dice así.

1. Si la seguridad exterior e interior de Alemania depende esencialmente de factores morales, la protección de estos requiere también una sanción penal.
2. La protección de la seguridad exterior puede sólo ser hoy provisional, en espera de la concreta y definitiva situación de Alemania.
3. En consecuencia, deben esperar tal situación las prescripciones constitucionales sobre la autolimitación de la soberanía, la protección de los intereses federales y locales y la de la paz.
4. La salvaguarda del orden interno debe ser llevada a cabo de acuerdo con los fundamentales principios de la Democracia.
5. La Constitución debe ser protegida no solamente contra los ataques violentos, sino contra todos los que entrañen medios en contradicción con los postulados democráticos, entre ellos los totalitarios de coacción y propaganda calumniosa. Sin embargo, la mera oposición u opinión en favor de una constitución no democrática, no debe integrar delito.
6. La autoridad del Estado debe ser protegida contra las calumniosas afirmaciones de hechos inciertos, aunque simples manifes-

taciones de menosprecio no deben ser punibles, en tanto que no haya en ello peligro para la paz pública.

7. Debe ser impedida, bajo sanción penal, la reconstitución de partidos políticos de combate, aunque ello no implique por sí la prohibición de porte de uniforme.
8. La autoridad de la Administración de justicia debe ser fortificada por la prohibición penal de atacar sus fallos, bien que se respete la libre crítica de los mismos.
9. Los delitos políticos deben ser tratados mediante sanciones especiales que tiendan a limitar la actividad política de sus autores.

A. Q. R.

VANNINI, Ottorino: "Quid-iuris" (Manuale di esercitazioni pratiche in Diritto penale). Vol. V. (Aborto-omicidio preterintenzionale.-- Giuffré, Editor. Milán, 1950; 125 págs.

Dada ya noticia a los lectores de este Anuario de las obras fundamentales de Vannini (tomo I, fascículo III) por quien sabe hacerlo mejor que yo (Mosquete, Alonso, Esteve), me toca hoy hacerlo de este volumen quinto de su "Quid-Iuris" aparecido el pasado año y dedicado al aborto y al homicidio preterintencional.

Con esto he dicho las dos partes en que se divide este volumen, con el subtítulo ha dicho el autor el carácter eminentemente práctico que tiene la obra, queda por decir, que a pesar de referirse estos casos prácticos, mejor dicho estas cuestiones de interpretación, a una ley extranjera, a la Ley penal italiana, su lectura es interesante, a veces apasionante, para el lector español.

Al aborto, primera y más extensa parte del volumen, dedica las mejores páginas de él, lo define como la violenta interrupción del proceso biológico del embarazo con la consecuente pérdida del producto de la concepción, por poco vital que sea. En el criminal distingue el ocasionado a la mujer que no consiente, el de la mujer que consiente en él y el ocasionado por la propia mujer, en orden de gravedad descendente. Siendo varios los intereses que lesionan, familia, buenas costumbres, seguridad individual e interés de la población del Estado, este último es el que consideró predominante el Código fascista y de ahí su colocación en el tit. X del libro II del Código del 30.

Después empieza a plantear las cuestiones de interpretación que son el fondo del libro. El estado de embarazo constituye un presupuesto del delito o elemento constitutivo de él. Por estar entre los que protegen la estirpe italiana en el tit. X, elige el castigo del aborto de la extranjera en Italia. Momento consumativo, cuando por las prácticas abortivas, el feto es expulsado vivo y muerto después de su expulsión. Es acción positiva el prestar el propio cuerpo para la práctica de las manipulaciones abortivas, pero no es tan claro si hay responsabilidad por omi-

sión en el no impedirlo en el que tiene la obligación jurídica de hacerlo. Respecto a la cuestión del nexo causal examina el concurso de causas preexistentes, o simultáneas o sobrevenidas, pero independientes de la acción u omisión culpable. Respecto a los grados de ejecución la posibilidad de la frustración, la tentativa, la ejecución inidónea ya sea o no idóneo el medio empleado. Valor del consentimiento de la víctima. El aborto honoris causa y otras muchas cuestiones imposibles de enumerar, que el autor se pregunta y cuya solución por él es deliberadamente omitido por mí, tanto por razón de espacio, como por no apagar el interés por la lectura del libro, que por el contrario trato de avivar.

El estudio del homicidio preterintencional es la segunda parte del volumen. Es para él, en sentido lato, la muerte de un hombre involuntariamente ocasionada, por cualquier comportamiento doloso no dirigido sin embargo a matar, para precisar más adelante que subjetiva y positivamente el homicidio preterintencional es un homicidio culposo, que se distingue del común homicidio por culpa, por el hecho de derivar de una acción u omisión causal, pero desde otro aspecto dolosa.

En él, entre otras interesantes cuestiones, plantea las de: si en la muerte de un Jefe de Estado podría darse la calificación de homicidio preterintencional. Si es necesario para su existencia la de la prevenibilidad del evento capaz de producir la muerte. La admisibilidad en este delito de la existencia de las con-causas. Si la omisión puede ser causa del evento capaz de matar. El homicidio preterintencional honoris causa, etc. Expone también casos prácticos o supuestos de hecho como el del que cae y se rompe la base del cráneo, al tratar con la huida, sin volver la espalda al agresor, de evitar ser golpeado, y el del que toma la defensa de otro cuando ve que el ataque contra el agredido va dirigido a ocasionarle la muerte, no obstante haberse producido el ataque por que rogó a otro que golpease, sólo golpease, a la víctima, y el agresor, al tratar de ganarse la benevolencia del inductor no sólo golpease, sino tratase de matar.

Creo que he conseguido una descripción y dar una impresión de la obra del Profesor de Derecho penal de la Universidad de Siena, obra cuya lectura es difícil interrumpir, una vez empezada, y que deja el deseo de continuar la de otros volúmenes de la misma, tan pronto aparezcan.

D. T. C.

VANNINI, Ottorino: "Il problema giuridico del tentativo".--Seconda ediz. Milano. Dott. A. Giuffré, Editore. 1950.

La segunda edición de esta monografía ofrece la novedad de indicar los pasajes legales al respecto del Proyecto Preliminar del nuevo Código penal italiano, en el que en unión del Prof. Petrocelli ha colaborado activamente, representando la parte, pudiéramos decir, científica de la Comisión. Además, también el Prof. Vannini ha retocado algunas

partes de la primera edición. Tanto en la una como en la otra edición resplandece ese proceso discursivo que encadena la argumentación expuesta y se traduce finalmente en consecuencias lógicas, de indudable fuerza convincente.

Estudia de modo especial la llamada por él, "acción ejecutiva", de la que nos hizo una clara exposición en la parte general de su Tratado. En referencia concreta con el tema de la tentativa el Prof. Vannini profundiza en el capítulo segundo en "la acción ejecutiva dolosa", y en el siguiente apartado lo relativo a la "idoneidad" de aquella acción. Y en los restantes capítulos de la obra expone, respectivamente, los temas siguientes: tentativa simple y compuesta o perfecta, la pena de la tentativa, desistimiento voluntario o arrepentimiento activo y, últimamente, la tentativa en relación a las varias especies de delitos.

Empieza el autor, con buen sentido, por decirnos que la tentativa lógicamente se encuadra únicamente en una concepción realística del delito (pág. 7), a cuya dirección responde tanto el Código penal vigente italiano cuanto el mentado Proyecto Preliminar, estudiando a seguida la naturaleza jurídica de la misma (pág. 9), que dicho sea de paso difiere de la concepción en vigor en España, ya que nosotros seguimos el modelo del Código penal francés, en su doble forma de tentativa y delito frustrado, y, ante todo, contraponiendo el término "tentativa" al de "consumación" matizando el sentido de este último vocablo (pág. 16), según se trate de una u otra clase de delito.

El análisis de la acción ejecutiva, como aquella que agrede y además ofende el bien protegido por la norma (pág. 19) nos resulta pleno de sugerencias, sobre todo si vienen desarrolladas con una rigurosa visión técnico-jurídica de los problemas penales que abarca, que, por supuesto, la distingue de la llamada "acción preparatoria" (pág. 21), apartándose de aquella dirección de pensamiento que conceptúa suficiente a aquella para dar nacimiento a la tentativa (pág. 24). La claridad en la argumentación salta a la vista, entre otros pasajes de la obra, cuando, por ejemplo, Vannini nos diseña la diferenciación entre la acción preparatoria y la ejecutiva (pág. 26). Igualmente resalta la bondad de la fórmula empleada por el vigente Código ("a actos directos para cometer un delito") en relación con la del pasado texto punitivo ("comienzo de ejecución") (pág. 31).

Partiendo de la premisa de que el dolo de la tentativa es el dolo de la consumación (pág. 51), el monografista principia el capítulo segundo, sirviéndole, además, de apoyatura la regulación del Código, en la que ya se preceptúa expresamente una dirección subjetiva de la voluntad del autor (pág. 57), mejor aún, una voluntad consciente de realizar, con los actos, el hecho antijurídico.

De entre los numerosos extremos que expone a propósito de esta institución penal, bueno será apuntar el relativo a la inadmisibilidad de la tentativa en los delitos culposos en razón a la naturaleza jurídica de aquella (pág. 58), ya que la existencia de estos depende de un efecto

condicionante, extrínseco al hecho y sucesivo a la ejecución del hecho mismo (pág. 66).

La idoneidad de la acción ejecutiva, que constituye un apartado de la obra, procede de una exigencia de la misma redacción del artículo 56, lo cual vale tanto como decir, "la concreta peligrosidad de la acción" (págs. 69-71), desarrollándonos en cinco afirmaciones los fundamentos de la "peligrosidad en la tentativa" (págs. 86-94), y en inmediato enlace con esta posición teórica, que ilumina con abundantes ejemplos prácticos, toca el concepto del delito punitivo (pág. 95), cuya naturaleza viene concebida así: se entiende no ya de un hecho que por motivos atinentes a su insuficiencia o incompleta realización no es delito, sino de un hecho realizado, completamente ejecutado, pero que no es delito por defecto de imputación abstracta o por su concreta impunidad, distinguiéndolo, claro está, del llamado delito imposible.

La antigua configuración de tentativa y frustración es descartada por irracional, en el decir del monografista (pág. 106), apoyando su razonamiento argumentos legales y doctrinales, expuestos con suma maestría. Y como una bien distinta manera de contemplar el desistimiento y el arrepentimiento activo, en gracia, sobre todo, a la regulación diferente de la tentativa en el Código penal italiano y en el español, es de interés el capítulo concerniente a aquellas circunstancias, las cuales conceptúa como afectivas a la intensidad del dolo, pero no inherentes a la persona del culpable, al modo como lo hace De Marsico o como circunstancias objetivas de la modalidad de la acción (pág. 117). Y, por último, la obra queda realmente completada con un capítulo en que el insigne penalista italiano explica la tentativa en referencia a las varias especies delictivas.

Sin exageración alguna, puede decirse que el estudio actual constituye una digna aportación técnica y dogmática acerca de una institución sumamente controvertida, y que el autor esclarece y puntualiza, con una riqueza de datos científicos y prácticos, expuesta en un estilo claro, transparente y de una buena fuerza convicente, pues su razonamiento va emparedado por entre un acusado rigor lógico.

J. DEL R.

VANNINI, Ottorino: "Manuale di Diritto penale italiano. Parte Speciale I Singoli delitti o le singole contravvenzioni." (Nuova Ediz. Riv. e Ampliata.)—Milano Dott. A. Giuffré Editore, 1951.

La publicación de la segunda edición de la Parte Especial del Manual de Derecho penal, del Prof. O. Vannini, ampliamente corregida y aumentada, nos impone la publicación de estas letras, ya que el autor ocupa un puesto especial y sumamente destacado entre los penalistas italianos, y de otra parte, hicimos una elogiosa recensión de la Parte General, en "Información Jurídica", ya que la limpieza con que maneja el método técnicojurídico sitúa a sus producciones en primera fila.

La presente edición, efectivamente, es más completa que la anterior, si bien guarda idéntico aparato de trabajo y se mantiene dentro de los proporcionados límites de un Manual, más bien dirigido al escolar que al estudioso. Pero, sin embargo, esto no resta mérito alguno a la obra, antes bien lo acrecienta, ya que dentro del limitado ámbito en que se desenvuelve el estudio de los tipos penales el autor no olvida ni por un instante realizar la interpretación con un dispositivo técnico y dogmático que presta indudable sugestión y convierte el libro en un Manual de indudable valor formativo penalísticamente.

Para darla un carácter más sencillo el Prof. Vannini prescinde de las notas, ya que la obra está escrita por un penalista de tan recia personalidad científica como para atender más a su razonar que al de los demás. Por otra parte, la propia intención del autor destaca más aún en este caso, puesto que el equilibrio y proporción de este Manual entraña un buen esfuerzo intelectual al conseguir no extenderse más allá de lo que debe ser un serio Manual, tal como el que tenemos ahora a la vista.

J. del R.

WINIZKY, Ignacio: "Responsabilidad penal de las personas jurídicas mercantiles".—Buenos Aires, 1951; 87 págs.

El discutido problema de la responsabilidad penal en las personas jurídicas mercantiles es visto por el autor del ensayo a través del artículo 301 del Código penal argentino, concebido en un exordio a modo de introducción calificando la expresada norma de impropiedad técnica y de cómo una redacción deficiente puede traicionar la intención del legislador y hacer ímproba toda tentativa del intérprete o del Juez para dar al precepto un sentido lógico jurídico compatible con la vida económica a la que se relaciona. Dicho artículo dice así: "Será reprimido con prisión de dos a seis años el director, gerente o administrador de una sociedad anónima o cooperativa o de una persona jurídica de otra índole, que prestare su concurso o consentimiento a actos contrarios a los estatutos, leyes u ordenanzas que los rijan, a consecuencia de los cuales la persona jurídica o de asociación, quedare imposibilitada de satisfacer sus compromisos o en la necesidad de ser disuelta".

A continuación viene el panorama legislativo, doctrinal y jurisprudencial, que inicia el estudio, apreciado en sus fuentes directas, exteriorizadas en el título XII del referido Código, comprensivo como articulado de los "delitos contra la fe pública", dentro del capítulo V del título enunciado como "de los fraudes al comercio y a la industria". El Código de comercio argentino no se refiere en punto alguno a la responsabilidad penal de los directores, gerentes o administradores de la Sociedad Anónima. La doctrina elaborada por los juristas recoge los proyectos de codificación posteriores y está de acuerdo en su significación conceptual y no limitarse a quienes formalmente son designados como tales infractores, desarrollando argumentos que se refieren a la posibilidad

de penar la tentativa, a las leyes, estatutos u ordenanzas de que habla el artículo citado, a fin de caracterizar el alcance de la locución "imposibilidad de cumplir los compromisos".

Después son examinados los antecedentes nacional y extranjero; los principios de interpretación aplicables; alcance de los vocablos "Director, Gerente o Administrador" que deben ser tomados no en un sentido nominal, sino en un verdadero sentido conceptual, restrictivamente, ya que no importa aceptar que el ejercicio de tales funciones autorice a escudarse en la distinta denominación que se le haya dado al cargo; participación en la comisión del delito; si están comprendidas en la norma las personas jurídicas civiles y comerciales, o solamente las mercantiles; disposiciones legales a que se refiere el art. 301; efectos necesarios para la configuración del delito y su tentativa. Todo ello conduce a las conclusiones siguientes: La norma sancionadora provoca como resultado directo la disolución de la entidad mercantil; y cuando la gerencia, dirección o administración violan la disposición legal que provoca la necesidad de disolver la sociedad, debe ser penada con una multa.

D. M.

WOLFGANG MEYER: "Die Kriminalitaet der Schwerkriegsbeschädigten im Landgerichtsbezirk Bonn".—1950. Ludwig Röhrscheid. Verlag, Bonn.

Con la publicación de la presente monografía, debida al Dr. W. Meyer, el Seminario de Criminología de la Universidad de Bonn, dirigido por el conocido Prof. H. von Weber, inicia una serie de aportaciones, de las que ya han aparecido dos de ellas, que vamos a comentar, que dicho sea de antemano, presentan particular interés y han sido cuidadosamente presentadas.

El tema de la presente monografía se justifica desde punto y hora que como nos dice el autor en las primeras líneas existen tres millones y medio de mutilados alemanes, lo cual representa la elevada cifra de una de las consecuencias de la pasada guerra, que aparte de los problemas sociológicos que apareja la existencia de estos seres, tampoco están exentas de significación criminológica las conductas realizadas por ellos. Y este es, justamente, el tema central de este estudio, fragmentado en una serie de aspectos todos ellos concernientes al índice delictivo que representan, si bien limitado, al Tribunal provincial de Bonn, indagando las causas de ciertas acciones penales, sobre todo, las de naturaleza sociológica. Principalmente es objeto de atención la cuestión del sacrificio de la guerra, aun cuando la significación criminológica de una investigación de hechos positivos y reales abarca un extenso panorama de problemas, de los que no puede prescindir el monografista, si quiere lograr, como efectivamente lo ha conseguido, un estudio ejemplar acerca de una secuela dolorosa de la guerra transpuesta. Problemas, en verdad, que se refieren, verbigracia, a las distintas fases por que ha pasado esta delincuencia, al aspecto legislativo, simbolizado en una Ley de cuidado y atención al mutilado, y así efectiva-

mente les alcanza lo preceptuado en el párrafo 51, concerniente a la imputabilidad.

El autor explana, en primer lugar, una vez asentado el sentido y fin de la monografía, la delimitación especial y el círculo de personas que comprende, para en seguida penetrar en la comprensión de la criminalidad de los mutilados de guerra, dándonos una visión general de aquélla, para después detallar los diferentes tipos penales, su frecuencia de realización, y demás pormenores que prestan especial interés a la lectura de esta científica contribución criminológica, dibujándonos con ello un exhaustivo cuadro de los daños tanto físicos como espirituales que arrastró la guerra pasada. El trabajo se remata con una serie de propuestas políticocriminales que intentan aliviar la situación realmente catastrófica en que han sido sumidos la mayoría de la población alemana. La complejidad de estas proposiciones nos impide explicarlas aquí, en todo caso vale como supuesto general, que siempre debe escudriñarse de la mejor manera el dintorno en que acaece la acción delictiva y las condiciones personales, por si fuera aplicable alguna causa de exención o de atenuación, vista la postura psíquica en que están colocados estos desgraciados individuos.

J. del R.

REVISTA DE REVISTAS

Á L E M A N I A

JURISTENZEITUNG

J. C. B. Mohr. Tubinga. Primer semestre. Cuadernos del 1 al 12. Enero-junio, 1951.

Nace a la publicidad esta revista con el año en curso, siendo una refundición de dos prestigiosas anteriores: el *Deutsche-Rechts-Zeitung* y el *Süddeutsche-Juristen-Zeitung*, editada por la Casa Mohr (antigua P. Siebeck), de Tubinga. Su comité de redacción está formado por el Profesor y Fiscal de Friburgo d. D. Dr. K. S. Bader, el Ministro H. Ehard, de Munich; el Subsecretario Dr. W. Hallstein, de Bonn y otros prestigiosos juristas. Aunque no dedicado especialmente a lo penal, sino a toda la Enciclopedia jurídica en general, abundan en sus páginas los temas penales y se cuentan entre sus colaboradores permanentes nombres de penalistas insignes, como los de Adolfo Schoenke, de Friburgo; Eberhard Schmidt, de Heidelberg; Niethammer, de Tubinga; von Weber, de Bonn, y Bockelmann, de Gotinga. Publicación quincenal, con secciones de doctrina, jurisprudencia, noticiario y bibliografía, nuestro propósito es reseñar, de entre sus números, los trabajos interesando directamente al campo del Derecho penal y a las ciencias penales.

Núm. 4

SCHMIDT, Eberhard: "STRAFTATEN UND ORDNUNGSWIDRIGKEITEN" ("Actos penales e ilegalidades gubernativas").

La segunda trasguerra ha originado por doquier, pero especialmente en Alemania, una copiosísima legislación de carácter penal en órbitas que antaño se hallaban al margen de él. Tal acontece, sobre todo, en el orden económico, donde el denominado "Derecho penal económico" ("Wirtschaftsstrafrecht") multiplica desmesuradamente sus normas y la pretensión de reforzar penalmente el nuevo orden proteccionista y de intervención estatal. Ello hace tiempo que ocasiona lo que Eberhard Schmidt denomina insoportable hipertrofia penal, cuyos resultados valora como altamente perjudiciales, tanto desde el punto de vista científico como desde el práctico, puesto que inevitablemente desemboca en un abuso constante de las penas cortas de libertad, ya de antiguo censuradas por su maestro von Liszt en el Programa de Marburgo y actualmente desacreditadas en todas las escuelas penales y penitenciarias. Se impone, pues, según él, una rígida y bien fundamentada discriminación entre el Derecho penal propiamente

dicho, con sus esencias tradicionales intactas, y el nuevo sancionador accesorio, que no consiste tanto en una alteración del orden jurídico en sí, como en una mera desobediencia a un sistema económico o social dado. A esta segunda especie de infracciones y medidas reserva el nombre de "Ordnungswidrigkeiten", traducible por "infracciones gubernativas", para diferenciarlas de las penales estrictas. El primer paso en esta dirección discriminatoria parece observarse en la nueva "ley penal o económica" o "Wirtschaftsstrafgesetz" de 26 de julio de 1949, que vino a codificar, en cierto modo, el llamado Derecho penal económico, pero, dado que su plazo de validez es limitado sólo a dos años, se hace desear una solución más estable al problema.

El método a seguir en la diferenciación de lo penal estricto y lo gubernativo, ha de ser cualitativo y no meramente cuantitativo, en atención a la gravedad de la sanción, al modo propugnado por Goldschmidt en su admirable esquema de Derecho administrativo penal. El autor propone, a a este respecto, una medida nueva de alta significación, tendente a evitar el hasta ahora inevitable abuso de las penas cortas de privación de libertad: La de que en las infracciones gubernamentales o económicas las sanciones pecuniarias no sean subsidiariamente exigibles y trasmutables en privación de libertad. Se hace de desear, igualmente, la no consignación de antecedentes penales, que, por su inmoderada profusión, conducen a lanzar al campo de la criminalidad "oficial" a un gran número de ciudadanos cuyos actos, aunque antijurídicos y reprobables, carecen de lo que Radbruch denominaba, con razón, "maliciosidad moral", necesaria siempre para toda criminalidad digna de tal nombre.

Núm. 5

Contiene únicamente de interés penal este fascículo dos cortos artículos: uno In Memoriam de von Listz, debido a Bockelmann, y otro del doctor Bindokat, comentando críticamente la reciente decisión hamburguesa de considerar al Fiscal como una mera parte en el proceso criminal, en todo equiparado al defensor. Esta medida, tomada, exagerándola, del sistema anglosajón, no se acuerda con el procesal en vigor en Alemania, donde el fondo inquisitivo es todavía dominante.

Núm. 7

SCHMIDT, Eberhard: "BERUFGEHEIMNIS UND STEURRECHT"
 ("Secreto profesional y Derecho fiscal").

Trata el autor de la actualmente frecuente colisión de intereses entre los igualmente protegidos del secreto profesional (médico, sobre todo) y de la exacción de impuestos y tributos. Concretamente plantea la cuestión de si las autoridades de Hacienda tienen o no la facultad de exigir de parte de los médicos la declaración y exhibición de libros clínicos a los fines de controlar la propia capacidad financiera y la de sus clientes. La jurisprudencia del Alto Tribunal de Hacienda del Reich lo afirmó desde añiguo

y el de la República federal lo pretende igualmente. Se basa legalmente su punto de vista en que, el secreto profesional, en lo que tiene de "erga omnes", queda salvaguardado a pesar de la intervención oficial de las autoridades fiscales, puesto que, a su vez, éstas se hallan también ligadas por el "secreto fiscal" ("Steuergeheimnis") previsto en el par. 22 de la ley de Impuestos o "Reichsabgabeordnung". Los profesionales afectados por esta interpretación protestan contra la misma, estimándola lesiva de la doctrina general del secreto profesional que el par. 53 de la StPO consagra sin limitaciones. En el sentir de Schmidt se trata de una valoración de intereses, los de la Hacienda, que se estiman por ella como los únicos de valor general, y los del secreto médico, que se considera particular; considera injusto este modo de plantear la cuestión, pues en el secreto profesional, dice, hay que ver, por encima de los intereses particulares, una valoración social y de seguridad jurídica que es su verdadera razón de ser. En la imposibilidad de resolver la antinomia por el sacrificio del bien jurídico de interés privado, puesto que ambos son públicos, el autor aconseja una perfecta coordinación penal entre ambas obligaciones de guardar secreto, el profesional y el fiscal, ya que en tanto que ambos carezcan de equivalencia, el sacrificio del primero parece inevitable y su consignación una verdadera farsa.

Núm. 9.

VON WEBER, Hellmuth: "DER IRRTUM UEBER EINEN RECHTSFERTIGUNGSGRUND" ("El error sobre una causa de justificación").

Es este luminoso trabajo del Profesor de Bonn un desarrollo de la novísima tesis jurisprudencial alemana (S. del Tribunal de Oldemburgo del 20-VI-950), reconociendo la relevancia exculpatoria o atenuatoria en el error, y distinguiendo el denominado "de lo prohibido" ("Verbotsirrtum") del de "tipo" ("Tatbestandsirrtum"). La verdadera relevancia ha de alcanzar al primero, pese a ser una variedad del "error de Derecho", tradicionalmente indiferente, encuadrándolo von Weber en su peculiar concepción de la doctrina de la acción final. La dificultad máxima se halla, como es natural, en hallar la justa línea divisoria entre ambas especies de error, y ello es el objeto principal de este trabajo. En la jurisprudencia tradicional del "Reichsgericht", se solía separar el error penal del extra-penal, colocando este último en paridad con el de hecho, por lo cual subsistía una separación entre ambas formas de error de derecho, pero no siempre entre el de hecho y el extra-penal.

Tras de estudiar sistemática, aunque sucintamente las doctrinas dominantes, resaltando la conocida oposición entre Frank y Zu Dohna, estima von Weber que la solución jurisprudencial de Oldemburgo se acuerda con la más moderna posición finalista, que está por un diverso tratamiento del error de tipo y del de prohibición. Saca interesantísimas consecuencias de la distinción y sostiene la improcedencia de considerar que el error, operando sobre circunstancias justificativas, pueda tener la virtualidad de convertir el dolo en culpa. Cree, por el contrario, que, a pesar de concurrir el error, el dolo persiste, incluso en los clásicos supuestos de la legi-

tima defensa putativa, del soldado que mata a un camarada creyendo disparar contra un enemigo y del que sustrae una cosa ajena creyendo el consentimiento de su propietario. Esta teoría, muy discutible, desde luego, de la persistencia del dolo, precisa una exacta y no siempre fácil coordinación con la del finalismo, en la que, en efecto, el dolo no reposa sobre la culpabilidad, sino sobre la antijuridicidad. Lo fundamenta von Weber en que es la voluntad del delincuente la que cualifica jurídicamente al delito, al modo del conocido adagio de Carpzovius, del "voluntas distinguit delictum a non delicto". Según tales principios voluntaristas y finalísticos, el error destruye o puede destruir la antijuridicidad, pero no trasmutar el dolo en imprudencia.

Núm. 10

BOCKELMANN, Paul: "DER DIEBSTAHL AUS FAHRZEUGEN" ("El hurto de dentro de los vehículos").

Trátase en este interesante estudio no del hurto de uso, tipificado en Alemania en ley especial, sino de las sustracciones de los objetos que en los vehículos se hallan y aún de los vehículos mismos con propósito de lucro. Como quiera que la especialidad no está prevista en el Código penal, el autor plantea diversos problemas teóricos y prácticos a que su calificación puede dar lugar. Hace resaltar, sobre todo, la anomalía de no poder incluir la sustracción de vehículos en el hurto grave del par. 243, núm. 4.º, por cuanto que el mismo hace referencia a objetos transportados ("Reisediebstahl") y no al vehículo mismo, de donde resulta el absurdo de que el apoderamiento de este entero puede resultar y resulta harto más leve que el de un objeto insignificante que se encuentre en él. Anomalías semejantes ocurren al no poder aplicarse al vehículo, como un todo, los conceptos agravatorios de fractura y espacio cerrado, con el consiguiente privilegio para los ladrones de esta especialidad, cada vez más extendida en las grandes ciudades. El autor achaca parte de todas estas imperfecciones de la legislación vigente, a la irrelevancia que en Alemania tiene la cuantía de lo sustraído, aconsejando una agravación especial o gradual según el valor económico de la cosa.

Antonio QUINTANO RIPOLLES

ZEITSCHRIFT FÜR DIE GESAMTE STRAFRECHTSWISSENSCHAFT

63 Band. Viertes Heft. Berlín De Gruyter, 1951. ("Revista de Ciencia penal general"), tomo 63, 4.º cuaderno; págs. 281-506.

VOGT, Alfons: "DAS PFLICHTPROBLEM DER KOMMISSIVEN UNTERLASSUNG" ("El problema del deber en la comisión por omisión").

En el delito omisional comisivo o de omisión impropia, como la terminología alemana suele denominarle, se plantea de antiguo, como presupuesto inmediato de punibilidad, el de deber de actuar o no actuar. Pero es inexacto, dice el autor, considerar esta inactividad como algo meramen-

te negativo y abstracto, pues en la omisión comisiva no hay una simple inercia de "no acción", sino de una "no acción de algo", y en este "algo" radica precisamente toda su trascendencia penal. Consistiendo el delito de acción por omisión en la violación de un precepto prohibitivo ni más ni menos que el activo, la sola cualidad de la norma no puede ser un criterio diferencial suficiente. Como quiera que, por otra parte, no toda pasividad es susceptible de encarnar en delito, se impone una selección de las pasividades con eventual trascendencia penal, sólo hacedera en base a que al precepto prohibitivo general acompaña cierto imperativismo de deber. Ahora bien, dado que en cada conducta criminal existe una violación de un deber, el problema subsiste en cuanto a determinar cuándo dicho deber es violable en forma omisiva. Tradicionalmente y hasta 1930, la Jurisprudencia y la doctrina alemanas situaron tal deber en el terreno civilístico de lo legal o lo contractual, pero a partir de dicha fecha, Sauer y Kissin, antes que nadie, propugnaron su ampliación en un sentido universal y social. Así surgió la "Garantenlehre" o "doctrina de la garantía", de Nagler, y luego la tentativa de Mayer de separar el problema del deber de la técnica de la tipicidad. En la dogmática actual parece ser opinión dominante la de una posible infracción de deber jurídico sin previa positivización, con lo que resulta ampliamente rebasada, en una dirección ético-social, la clásica postura de la jurisprudencia.

Considera el autor completamente desplazada de la problemática omisional la cuestión de la causalidad, por estimar ésta, en sentido amplio, no como una fuerza física operante, sino como una forma del pensar, en la que el mecanismo resulta idéntico en el obrar que en el omitir. Mucho más interesante resulta, según el autor, lo que denomina "congruencia de la actividad y la pasividad", contrastando, mediante ella, la posibilidad de perpetrar pasivamente los tipos normales de delincuencia activa. Es decir, que la solución se halla en la configuración de la tipicidad, al menos en primer término. A este respecto, Vogt combate el reciente reproche que hace Mayer a la doctrina del delito de omisión por omisión, de presuponer un uso abusivo e ilegal de la analogía y de vulnerar la dogmática del legalismo. Dice que ésto no es justo, pues en la configuración del tipo no se hace generalmente mérito de la actividad como tal sino de la conducta, concepto amplio en el que cabe tanto la acción como la omisión. La mera infracción de un deber genérico no puede ser, por sí sola, materia bastante de tipicidad omisiva comisiva, pero lo es, en cambio, si en la configuración del tipo previsto para la comisión activa, cabe congruentemente una perpetración pasiva; sólo entonces el deber abstracto adquiere necesariamente la categoría de deber jurídico penalmente relevante.

HARTUNG, Fritz: "WELCHE WIRKUNG HAT DER VERGLEICHS-BEHOERDE GESCHLOSSENE VERGLEICH AUF DAS STRAFVERFAHREN?" ("¿Qué efectividad tiene en el procedimiento penal la transacción entre las partes?")

Se refiere este artículo a la eficiencia de la transacción o arreglo en los procesos criminales incoados a instancia de parte, en los que, a tenor

del par. 380 de la ley procesal alemana (StPO), se exige como condición previa de admisibilidad de querrela la tentativa de conciliación. De gran importancia en la sistemática penal y procesal germánica, dados que son tantos los delitos perseguibles sólo en instancia privada, la cuestión se complica en los supuestos en que, como en las amenazas y lesiones acon- tece, dicha instancia puede coexistir con la acción pública. En tales casos, el autor sostiene que la transacción lograda impide la querrela de la parte, pero no la del Fiscal.

JUNKER: "ÜBER GNADENWESEN" ("Sobre la gracia").

Ocúpase el autor de este trabajo, Fiscal de Dusseldorf, sobre la falta de uniformidad que en Alemania existe, en doctrina como en legislación, sobre todo lo que atañe al derecho de gracia, tanto en su forma de amnistía como de indulto. Hace referencia a la situación anterior al nacional socialismo, en que el asunto era regulado diversamente por los "Laender", a la ley unitaria nazi de 6 de febrero de 1935, hoy derogada, y a la realidad legislativa vigente en las diversas zonas. No oculta las ventajas de la abolida ley unificadora, especialmente en la mal interpretada y definitiva importancia que atribuía al Ministerio fiscal en materia de gracia. Dice que la opinión hoy dominante en la materia es que ésta es un acto de Administración y no de soberanía ni de legislación. Dividense, en cambio, las opiniones, respecto a la naturaleza jurídica de la institución, que para unos es asunto de imperio y para otros de renuncia del Estado al normal ejercicio de la sanción.

* * *

Concluye el cuaderno con una larga reseña crítica de las publicaciones alemanas sobre Parte general del Derecho penal desde 1949, debida al Profesor de Colonia, Dr. Richard Lange. Se pasa así revista a las obras de W. Sauer, Mezger, Welzel, von Weber, Maurach, Busch, Bockelmann y Niese, casi todas ellas (todas, salvo las dos últimas), ya hace tiempo reseñadas en nuestro ANUARIO. Falta, en cambio, en este número, la acostumbrada reseña de legislación comparada.

A. Q. R.

BELGICA

REVUE DE DROIT PENAL ET DE CRIMINOLOGIE

Febrero 1951

P. CORNIL: "LES PROBLEMES DE DROIT PENAL APPLIQUE ET LES NOUVELLES TENDANCES EN LA MATIERE"; pág. 489.

Conferencia pronunciada en el XII Congreso Internacional Penal y Penitenciario de La Haya, el 15 de agosto del pasado año, que según el pro-

pio conferenciante podría muy bien llevar el título de "Algunos problemas penitenciarios modernos", ya que el conjunto sistemático del Derecho penal aplicado a estas indagaciones, se limita a cuestiones relacionadas con la pena privativa de libertad, cuya importancia le parece preponderante.

Los puntos esenciales del trabajo del Profesor de la Universidad de Bruselas, son los siguientes:

1.º La duración de la pena y diversidad de soluciones adoptadas en esta materia, predominando la tendencia legislativa a considerarla como finalidad educativa, más que esencialmente intimidadora; 2.º Respecto a hacerla compatible con la dignidad humana, que acusa un progreso evidente con el antiguo régimen penitenciario, desconocedor del respeto que merece la persona física del delincuente, haciéndose cada día que pasa más raros los castigos corporales, y restringiéndose la ejecución de la pena capital; 3.º El trabajo penitenciario, con objeto de que algunas categorías de presos, especialmente, para corregir a los jóvenes delincuentes, perfeccionándolos mediante el empleo de sus actividades laborales, opuesto a la ociosidad, ya que la libre elección de oficios que se enseña a los reclusos en las prisiones, es reducida y puede asegurarse que son poquísimos los que una vez en libertad practican el oficio que aprendieron durante su reclusión.

JEAN VAN PARYS: "CONVINT-IL DE MAINTENIR LES SANCTIONS DES DELITS D'ADULTERE ET D'ENTRETIEN DE CONCUBINE, DANS NOTRE DROIT PENAL?"; pág. 505.

Comienza el autor puntualizando que sus observaciones no llevan el propósito de atenuar la falta de los esposos culpables, ya que la fidelidad conyugal constituye uno de los fundamentos esenciales de la familia y es por sí misma base principal de la sociedad, y por tanto ello, no puede mirarse con indiferencia la inobservancia de la fe conyugal, y toda legislación que tienda a debilitarla corre el riesgo de inferir un golpe rudo a la moral pública y alterar el orden social. Se cuida el autor de analizar y evitar este peligro, contemplando únicamente si la legislación penal belga tiene eficacia para reprimir el mal social considerado en conjunto o si no es suficiente en determinadas circunstancias. Basta con dirigir, dice, una ligera mirada para darnos cuenta cabal de que la ley positiva no siempre han sancionado con idéntico rigor una infracción que en todo tiempo fué reprobada por la ley natural, por lo menos en toda sociedad cristiana. Los Códigos penales belgas antiguos, ya consideraron el adulterio como punible. Más tarde el Código civil impuso a los tribunales de esta jurisdicción la obligación de condenar a internamiento en una casa de corrección a la mujer contra la cual se pronunciaba el divorcio, con motivo de adulterio; mientras que el marido culpable de lo mismo, no llevaba otra sanción que el divorcio o la separación. Sigue el autor examinando el distinto criterio en uno y otro caso, y si el hecho de la infracción por parte de la mujer reviste mayor gravedad por dar lugar a una paternidad incierta,

que transtorna profundamente el orden familiar. Examina asimismo el carácter procesal de las acciones, los delitos simulados por uno de los esposos, para evitar los inconvenientes de un divorcio por mutuo disenso y finalmente, los proyectos de reforma a fin de reducir el adulterio a un delito civil y la necesidad de promulgar una legislación integral que reglamente la generalidad de los problemas concernientes al matrimonio, al divorcio y al orden público de las familias.

Tal es en síntesis el rapport presentado por el autor de este trabajo, a la Unión Belga y Luxemburguesa de Derecho penal en el mes de marzo de 1951.

GILISSEN, John: "ETUDE STATIQUE SUR LA REPRESSION DE L'INCIVISME"; pág. 513.

Trabajo extenso, de más de cien páginas, en el que el autor comienza diciendo que a partir del año 1945 las enseñanzas estadísticas concernientes a la represión del "incivismo", considerado como represión de las infracciones contra la seguridad exterior del Estado, han sido publicadas tanto en la prensa como por particulares, aunque los datos actualmente conocidos en esta cuestión sean muy incompletos y con frecuencia inexactos. Por ello Gilisser se propone dar a conocer de una manera objetiva los resultados de la actividad de las actuaciones jurisdiccionales militares, correspondientes al período que media entre octubre de 1944 y 1950 al objeto de poner a disposición de todos, los datos, precisos en lo posible, concernientes a los diversos aspectos del enjuiciamiento castrense en materia de atentados contra la patria, por falta de civismo, durante el curso del período de tiempo que antes hemos mencionado.

Marzo 1951

DUPREEL, Jean: "VERS UNE NOUVELLE ARCHITECTURE PENITENTIAIRE"; pág. 661.

Conferencia pronunciada en el Instituto de Altos Estudios belgas el 14 de diciembre de 1950, en la que sobre el dicho vulgar "triste, como una puerta de prisión" construye el conferenciante el plan del discurso y los razonamientos que le informan. Hace una crítica de los establecimientos penitenciarios del siglo XVIII y de la "Panóptica" de Bentham, en forma de abanico o campana, donde un vigilante colocado en un puesto de observación central, puede vigilar, dándose perfecta cuenta de los movimientos de todos los detenidos, cuyas siluetas se destacan en la sombra detrás del enrejado de las celdas. Siguen atinadas observaciones basadas en datos históricos, con el fin de llegar al convencimiento de que la arquitectura carcelaria que había predominado en la construcción de cárceles y presidios debía tener un aire triste, a pesar de que, su principal constructor y reformador en Bélgica, Ducpetiaux, no tenía aire melancólico, y que siguieron los modelos a imitar en los demás países, has-

ta transformarse la edificación en el presidio de Audenarde en 1919, representativo a la vez del apogeo y extinción del anterior sistema celular. Apogeo, porque a partir de este momento, adquiere posibilidad de aplicar íntegramente la separación celular; extinción, ya que influenciado por concepciones diferentes y nuevos métodos que no tardarían en ser utilizados, lógicamente exigirán una modificación en la estructura arquitectónica. Concluye la interesante disertación con el estudio del establecimiento de Marneffe, para penas de tipo abierto y otras modalidades carcelarias.

P. SASSERATH y L. VAN MEIRS: "LA LIBERATION CONDITIONNELLE DES CONDAMNES"; pág. 695.

El rapport presentado al XII Congreso penal y penitenciario internacional de La Haya de 1950, consta de los siguientes titulares: 1.º ¿Qué autoridad debe estimarse competente para tomar la decisión de reglamentar la libertad condicional de los condenados?; 2.º ¿De qué elementos de apreciación puede disponer la referida Autoridad?; 3.º ¿Es conveniente aplicar un tratamiento especial a los detenidos próximos a su liberación?; 4.º ¿La libertad condicional, llegada en su última etapa a un régimen progresivo no debe sobrepasar de cierta medida o aplicarse obligatoriamente?; 5.º La organización de la libertad condicional, revocación y suspensión de la medida; 6.º Apéndice: Exposición sucinta de las modalidades que rigen la libertad condicional en Bélgica, y 7.º Condiciones de su otorgamiento: duración de las dilaciones de prueba y revocación. Conclusión.

En cuanto al primero de los puntos enumerados se examinan los tres sistemas que rigen para conceder aquella libertad: 1.º Por la Administración penitenciaria; 2.º Por la autoridad judicial, bien con jurisdicción de juzgar, bien como juez de vigilancia, y 3.º Por una Comisión mixta, inclinándose sus autores por esta última solución. En cuanto a los elementos que deben apreciarse en la libertad condicional, está subordinada a una doble condición: la enmienda del condenado y posibilidades para su clasificación, sometida al examen de una comisión adecuada. El tratamiento aplicable consiste en reintegrar a los condenados a la sociedad; inspeccionados por la comisión de un modo eficaz, para determinar el grado real y positivo del mismo. Como quiera que falta un criterio cierto y efectivo para apreciar dicha enmienda, no puede constituirse un derecho en favor del condenado; a lo más solicitar un beneficio, que puede otorgarse eventualmente, examinado el caso en su totalidad y nunca adoptarse la libertad condicional a título de ensayo. Por lo mismo, es delicado fijar en teoría las condiciones a que debe ajustarse la referida liberación.

Concluye la información circunstanciada con un apéndice, comprensivo de las disposiciones vigentes en esta materia, en Bélgica, a partir de la ley de 31 de mayo de 1888, con modificaciones posteriores—3 agosto 1899, 1 mayo 1913, 19 agosto 1920, 24 julio 1923 y 14 noviembre 1947—, estableciendo la libertad condicional y las condenas condicionales, y la decisión real de 17 enero 1921.

Abril 1951

SCHEVENS, Raymond: "LA CITATION DIRECTE PAR LA PARTIE PREJUDICIEE EN MATIERE D'ACCIDENT DE ROULAGE"; página 737.

El enunciado del problema parte del supuesto de un accidente producido en el transporte de personas y equipajes por carretera, en el que unas sufren lesiones y otras experimentan únicamente daño material. El Ministerio público, dice el autor, cesa de actuar en seguida. Una persona que no ha sufrido más que daños materiales, como el propietario de uno de los vehículos siniestrados, pues el conductor ha padecido perjuicios a causa de la colisión y resultó herido, pretende usar de su derecho, citando al efecto ante la jurisdicción repetida a aquel que considera responsable del accidente, y en tal sentido, ¿cuál debe ser la base de la acción?, ¿cuál es la jurisdicción competente para conocer de la acción ejercitada? y ¿hasta dónde alcanza el poder y medidas precautorias a adoptar por esta jurisdicción? Tales cuestiones procesales son examinadas en razón a los principios esenciales de la acción, mediante la citación directa en caso de inacción del fiscal, a instancia de la persona, que ha padecido un perjuicio originado por una contravención o delito, al autor del daño constitutivo de la infracción ante un Tribunal de policía o correccional, ejercitando al propio tiempo la acción civil ante la jurisdicción competente.

A continuación estudia el autor las citaciones directas en materia de accidentes de circulación y principios de enjuiciamiento aplicables: 1) Accidente que produjo únicamente perjuicios materiales; 2) Accidente que causó solamente lesiones corporales; 3) Accidente que originó lesiones corporales y desgastes materiales en la misma persona, y 4) Accidente que originó a determinadas personas lesiones corporales y daños materiales a otros.

MIGLIOLI, Carlo: "CONSEQUENCES JURIDIQUES DU TRAITE DE PAIX"; pág. 753.

Responde el título del extenso y documentado artículo a referencias en particular deducidas del Tratado de 10 de febrero de 1947, entre la O. N. U. e Italia, con sujeción al siguiente sumario: I) 1. El Derecho penal positivo como expresión de la soberanía del Estado; 2. Derecho penal del Estado y Derecho internacional: diferenciación de poderes. II) 3. Tratados internacionales en general; 4. Ocupación de guerra; 5. Pacto del armisticio; 6. Tratado de paz. III) 7. Extradición y cesación de la jurisdicción territorial; 8. Idem por información referente al Tratado de paz de 10 de febrero de 1947, entre la O. N. U. e Italia. IV) 9. Inconstitucionalidad de la legislación italiana durante el período de ocupación de guerra; 10. Idem durante el período de armisticio. V) 11. Ineficacia de las sentencias de los Tribunales aliados en Italia, después de la entrada en vigor del Tratado de paz; 12. Sentencias extranjeras; 13. Idem

relacionadas con el Tratado de paz de 10 de febrero de 1947; 14. Ineficacia jurídica de las Sentencias citadas. VI) 15. Conclusiones.

Materia tan interesante está apoyada en opiniones de Manzini, Mirto, Dautricourt, Traub y Petrocelli, en la exposición de derecho positivo como expresión de la soberanía estatal, a modo de norma jurídica que constituye indiscutible necesidad, creada e impuesta por el Estado, que obliga a los ciudadanos sometidos a su soberanía, a observar y cumplir, de suerte que la violación a esa norma justifica la sanción, mientras que el Derecho penal internacional es la parte del mismo derecho, comprensivo de las normas que prescriben la competencia judicial y legislativa de cada Estado en la represión de los delitos, y regulan las relaciones que existen entre uno y otro Estado, para coadyuvar a la administración de justicia en materia penal; y en su consecuencia, el Tratado internacional constituye una convención jurídica bilateral concretada por el acuerdo de dos o más sujetos interestatales, a los fines de dar nacimiento a unas consecuencias determinadas.

Son condiciones previas para concretarlo, el armisticio, precedido por la ocupación de guerra, y el Tratado concertado con las potencias aliadas y el Estado italiano, estatuyendo tres categorías de crímenes a definir y castigar por el "acuerdo" o convenio de Londres de 1945, a saber: crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la Humanidad.

Mayo 1951

GLASER, Stefan: "LA PROTECTION INTERNATIONALE DEL PRISONNIERS DE GUERRE ET LA RESPONSABILITE POUR LES CRIMES DE GUERRE"; pág. 897.

Se pregunta el autor de este trabajo, ¿los criminales de guerra pueden reclamar el carácter y condición de prisioneros de guerra? Y contesta que en puridad de principios dichas personas no pueden invocar el mencionado carácter, aunque sí reclamar la protección internacional que las leyes otorgan al prisionero. He aquí la cuestión planteada y a la que se consagran observaciones merecedoras de tenerse en cuenta por los detalles que contienen y con anterioridad fué objeto de consulta elevada por el ministerio de Justicia del Gran Ducado de Luxemburgo en 3 de diciembre de 1949, estando admitido que el prisionero de guerra está sometido a la jurisdicción del Estado y al poder de aquellos que lo representan en el lugar donde se encuentre. Criterio que debe haber adoptado el Manual de las leyes de guerra sobre la tierra, que hizo suyo Oxford en 1880, por el Instituto de Derecho internacional, estatuyendo en el art. 62 que dichos prisioneros "están sometidos a las leyes y reglamentos vigentes en el ejército enemigo". Referida norma fué incluida en el Reglamento concerniente a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, como anexo a la IV Convención de La Haya en su art. 8.º que sustenta la misma doctrina, con el aditamento consiguiente de que "todo acto de insubordinación faculta a adoptar las medidas de rigor necesarias".

HUYBRECHCS, Guillaume: "ESPIONNAGE ET CONVENTION DE LA HAYE"; pág. 928.

Dice el autor que cuando Montesquieu en "El espíritu de las Leyes" fustiga el espionaje, lo hace a base de considerarlo en el sentido de confidentes de la policía. Y agrega que únicamente será objeto de execración en materia de espionaje militar, vender la patria al extranjero, venalidad del mercenario al servicio de otra nación, y la hipocresía del agente con doble fisonomía que sirve a dos países y traiciona a los dos. Fuera de estos casos existen otros que no son tan condenables. A este respecto se trae a colación las discusiones mantenidas en asambleas internacionales, especialmente en la de Bruselas de 1874, donde se alzaron voces autorizadas para fijar y proponer una clara distinción entre hechos objeto de menosprecio y héroes que ofrecieron generosamente su vida por la salud de la patria.

En tiempo de paz el espionaje se reprime con la legislación interna de cada Estado, pero durante la guerra no puede gozar de un Estatuto particular, considerándole como un combatiente, aunque le sean concedidas ciertas garantías por el uso de la guerra que aparecen consignadas en los arts. 29 al 31 del Reglamento correspondiente a las leyes y costumbres de la guerra, adicionados al IV Convenio de La Haya de 10 de octubre de 1907; disposiciones que acusan un progreso importante en la dulcificación de las costumbres y sanciones internacionales desde el punto de vista del espionaje.

Seguidamente se exponen las doctrinas en pro de la codificación de las leyes de la guerra y de las Instrucciones de los Ejércitos en campaña admitidas por el Derecho de gentes para precisar el concepto del espía, como uno de los medios de inutilizar al enemigo, y condiciones en que se permite a un beligerante este servicio, y prohibición de usar contraespionaje para demandar asistencia por parte de las naciones en lucha contra el enemigo.

Diego MOSQUETE

E S P A Ñ A

REVISTA DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS PENITENCIARIOS

Dirección General de Prisiones

Números 74, 75, 76 y 77. Madrid

CAMARGO MARIN, César: "EL PSICOANALISIS Y LA CRIMINOLOGIA" (Lecciones 7.^a, 8.^a y 9.^a de la Segunda Parte).

Dedicada, como hemos dicho, la Primera Parte de este estudio al delito, dedica ésta al delincuente, y estudiados en las seis primeras leccio-

nes de esta parte los complejos "personales", como en la primera estudió los complejos primitivos, entra en las lecciones siguientes en el examen y análisis de interesantes figuras de delincuentes reales o creados por la Literatura.

Comienza por el delincuente más desnaturalizado, que es, a su juicio, el "matricida", destacando entre ellos la figura de Nerón, de quien hace un estudio muy minucioso y detallado analíticamente, examinando también otras figuras reales, como la del matricida llamado "Gino", que fué objeto de estudio de varios psicoanalistas, y algunas en que interviene la realidad, la Historia, la Leyenda y la Literatura, como "Sancho García", cuya historia se ha agregado la leyenda de "Doña Oña", recogida también por Zorrilla en uno de sus más conocidos dramas.

En la lección novena, última publicada, se ocupa del parricidio propiamente dicho o "contra patrem" y, tras del clásico ejemplo de "Edipo", estudia un caso real y de propia experiencia, "de carácter no edipiano" o por lo menos dudoso, donde parece dominar más bien el "Complejo de Prometeo", y se fija después en una figura histórica, la de "Bruto", de quien hace un análisis tan minucioso como el que hizo de Nerón. Y, finalmente, sale al paso de falsas interpretaciones edipianas de la historia o leyenda de los amores del Príncipe Don Carlos con su madrastra Doña Isabel y más aún de la forma más arbitraria en que los presentan ciertos literatos como Schiller y Alfieri.

En el mismo número inicia el profesor Alvarez Linera, con el título de "Freud y su concepción penitenciaria" otro estudio de la misma índole, que desarrolla en tres lecciones, la primera que expone en el número 76 y la última en el 78, correspondientes al mes de septiembre.

En el número 77, que corresponde al mes de agosto, aparece en primer término un artículo del Secretario de la Revista, don Amancio Tomé, sobre un libro del Doctor Tullio Benigno, titulado "La criminalita como problema médico-social". El libro es interesante, y contiene una excelente clasificación de los delincuentes, que divide en: "Ocasionales", entre los que incluye al ocasional puro o "pseudodelincuente"; al ocasional extraviado, al ocasional común y al que lo es por estados emotivos o pasionales. "Constitucionales", en los que incluye, al constitucional común, al de orientación ipo-evolutivo, al neuropsicopático, al psicopático y al de orientación mixto; y "Enfermos mentales", constituidos por el criminal loco y el loco delincuente.

Para un buen régimen penitenciario y tratamiento de estos anormales entiende el autor que deben tener las prisiones: 1. Un servicio de observación para los de nuevo ingreso; 2. Un servicio médico-psicológico; 3. Un servicio psiquiátrico, y 4. Un servicio de pedagogía y de asistencia social.

Merece también mención muy especial el trabajo del Licenciado Jiménez Corella "El detector de mentiras puede mentir como cualquier presunto delincuente".

En efecto, ni los aparatos empleados son de una precisión absoluta, ni las reacciones son iguales en todos los individuos.

Aunque habla el autor de aparatos novísimos, el procedimiento no es nuevo y ya lo cita Bernaldo de Quirós en sus "Nuevas Teorías de la Criminalidad", que publicó en 1908. Los aparatos modernos a que se alude no se distinguen gran cosa del registrador de "Münsterberg" combinado con los temas sugeridores y la asociación de ideas.

C. C. H.

ESTADOS UNIDOS

THE JOURNAL OF CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY

Mayo-junio 1950

HOLTON, Karl: "CALIFORNIA YOUTH AUTHORITY": Eight Years of Action ("La Jurisdicción Juvenil en California: Ocho años de actuación").

Comienza el articulista consignando que al cabo de ocho años, a contar desde 17 de agosto de 1942, fecha de ingreso en la clínica de la Jurisdicción del primer muchacho remitido por los Tribunales a la misma, el número de internados en las escuelas y campos de que dispone ascendió a 13.000.

En 4 de agosto de 1943 la Jurisdicción juvenil de California se hizo cargo de todas las escuelas correccionales del Estado, disponiendo, en 31 de enero de 1950, de 3.484 corrigendos en régimen de libertad "bajo palabra".

Después de aludir a las enmiendas que, ampliando las facultades de la Jurisdicción juvenil, fueron introducidas en la primitiva "Youth Correction Authority Act", una de cuyas enmiendas consistió en reducir a veintiuno los años de edad tope para los corrigendos que pueden ser sometidos a dicha jurisdicción especial; y después de reseñar algunas sentencias recaídas en casos de duda acerca de la constitucionalidad de la ley de referencia, entra Karl Holton en la descripción del sistema administrativo de la Institución que estudia: regida por una Junta integrada por tres miembros que designa el Gobernador del Estado y presidida por el Director, quien nombra e inspecciona al personal administrativo superior.

La referida Dirección, sin perjuicio de la íntima colaboración con que actúan, consta de cuatro Divisiones: 1.^a, de Diagnóstico y Clasificación, en cuya clínica son estudiados los tutelados de edades comprendidas entre los dieciséis y diecinueve años; 2.^a, de Instrucción y Tratamiento, a cuyo cargo corren las seis escuelas correccionales de que dispone la Institución y cuatro campamentos forestales de reciente instauración; 3.^a, integrada por dos Secciones, Prevención de la Delincuencia y Régimen de bajo palabra, que inspecciona el Diputado Jefe de División, y 4.^a, la Oficina administrativa, con sede en Sacramento, encargada de las tareas financieras y del suministro a las diferentes dependencias.

En cuanto a su función específica, la Jurisdicción juvenil, siguiendo el principio de individualización en la instrucción de la juventud delincuente, asume la tarea de reeducación y readaptación social de los jóvenes de ambos sexos, socialmente desadaptados a quienes los tribunales hayan declarado reos de delitos, incumbiéndola también todo lo concerniente al régimen de libertad bajo palabra y el desarrollo de un amplio programa para la prevención del delito.

Merced a la ya aludida clínica de diagnósticos, tanto la Sección dedicada al régimen de libertad bajo palabra, como naturalmente la propia Junta directiva, disponen de los elementos de juicio precisos para la determinación del programa de tratamiento individual idóneo.

Con referencia a las jóvenes tuteladas—para quienes la Institución dispone de dos centros: uno en Ventura, donde se acogen las de edad entre dieciséis y veintiún años, y otro en Los Guilucos, donde ingresan las de ocho a dieciséis—, hace constar Karl Holton que las mayores son las que ofrecen más dificultades desde el punto de vista de selección del oportuno tratamiento, a causa de registrarse entre ellas más casos de neurosis y de tendencias psicopáticas que entre las edades inferiores. De todos modos, las internas en ambos establecimientos, con la asignación de un cometido adecuado, reciben la educación, tanto instructiva como recreativa y religiosa, precisa para situar a la joven en condiciones que la permitan hacer frente a las exigencias sociales así que torne a la vida común.

Los muchachos de edad superior a dieciséis años son asignados inicialmente a la Escuela industrial de Preston de la que, tras un cuidadoso diagnóstico, es remitido el corrigendo a la dependencia que brinde más probabilidades en su readaptación. Como quiera que siempre hay un porcentaje determinado de corrigendos cuyo grado de madurez exige un programa superior al de la Escuela de Preston, se ha establecido un convenio con el Director de Correccionales a virtud del cual dichos jóvenes ingresan en el Instituto de Orientación profesional de California.

Finalmente, preparando la etapa de reintegración del tutelado a la vida ordinaria, la Junta directiva, previo examen del plan de colocación que en plazo de noventa días ha de someterla el correspondiente oficial del régimen de prueba, acuerda, según los casos, el destino del joven, bien a un centro público de enseñanza o a una oficina o taller de la misma índole que el adiestramiento adquirido en la Institución.

Una prueba alentadora de la eficacia del sistema la encuentra el señor Holton en el hecho de no haber aumentado la delincuencia en California en proporción al incremento demográfico que dicho Estado ha venido experimentando.

SELIGER, Robert V.: "ALCOHOL AND CRIME" ("Alcohol y delito").

En este artículo—reproducción parcial de conferencia pronunciada el 27 de septiembre de 1949, en Milwaukee, ante el congreso anual de la Asociación Americana de Prisiones—el Sr. Seliger, Asesor psiquiatra en

Baltimore, comienza calificando de grave el problema que el alcoholismo y la criminalidad implican tanto para la salud pública como para la jurisprudencia. Esto último, por la conexión apreciable entre el abuso de bebidas y la perpetración de ciertos hechos agresivos y criminales, según revelan los antecedentes policiales y las estadísticas penitenciarias.

Señala la ineficacia de multas y otros castigos en orden a la eliminación de la causa de tal problema; y es que "la enfermedad mental"—añade—no puede curarse con procedimientos intimidatorios.

Alcoholismo y criminalidad son a su entender—desde el punto de vista de la Psicología médica—síntomas de una desviación morbosa de la conducta con su secuela de serios trastornos de índole individual y social.

Sienta por ello la premisa de que nadie cuya vida emotiva se halle equilibrada repetirá la ingestión de alcohol hasta el punto de perder la noción de la dosis y el control de sus actos; ni realizará atentados contra la sociedad, cuales son el robo, violaciones, el asesinato, etc.

Afirma que muchos hombres de ciencia, que han estudiado la causalidad aparentemente latente del alcoholismo y la criminalidad, están acordes en reconocer que la dinámica individual y la estructura personal son frecuentemente similares. En algunos casos, esos conflictos internos y tendencias o esos anhelos primitivos, inadecuadamente controlados, de la personalidad inestable o insuficientemente integrada, parecen relajarse mediante el alcoholismo; en otros casos, a través del crimen; y en otras ocasiones, merced a la bebida y al delito juntamente.

Resumiendo investigaciones estadísticas sobre este último grupo, destaca como peculiares al mismo los siguientes factores: 1) La comisión de delitos se planea frecuentemente en establecimientos de bebidas; 2) La taberna es un lugar donde el delincuente elige sus cómplices; 3) El criminal rara vez es valiente. Con frecuencia recurre al alcohol para reprimir sus inhibiciones y ahuyentar sus temores; 4) Los efectos del delito se reparten con frecuencia en las tabernas, y 5) El alcohol elimina el elemento autocrítico del criminal con respecto a sus actos y a sí mismo.

Cita a continuación el resultado de un estudio recientemente realizado en el Estado de Michigan sobre 237 delincuentes psicópatas sexuales, entre los que se registró un 22 por 100 de alcohólicos periódicos o esporádicos (G. H. Cook: "Diseases of the Nervous System.—Problem of the Criminal Sexual Psychopath", New York, 5 de octubre de 1949, páginas 137 a 142). Y, en testimonio de su tesis sobre la conexión íntima y reiterada entre alcoholismo y delincuencia, alude a la unanimidad legal al prohibir la venta de alcohol a los menores y el acceso de éstos a lugares donde se expenden bebidas alcohólicas.

Investigando la etiología del alcoholismo, ve Mr. Seliger en el individuo que lo padece un disturbio de la organización personal: lo considera inadaptado al medio social, incapaz de enfrentarse con problemas presentes o pasados, con las monótonas exigencias de la vida cotidiana. Estima el articulista que las reacciones emotivas dominan al alcohólico de tal manera que enervan su aptitud para formar juicio en muchas situaciones y, con una característica propensión a estados depresivos, le

inducen a eludir ocasiones de fricción social, a lo que también contribuye su ausencia de autocontrol.

Por lo expuesto, por la consideración—entre otros que analiza—de casos en que la etiología del alcoholismo, como propensión al delito, la descubre en una “etapa primaria de la vida de inestabilidad emotiva” o incluso en los residuos de una enfermedad o de una intervención quirúrgica graves, llega Mr. Seliger a la conclusión de que el alcoholismo requiere previamente el examen del paciente y el propósito de conocerle y tratarle como individuo, prestando atención a sus diversas exigencias; teniendo además en cuenta que la historia contemporánea es prolija en la creación de desajuste tanto sociales como psico-biológicos, que los valores o ideales de la humanidad no pueden olvidarse ni despreciarse sin acarrear con ello efectos disolventes sobre el individuo.

Así como una desviación morbosa de la conducta—termina—obedece a factores fisio-psicológicos, la desviación morbosa de la conducta social deriva de la reciprocidad entre sus individuos y del ambiente en que los mismos se desenvuelven.

Septiembre-octubre de 1950

“OBSERVATIONS ON IMPRISONMENT AS A SOURCE OF CRIMINALITY” (Algunas observaciones sobre la reclusión como posible fuente de criminalidad), por DONALD CLEMMER.

Aunque reconociendo no hay suficientes pruebas científicas para demostrar con precisión de qué modo, o hasta qué grado, el influjo del ambiente carcelario moldea la vida de quienes han estado sujetos al mismo, el Sr. Clemmer—Director del Departamento de Correccionales del Distrito de Columbia—nos ofrece en dicho artículo las observaciones siguientes:

- 1.^a La mayoría de los reclusos se hallan afectos de “criminalidad” en varios grados.
- 2.^a Cuando son licenciados e inciden en nuevo delito, se hace más difícil la determinación de los factores causantes de su reincidencia.
- 3.^a Probablemente, la “criminalidad” de que adolecía el reo al ser recluso por vez primera, ha sufrido un recrudescimiento durante el período de internamiento; intensificación que subsiste en potencia al cabo de su condena.
- 4.^a Por otra parte, al llegar el licenciamiento, el excarcelado no encuentra en la vida común fuerzas que contrarresten su mayor disposición al delito adquirida en la prisión.

Con una nota de menor pesimismo podemos ver expuesta la tesis del autor en otro párrafo de su artículo: “El régimen carcelario afecta naturalmente a quienes a él están sometidos. Alientan las prisiones al delito; aunque también refrenan de delinquir a unos pocos y amedrentan a

otros menos. El régimen penitenciario, con su ambiente invisible, produce estas consecuencias a través del mismo proceso que influencia otro medio social cualquiera. Fundamentalmente, se trata de un proceso instructivo."

José SANCHEZ OSES
Secretario de la Audiencia Territorial.

FRANCIA

REVUE INTERNATIONALE DE POLICE CRIMINELLE

Enero 1951

St. WOOD: "POLICE ET JEUNESSE AU CANADA"; pág. 2.

La policía canadiense se ha dado cuenta de que su principal función ejecutiva consiste en prevenir el crimen, y por ello se procura medios cuidadosos y de verdadera eficacia para asegurar la aplicación de las leyes y mantener el orden interno de la colectividad, ya que imponer la ley de un país cualquiera por el temor y el terror no hace otra cosa que preparar un terreno abonable a la criminalidad. A esta finalidad responde el programa de "Policía Juvenil", elaborado y puesto en vigor por la Policía Real canadiense, desde el otoño de 1945, comprensivo de un extenso dominio de actuación con objeto de desarrollar una obra global de orden público y de común acuerdo con otras actividades policiales, para inculcar a la juventud la conveniencia de comprender la razón de las leyes y despertar el sentimiento que motiva tan importante servicio basado en el civismo.

C. A. SERRAO, Luis: "LE CINEMA DE POLICE EN ARGENTINA"; página 5.

Constituye un documentado estudio ilustrado de la aplicación del cine a la técnica policial, que posee un dominio extenso, pero susceptible de adaptación en la lucha contra la criminalidad, en el que se estudia la historia del descubrimiento del cine, los precursores del daguerrotipo y de la fotografía animada, y la perfección del invento hasta Edison que lo perfeccionó. Se estudia en este trabajo la aplicación que la policía científica de la Argentina hace del cine aprovechando los fotogramas de ceremonias oficiales y la reconstitución de motines, actos subversivos, manifestaciones políticas y crímenes y sucesos sensacionales.

TAMBURRO, Giuseppe: "LE DROIT D'ASILE DANS LE NOUVEAU DROIT PUBLIC"; pág. 14.

Constituye el contenido del artículo una Introducción expositiva con los titulares que a continuación se expresan: El derecho de asilo en la Constitución francesa; el derecho de asilo en la Constitución italiana; asilo y derecho de asilo; sumarias consideraciones históricas; asilo an-

tiempo y asilo moderno; y el derecho de asilo y el "incolatus". Tales son las interesantes materias expuestas y comentadas por el autor, con notable erudición, y que han sido publicadas después del fallecimiento del mismo.

Febrero 1951

FABRE, René: "TOXICOLOGIE MODERNE ET MEDICINE LEGALE";
página 42.

Desde la antigüedad y en la Edad Media, constituye la difusión del crimen de envenenamiento importancia considerable, pero en el siglo XVII vuelve a resurgir este medio formidable de las drogas, usado por la Brinvillers, y la experimentación toxicológica basada en una técnica más depurada ofrece, en siglo XIX, la comprobación más eficaz para el descubrimiento de hechos delictivos tan graves. El autor del estudio analiza los experimentos de Gautier, Raspai, Orfila, Bertrand, Van Itallie y otros especialistas, a fin de diferenciar las intoxicaciones agudas de las crónicas y las diferentes maneras de administrar el veneno. La intoxicación por el arsénico que se creyó definitivamente conocida por el aparato de Marsch es, en la actualidad, mejor estudiada, y lo mismo sucede en el caso de la intoxicación por digitalina. A consecuencia de los adelantos de la técnica en toxicología, los envenenamientos criminales, afirma el autor, han sido desarmados y han disminuído notablemente en los países civilizados.

LOCARD, Edmond: "LA MAIN INERTE"; pág. 45.

El problema de la escritura a mano guiada frecuentemente plantea, dice el autor de este importante trabajo, en los procesos criminales antedichos, tres aspectos: uno frecuente, otro raro, fuera de las situaciones de violencia, que no siempre se presenta, y otro verdaderamente excepcional. Para estos tres tipos de mano coaccionada propuso el autor de este artículo en su obra "Tratado de Criminalística", los nombres de "mano ayudada", "mano forzada", y "mano inerte". La mano ayudada representa en gráficos que se insertan en el estudio un escrito de persona que escribe mal, o está atacada de impotencia funcional más o menos acentuada, en casos clínicos de senilidad, reumatismo, lesión nerviosa central o periférica, herida de un miembro superior o que por debilidad general requiere la ayuda de otro. La mano forzada no se concibe más que imaginándose un hecho criminal violento; la víctima ha visto su mano cogida por la del agresor, que lucha y obliga a trazar el texto. La mano inerte refleja el caso de un paralítico hemipléjico, de un iletrado completamente o en trance agónico, en cuyos casos otra persona escribe por él.

M. ZAKI: "LA LUTTE CONTRE LES STUPEFIANTS EN EGYPTÉ";
 página 64.

La toxicomanía, que produce graves trastornos mentales, psíquicos y morales no sólo para la persona que se intoxicó, sino que trasciende a la familia y a su ascendencia, ha motivado en Egipto un esfuerzo legislativo considerable contra la droga, reflejado en el Decreto-Ley de 21 de marzo de 1925, atendiéndose a las disposiciones de la Convención Internacional contra el opio, suscrita en Ginebra, en 1925, y en la que tomó parte Egipto; y la Ley promulgada en 14 de abril de 1928, que reglamentó el comercio y empleo de los estupefacientes, cuya organización represiva, policial y judicial se incrementó a partir de 1929, para evitar el incremento progresivo de la toxicomanía, instituyéndose al efecto una brigada especial para luchar contra el tráfico ilícito de los estupefacientes, que fué definitivamente creada por un Decreto de 20 de marzo del citado año y transformada en 30 de octubre de 1947, en Dirección Central de Narcóticos.

Marzo 1951

**GILLIEROM, Charles: "OBSERVATION ET SELECTION DES CON-
 DAMNES";** pág. 78.

La materia expuesta contiene los siguientes epígrafes: Sexos, Edades, Normales y anormales, Establecimientos para adultos, Penas, Reclusión, Prisión, Arrestos, Medidas de seguridad, Internamiento de delincuentes habituales, Internamiento de bebedores habituales, Internamiento en una casa de educación y trabajo y, finalmente, el estudio de estos problemas en el Código penal suizo. Todo ello perfectamente sistematizado y limitado especialmente a la Suiza francesa, de abolengo romano, en sus diferentes cantones.

VOOD, St.: "L'EXTRADITION"; pág. 85.

En la XVIII Asamblea General de la Comisión de Policía Criminal Internacional, celebrada en Berna, refiere el autor, se adoptó la resolución número 11 relativa a los Tratados de extradición, y que ya había sido presentada a la asamblea anterior, que tuvo lugar en Praga en 1948. El párrafo cuarto de la resolución aludida indicada sustancialmente a los Delegados que comunicaran si existían obstáculos al cumplimiento de estas disposiciones en materia de Derecho internacional penal y obligatorias para las naciones adheridas al Convenio, con la finalidad de uniformar en la medida posible la legislación y el procedimiento para la extradición.

DUCLoux, L.: "ECHEC AUX FAUX MONNAYEURS"; pág. 92.

Entre las numerosas especialidades de la policía represiva hay una tarea particularmente ardua, que es la lucha contra los falsificadores de

monedas, para cuya persecución los servicios de la policía judicial de París cuentan con una oficina central, que en el pasado año de 1950, registrando expedientes, halló el de tres profesionales de esta clase de falsificación, que estaban al frente de una organización que tenía su campo de operaciones en dicha ciudad, descubriendo la policía el establecimiento tipográfico donde se falsificaban los billetes.

Abril 1951

HEPNER, Walter: RAYONS INVISIBLES ET RECHERCHE DES TRACES EN CRIMINALISTIQUE"; pág. 110.

Se trata de un extenso y documentado estudio, con gráficos y fotografías, sobre la conveniencia de utilizar las radiaciones invisibles que forman el ángulo particular de la fotografía luminosa y de los rasgos invisibles al ojo humano, para descubrir las huellas y señales del delito en los trabajos de laboratorio, que puede constituir un medio de prueba que represente uno de los elementos técnicos auxiliares, entre los numerosos de que puede servirse el perito en criminología. Constituye un perfeccionamiento de las placas fotográficas infrarrojas, completadas con la ayuda de placas especiales que, tratadas por una solución de sosa, amoníaco y alcohol metílico, pueden convertirse en placas pancromáticas, que recogen todos los colores del espectro solar, y repartidos desigualmente en rayos artificiales, descubren la huella de golpes o lesiones sobre un tejido en la oscuridad.

TULLIO, R. Di: "LA POLICE, ORGANISME DE PROTECTION SOCIALE"; pág. 124.

La opinión autorizadísima del profesor de Antropología criminal, de la Universidad de Roma y de la Escuela Superior de Policía de dicha capital, Benigno di Tullio, tiende a organizar la Policía a fin de convertirla en un instrumento eficaz de protección social, susceptible de satisfacer las exigencias siempre crecientes del individuo y de la colectividad, en lo que concierne a la prevención criminal y a la readaptación social de los delincuentes, especialmente cuando se trata de niños y de adolescentes. Deben crearse, por consiguiente, en el seno de la policía, considerada como obra de asistencia social nuevas secciones, destacando el profesor italiano, entre las más importantes, las siguientes: Sección para menores, sección femenina, sección encargada de la vigilancia y de la reeducación de aquellos individuos que se revelan socialmente peligrosos; sección de reincidentes y sección de libertados provisionalmente de la prisión y de los asilos de alienados.

Únicamente la policía, dice el autor, es el organismo administrativo capaz de cumplir esta misión, y para llenar estas exigencias, debe organizarse técnica y científicamente.

LERICH, L.: "A PROPOS DU CRIME SANS CAUSE"; pág. 135.

La tarea del comisario de Policía ha sido resumida en una vieja máxima latina, indicando que debe indagar el "quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando", pero el "cur", móvil del crimen, está, dice el autor, difícil cuando no imposible de determinar y la máxima "is fecit cui prodest" es frecuentemente engañosa.

Refiere el autor, a continuación, que el doctor Locard consagra un capítulo del séptimo volumen de su "Tratado del crimen sin causa" explicando lo que significa "sin causa aparente", ya que todo delito tiene una causa, y de lo contrario sería una alteración o desorden mental en su autor. Locard cita muchos casos en los que el delito quedó sin explicación y, a tal efecto, cita como ejemplo no haber sido descubierto el motivo de una serie de envenenamientos por los cuales el Jurado condenó a Pastré-Beaussier. Con demasiada frecuencia el pesquisidor espera la confesión del culpable, cuando quiere completar todas las pruebas practicadas. Relata sobre el crimen sin causa una observación curiosa: un sujeto se propuso asesinar al primer transeúnte que cruzara la calle, y como lo pensó lo hizo; explicó su vida, sus convicciones religiosas que le prohibían el suicidio, quiso ser condenado a muerte y ejecutado. Sin la confesión del acusado en vano se habría encontrado la explicación posible de crimen tan absurdo, y lo mismo puede suceder en otros casos punibles.

ARTOUS, L.: "VRAISEMBLANCE ET VERITE"; pág. 137.

Se describe en este artículo un éxito de la policía tangerina, en la comisión de un delito de hurto. En el mes de enero de 1950, el señor X, administrador de sociedades, en Tánger, salió de su oficina con dos paquetes envueltos por un periódico que encerraban la suma de 3.500.000 francos. Paró el coche en que los transportaba y un indígena, de trece a catorce años, vendedor de periódicos, se apoderó subrepticamente de los dos paquetes y huyó a la playa, escondiendo el dinero en la arena. El perjudicado no se apercibió del hurto hasta que volvió a su casa, que distaba un kilómetro del lugar del suceso. Denuncia el hecho a la Comisaría de policía, sin poder precisar la numeración de los billetes, y no aportando más datos sino que estaban envueltos en un ejemplar de "La Depeche Marocain". Se describe en forma amena en el artículo en cuestión las actividades policiales hasta el total descubrimiento del delito y la detención de su autor.

INGLATERRA

"THE HOWARD JOURNAL", 1951

Alresford, PLACE HOSTEL-SCHOOL (La Escuela-Albergue de Alresford Place), por MARJORIE E. FRANKLIN.

De reciente creación, pues data su puesta en marcha del mes de mayo de 1949, la Escuela-Albergue de Alresford fué instituída por una Asociación formada con fines estrictamente benéficos, que se inspiró en los trabajos en tiempos realizados, en Hawkspur (Condado de Essex), por un Comité análogo.

En tal Institución, regentada, respectivamente, por un "Guardián" y una "Matrona", reciben atención los jóvenes de ambos sexos de tal modo inadaptados, que han menester de un sistema regenerador más complejo que el que puede brindarles reeducación meramente social.

Antes de su definitivo ingreso en el Albergue, son objeto los futuros corrigendos de una minuciosa selección, basada en los informes médico-psiquiátricos previamente emitidos sobre los mismos.

Dicha selección suele recaer en niños y niñas de edades comprendidas entre los nueve y dieciséis años, y cuyo nivel intelectual permita suponer les ha de ser propicio el tratamiento que allí se les dispensa, y que consta de las siguientes etapas: 1.ª), lá ya indicada de selección y admisión; 2.ª), de formación de amistades; 3.ª), de fomento del desarrollo individual; 4.ª), desarrollo del sentido de responsabilidad social, y 5.ª), contacto con familiares y otras entidades.

A fin de encauzar la etapa infantil de formación de afectos, cada muchacho o muchacha, una vez admitido, es asignado al Guardián o a la Matrona, o incluso a una especie de madre adoptiva, a fin de que a merced de la confianza que éstos vayan inspirándole pueda apreciarse el desarrollo del natural interés del interno hacia un entretenimiento o actividad determinados. Después, gradualmente, se procura ir relajando su situación de dependencia respecto a dichos tutores, provocando el compañerismo entre personas de su misma edad.

Al desarrollo de la personalidad se atiende vigorizando la espontaneidad en las manifestaciones del tutelado y su sensación de libertad íntima; y ello mediante excursiones, deportes, reuniones artísticas, recreativas o de cualquier índole técnica, para lo que cuenta la institución con un profesorado experto.

El desarrollo del sentido de convivencia y responsabilidad social se tiende a promover permitiendo la intervención de los corrigendos en discusiones relativas incluso a ciertos aspectos del régimen interno de la institución, designándoles para formar "tribunales" encargados de "juzgar" actos de indisciplina cometidos por otros internos. A este propósito recuerda el artículo un caso en que, habiéndose propuesto por uno de esos "tribunales" la imposición de castigo corporal al infractor, replicó el

“guardián” que en los diez años que llevaba desempeñando misiones análogas no impuso correctivo alguno de dicha clase y que seguía con el propósito de no imponerlo jamás.

Finalmente, como quiera que el tratamiento aplicado en Alresford sería incompleto, de no conseguirse una favorable evolución en la actitud de los hogares de donde proceden los corrigendos, se fomentan también las relaciones familiares de éstos, permitiéndoles, al cabo de un tiempo prudencial, visitar durante las vacaciones a sus familias y procurando que éstas acudan periódicamente a la institución. En esta última fase prestan una colaboración muy valiosa los oficiales encargados del régimen de prueba.

Se concluye el artículo reconociendo es pronto todavía para predecir el éxito permanente del sistema, ya que sólo eran nueve los niños que habían cumplido su término de permanencia en el Albergue cuando aquél se redactaba; pero, al propio tiempo, se expresa una firme confianza en que el régimen o tratamiento expuesto ha de seguir contribuyendo a la mayor eficacia del criterio de readaptación social de la juventud delincuente.

MULLINS, Claud: “NEW METHODS FOR SENTENCING THE GUILTY”. (Nuevos métodos en la condena de reos.)

Con referencia a la Ley inglesa de 1949 para los “Justices of the Peace”, que prevé incluso la aportación de fondos presupuestarios para el mantenimiento de cursos en los que aquéllos reciban la capacitación suficiente (Secciones 8.^a y 17), se formula el articulista la pregunta de si verdaderamente los jueces, legos o letrados, están debidamente adiestrados para dictar sentencias congruentes con los últimos e incontestables adelantos de la Penología y de las ciencias psicológicas.

Partiendo de una tajante negativa a la anterior cuestión, se propugna en el trabajo que reseñamos un período de preparación, que puede durar unos seis meses, entre la fecha de designación del funcionamiento y su toma de posesión.

Reconociendo que no es preciso que los jueces y magistrados de lo criminal sean expertos en los problemas que plantea la conducta anormal implícita en los delincuentes, sí advierte en cambio la necesidad de que a los técnicos se les asigne un cometido adecuado y eficiente en el proceso; considerando insuficiente a tal respecto lo previsto en la Sección 4.^a (Subsección 7.^a) de la “Criminal Justice Act” de 1948, por la que se autoriza en ciertos casos a los peritos para que puedan “presentar por escrito” su dictamen; pues “¿de qué puede ello servir si el tribunal no está familiarizado al menos con los rudimentos de las modernas ciencias a que necesariamente se tienen que remitir dichos dictámenes?”

Bien es verdad, prosigue Mr. Mullins, que todo eso requiere reformas procesales y, como más urgente, la de ampliar el plazo que media entre el veredicto y la emisión del fallo; a fin de recoger mientras tanto los

informes que puedan suministrar los oficiales adscritos al régimen de prueba y emitir sus respectivos dictámenes los médicos psiquiatras. Podrá objetarse con razón, sobre todo tratándose de delitos graves, que con ello se aumentaría la natural ansiedad del procesado, ávido de conocer la sentencia; mas el articulista entiende que tales deseos deben posponerse al verdadero interés del reo y al de la sociedad.

Por otra parte, debe rechazarse el adagio: "el juez siempre está en lo cierto", dictándose normas para que el tribunal pueda ser oportuna, amplia y competentemente asesorado; pues hasta ahora sigue rigiendo para los peritos la misma norma que el vulgo ha venido aplicando a la infancia: "habla cuando sea preguntado", y, aunque esa regla tiene una excepción, la recogida en la Sección 10.^a de la "Criminal Justice Act" de 1914 que, tratándose de internamientos en instituciones del tipo "Borstal", prescribe "el estudio de cualquier dictamen emitido por los comisarios de prisiones sobre la idoneidad del procesado a tal clase de detención", no ha de desconocerse la resistencia habitual por parte de alcaldes y forenses a suministrar informes que no se les hayan requerido previamente, ateniéndose en todo caso a escuetas aseveraciones sobre la aptitud físico-mental del reo.

Por eso insiste Mr. Mullins en que debe reconocerse el derecho a suministrar voluntariamente toda clase de informes técnicos sobre el procesado antes de que se dicte el fallo, ya que con ello considera no debe sufrir merma alguna el prestigio del tribunal ni su esencial independencia, pues la mayor ilustración que se le ofrezca no implica el rigor de deberse atener a ella en sus decisiones.

Concluye el artículo advirtiendo que las reformas en él propuestas parecen más alarmantes de lo que puedan ser en la práctica; que las mismas son indispensables si los órganos que actualmente ejercen la Jurisdicción penal han de seguir reservándose la imposición y vigilancia de condenas. Los actuales métodos revelan escasísima aptitud para poner coto a la delincuencia: cualquier parte estadístico de una sobrecargada "Quarter Sessions" o de un tribunal de "Assize" revela la abundancia de casos de grave reincidencia. La única esperanza en la lucha contra el crimen radica, para Mr. Mullins, en conceder a los sociólogos y hombres de ciencia un papel más trascendente en su intervención ante los tribunales. Mas si tales reformas no prosperan, cree el autor indispensable la instauración de un Consejo, Junta o Patronato dedicado a la aplicación de las llamadas "medidas penales".

H. MAC-CORMICK, Austin: "THE ROLE OF AN INDEPENDENT SOCIETY IN CORRECTIONAL REFORM". (El papel que puede desempeñar una Institución particular en la reforma del régimen correccional.)

Sin pretender con ello dar la impresión de que la reforma de establecimientos de carácter más o menos penitenciarios se haya llevado a cabo en los Estados Unidos merced tan sólo a la iniciativa privada—pues

es Mr. Mac-Cormick el primero en reconocer que los avances más importantes en tal sentido durante los últimos años se han producido allí gracias al afán y a la dirección de centros oficiales, cual es el caso del "Federal Prison System"—, comienza en su artículo por rendir merecido tributo a las entidades de tipo particular que, con sus esfuerzos, críticos y constructivos, han contribuido incluso a levantar el nivel general en los establecimientos de la índole en un comienzo referida. Así es lo ocurrido, no sólo con el expresado "Federal Prison System", sino también con su equivalente de ámbito más reducido: el "California Prison System", hasta los años 1929 y 1942, en que, respectivamente, asumieron la dirección de los mismos personas de la talla de Sanford Bates y Clinton Duffy.

Sin la preocupación mostrada, sin las censuras constantemente dirigidas a la situación penitenciaria anterior a esas dos fechas, por la "National Society of Penal Information" (hoy la "Osborne Association"), según puede comprobarse en sus "Handbooks", no hubiesen llegado a registrarse los beneficios después logrados a virtud de la ingrata revelación de deficiencias de índole personal y material apreciadas en el funcionamiento de establecimientos penales, en continua pugna al propio tiempo con quienes incluso de buena fe venían defendiendo los viejos métodos y con la incomprensión de las gentes, más propensas siempre, por inercia, a desdeñar las medidas propuestas, por más eficaces, para la rehabilitación de los reclusos.

A fin de poder hablar alto y sin compromisos—prosigue Mr. Mac-Cormick—no bastan competencia y decisión por parte de los miembros de la institución privada; es menester también de independencia. Por esta razón los organismos o agencias de carácter oficial no llevan, por regla general, la iniciativa en materia de reformas. El "United States Bureau of Prisons", en el campo correccional, y el "United States Children's Bureau", en el de la tutela juvenil, son poderosas entidades sabias y enérgicamente regentadas; pero que, como la "Asociación Americana de Prisiones" y la "Asociación Nacional de Cárceles", no pueden disfrutar de una libertad de movimientos tal como para dirigir censuras contra medidas dictadas por uno de sus componentes.

Una asociación o institución independiente en el estricto sentido de la palabra precisa no hallarse sometida en modo alguno al control oficial, ni en el orden económico vivir a expensas de feudos públicos, ni ejercer funciones conferidas o asumir responsabilidades impuestas por el Gobierno. Sus miembros han de ser meros particulares y los profesionales que pretendan su admisión en la entidad han de estar dispuestos a sufrir, como otro cualquiera, las críticas que merezcan los establecimientos o servicios que funcionen a su cargo.

Y, finalmente, insistiendo en la independencia económica, aconseja el articulista gran cuidado incluso al aceptar aportaciones particulares, a título de donativo o fundacional; que es lo que dice ha venido haciéndose con la ya aludida "Osborne Association", modelo, a su entender, de la entidad que propugna y de la que concluye afirmando que, por

haber logrado cubrir esos requisitos que aseguran su autonomía, ha podido representar en el país un papel tan decisivo en el orden penitenciario y de establecimientos propiamente correccionales como se pone de manifiesto, entre otros ejemplos, el habérsela interesado la inspección de cincuenta instituciones de aquel género a partir de 1938, así como su asesoramiento con ocasión de dificultades surgidas en la Penitenciaría, Reformatorio de Adultos y Escuela de Reeducción de muchachos del Estado de Wáshington y en la instauración de diversos establecimientos, uno de ellos para reos anormales, que conjuntamente se propusieron atender otros tres Estados de lo que fué la Nueva Inglaterra.

Del desarrollo que en la forma apuntada logren adquirir instituciones de tal naturaleza, espera Mr. Mac-Cormick inmensos beneficios para la obra correccionalista.

J. S. O.

ITALIA

“LA GIUSTIZIA PENALE”

Enero 1951

REVIGLIO DELLA VENARIA, Doctor Carlo; y VALLE, Prof. Giuseppe:
“PROBLEMI MEDICO-LEGALI CONSEQUENTI ALLA SCOPERTA
DEL FATTORE “RH” NEL SANGUE UMANO”; I, col. 1.

Destacan los autores-juristas y médico, respectivamente, la importancia médico legal del descubrimiento realizado en 1940 por el biólogo austriaco, Carlos Landsteiner, de la existencia en los glóbulos rojos de la sangre de un especial aglutinógeno, denominado por dicho investigador factor RH, de las dos primeras letras del nombre latino (Rhesus) del simio usado para los experimentos; los individuos carentes en su sangre de dicho factor resultan expuestos a graves y hasta mortales accidentes emolíticos en el caso de transfusión de sangre dotada del factor referido, pudiendo ser conjurado el riesgo mediante transformaciones con las precauciones oportunas. Este descubrimiento ha brindado, incluso, la posibilidad de prevenir graves riesgos en la gestación, ya que la fecundación de un huevo perteneciente a una madre RH negativa por un espermatozoo de un individuo RH positivo puede provocar accidentes emolíticos. En cuanto a la trascendencia del conocimiento de este factor para la investigación de la paternidad, se cita una reciente y curiosa sentencia alemana que, ante un parto gemelar, atribuye a determinado sujeto la paternidad de una de las dos gemelas, estimando a la otra hija de diferente padre.

La identificación biológica del factor RH ha provocado, en la vida jurídica, nuevas responsabilidades y cautelas, y así, en América, por ejemplo, los Tribunales han admitido ya como causa de divorcio la incompatibilidad de grupos sanguíneos de los cónyuges, sin que tan extrema solución sea admisible en el Derecho italiano, de sentido católico, pero que sí pone de relieve la necesidad de garantías prematrimoniales.

SPIZUOCO, Doctor Renato: "DIFFERENZE FRA L'ABUSO DI POTERE, L'ATTO ILLEGITTIMO E L'ATTO ARBITRARIO"; I, col. 6.

Reviste interés el tema para el estudio y fijación de conceptos y límites de importancia penal, como son la usurpación de funciones por el agente y la legítima defensa del particular frente al abuso; problema éste cuidadosamente estudiado ya por Levi en su texto de Derecho penal, al comentar los delitos contra la Administración pública, así como por Maggiore. Reconoce el autor la dificultad de distinguir en la práctica el abuso de poder (exceso en el ejercicio de funciones legítimas) y la usurpación, poniendo a contribución para ello diversos preceptos del ordenamiento italiano, como los artículos 317 y 326 del Código penal, relativos al abuso de calidad pública, el 337, referente a la resistencia; el Decreto de 14 de septiembre de 1944 (número 288) sobre reacción privada, y otros cuyo alcance se analiza.

MEDUGNO, Domenico, Presidente del Tribunal de Menores de Milán: "SPECIALIZZAZIONE DEL GIUDICE PER I MINORENNI"; I, colección 9.

Llama la atención el Magistrado Medugno sobre la vocación, aptitudes y formación necesaria en los jueces de menores, cuya misión no puede ser una siesta o refugio para funcionarios judiciales cómodos o incompetentes para otras actividades de su carrera. Cita, como nombres ejemplares, entre otros varios el del Juez Benjamín Lindsey, de Boston; Alexander, el Presidente Watson, de Tower Bridge, y el fundador italiano Rafael Majetti. Glosa, por último, las conclusiones sentadas por Veillard en el reciente Congreso de Jueces de menores celebrado en Lieja, según las cuales el Juez tutelar debe ser, al mismo tiempo, jurista, psicólogo, pedagogo y sociólogo, debiendo dedicar interés preferente a los servicios sociales auxiliares, preteridos con frecuencia a los jurisdiccionales.

FILIPPO-SICILIANO, Abogado: "LA FOLLA E IL DELITTO SOGGETTIVAMENTE POLITICO"; I, col. 11.

Versa este artículo sobre el alcance que, con relación al delito común cometido en el curso de un movimiento o revuelta popular, reviste el último supuesto del artículo 8.º del Código penal, en cuanto se hace cargo de aquellos delitos comunes que, por ser "determinados en todo o en parte por motivos políticos", asumen coloración jurídica de delitos políticos. Disposición que, no obstante, su carácter típicamente fascista fué invocada y aprovechada por el decreto de amnistía de la postguerra. Distingue el autor entre móvil y ocasión, para excluir del ámbito político a aquel delito común, que no obstante ser cometido durante una

agitación popular no revela la inserción de su autor en el ánimo colectivo de la multitud insurgente o exaltada, sino, por el contrario, una singular autonomía de móviles o de fines, no teniendo el movimiento multitudinario, en tales supuestos, otro valor que el de mero clima social.

LANCIA, Pietro, Abogado: "DELITTI DI EUTANASIA"; I, col. 18.

Sobre el problema tan debatido en los terrenos religioso, moral y jurídico, el autor, después de exponer casos impresionantes y procesos judiciales en que el fallo absolutorio, por basarse en la benévola negación de los hechos, deja imprejuzgada e intacta la honda cuestión jurídica valorativa de la legitimidad o ilegitimidad del homicidio piadoso, parece mostrarse sensible a la tesis permisiva sin llegar a pronunciarse por ella. Cita la obra de Binet (*"L'art de mourir"*, 1919), tomada en cuenta por el Código ruso de 1922, que en su artículo 143 estableció que "el homicidio cometido por compasión y a instancia de la víctima" deberá quedar impune, no por carecer la conducta de esencia delictuosa, sino por tratarse de hecho socialmente no dañoso.

Se hace cargo Lancia, de contrario, de los poderosos argumentos—principalmente católicos—condenatorios de la eutanasia, así como el resultado, desfavorable para la misma, de la encuesta abierta por el Instituto Gallup, con ocasión del ruidoso proceso Sanders, con arreglo a la siguiente pregunta: "Aun cuando el médico no esté legalmente autorizado a provocar la muerte de un enfermo incurable, ¿podría encomendarse tal facultad a una comisión de peritos elegidos por la autoridad judicial? A análogas conclusiones adversas llegaron, con la misma ocasión procesal, el referéndum de la Academia francesa de Ciencias Morales y Políticas y el de alguna entidad católica norteamericana, así como autoridades médicas italianas como el doctor Rondóni, Director del Instituto del Cáncer.

Para el caso de que la ley viniese a permitir algún día la eutanasia, se pregunta Lancia si la autorización podría extenderse a los sufrimientos morales, tan crueles como los físicos.

DE SEMO, Prof. Giorgio, Titular de Instituciones de Derecho privado en la Universidad de Florencia: "SUL REATO DI RICORSO ABUSIVO AL CREDITO"; II, col. 85.

Versa este comentario sobre una sentencia del Pretor de Nápoles, de 30 de junio de 1951, por la que se declara que el delito de contratación abusiva de crédito, no obstante haber sido configurado por el artículo 218 de la Ley de Quiebra de 16 de marzo de 1942, núm. 267, no es un propio delito de quiebra, por lo que puede ser apreciado aunque el comerciante no haya sido declarado en tal situación. Incurrirá, pues, en el referido delito el comerciante que, disimulando su propia solven-

cia, adquiera mercancías a crédito a fin de satisfacer con el producto de su venta a otros acreedores; si, a más de ocultar su insolvencia empleare otros artificios o engaños, cometerá el delito de estafa, que es más grave.

Según De Semo, este tipo delictivo presenta afinidades con el delito de bancarrota simple, previsto en el artículo 856, núm. 3, del derogado Código de comercio, relativo al comerciante que habiendo cesado en sus pagos, y a fin de retrasar su quiebra, hubiese recurrido al crédito, giro cambiario u otros medios ruinosos para procurarse fondos. La infracción prevista por el mencionado R. D. sobre quiebra, de 1942, es un "delito de peligro", y afecta tanto al patrimonio privado como a la economía y fe públicas, siendo sujeto pasivo el que otorga el crédito; sólo será exigible la previa declaración de quiebra, como condición de punibilidad, en el caso de los administradores, directores generales y liquidadores de sociedades, previsto por el repetido R. D. de 1942 en sus artículos 222 y 225. Finalmente, el comentarista señala las diferencias que distinguen este delito de recurso abusivo al crédito de la estafa, del artículo 640 del Código penal, y de la insolvencia fraudulenta del artículo 641 del mismo Código.

D'AGOSTINO, Doctor Alfredo: "IL PROBLEMA DEI RAPPORTI TRA TRUFFA E MILLANTATO CREDITO"; II, col. 89.

Discurre D'Agostino sobre el tema de si la figura de alarde de influencia cerca de funcionarios (delito contra la Administración pública previsto en el artículo 346 del Código italiano y afín a la figura del número cuarto del artículo 529 de nuestro Código) se halla con la estafa del artículo 640 en relación de concurso formal, de concurso de normas o bien constituye por sí un delito complejo; opta D'Agostino por la solución del concurso formal.

Inserta, por último, este número un interesante artículo de Luigi Granata, sustituto del Procurador general de Casación (III, col. 61) sobre el "valor de la vigilancia y control jerárquicos para la regularidad, eficiencia y rapidez del procedimiento penal", sin que ello suponga merma de la independencia decisoria de los órganos judiciales inferiores vigilados, si se tiene en cuenta que tal inspección afecta a una "zona particular" no referente a materia opinable sobre apreciación de prueba o resolución de puntos de interpretación jurídica controvertidos, sino simplemente del "inderogable deber de aplicar la ley y de administrar justicia de la manera más regular y rápida", sujeto, ciertamente, a la vigilancia disciplinaria preceptuada por el artículo 154 del Código procesal penal, que mira a una triple actividad: "Iniciación" de la acción penal, "instrucción" y "motivación" de las resoluciones.

Febrero 1951

ALTAVILLA, Enrico: "LA FAMIGLIA FATTORE CRIMINOGENO"
(Relación para el ciclo de estudios comparados sobre delincuencia infantil, promovido por el Ministerio de Gracia y Justicia y por la ONU, en Roma, 5 diciembre 1950); I, col. 56.

Estudia el Profesor Altavilla en esta Memoria la influencia etiológica del ambiente familiar sobre la delincuencia infantil italiana, partiendo del principio de ser la delincuencia fenómeno normal de la infancia, necesitada de una eficaz disciplina familiar capaz de encauzar sus impulsos: mimetismo familiar, racionalización (sublimación justificativa) del delito, sugestión y utilización criminosa, sexualidad, miseria, precocidad y reincidencia son factores tomados en consideración por Altavilla con su característica maestra y con la oportuna ilustración estadística, para proponer, en resumen, una serie de generosas aspiraciones de profilaxis y terapéutica social, señalando como ejemplo digno de apoyo e imitación la obra del "Ente Nazionale per la Protezione Mzale del Fanciullo", asumida por Benigno di Tullio y el Profesor Giaccone y mencionando la "Casa del Fanciullo", creada con limitados medios por el mismo Altavilla, en Nápoles, cuyos acogidos hubieron de ser traspasados después a otro Instituto.

SPIZUOCO, Doctor Renato: "MANCATA CONVALIDA NELLA PERSEQUIZIONE OPERATA DALLA POLIZIA AI SENSI DELL'ART. 13 DELLA COSTITUZIONE ED EFFETTI CIRCA LA PROVA RACOLTA"; I, col. 80.

Se dedica este artículo al problema suscitado por el vigente texto constitucional italiano, que al permitir en su artículo 13 el registro domiciliario, en casos de urgencia, mediante orden provisoria de la autoridad de Policía sujeta a convalidación judicial, agrega que si la convalidación no tuviere lugar, las referidas órdenes provisionarias quedarán privadas de todo efecto. ¿Significa este último—se pregunta el autor—que aun en el caso de ser ocupados durante el registro anulado documentos de interés o pruebas materiales de un delito, carecerán de todo valor y no podrán ser tomados en cuenta por los Tribunales, por razón de la ilicitud del registro que los procuró? Spizuoco no estima razonable su conveniente tal criterio, sin dejar de reconocer que la redacción literal desafortunada del precepto constitucional opone serio obstáculo a la tesis de la eficacia de las pruebas recogidas en tal coyuntura.

LO CASCIO, Manlio: "L'ERRORE SU LEGGE NON PENALE ED IL REATO MILITARE", I, col. 84.

El problema de la ignorancia de la ley, rigurosamente resuelto por el Derecho positivo, resulta en cierto aspecto mitigado en el orden penal.

por el art. 47 del Código italiano en cuanto equipara este error jurídico al error de hecho cuando no recaiga sobre puntos jurídicos propiamente dichos, sino sobre conceptos normativos extrapenales incorporados al precepto penal; benigna tendencia acogedora del error jurídico, apuntada ya en el mismo Derecho romano—en que la dureza en esta materia, según observa Ferrini, no era tan absoluta como pudiera creerse—y en el Derecho canónico: “*violatio legis ignorantiae nullatenus imputatur, si ignorantia fuerit inculpabilis*” (canónico, 2202, par. 1, 6). Sin embargo, el art. 39 del Código penal militar, al proclamar que los militares no pueden invocar como excusa la ignorancia de los deberes militares, parece excluirlos de los beneficios del art. 47 del Código penal común, planteando un problema que se han afanado por resolver, en sentido positivo, la doctrina y la jurisprudencia.

NOTAS DE DERECHO COMPARADO

ROSSI, Rino: “CRITICHE INGLESIS AL SISTEMA GIUDIZIARIO INGLESE”, I, col. 90.

El libro de H. Nort, “*The way to Justice*”, muestra que no sólo en Italia es lenta e imperfecta la justicia civil, sino que en la propia Inglaterra, tantas veces puesta como modelo en este aspecto, el camino de la justicia es también lento y costoso y, sobre todo, incierto por la falta de firmeza de su Derecho, por lo que se acusa una reacción legalista, correctora de la arraigada tradición inglesa consuetudinaria y jurisprudencial—poco adecuada a las exigencias y condiciones de la vida moderna—y favorable a una legalidad escrita, reclamada por insoslayables razones de seguridad jurídica, de manera que se eviten las actuales perplejidades e ímprobos esfuerzos de consulta de precedentes judiciales y textos doctrinales y consuetudinarios, habiendo podido decir con razón Sir J. Pollock que el Derecho inglés es sólo inteligible a los especialistas y ello mediante un trabajo absolutamente desproporcionado al fin. Así—y no obstante desinteresarse la opinión pública inglesa, por lo general, de estas cuestiones—se acentúa cada vez más la corriente codificadora en lo sustantivo y en lo procesal. Por consideraciones análogas, se suscita el problema de la conveniencia de instituir un Ministerio de Justicia al estilo continental, que asuma y reúna las funciones tradicionalmente dispersas hasta ahora entre el Lord Canciller, el Ministro del Interior y el Procurador (“*Attorney*”) general.

BATTAGLINI, Prof. Ernesto: “OSSERVAZIONI SULLA INTERPRETAZIONE DELLA LEGGI PENALI”, II, col. 118.

Comentando Battaglini una sentencia de la Sección 3.^a del Tribunal de Casación de 24 de junio de 1950, que enuncia netamente el principio de admisibilidad de la interpretación extensiva incluso de las normas penales excepcionales, ya que el art. 14 de las “Disposiciones sobre las

leyes en general" ("Preleggi") sólo proscribía la extensión analógica, dice haber sido definitivamente abandonada la teoría de que en las leyes penales sólo cabe la interpretación literal y que, en caso de discordia entre las palabras de la ley y la "ratio legis", la única interpretación posible sería la restrictiva; teoría nacida del temor—hoy superado—a posibles abusos judiciales. En la actualidad, se admite comúnmente que en la interpretación penal, como en las de las demás leyes, es obligada la interpretación lógica, dirigida a inquirir la voluntad del legislador, aunque tal indagación conduzca a una interpretación extensiva, para determinar el verdadero significado diverso de la letra y oscurecido por una inadecuada expresión legal; pudiendo verse, en tal sentido, el estudio de G. Vassalli, "Limiti del divieto di analogia in materia penale" (Milán, 1942), con amplia bibliografía. Por consiguiente, la prohibición de extralimitación interpretativa de la ley penal sólo se refiere a la extensión analógica, pero no a la extensión por interpretación lógica, dirigida a revelar la voluntad del legislador a través de tal inducción lógica, en aquellos casos en que la letra de la ley traiciona al pensamiento del legislador ("minus dixit quam voluit"); supuesto distinto al de la analogía en que la extensión afecta a casos no comprendidos ni en la letra de la ley ni tampoco en su intención (Ruggiero). Así, la analogía se contrapone a la interpretación extensiva en cuanto rebasa la esfera interpretativa para incurrir en la integrativa, colmando lagunas de la ley y sobrepasando la intención del legislador. No obstante todo lo cual, Battaglini recuerda la extrema cautela que debe observarse en esta delicada materia, en que puede peligrar la seguridad jurídica a pretexto de mera interpretación.

NOTAS A SENTENCIAS

GRIECO, Dr. Antonio, Consejero de Corte de Apelación: "ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI IN TEMA DI FURTO ED APPROPIAZIONE INDEBITA", II, col. 126.

Comenta el magistrado Grieco una sentencia de la Sección 2.^a de Casación, de 19 de diciembre de 1949, que, pronunciándose sobre la siempre debatida cuestión de la posesión en Derecho penal, como elemento delimitador del hurto y de la apropiación indebida, declara que, si bien la custodia de una cosa puede responder a relaciones concebidas incluso en interés del poseedor que, si se la apropia, incurre en apropiación indebida y no en hurto (caso del locatario, del acreedor prendario, etc.) se requiere en todo caso, para estimar una posesión que pueda servir de presupuesto básico para el delito de apropiación indebida, que la relación posesoria sea de tal naturaleza que sustraiga la cosa a la disponibilidad o vigilancia mediata o inmediata, continua ó discontinua del comitente, confiriendo al comisionado cierto grado de autonomía; por lo que comete hurto y no apropiación indebida el custodio que se apropia un vehículo que le había sido confiado con prohibición expresa de usarlo.

El comentarista cita a este propósito alguna otra sentencia, como la de 24 de enero de 1950, que determina que el dependiente de un bar tiene la simple detentación, no constitutiva de posesión, de los líquidos a él confiados para la confección de las bebidas que puedan solicitar los clientes, puesto que, para que pueda hablarse de posesión, es necesario un poder de uso y de custodia que viva de modo autónomo fuera de la esfera de control del propietario. Y examina, a través de la noción civilística y de la penalística autónoma de la posesión, este interesante tema que, al fin y al cabo, no es sino particular manifestación del general problema suscitado en el campo penal por los conceptos valorativos originariamente radicados en ordenamientos jurídicos extrapenales.

Representan el criterio civilístico dentro de la doctrina italiana Angelotti ("I delitti contro il patrimonio", en el Tratado de Florián, Milán, 1936) y Pannain ("Il possesso nel diritto penale", Roma, 1946); y el penalístico, en sus diversos matices, Marciano, que estima posible una autónoma construcción penal de la posesión (aplicable a la apropiación indebida, al peculado, a la usurpación de inmuebles, a la tenencia de armas, etc.), al margen del concepto sentado por el art. 1.140 del Código civil. Reviste especial interés en la materia el estudio fundamental de Petrocelli—citado por Grieco—, "L'appropriazione indebita" (Nápoles, 1933), que analiza luminosamente los aspectos y posibilidades del artículo 646 del Código penal italiano, dedicado a dicha figura delictiva, considerando apropiación indebida el apoderamiento de la cosa colocada, fuera de la inmediata vigilancia del dueño, a cargo del sujeto activo.

Inserta este mismo número de "Giustizia Penale" el texto del discurso oficial pronunciado con ocasión de la apertura de Tribunales por el Procurador General de Casación, Dr. Gaetano Miraulo (I, col. 33), que se ocupa, entre otras manifestaciones estadísticas, legislativas y jurisprudenciales, de la actividad de la Corte Suprema en materia penal—sustantiva y procesal—durante el año 1950, tanto en cada Sección como en las Secciones unidas: Recurribilidad de las resoluciones sobre prisión preventiva, atenuante por razón de motivos morales o sociales, sugestión multitudinaria, ejercicio arbitrario del propio derecho por parte de arrendadores contra inquilinos, atropellos en el curso de competiciones automovilistas, hurto perpetrado por el aparcerero sobre el producto de la recolección, y otras.

NOTICIAS

"MODIFICHE AL CODICE DI PROCEDURA PENALE DI POLONIA". (Referencia a "Review of Polish Law", 1949.)

Por disposición de 27 de abril de 1949 se modifica sustancialmente el Código procesal polaco, siendo las principales innovaciones: Avocación potestativa por las Cortes de Apelación de los casos más graves; examen previo por el Tribunal de la seriedad de los motivos de las impugnaciones; abolición del juez instructor, cuya misión queda a cargo del Ministerio Fiscal y de la Policía.

Marzo de 1951

ABRIGO, Dr. Enzo, Juez del Tribunal de Roma: "IL PROBLEMA DELLA PENA NEL CODICE, NELLA COSTITUZIONE E NEL PROGETTO PRELIMINARE DI RIFORMA", I, col. 97.

Se ocupa este estudio de los fines clásicos de la pena, unilateralmente desviados por el art. 27 de la Constitución republicana, que viene a atribuirle carácter exclusivamente reeducativo, incompatible con el armónico criterio defensionista del Código Rocco, todavía vigente y tan agudamente puesto de relieve por Novelli, en 1935, en su "Rivista di Diritto penitenziario". Este pie forzado constitucional, indudablemente perturbador para el Derecho penal, aparece respetado a medias en el art. 140 del Proyecto preliminar de reforma que proclama que la pena debe tender a la reeducación del culpable, "dentro de los límites de la función punitiva".

FORNARO, Luigi: "AGGRAVANTE TELEOLOGICA E REATO CONTINUATO", II, col. 193.

Acerca de la agravante segunda del art. 62 del Código penal—heredada del Código Zanardelli que, en su art. 366, núms. 5 y 6, la confinaba al delito de homicidio—hace surgir el tema de la distinción entre el delito-medio y el delito-fin, con sus consiguientes dificultades y tangencias con el campo del concurso real de delitos.

Examina Fornaro tres supuestos: a) Delito cometido como medio para la perpetración de otro delito; b) Delito cometido para encubrir otro anterior, y c) Delito llevado a cabo para asegurar las ventajas o la impunidad de otro ya realizado. Nos encontramos en el campo del *concorso real* de delitos que, en el caso de la nota agravante, se presentan particularmente conexos. En realidad, parece identificarse esta agravante con la primera del art. 61 (haber obrado "por motivo abyecto"), pero se distingue en que ésta tiene un sentido más genérico y la que nos ocupa (cuya naturaleza es mixta: objetiva, por el fin y subjetiva por el móvil) es más específica; siendo ambas incompatibles en cuanto a su apreciación respecto de una misma conducta. Según el art. 32 del Código procesal penal y, a diferencia de las demás agravantes, puede provocar un desplazamiento de la competencia.

De la naturaleza mixta, objetiva-subjetiva, de la agravante se desprende su inaplicabilidad en aquellos casos en que el delito fin fuere *putativo* o *imposible*; si bien no faltan ciertas vacilaciones jurisprudenciales en la materia, así como en el caso de falta de *condiciones objetivas de punibilidad* y en el de *concorso formal*, esto es, cuando con una sola acción resulten violadas dos disposiciones legales: ejemplo típico, la estafa cometida mediante cambial falsa; no obstante, lo cierto es que lo agravante consistente en la comisión de un delito para ejecutar otro exige dos acciones u omisiones bien distintas entre sí y no—ya que ello sería *concorso formal*—una acción u omisión única.

En cuanto al delito *continuado*—de tan lenta y difícil sistematización técnicojurídica hasta llegar a la fórmula del art. 81 del Código Rocco— con el que la agravante aquí estudiada muestra una semejanza referida al elemento temporal, parece que, como agravante genérica que es, deberá quedar excluida por virtud del art. 61, que claramente excluye aquellas agravantes generales constitutivas por sí de elemento integrativo de un delito o de agravante especial. Del mismo modo, no podrá ser tomada en cuenta en los casos de delito complejo y de delito presupuesto de otro, con arreglo al art. 84, y en parte, al 170.

Estima Fornaro que su tesis es también válida en vista del proyecto de reforma penal, que no introduce innovación en la materia, antes bien confirma el mencionado criterio en su art. 52.

LANCIA, Abogado Pietro: "IL PROBLEMA DELLA FECONDAZIONE ARTIFICIALE", I, col. 118.

Resume esta nota los resultados de la reunión privada de médicos, psicólogos, juristas y teólogos, convocada en Londres por el arzobispo de Canterbury sobre esta moderna y ya discutidísima cuestión, en la que muestran su parecer favorable los médicos y adverso los teólogos y moralistas católicos, siendo reservada y condicionada la actitud de los protestantes ante esta corriente, muy difundida ya, sobre todo en América.

Los juristas suscitaron interesantes cuestiones: Posibilidad de adulterio y de falsedad derivada de la inscripción del nacido, como legítimo en el Registro civil; riesgo de incestos, etc.

NOTAS A SENTENCIAS

GRANATA, Luigi: "IL MOMENTO CONSUMATIVO NEI DELITTI COLPOSI", II, col. 226.

Sirve de tema al presente comentario una sentencia de la Sección 1.^a de 8 de noviembre de 1950, que declara que en los delitos culposos el evento es elemento constitutivo de su consumación, por lo que, en la hipótesis del homicidio culposo, el delito se consuma en el momento y en el lugar en que se verifica la muerte, y al juez de tal lugar incumbe la competencia. El comentarista comparte el criterio inspirador de esta decisión, encuadrada dentro de los moldes tradicionales observados por penalistas de tanta autoridad como Massari y Pannain, entre los contemporáneos; y se opone a la tesis heterodoxa de Vannini, Manzini y Altavilla, para quienes el delito culposo se consuma en realidad con el desarrollo de la actividad imprudente del sujeto, siendo el mal resultante una mera condición objetiva de punibilidad.

ALTAVILLA, Prof. Enrico: "RESPONSABILITA COLPOSA IN UNA PARTITA DI CALCIO", II, col. 230, y BERLINGUER, Mario: "COMPETIZIONI SPORTIVE E LEGGE PENALE", II, col. 235.

Se ocupan ambos comentarios de una interesante sentencia condenatoria de la Sección 2.^a de Casación, de 9 de octubre de 1950, que viene a revocar la absolutoria dictada por el Pretor y por el Tribunal de Pordenone. Según la sentencia de Casación—estimada justa por el primer comentarista, que desarrolla un cuidadoso estudio de este importante y actualísimo problema—, puede ser declarado responsable de culpa penal el atleta que en la lucha contra su adversario no mantenga el debido dominio sobre su propia acción siguiendo fielmente todas las reglas del juego; debiendo adaptarse los principios comunes y tradicionales de la culpa penal a las particulares situaciones de las competiciones deportivas cuando existan normas reglamentarias que determinen los confines de lo lícito y de lo ilícito en el comportamiento de los atletas.

Por su parte, Berlinguer, si bien está en principio conforme con la incriminación penal de los resultados lesivos resultantes de la voluntaria inobservancia de las reglas de cada juego, llama la atención sobre los peligros de la excesiva abstracción en esta materia, que sólo sería admisible "in vitro" o dentro de un juego al "rallenti", pero no a la impresionante velocidad que la realidad deportiva impone y practica.

Adolfo DE MIGUEL

*Profesor adjunto de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Madrid.*

"RASSEGNA DI STUDI PENITENZIARI"

(Año I. Fascículo 2.º, marzo-abril 1951)

NICOLA PENDE: "EL HUMANISMO BIOLOGICO EN CRIMINOLOGIA", págs. 301 a 305.

Es muy significativo, dice el autor de este artículo, el índice de madurez del pensamiento en todos los pueblos civilizados, que van considerando todos los problemas que afectan a la Criminología, tanto desde el punto de vista de la instrucción, como de la ejecución penal, en conexión con la nueva Ciencia biológica-psicológica del hombre, aplicada al estudio del delincuente y con altruismo auténticamente cristiano.

Se refiere al Congreso Criminológico Internacional recientemente celebrado en París, y al que tuvo lugar en Roma de los Capellanes de las Cárceles, en relación con este humanismo penitenciario. En el primer se discutieron ampliamente, como es sabido, las cuestiones referentes a la Psicología y Biología del delincuente, factores sociológicos del delito, criterios para la valoración de la responsabilidad del reo, y su peligrosidad. Califica de muy interesante el debate sobre las dos grandes doctrinas.

criminológicas: la biológica-psicológica de la constitución y la de los factores que afectan al mundo circundante, entre las cuales se ha colocado una tercera: *psicogenética*, que trata de hacer del delito un problema psicológico, que debe explorarse y valorarse con criterios de aquella ciencia comprendido el psico-análisis. Asegura que hoy no estamos lejos del idealismo psicológico abstracto y observa que una visión totalitaria y sintética de la persona humana es indispensable.

Afirma que es necesario considerar de un modo inseparable el cuerpo y el espíritu, que si este último es esencialmente libre, está coordinado y en parte subordinado a la estructura corpórea, y, sobre todo, a la cerebral, por lo que no pueden olvidarse las leyes biológicas ni la tiranía de la herencia morbosa. Tal totalidad de la persona humana obedece, pues, a su yo consciente y esencialmente libre de su auto-determinación, pero obedece también al yo biológico y a las Leyes del ambiente social y cósmico. Así bien, según la doctrina defendida por Pende, la llamada libertad de querer y obrar, la libertad moral de la persona no es absoluta, sino es relativa, condicionada siempre, más o menos fuertemente, a las estructuras orgánicas originarias o adquiridas, sobre todo, cerebrales, a las reacciones reflejas y a la adaptación del conjunto—cuerpo y alma—del sujeto al ambiente cósmico y social.

Se refiere luego a los problemas de tipo médico, que pueden explicar determinadas reacciones humanas en virtud de lesiones cerebrales, que pueden pasar a veces desapercibidas y a los desórdenes funcionales de la esfera instintiva afectiva, y, naturalmente, también conocida la especialización de Pende, a los desequilibrios hormonícos, es decir, al factor endocrino, opinión admitida por Kretschmer y Verdun.

Según las conclusiones del Congreso de París de referencia, el examen médico-psicológico del delincuente debe abarcar también este factor endocrino, aparte de las exploraciones craneales, psicológicas y psiquiátricas, siendo premisas ineludibles las conclusiones que se obtengan para el Magistrado y los Jueces de hecho, como trámite previo para valorar la responsabilidad del reo sin desdeñar los factores ocasionales, emotivos, sociales, es decir, la personalidad delincuente en su totalidad, sus características biológicas y sus disposiciones morbosas, las anomalías del desenvolvimiento neuro-psíquico, etc.

Según esta doctrina, que califica Pende de Humanismo Biológico en Criminología, no se desconoce al clasicismo penal y la siempre universal doctrina de la responsabilidad moral humana, como capacidad de entender y de creer, pero debe ser radicalmente modificada en su opinión y en la de otros especialistas italianos, franceses y belgas. Al delincuente hay que verle con mirada de Médico, esto es, con humanismo biológico y no con ojos de venganza o egoísmo social exagerado, actuando como defensa social, no con medios inhumanos, pensando en cuántas veces son sancionados injustamente verdaderos enfermos mentales. Las consecuencias son la reforma del Derecho Penal y del régimen penitenciario, para tener en cuenta estas conquistas de la "Ciencia unitaria de la persona humana".

ALTAVILLA, Enrico: "SOBRE LA FUSION DE LA EJECUCION DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD"; págs. 306 a 309.

El Profesor de la Universidad de Nápoles, autor de este artículo, no trata de referirse al problema teórico de las diferencias entre penas y medidas de seguridad, ni tampoco de la naturaleza jurídica de estas últimas. Lo que plantea es el problema de la unificación de los sistemas repressivos y preventivos, dando mayor eficacia a estos últimos, simplificando los servicios penitenciarios en una solución unificadora y facilitando la labor de la adaptación a la sociedad del recluso hacia el cual debe tenderse con todas las fuerzas. Aquellos que en sus doctas construcciones doctrinales ignoran el alma del criminal, aquellos que están preocupados solamente por una función vindicativa para apagar la "orgia sádica" de las multitudes pueden hacerse la ilusión de que el delito se combate con penas graves, con lo que el delincuente se siente íntimamente sin posibilidad de redención. Señala casos que pueden ser índice de las posibilidades de readaptación de los delincuentes como en uno que cita de fondo psicopático, brutal homicida, que pudo ser transformado en el ambiente penitenciario por medio de una disciplina de trabajo y convirtiéndose en un obrero diligente, devoto, con grandes progresos culturales, merced a haber sido sustraído a un ambiente de abandono y hostilidad.

El Profesor Altavilla concluye por preguntar que si en un caso como éste pudo lograrse éxito, cuántas esperanzas deben alentarse el día en que la Cárcel sea clínica de sociabilidad, laboriosidad y desintoxicación de los rencores que el ambiente acumuló sobre el ánimo del delincuente.

ERRA, Carlo: "LA ORGANIZACION DEL TRABAJO PENITENCIARIO"; págs. 310 y 331.

Comienza por establecer el principio generalmente reconocido de que uno de los elementos más importantes de cualquier sistema penitenciario es el trabajo. Si, en efecto, todas las Escuelas Penales, asegura, son concordes en afirmar que las penas, incluso las aflictivas, tienen una finalidad de reeducación, si no nos inspiramos exclusivamente en la idea de la venganza y de la expiación, el trabajo evidentemente es el medio más idóneo para alcanzar aquella finalidad, ya que la experiencia penitenciaria demuestra que es un instrumento de primer orden para la redención y readaptación del delincuente a la vida social.

Plantea el autor a continuación el problema de si el trabajo debe ser obligatorio o facultativo, proclamando la necesidad de su obligatoriedad. Después se refiere a si debe ser útil, tendiendo a suministrar al recluso el conocimiento y la práctica de un oficio o no, y cree que debe ser en todo caso el trabajo útil el que debe prevalecer, asegurando las condiciones favorables para conseguir aquella finalidad, conforme a las condiciones locales y naturaleza del delito para no actualizar pasiones que

determinaron el crimen. Debe tender a la finalidad de la reeducación, y estudiarse una serie de recompensas. No se muestra partidario de una redención de penas por el trabajo de un modo automático y sí de la libertad condicional premiando al diligente con aumento de horas de recreo, posibilidad de escribir, comunicaciones especiales y acceso a la biblioteca de la Prisión, todo ello con una nutrición adecuada, asegurándole las calorías necesarias y suplementos alimenticios a cargo del producto de su trabajo.

Sucesivamente trata el autor del artículo de los prejuicios contra el trabajo carcelario y el coste de los productos elaborados, la organización del trabajo que debe seguir las tendencias del recluso, sus aptitudes y habilidad. Por lo que se refiere a este problema, analiza el sistema de empresa, el de destajo y otros, mostrándose partidario del sistema de administración por la propia organización penitenciaria, pues debe prevalecer la finalidad correccional del trabajo sobre la económica.

Por lo que se refiere a la contraprestación que debe recibir el penado por su trabajo, analiza si se trata de un verdadero y propio salario, y dice que es más bien remuneración que incluye la idea de compensación, pero no la exacta correspondencia al trabajo realizado, lo cual no implica que no le sean aplicables al interesado las normas que tutelan el trabajo en general, sobre todo, en materia de accidentes, y por lo que se refiere a la previsión social el autor de este artículo cree que es preciso distinguir entre las distintas clases de seguros, siendo inaplicables aquellos que afectan al paro y a algunas enfermedades, que han de tener el tratamiento idóneo en el sistema penitenciario, siendo evidente, por lo demás, lo imprescindible de una tutela social en materia de invalidez y vejez.

(Año I. Fascículo 3.º, mayo-junio 1951)

SAPORITO, Filipo: "NECESIDAD DEL MEDICO CRIMINOLOGO EN LOS ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS"; págs. 489 a 496.

Se nota, dice el autor de este artículo, la tendencia a revisar las orientaciones penitenciarias, haciéndolas converger hacia el fin supremo de la enmienda del delincuente, principio que no es nuevo por haber influido siempre todos los Reglamentos carcelarios de todos los tiempos y de todos los lugares, incluso aquellos que inspiraron sistemas crueles del tratamiento de los delincuentes por entender que era el medio más idóneo de rescatar las almas perdidas. Esta tendencia no ha sido correspondida con resultados prácticos, ya que los Funcionarios de prisiones aparecen bajo el peso de responsabilidades administrativas y penitenciarias, preocupados principalmente de la vigilancia de los reclusos y sin tiempo de ocuparse de fines más excelsos, sin perjuicio de reconocer los casos de Funcionarios que se sacrifican abnegadamente sin medios por lograr aquella finalidad.

La palabra Educación tiene un significado distinto en la órbita cri-

minológica que en otras esferas, pues debe responder a las interrogantes de tipo constitucional y ambiental que todo delincuente plantea.

El procedimiento de la selección, pese a los avances conseguidos, sólo puede ser realizado, en opinión del autor del artículo, por el Médico, no en su tradicional aspecto de curar enfermedades, sino en la función de revisar y vigorizar el mundo penitenciario por conocer las leyes de la vida como biólogo experto en el estudio de la criminalidad, para dar paso a una nueva figura de Funcionario técnico de carrera, el Médico criminólogo, que es capaz de estudiar para conocer y tratar racionalmente al delincuente.

Se refiere luego a las conclusiones del primer Congreso Internacional de Criminología, que tuvo lugar en Roma en el año de 1938, donde se acordó que el método para el estudio de la personalidad del delincuente abarcara la totalidad de los aspectos del problema, con la colaboración de los Jueces y Peritos en las tres fases de instrucción, juicio y ejecución, teniendo su centro en lugares adecuados de observación.

El Médico Criminólogo debe distinguir lo correctivo de lo terapéutico, y debe tenderse a hacer de los presidios verdaderos Hospitales de la criminalidad con el fin de recuperar el mayor número posible de caídos en la ruta del crimen, sin excluir a los no recuperables, a lo menos en lo que sea posible, constituyéndose, además, un propio y verdadero "Cuerpo de Enfermeros de la Criminalidad" para prestar servicio en el simbólico Hospital.

La orientación de referencia debe entenderse también en el sentido de Clínica de la criminalidad, que deberá proveer tanto a la curación de los hombres como a la investigación de los problemas criminológicos, sin que el Estado regatee los medios precisos para la investigación científica, en este orden, y para el perfeccionamiento de los medios de conocer y resolver este problema penitenciario.

LEONE, Armando: "SI LA LIBERTAD VIGILADA CONSIGUIENTE A LA LIBERTAD CONDICIONAL PUEDE SER REVOCADA POR EL MINISTRO DE JUSTICIA"; págs. 497 a 501.

Estudia en este artículo el autor del mismo el problema de la libertad condicional en el Sistema penitenciario; las teorías que lo fundamentan; la liberación condicional como modalidad de ejecución de la pena; la situación jurídica del condenado liberado condicionalmente, y la libertad vigilada como efecto insoslayable de la condicional, manteniendo la tesis de que el liberado condicionalmente tiene la libertad personal condicionada y vigilada, modalidad de la ejecución de la pena que el Ministro de Justicia no puede revocar, porque ejercitaría un derecho, que, según el autor, la Ley no le atribuye.

GUILIO CREMONA: "EL ARTICULO 148 DEL CODIGO PENAL ANTE LA INMINENCIA DE UNA REFORMA"; págs. 502 a 509.

Se refiere este artículo a la suspensión de la pena cuando el reo padece una enfermedad psíquica sobrevenida; disposición que se repite en el artículo 150 del nuevo Proyecto, y dictada para disminuir los casos de simulación de parte de los reclusos que intentan eludir la ejecución normal de las penas de prisión para ser internados en un manicomio con régimen más favorable. No han faltado críticas a esta disposición del Código Italiano vigente, y en definitiva el problema debía de ser resuelto castigando adecuadamente a los simuladores. No obstante, hay que admitir que la pena, con sus características de intimidación y castigo, puede colocar al condenado en condiciones de insensibilidad frente a ella si padece una enfermedad psíquica, pero el autor del artículo cree que no todos los enfermos mentales se encuentran en estado de insensibilidad o inconsciencia, mateniendo que es muy difícil dosificar la capacidad individual de consciencia, idoneidad, sensibilidad a los efectos afectivos y correctivos, y por otra parte el precepto representa una agravación de la sanción privando al condenado enfermo de libertad por un período de tiempo mayor que al sano, lo que puede provocar una agravación de su enfermedad.

El autor, para salir de la situación provocada por el artículo 148, cree que debe derogarse este precepto, pero por otra parte propone modificaciones técnicas en relación al internamiento en Manicomios Judiciales, medidas disciplinarias contra los simuladores y la creación de Establecimientos adecuados para los que sin ser enajenados presenten anomalías psíquicas, desviaciones, los psico-degenerados y, en fin, los intoxicados por el alcohol, las drogas, etc.

Concluye manteniendo la tesis de que debe procederse a un mejoramiento en la organización de los establecimientos penitenciarios, los cuales deben tener en cuenta, sobre todo, la salud y el modo de vida de los reclusos, creyendo erróneo insistir en mantener el precepto legal repetido, que ofende al sentimiento de humanidad y de justicia y carece de fundamento en la técnica médica y psiquiatra.

Valentín SILVA MELERO
Catedrático de Derecho penal
en la Universidad de Oviedo.

SUECIA

"YEARBOOK OF THE NORTHERN ASSOCIATIONS OF CRIMINALISTS" (Stockholm)

1947-1948

Con referencia a los temas abordados por la "Asociación de Criminalistas Nórdicos" en su primera sesión, celebrada en Helsinki el 29 de mayo de 1947, destaca el citado "Anuario" las figuras del Profesor Thorsten Sellin y del Doctor Martti Kaila como las de los principales ponentes

para las cuestiones relativas a "La sentencia indeterminada y métodos equivalentes".

El primero de los citados oradores advirtió que, desde el primer ensayo norteamericano de sentencia indeterminada (Estados de Michigán, 1869), el sistema ha llegado a mostrar hasta cuatro variedades en la legislación de los Estados Unidos. La primera modalidad, ofrecida por Missouri y Minnesota, permite sean remitidos al régimen de "bajo palabra" los penados a trabajos forzados que hayan cumplido un quinto de su condena, o bien la sumisión a dicho régimen, según criterio de la correspondiente Junta, y siempre que hayan cumplido cuando menos diez meses de reclusión.

A la segunda variedad pertenece la legislación de California, que prescribe al Tribunal la imposición del grado máximo de la condena respectiva y faculta a la Junta de "bajo palabra" para que pueda otorgar tal beneficio al reo que haya cumplido el período mínimo legal.

Para el Profesor Sellin, los legisladores europeos han conseguido análoga finalidad sin el sistema de la sentencia indeterminada a virtud de "medidas de seguridad", indeterminadas también y en rigor de carácter no penal.

Abogó dicho ponente por un régimen de elasticidad que permita graduar el período de tratamiento institucional en aras de su mayor individualización, prefiriendo incluso la condena de plazo máximo fijo con tal de que se arbitre la medida que se reputa más eficaz para la puesta en práctica del criterio indicado.

Después, el Doctor Kaila propuso la elaboración de un sistema penal al que puedan incorporarse los métodos más eficaces en la reacción contra el crimen, repudiando la idea de retribución y el principio de responsabilidad penal como criterios informadores del aludido sistema. Propuso también la individualización del tratamiento, la duración indefinida del mismo para reos anormales no reputados responsables criminalmente y la división del resto de los delinquentes en los siguientes grupos: 1.º Adultos de mentalidad normal, con tiempo de condena fijo; 2.º, reos jóvenes, con tratamiento meramente educativo por período relativamente indeterminado, y 3.º, reos anormales considerados criminalmente responsables, también con tratamiento técnico indeterminado no punitivo.

El Profesor Granfelt leyó a continuación una moción del Dr. Schlyter que abunda en pro de la reducción del sistema de reclusión como pena y de medidas sociales de duración relativamente indeterminada para ciertas clases de reos.

Para el Profesor Bruno A. Salmiala, de Helsinki, solamente merced al sufrimiento del delincuente puede ejercer el castigo una influencia preventiva en los demás. A su entender, la sentencia indeterminada entraña ciertos peligros: la diversa duración de condenas puede herir el principio de que los reos sean todos iguales ante la ley; o bien al sentido público de justicia, cuando las condenas resultan excesivamente prolongadas, aparte de abrir resquicio a posibles actitudes arbitrarias por parte de órganos administrativos a los que, de hecho, se transfiere con

el sistema la función típicamente judicial. Ello, no obstante, recordando a quienes califican a la sentencia indeterminada de "Carta Magna" de la criminalidad, afirmó también que en cierto sentido lo es de la libertad civil.

El problema de la institución radica, en el sentir de Hardy Göransson (Director de Prisiones sueco), en la imposibilidad de predecir la conducta futura del recluso, lo que puede hacer arbitrario el régimen de libertad bajo palabra; defecto al parecer agudizado con los alcohólicos y defectuosos mentales en Suecia. Por otra parte, el sistema ofrece la ventaja de poder reingresar al reo cuantas veces lo precise por conducta incorregible; mas, para apreciar si es susceptible de reforma, debe ser licenciado provisionalmente.

El Profesor Brynolf Honkasalo cerró la sesión sustentando tesis favorable a la institución en estudio, sobre todo tratándose de reincidentes, alcohólicos y grupos sociales análogos, mas repudiándola con respecto a los reos ordinarios.

El 14 de mayo de 1948, tuvo lugar la sesión consagrada al tema: "La finalidad del castigo", principalmente a cargo de Bruno Salmiala y de Martti Kaila.

El primero de ellos, reconociendo las objeciones lanzadas contra la consideración del castigo como reparación justa, en vez de como método social de reforma al par que de protección, invoca empero las razones históricas y el concepto popular de la justicia, que hacen, a su juicio, prevalezca el primer criterio desde que la pena ha venido evolucionando. Para él, ignorar estos puntos de vista implicaría un conflicto con los principios elementales de justicia en que descansan los sistemas legislativos occidentales. Recuerda, a este respecto, las públicas demandas de severos castigos para los colaboradores a raíz de la liberación de Dinamarca y Noruega, y concluye opinando que, al exigirse una proporcionalidad entre el sufrimiento impuesto al delincuente y el daño por él causado, se establece una igualdad ante la Ley que no puede lograrse si la duración de las medidas penales ha de regularse por el criterio de la reforma del culpable.

Sustentando un punto de vista radicalmente opuesto al anterior, el Doctor Kaila señaló la circunstancia de que muchos atropellos dimanen de la mera aplicación lógica de la teoría retributiva en la condena de los reos y administración de los castigos. Según tal teoría, añadió, el grado de culpabilidad del reo, medido por su responsabilidad, y la índole y gravedad del delito, determinan la penalidad. La persona que carece de responsabilidad moral no es susceptible de castigo. La sociedad no tiene derecho a adoptar medida alguna si en un caso determinado no se halla el culpable necesitado de cuidados institucionales o si no implica temor o alarma algunos para la seguridad pública. Los que revelan una responsabilidad moral y limitada, y por ello son considerados meros culpables, son también castigados, aunque más suavemente. Desde el punto de vista de la "política criminal", esto es, sin duda, un criterio

irracional. Hoy día sabemos que los criminales más peligrosos, y especialmente los reincidentes, son tan anormales que sólo puede reputárseles responsables hasta cierto punto. Toda vez que la teoría retributiva clama por que la pena produzca sufrimiento, las medidas educativas o terapéuticas han de quedar forzosamente relegadas, a despecho de que son las únicas que aseguran los resultados.

Aunque un buen número de medidas punitivas—concluyó el Doctor Kaila—pueden y deben ser desechadas por las terapéuticas, la pena, especialmente la de prisión, subsistirá sin duda alguna como la forma principal de reacción social frente a los criminales.

Seguidamente, el Profesor Stephan Hurwitz, de Copenhague, advirtió el polifacetismo apreciable en la teoría retributiva: para él, la de Salmiälä entraña que el sufrimiento causado por la pena ha de crear inhibiciones en el individuo que impidan su reincidencia. Esto, en su sentir, es Pedagogía penal y no retribución en sentido estricto. Estima que el legislador práctico ha de prestar atención a los conceptos populares de justicia, si bien una de las tareas más importantes de la jurisprudencia y criminología modernas es encauzar y educar los sentimientos populares, toda vez que las reacciones de la sociedad frente a los delitos no pueden describirse o establecerse "a priori" con miras a una valoración de tipo ético. En la lucha contra el delito, la Ciencia penal nórdica está en lo cierto cuando intenta reducir al mínimo el espíritu de venganza.

1948-1949

El 30 de septiembre de 1948 celebró, en Estokolmo, la Asociación sueca sesión, que tuvo por tema: "Algunos criterios sobre el uso y aplicación de la condena condicional".

Torgny Lindberg, Secretario de Sección de la Administración de Prisiones, se refirió a la general creencia de que la delincuencia había aumentado en gravedad y extensión a causa de la lenidad mostrada por los jueces al aplicar "abusivamente" la condena condicional, contribuyendo con ello al "descrédito de la ley"; crítica que rechaza el disertante por cuanto dicha institución, estima, más que abocada a la lenidad está orientada a la adecuación de la represión al caso concreto, y la profusión de su otorgamiento por los tribunales no es sino una exacta visión del genuino fin que aquélla se propone.

Después de abundar en el sentido de que la medida en que los tribunales deban hacer uso de la condena condicional depende del efecto preventivo de la pena impuesta, concluyó su disertación el señor Lindberg con sendas referencias a los requisitos legalmente exigidos para el empleo de la institución y a su combinación con otros arbitrios judiciales, cual el régimen de prueba en sus diferentes matices.

Seguidamente, Martti Kaila comenzó evocando la labor de Juan Augustus (Boston, 1841), como origen de la condena condicional. Para él el régimen de prueba del reo se basa en su adecuación, mayor que el internamiento; entraña efectos curativos, sobre todo si el procesado se

percata de su valor y lo acepta, y, finalmente, ha de adaptarse a las necesidades del reo beneficiario y ser mirado por éste como un método de auxilio y no de castigo. Con referencia a la Ley sueca de 1939, advirtió que la misma no especifica si es menester el asentimiento del probando, por lo que reputa debatible la cuestión relativa a la posibilidad de que el reo opte, en lugar del régimen de beneficio, por un período de reclusión; preferible quizá, desde su punto de vista, si bien no tan propicio como aquél a su rehabilitación desde el punto de vista social. Concluyó sentando que el método de prueba brinda más conyunturas a la aplicación del tratamiento médico más adecuado, sobre todo para los reos que rayan en el desequilibrio mental, para los propensos a las bebidas alcohólicas y a cierta clase de psicópatas o afectos de anomalías del carácter.

Después, el señor Göransson, atendiéndose a los resultados obtenidos con los medios hasta ahora disponibles en el régimen de prueba—medios escasos por razones principalmente económicas—, aconsejó el empleo de funcionarios inamovibles y expertos como sistema preferible al de la colaboración privada, e incluso a la que pueda aportar la propia Administración de justicia; todo ello con respecto a la investigación que el éxito del régimen requiere, incluso en la etapa procesal anterior a la emisión de la sentencia.

El Juez de Copenhague, Teodo Petersen, propugnó la separación del sistema de prueba del de condena condicional, sobre todo tratándose de delincuentes jóvenes; y, con respecto a los adultos, por estimar que el valor “pedagógico” de dicha clase de condena disminuiría de no esperar su aplicación a que se haya acordado la imposición de un castigo determinado. Advirtió, además, que tal procedimiento estaría más en armonía con el concepto popular de la justicia.

Igualmente recomendó para los jueces mayor libertad en lo atinente a la modificación de la condena a imponer cuando se haya incumplido por el reo alguno de los requisitos acordados cuando aquélla se dejó en suspenso, y, a propósito del régimen de prueba, evocó la mayor profundidad con que el problema se viene considerando en Inglaterra, en lo que respecta a la sensación que debe darse al procesado, de que inspectores y tribunal actúan de consuno y en la conveniencia de que el Juez, al notificar la concesión del beneficio, se dirija al reo en términos de la mayor personalidad y perspicacia psicológica posibles, en lugar de limitarse a la fría y rutinaria lectura de la lista de condiciones establecidas por el Código penal.

El Doctor Ivar Strahl, de Estokolmo, señaló como uno de los requisitos previos para la debida eficacia de la condena condicional el de que se haga al reo un requerimiento a que indemnice de los daños causados; ello sería a su entender de gran efecto pedagógico. Asimismo propuso se ampliasen las facultades judiciales a poder remitir directamente a cuidados hospitalarios o educativos de índole no penitenciaria, previo consentimiento de las respectivas direcciones; que se aplicase la condena condicional a casos de delitos castigados pecuniariamente; la desapari-

ción de las actuales restricciones cuando el reo es reincidente, y la simplificación de las normas que regulan supuestos de beneficiarios que hayan delinquido con anterioridad a la incoación del sumario actual o durante la tramitación de éste.

1949-1950

El 26 de octubre de 1949 se reunió, en Oslo, la Asociación noruega de criminalistas para ocuparse del tema: "Idoneidad de método y sujeto en la aplicación de las llamadas Medidas protectoras".

Comenzó el Fiscal Lauritz Dorenfeldt declarando que, al instaurarse la institución llamada "Medidas protectoras", la Medicina ha logrado acceso a la política criminal; pero en modo tal que es la interpretación médica de la enfermedad mental—en concreto: los diagnósticos "insensibilidad" y "facultades mentales defectuosamente desarrolladas y debilitadas permanentemente"—los que determinan la aplicación de las medidas susodichas. De lo que resulta que la acusación pública y los tribunales se sienten constreñidos por los dictámenes técnicos, que en raras ocasiones son desoídos por aquéllos. Además, advierte últimamente el orador una tendencia, sobre todo en los psiquiatras más jóvenes, a rebasar con sus diagnósticos las lindes estrictamente médicas, inmiscuyéndose en lo relativo a la declaración de culpabilidad y consiguiente castigo. Propuso que la sugerencia médica, en cuanto a la "medida" a adoptar, consistiese en mera aportación técnica al procedimiento.

Igualmente propuso la sustitución de la antecitada frase "facultades mentales debilitadas o defectuosamente desarrolladas" (epígrafe 38 del Código penal noruego) por el concepto "deficiencia psíquica", en cuanto el mismo implica una mayor referencia a la personalidad del procesado en sus aspectos psíquico, propiamente tal, volitivo y moral.

Por el contrario, el Profesor Gabriel Langfeldt manifestó que el dictamen psiquiátrico forense no estaba tan sólo destinado a suministrar al tribunal una mera orientación, sino también a expresar si los métodos aplicables eran adecuados o perjudiciales al reo.

La tesis precedente fué a su vez rebatida por el representante de la Comisión de Medicina legal, Ornulv Odegaard, quien además se opuso a la instauración de un cuerpo permanente de técnicos, abogando, en cambio, por un centro psicopático a cuya junta directiva entienda deben concederse amplias libertades en orden a la modificación, incluso de las medidas preventivas (o protectoras), sin complicar para ello los trámites con la Administración de prisiones.

Andrés Aulie, Fiscal general noruego, defendió la distinción tajante entre la esfera propiamente técnica y lo que puede calificarse de "información general complementaria". Lo que precisa el tribunal—añadió—es un diagnóstico, la conclusión y el informe relativos al carácter de la persona sometida a investigación, su temperamento, sus inclinaciones. Propuso se constituyese una comisión con jurisdicción, tanto sobre los licenciados de presidio como sobre los en régimen de libertad bajo pa-

labra, por entender que ello contribuiría a la mayor uniformidad del tratamiento y a la mejor selección de las "medidas" aplicables.

En 11 de noviembre de 1949 se reunió la Asociación de criminalistas suecos para tratar acerca de la "Unificación de las penas privativas de libertad".

Esta cuestión, para el Profesor Ivar Agge, no puede separarse de otras cual la relativa a la eficacia de las multas, la ejecución de condenas, ciertas medidas protectoras sustitutorias del internamiento de corta duración y del aspecto técnico de la misma legislación en relación con las diversas clases de delitos.

Mostró, seguidamente, la mayor similitud que en la práctica adquieren cada día las dos formas fundamentales de privación de libertad: reclusión ordinaria y con trabajos forzados, recogiendo resultados estadísticos, según los cuales la primera modalidad se aplica con una duración de tres meses o menos, y las sentencias, imponiendo la segunda forma, fijan rara vez más de tres años. Sobre esta base se preguntó el Profesor Agge si verdaderamente había razones de política criminal que aconsejasen el mantenimiento de la distinción.

También hizo constar el disertante que en el actual régimen sueco los tribunales no disponen de un criterio decisivo para la determinación del castigo, por no considerar tal la valoración relativamente subjetiva de la gravedad que ofrezca un caso determinado.

Insistiendo en el sistema uniforme que propugna, terminó señalando la conveniencia de contrarrestar la tendencia de los tribunales a las penas de corta duración—en cuanto ello se opone a la matización adecuada—y la de recurrir a la condena condicional o al perdón judicial para los casos menos graves dentro de los punibles; pero desechando la selección, en cuanto única, de la prisión con trabajos forzados por entrañar ésta, aparte de iguales dificultades de índole técnica que la prisión simple, una nota más infamante, al menos en el sentir popular, y que no tiene razón de ser cuando lo que persigue la Ley no es precisamente el deshonor del culpable, sino causar al reo el efecto aflictivo "estrictamente" dimanante de su privación de libertad.

J. S. O.

NOTICIARIO

EL PROFESOR DEROBERT, EN LA ESCUELA DE MEDICINA LEGAL DE MADRID

Recientemente ha pronunciado el ilustre Profesor Agregado a la Facultad de Medicina de París, señor León Dérobert, una conferencia sobre un tema tan de actualidad como el de la eutanasia.

En la primera parte de su disertación considera el ilustre conferenciante lo que la eutanasia es y las varias interpretaciones y sentidos que esta palabra ha alcanzado a lo largo de la Historia.

Después de decir que la palabra es un neologismo creado por Francisco Bacon en el siglo XVII se remonta a las primeras manifestaciones aparecidas en Grecia y Roma de lo que pudiéramos considerar eutanasia, y después, desde los tiempos clásicos, vuelve a nuestra época actual para examinar manifestaciones como la realizada por el Partido Nazi, que, pese a haber sido mal llamada eutanasia, no pasa de ser un simple asesinato en masa.

Pero junto a estas manifestaciones eutanásicas sociales, las de verdadero interés, y que son las que a continuación pasa a estudiar el conferenciante, son los casos de eutanasia individual, que es la forma en que se nos aparece más a menudo en la vida actual.

La eutanasia artificial puede ser practicada con una salud perfecta o, caso mucho más frecuente, durante una enfermedad.

Cuando se practica por un sujeto en perfecto estado de salud, no es más que un suicidio agradable, y en el segundo caso, o sea en el caso más frecuente, la eutanasia puede ser practicada, o por el enfermo mismo, o por una tercera persona, que a su vez puede ser un médico que tome esta iniciativa o que se encargue de su ejecución.

Esta puede revestir dos formas diferentes: La muerte que libera, que es aquella que se aplica a un enfermo *consciente* que pide una muerte pronta para librarse de unos dolores insufribles, y la muerte por piedad, que es aquella que se le administra a un enfermo *inconsciente* para evitarle sufrimientos, y para evitar sufrimientos morales a las personas que asisten a tal agonía.

Estudia el conferenciante primeramente el comportamiento del que pide la eutanasia.

Para explicar el deseo del enfermo a acceder a la muerte se ha invocado la existencia de dolores intolerables que obscurecen la capacidad mental del paciente.

En otros casos, sin embargo, no existe tal obscurecimiento mental, sino solamente una pérdida del deseo de vivir. Este es el caso que aparece en las situaciones en las que tan pródigas son las guerras y los grandes cataclismos,

como, por ejemplo, el caso de un herido grave caído en la línea de fuego, a quien se mata en la imposibilidad de ir a recogerle, o el del viajero herido y en peligro de morir abrasado en un accidente y al que se mata de un tiro para evitarle mayores sufrimientos.

En todos estos casos son fácilmente comprensibles los deseos del moribundo, pero lo que interesa principalmente es el estudio del comportamiento del sujeto que procura una tal eutanasia.

En un primer momento puede uno preguntarse quién es el que tiene más amor al prójimo: si la persona que por no matar admite los sufrimientos de un tercero o el que arrostra todas las responsabilidades para evitar precisamente estos sufrimientos.

Antes de tomar ningún partido, examina el conferenciante los móviles profundos que animan al que así va a dar la muerte, y para ello distingue entre los ejecutados por una persona que no sea médico y los ejecutados por un médico.

En el primer caso entran todos esos acontecimientos de los que la Prensa se hace eco de vez en cuando, como, por ejemplo, el célebre caso de Mme. Uminska, y los más recientes de Allentown, en Pensilvania, y de Bridgeport, en Connecticut.

En todos estos hechos aparecen claramente algunos factores psicopatológicos, como son, por ejemplo, la idea del suicidio colectivo, en el caso de procurar la eutanasia y después suicidarse; el razonamiento melancólico que no permite el sufrimiento de un semejante, y otros que demuestran claramente una depresión y desesperación melancólicas.

En el segundo caso, es decir, en el caso en que sea un médico el que procure la eutanasia, ya entran en juego móviles diferentes.

Así nos habla el ilustre conferenciante de la posible oposición con el juramento prestado al recibir el título, y que exige el hacer todo lo posible por el mejoramiento del paciente.

Como ejemplo nos pone el de Napoleón Bonaparte ante los apesados de Jaffa, cuya muerte exigía para evitarles sufrimientos y también la propagación de la epidemia; y la contestación del médico Desgenettes, que se negó a las pretensiones del Emperador.

Ante este dilema, lo principal será apreciar la utilidad de la muerte y la incurabilidad de la enfermedad de que está aquejado el paciente.

Siendo el primer deber del médico el de curar a los enfermos y aliviarles en sus padecimientos, parece, por lo tanto, que la eutanasia deba entrar entre las medidas de que pueden echar mano en un caso determinado.

Esta es la posición de los partidarios de esta medida extrema, y para fundamentar su tesis utilizan algunos textos filosóficos, como, por ejemplo, párrafos de Tomás Moro en su «Utopía»; de Platón, en el tercer libro de la «República»; de Bacon, de Maeterlinck y de otros autores.

Otro problema con el que nos enfrenta el ilustre Profesor es el de la utilización de algunos medios de la moderna terapéutica cuyo exceso pueda causar la muerte del paciente. Este es, por ejemplo, el caso de la morfina, que a tantos debates ha dado origen.

Otro posible caso es el de la amputación de una parte corporal dolorosa y cuya función haya disminuido o desaparecido totalmente. En este mismo

orden de cosas nos encontramos con las intervenciones neuroquirúrgicas, como, por ejemplo, lobotomías, talamotomías y otras, que pueden determinar modificaciones de la personalidad.

Todas estas manifestaciones de la terapéutica moderna están orientadas hacia la supresión del dolor físico y del sufrimiento moral, siempre que no entrañen un peligro para la vida del paciente.

Otros elementos doctrinarios se oponen a que el médico practique la eutanasia y son: la posibilidad de que el diagnóstico esté equivocado y la crueldad de revelar a un enfermo su situación irremediable.

Como ejemplos, cita el autor varios proyectos de leyes en Norteamérica para introducir las prácticas eutanásicas en algunos de los Estados de la Unión, pero que, sin embargo, fueron rechazados violentamente por el Congreso de Washington; otros ejemplos citados son el rechazado proyecto de ley presentado ante el Parlamento de Sajonia y la proposición rechazada de Nóbél de crear establecimientos de eutanasia en Roma y en Milán.

Si del aspecto médico se pasa al jurídico, se puede ver la diferente forma en que la eutanasia ha sido tratada por los códigos de los diversos países. Mientras que unos la admiten, otros la consideran como un homicidio, aunque aplicándole circunstancias atenuantes, y otros, en fin, la asimilan, pura y simplemente, al asesinato.

Así, el autor cita, por ejemplo, el código penal ruso de 1922, que admite la eutanasia, el código federal suizo que la considera un homicidio y el británico que dice que corresponde a un verdadero asesinato.

El código penal francés también lo considera como asesinato, y pese a su intangibilidad, sin embargo, permite algunas decisiones jurisprudenciales, como, por ejemplo, en el caso Corbette, que terminó con un veredicto de inculpabilidad del acusado que, a sabiendas, había matado a su madre, aquejada de una enfermedad incurable.

Por el contrario, la Corte de Casación ha rechazado por dos veces la apelación de unos individuos condenados por asesinato por haber cometido actos de eutanasia.

Esta jurisprudencia es el reflejo de las dos corrientes de opinión predominantes: para unos la eutanasia no puede ser castigada, puesto que le falta un elemento esencial de delito, es decir, la voluntad criminal, mientras que para la mayoría se trata, simplemente, de un asesinato parecido a todos los demás.

Esta diversidad de opinión explica el que en el proyecto de refundición del código penal francés, el artículo 518 deje al tribunal la facultad de apreciar los móviles y las circunstancias y de rebajar en uno o en dos grados la pena por un homicidio cometido a instancias de la víctima.

También desde el punto de vista civil debe ser condenada la eutanasia.

Pero, ¿por qué este problema se presenta sin cesar y no tiene ninguna solución?

Esta permanencia resulta de una constante preocupación de los hombres, que produce un fenómeno de angustia cada vez que piensan en la muerte o que se encaran con ella.

Esta angustia puede ser considerada desde un punto de vista filosófico-católico o filosófico-existencialista y ateo, como es el caso de la filosofía de Heidegger y de J. P. Sastre.

Para el católico, la muerte, pese a que produzca una cierta angustia y ansiedad por no saber si le espera el castigo o la recompensa, es un accidente que le lleva a una nueva vida, pero para el ateo, que no espera nada más allá de este mundo, el hecho de abandonarlo tiene que producirle verdadero terror y angustia, y, además, es fácilmente comprensible que procure realizarlo de la forma menos dolorosa posible.

Por esto, contra los deseos presuntuosos de los que esperan ver un día la eutanasia elevada a la categoría de institución, opone el autor una eutanasia moral formada de una profunda paz de la conciencia, que es la única que puede dar al fin de la vida humana su serenidad y su tranquila belleza.

Y el ilustre Profesor y conferenciante termina asegurando que ésta es la única eutanasia que los médicos y los hombres, en general, pueden defender, ya que no pueden convertirse en instrumentos de aquellos que olvidan el espíritu y la letra del versículo del Exodo:

«No matarás ni al Justo ni al Inocente».

EL ANTEPROYECTO DEL CODIGO DE POLICIA

En la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación se han celebrado sesiones los días 2, 6 y 9 de abril de 1951 para exposición del «Anteproyecto de Código de policía», del que es autor el Académico, Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático don Federico Castejón. El texto de dicho Anteproyecto ha sido publicado en el ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES (número de septiembre-diciembre 1950, páginas 492 a 518). Siguiendo la orientación de aquellos países que poseen un Código de policía para reprimir las contravenciones, que el Código penal español denomina faltas, el autor articula un anteproyecto en el que, como fundamentos de su propuesta, se refiere a un estudio anterior dedicado a la misma materia, resume el tratamiento penal de las faltas o contravenciones en el vigente Código penal español, y en tres libros se ocupa: de la parte represiva, en el primero; de la parte orgánica o de organización de Tribunales, en el segundo, y de la parte procesal o procedimiento, en primera y segunda instancia y revisión, en el tercero. En el libro primero o parte represiva, se ocupa, en tres capítulos, de las disposiciones generales, de las faltas penales contra la Religión, la moral, el orden público, la falsedad, la salud pública, las personas, la familia y la propiedad, castigadas con arresto menor de uno a treinta días y de 1 a 1.000 pesetas, como penas principales, y como accesorias, la reprensión, el comiso de los instrumentos, la caución de no reincidir ni ofender al perjudicado y la suspensión de derechos, cargo y profesiones sometidas a autorización administrativa. El capítulo III está destinado a las infracciones administrativas sancionadas con multa de 1 a 1.000 pesetas, y como accesorias las mismas imponibles a los responsables de faltas penales. Dichas infracciones administrativas se distinguen en infracciones a la policía de seguridad, a la policía sanitaria, a la policía de imprenta y a la policía general y local. La parte segunda u orgánica sigue, en líneas generales, la organización de la Justicia municipal, con la agregación a la Fiscalía de este

Tribunal de un número de funcionarios, Letrados del Cuerpo de Policía, a estilo francés. La parte tercera o procesal, que renueva el sistema español de la Justicia municipal, admite la conformidad del reo de la Ley española y la actuación de la policía, la oblación voluntaria para el pago de multas y la condena por decreto, según las legislaciones extranjeras.

La crítica de dicha exposición estuvo encomendada, en cuanto a su primera parte, dedicada a disposiciones generales, al penalista y decano de la Facultad de Derecho de Valladolid, don Juan del Rosal, que se mostró favorable a la redacción del referido Código, si bien se opone a la inclusión en el mismo de las llamadas «miniaturas de delito». Funda aquella opinión favorable en razones de orden científico, técnico-legislativo, político-criminal, de estructura y finalidad policiales y práctico, salvo modificaciones de algunos de los preceptos propuestos.

La segunda parte o exposición de las faltas penales e infracciones administrativas que comprende el aludido Código fué criticada por el Académico, Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático, don Pío Ballesteros, en el sentido de que la gran amplitud que hoy alcanza la acción administrativa, así como la regulación estatal de numerosas actividades, obliga a extender el campo de faltas penales e infracciones administrativas a dilatadas esferas legislativas y reglamentarias.

La organización de los Tribunales de policía y su procedimiento fué materia de la crítica realizada por don Manuel de la Plaza, Académico y Fiscal del Tribunal Supremo, que hizo observar la contradicción de que dos organismos, Juzgado Municipal y Tribunal de Policía, coexistan para la misma función y la de que las infracciones administrativas se sujeten a la lenta tramitación del enjuiciamiento de faltas penales, a pesar de la brevedad que intenta implantar el anteproyecto, así como los tres grados de primera instancia ante el Juez Municipal o el Tribunal de Policía, apelación ante el Juez de Instrucción y revisión ante la Audiencia.

Cerró las sesiones el Director General de Seguridad, don Francisco Rodríguez Martínez, que objetó que el Código llamado de Policía debería denominarse de las faltas, reservando aquel título para una recopilación de preceptos orgánicos y reglamentarios de las funciones policiales o Código de la policía gubernativa, y que los Tribunales de Policía podrían limitarse a la intervención de Policías Letrados en las Comisarias, sin necesidad de crear una nueva organización judicial.

El autor del Anteproyecto, señor Castejón, ha manifestado tener en estudio una segunda redacción de su Anteproyecto, en el que recoja muchas de las observaciones de las críticas hechas a su propuesta, adoptando una de estas dos direcciones: o modificar el título del Anteproyecto por el de Ley Penal de las faltas u otro semejante, o realizar reformas parciales de los textos vigentes (Código penal, Ley Orgánica del Poder Judicial y Ley de Enjuiciamiento criminal) y, en ambos casos, puntualizar la exclusión de la Justicia Municipal, donde funcione el nuevo Tribunal (que abandonaría la denominación francesa de Tribunal de Policía para adoptar otra más conforme a nuestra terminología), sin poder admitir que ejerzan funciones juzgadoras, aunque sí acusatorias, los miembros de la Policía Gubernativa que, por pertenecer al Poder Ejecutivo,

debe mantenerse alejado de las atribuciones del Poder Judicial por el principio de la separación de los poderes del Estado.

La nueva redacción del Anteproyecto se publicará en breve en la «Revista de Estudios de Administración Local».

EL PROCESO DE VON FALKENHAUSEN ANTE EL CONSEJO DE GUERRA DE BRUSELAS (S. de 9 de marzo de 1951)

Acaba de tener lugar ante la II Sala del Consejo de Guerra de Bruselas uno de los asuntos más apasionantes de la criminalidad bélica, enjuiciada internacionalmente, pero dentro del marco de la justicia interna, en el caso presente la belga. De un lado, la condición personal de los acusados: Ernest Von Falkenhäusen, General Comandante de Bélgica y el Norte de Francia, durante la ocupación, y otros tres oficiales generales alemanes más, Reeder, Bertram y Von Claer; y del otro, la alta autoridad científica de los letrados belgas y alemanes, así como de los magistrados que intervinieron en el proceso, entre ellos M. Dautricourt, una de las primeras figuras del Derecho internacional penal, justifican el subido interés de los debates y de la sentencia. En no pocos extremos se aparta ésta de la senda, que parecía ya consagrada en la jurisprudencia internacional, la de Nüremberg y Tokio, sobre todo, observándose una mayor preocupación por enjuiciar los hechos al modo europeo continental y no al anglo-sajón, es decir, con una sistemática mucho más legalista y formal, impregnada de esencias jurídicas impecables. En la imposibilidad de transcribir aquí toda la sentencia, ni entrar en pormenores sobre las múltiples cuestiones sustantivas y procesales que en la misma se ventilan, creo de interés para los estudiosos españoles del Derecho internacional penal una referencia a lo que, en realidad, constituyó la verdadera esencia del proceso, esto es, la cuestión de la ilicitud de la ejecución de rehenes, puesto que ésta era la más grave acusación que pesaba sobre los generales alemanes encartados.

La ley básica a aplicar, tratándose de un tribunal local y no internacional, fué la belga de 20 de junio de 1947 sobre criminalidad de guerra, que recaba la jurisdicción nacional en los casos de tratarse de «una flagrante violación de las leyes y costumbres de la guerra de las de humanidad». Era preciso, en consecuencia, decidir, antes que nada, si los hechos probados de ejecución de rehenes constituían o no tal concepto de «flagrante violación», y coordinarlos acto seguido con la legalidad vigente en la materia. Ahora bien, como es harto sabido, el anejo de la Convención de La Haya (sobre guerra terrestre, de 1917), es ambiguo en asunto de rehenes, primero por no definir el término que en la doctrina y el uso se hace de modos diversos, y, sobre todo, por no prever una expresa prohibición de su ejercicio, ni siquiera en la suprema eventualidad de su sacrificio. Por otra parte, y este era el gran argumento de las defensas de los acusados, la práctica de los rehenes y su ejecución es general en las costumbres internacionales, bastante extendida en la doctrina (1) y

(1) Pronuncianse; en la doctrina, por licitud de la ejecución de rehenes de guerra, los autores Meurer, Strupp y von Liszt, entre los alemanes, y Hyde, Balladore-Pallieri y Oppenheim, entre los extranjeros.

hasta prevista como legítima en numerosos reglamentos e instrucciones de ejércitos en campaña y, desde luego, en el alemán, a la sazón vigente (2). En estas condiciones quedaba planteado el siempre grave problema de la licitud objetiva del acto y el no menos arduo de la obediencia debida ante órdenes legítimas de gobierno o superior jerárquico.

En la más reciente jurisprudencia, la propia belga del Tribunal Militar de 31 de enero de 1949 y la americana de 19 de febrero de 1948, se había admitido, como se admitió en el proceso Von Manstein, la relativa licitud de la ejecución de rehenes, haciendo recaer su crimosidad no precisamente en lo cualitativo, sino en lo cuantitativo, es decir, cuando su número excediese notoriamente de las normales necesidades de la represión en propia seguridad del ocupante. Excepcionalmente, la Corte de Casación belga de 4 de julio de 1949 había sentado el principio de que la ejecución de rehenes constituye en sí una violación de las leyes y costumbres de la guerra, implícita en los artículos 46 y 50 del Reglamento de La Haya, al asegurarse en los mismos la seguridad, vida y propiedad de la población civil en las regiones ocupadas militarmente.

La sentencia comentada se aproxima a la de la Casación belga en aceptar, por los mismos motivos, la ilicitud de la ejecución de rehenes, apartándose con razón del siempre movedizo y relativista terreno de lo cuantitativo, pues es siempre peligroso sentar que lo menos es lícito y lo más criminal. Por otra parte, en el interesante fallo de marzo de 1951, se plantea la cuestión en otro terreno objetivo que rebasa incluso el de la licitud de ejecución de rehenes, aunque ésta fuere admisible por el silencio de La Haya y los preceptos militares reglamentarios. Es, a mi modo de ver, la más preciosa solución jurídica aportada por la sentencia de Bruselas, que evita el impunitivo, salvaguardando las esencias de la juridicidad más estricta. Es la de que, en los casos concretos de Bélgica, las víctimas sacrificadas lo fueron no precisamente por razones de propia seguridad militar, las solas que, eventualmente, justificarían la ejecución de rehenes, sino a modo de represalia por atentados cometidos contra otros belgas colaboracionistas, como la muerte del burgomaestre de Charleroi Teughels y otros atentados terroristas contra los partidos V. N. V., de Flandes y Rex de Walonia. Al ejecutar a los rehenes, la autoridad alemana no castigó, pues, un ataque directo al ejército de ocupación, sino que sancionó ilegítimamente una actividad puramente política local, en la que los ocupantes no tenían, en rigor, derecho alguno a intervenir, por no ser privativamente militar. La cuestión se complica, por lo tanto, con la siempre batallona de los derechos de la potencia ocupante en terreno ocupado, sobre los que la sentencia bruselense sienta igualmente una interesante jurisprudencia, la misma, en el fondo, que se recoge en la Convención de Ginebra de 12 de agosto de 1949, no aplicable en derecho a los encartados, por haber sido promulgada *ex post facto*; según ella, el ocupante tiene derechos indubitados «en» el país ocupado, pero no «sobre» el país, discriminación un tanto metafísica y pródiga en consecuencias de todo orden.

Con la declaración de responsabilidad de los tres principales encartados,

(2) En el *Heeresdienstvorschrift* de 17 de julio de 1938, tít. 9, art. 12. Aparece asimismo admitida la licitud en el reglamento inglés *Manual of Military Law*, arts. 456-459, y en el americano *Rules of Land Warfare*, art. 358.

el Consejo de Guerra apreció en los mismos una intención criminal única, lo que permitió la aplicación de la doctrina del concurso de infracciones. Al mismo tiempo reconoció en su favor las circunstancias atenuantes de obediencia a órdenes superiores y de procurar el menor daño posible a las víctimas, puesto que entre ellas designaron para su ejecución a las que, en todo caso, habrían de merecer la pena capital al comparecer ante los tribunales militares. La pena impuesta a los generales Von Falkenhausen y Reeder fué la de doce años de trabajos forzados, a Bertram, la de diez años de igual pena, absolviéndose libremente a Von Claer. Como quiera que los condenados habían sufrido preventivamente la tercera parte de sus penas, se les aplicaron los beneficios de la ley de libertad condicional, de 24 de julio de 1923, por lo que los tres fueron liberados a los pocos días de pronunciarse la sentencia. La decisión fué diversamente comentada en los círculos políticos y jurídicos de dentro y fuera de Bélgica, dando lugar, incluso, a reclamaciones e incidentes diplomáticos (3).

Antonio QUINTANO RIPOLLES

† HENRY CARTON DE WIART

En 6 de mayo del corriente año 1951 falleció en Bruselas el gran político belga y penalista de renombre mundial conde Henry Carton de Wiart. ¡Descanse en paz!

Político, literato, penalista, su nombre va especialmente, y en vanguardia, asociado a la Cruzada internacional de Protección a la Infancia, de modo singular a la infancia abandonada y caída. Esta tarea de protección constituye uno de los capítulos mejores del Combate—*Le Bon Combat*, como reza en el título de su bello libro de 1913 (1)—de Justicia y de regeneración social.

Cuando en 1904 Henry Carton de Wiart y su esposa visitan Norteamérica, conocen y admiran de cerca sus Tribunales especializados para niños y adolescentes. Y estimando un acierto que el menor no siga sometido a las jurisdicciones y procedimientos ordinarios, porque él no es un adulto en miniatura o abreviado—son esas sus palabras (2)—, uno y otro cónyuge se constituyen paladines de la nueva institución, hasta lograr que la fórmula venga—son palabras suyas, también—«a dar la vuelta al mundo».

Ministro de Justicia, pocos años más tarde, Henry Carton de Wiart revisa la obra de uno de sus predecesores, Jules Lejeune, y sabe hacerlo en forma tan feliz y tan audaz que pone así a Bélgica a la cabeza de los países europeos en la lucha contra la delincuencia juvenil. La ley de 15 de mayo de 1912, para cuya votación logra una tregua de partidos políticos, ganados por lo certero

(3) Véase el texto de la Sentencia y una valiosa crítica científica debida al internacionalista suizo Uhler, en la "Revue de Droit pénal et de criminologie", de Bruselas, abril y mayo, 1951, págs. 863 y ss. y 989 y ss.

(1) H. CARTON DE WIART, *Le Bon Combat*. Publié par Pierre Nothomb; G. Mertens, éditeur, Bruxelles-Paris, s. a., un volumen de 333 págs. Especialmente págs. 244/261, La Protection de l'enfance et la Liberté surveillée.

(2) *Ib.*, pág. 245.

de sus t.xtos y por la grandeza de su causa, ley creadora de Tribunales especiales para menores, es conocida con el nombre de Ley Carton de Wiart; ella fué el feliz modelo en que se inspiraran nuestros don Avelino Montero-Ríos y Villegas y don Gabriel María de Ybarra, al preparar la que luego fué ley española de 1918.

Pese a abrumadoras tareas políticas—líder del partido católico belga, Ministro y Presidente de Gobiernos, en días muy difíciles—por los cuidados y por los afanes del conde Carton de Wiart se organizan y se celebran con éxito, bajo su presidencia, el I y el II Congreso Internacionales de Protección a la Infancia (Bruselas 1913 y 1921): se crean el *Office de Protection de l'Enfance*, la *Union Internationale des Juges des Enfants*—que le tuvo como presidente de honor en su última reunión de 1950—, la *Association Internationale de Protection de l'Enfance*, esa Asociación que, fusionada en 1946 con la ginebrina *Union Internationale de Secours aux Enfants*, integra hoy la benemérita *Union Internationale de Protection de l'Enfance* (U. I. P. E.). El último Congreso general de esta Unión, reunido en Londres en julio de 1950, d.signó por unanimidad al conde Carton de Wiart como uno de sus presidentes de honor.

Hasta sus últimos días, Carton de Wiart no cesa de estimular el progreso de la jurisdicción juvenil, interviniendo en la Cámara en toda ocasión propicia, presidiendo la Comisión para el estudio de la reforma de la Legislación protectora del menor y del adolescente, constituida en 1947, elaborando en fecha bien reciente un proyecto de ley que aspira a elevar el tope de la minoría penal...

Carton de Wiart supo dar a sus trabajos de regeneración del menor un hondo sentido cristiano y humano, poniendo al servicio de la empresa intelectual y corazón. Supo asociar a estos santos afanes a su ilustre esposa y a sus hijos. A la condesa Carton de Wiart se deben magníficos estudios y ponencias sobre el tema. Y un Ministro de tan distinto signo político como Vanderelde decía en ocasión memorable (3), subrayando esta colaboración matrimonial, que la ley de 1912, comúnmente conocida como Ley Carton de Wiart, bien merecía ser llamada Ley Henry y Juliette Carton de Wiart..

El conde Carton de Wiart no cultiva con exclusividad el Derecho penal del menor. Constituida en marzo de 1924 la *Association Internationale de Droit pénal*, heredera de la vieja *Union* que la guerra de 1914 había destrozado, el ilustre pensador belga fué llevado a su presidencia, así como a la de su Grupo nacional. El I Congreso de la Asociación, celebrado en Bruselas en julio de 1926, le tuvo, como a su presidente efectivo, en tarea intensa continuada, luego en el Congreso de Bucarest (octubre 1929) y en otras actividades ulteriores de la Asociación.

Iniciativa feliz de la Asociación, acogiendo la sugerencia de Vespasiano Pella, lo han sido las Conferencias para la Unificación de los principios fundamentales del Derecho penal. También a ellas va íntima y fecundamente asociado el nombre de Carton de Wiart. De él son aquellas palabras confortadoras: «La

(3) Discurso en la sesión de apertura de la *Deuxième Assemblée générale de l'Association Internationale des Juges des Enfants*, Bruxelles, 15/17 juillet, 1935. Bruxelles, s. a., pág. 32.

unificación del Derecho penal está en marcha, y parece que nada podrá detenerla» (4).

En todos estos trabajos, a Carton de Wiart pueden bien aplicarse las palabras que él dedicó a la memoria de Adolfo Prins, en la solemne apertura del Congreso de Bruselas: «espíritu que supo comprender las leyes de la tradición al par que las exigencias de los tiempos nuevos» (5).

La infancia belga y la infancia mundial, los «servidores de la infancia»—como el propio Carton de Wiart llamó a cuantos intervinimos en estas actividades—estamos de luto. Los penalistas, también. La Prensa cotidiana y las revistas técnicas belgas han destacado con emoción la pérdida que la muerte de aquel pensador y de aquel hombre de acción significa. La *Revue Internationale de l'Enfant*, órgano de la Unión, ha dedicado al acontecimiento páginas muy expresivas y ha acogido en ellas la emotiva nota necrológica debida a la pluma de Maurice Dubois, presidente de la *Union des Juges des Enfants de Belgique* (6).

Por su parte, la *Unión Nacional de Tribunales Tutelares de Menores*, de España, en su XIV Asamblea general, reunida en Oviedo en los primeros días de septiembre, acogió con hondo dolor la noticia y ofreció a Carton de Wiart el homenaje del elogio y de la oración.

¡Que Dios haya premiado las generosidades y los esfuerzos del luchador del buen combate, que fué el conde Henry Carton de Wiart!

José GUALLART

*Presidente de la Unión Nacional de Tribunales
Tutelares de Menores, de España.*

IN MEMORIAM. MUERTE DE VON HIPPEL

En la multiseccular ciudad universitaria de Göttingen, cuya cátedra de Derecho penal ocupaba desde 1899, ha fallecido Roberto Von Hippel el 16 del pasado junio. Nació el 8 de julio de 1866 en Königsberg, la noble avanzada del germanismo en tierras eslavas, hoy desbordada. Su sabia y larga vida transcurrió, casi íntegramente, en la ciudad que le ha visto morir, pues, antes, sólo pasó tres años de profesorado en Estrasburgo y cuatro en Rostock. Formado científicamente a la sombra de Von Liszt, del que fué ayudante en los días de Mamburgo y Halle, separóse del maestro en el sentido de preferir los cauces de la pura dogmática jurídica a los del positivismo y utilitarismo de la política criminal, típicos de la U. I. del D. P., que aquel fundara en 1889.

La obra de Von Hippel es copiosa, pero sus libros cumbres son más bien

(4) CARTON DE WIART, Communication à l'Académie Royale de Belgique, 1932. Citado por V. PELLA, palabras preliminares al volumen *Actes de la V Conférence Internationale pour l'Unification du Droit pénal* (Madrid, 14/20 octubre, 1933), París, Pedone, 1935, página 1.

(5) Association internationale de Droit pénal, *Premier Congrès International de Droit pénal* (Bruxelles 26-29 juillet 1926), *Actes du Congrès*, París, Lib. des Juris-Classeurs, 1927, pág. 484.

(6) *Revue Internationale de l'Enfant*, Genève, vol. XV, 1951, núm. 2-3, pág. 50; número 4, págs. 123-6.

tardios, el *Deutsches Strafrecht*, cuyo primer tomo apareció en 1925 y el segundo en 1930, datando de 1932 la parte especial, y el *Strafprozess* de 1941. Todos ellos cuentan entre las más sólidas construcciones de la ciencia penal alemana en su aspecto dogmático-jurídico. Especial fama han adquirido, en lo internacional, sus contribuciones al tratamiento del error y de la culpa, así como sus estudios históricos en torno a las penas privativas de libertad, siendo el descubridor de los méritos de la penitenciaría de Amsterdam de 1595. En lo legislativo, Von Hippel fué uno de los miembros más influyentes de la comisión redactora del célebre Proyecto de Código penal alemán de 1913.

A. Q. R.

XIV ASAMBLEA DE LA UNION NACIONAL DE TRIBUNALES TUTELARES DE MENORES DE ESPAÑA

Recientemente se ha celebrado en Oviedo esta Asamblea general, bajo la presidencia del Excmo. Sr. D. Juan de Hinojosa, Presidente-jefe de Servicios del Consejo Superior de Protección de Menores, y del Presidente de la Unión Nacional, Ilmo. Sr. D. Ramón Alberola, Juez de Menores de Madrid; han asistido los Presidentes de la casi totalidad de los Tribunales Tutelares y la representación reglamentaria de los Secretarios. El acto inaugural, realizado en Covadonga, fué presidido por el Subsecretario de Justicia, excelentísimo Sr. Oreja Elósegui.

En diversas sesiones, han sido estudiadas las siguientes ponencias, las más de las cuales habían sido previamente editadas:

Necesidad de Casas de perseverancia al servicio de los Tribunales, tema a cargo del Tribunal de Valladolid, desarrollado por su Presidente, D. Julio G. de la Puente.

Factores influyentes en la delincuencia de los menores ingresados en facultad reformativa durante el año 1950, por el Excmo. Sr. D. Gabriel María de Ybarra, Presidente del Tribunal de Bilbao y de la Sección IV del Consejo Superior de Protección de Menores.

La imitación como factor psicológico del delito, por el Presidente del Tribunal de Ciudad Real, señor Bustamante García.

Algunas consideraciones acerca del art. 25 de la Ley de Tribunales tutelares de menores, por D. Domingo de Casso, Presidente del Tribunal de Sevilla.

Trabajo de los menores en la Historia de Cuenca, del Tribunal de dicha provincia.

Antijuricidad, voluntariedad y motivación como exponentes de la personalidad del menor, por el Juez de menores de Madrid y Vocal del Consejo Superior, D. Antonio Ferrer Sama.

Problemas que plantean los niños anormales a los Tribunales tutelares de menores, por el Dr. López Sáiz, del Tribunal de Burgos.

El apremio sobre sueldos y jornales para el pago de estancias; ponencia del Tribunal de Valencia, redactada por su Secretario señor Vives Villamazares.

Los informes policíacos de los menores; Consulta de D. Francisco García Almendro, Pte. del Tribunal de Málaga

Puesta en acción del carnet escolar, a los efectos, principalmente, de la entrada de los menores en cines y bailes; Ponencia del Tribunal de Pamplona.

Interpretación del artículo 18 de la Ley de Tribunales Tutelares, en relación con los 320 y 321 del Código civil, sobre la edad en que, con respecto a los menores, debe cesar la tutela en facultad protectora; tema por el Juez de menores de Madrid, Presidente de la Unión, señor Alberola.

Relación de nuestra Jurisdicción tutelar con la Castellana; ponencia del Tribunal de Burgos, redactada por su Secretario D. Julián Iñiguez de la Torre.

Los asambleistas visitaron las instituciones de la Junta y del Tribunal de Asturias, admirando, especialmente, las Casas del Niño y de la Madre, de Gijón, creadas por el médico D. Avelino González, y dependientes hoy de la Junta Local de dicha ciudad.

La Unión designó como su Presidente para el bienio 1951-53 al Presidente del Tribunal de Zaragoza, Vocal del Consejo Superior, D. José Guallart y L. de Goicoechea, quedando con él integrado el Consejo de la Unión por los señores de Ybarra, Castelaín, de Casso, Lena, Fernández Villa, Llosas y Ruipérez Pérez.

* * *

Apenas reintegrados los asambleistas a sus residencias, recibieron la tristísima noticia del fallecimiento, acaecido en Madrid, del Excmo. Sr. D. Gabriel María de Ybarra, cofundador de la Obra y figura destacadísima en la misma por su competencia y generosidad, Presidente del Tribunal de Vizcaya y de la Sección IV del Consejo Superior de Protección de Menores. El señor Ybarra había ostentado la presidencia de la Unión Nacional y venía últimamente llevando la Secretaría de la misma, aportando a las Asambleas, desde la de 1940, magníficos y pacientes trabajos sobre estadísticas de factores influyentes, con la preocupación práctica de deducir de ellas las enseñanzas oportunas. ¡Descanse en paz!

* * *

Posteriormente se ha celebrado en San Sebastián una Asamblea regional de los Tribunales vasco-navarros, con interesantes trabajos.

ASAMBLEA DE LA SOCIEDAD SUIZA DE CRIMINOLOGIA

Entre el 16 y 17 de junio del presente año han tenido lugar las sesiones de la *Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft*, fundada en Berna en 1942, a raíz de la promulgación del Código penal federal. Pese a su nombre, tiene un marcado carácter internacional, más pronunciado en el certamen de este año, al que concurrieron numerosísimas personalidades extranjeras, principalmente alemanas. Abrió la sesión el Prof. Schwarz, de Zurich, clausurándose en presencia del propio Presidente federal E. Von Steiger. Entre las diversas ponencias resaltaron por su interés la presentada sobre «El estado actual de la Legislación, Ciencia y Jurisprudencia en Alemania», por el Prof. Schoenke, de

Friburgo, en B. la de «Medidas de seguridad y personalidades criminales», del Prof. Schwander, de Friburgo, en Suiza, y la versante sobre «Medicina legal», de Wagner, de Maguncia.

LA XXXIX DIETA DE JURISTAS ALEMANES

Tendrá lugar en la ciudad de Stuttgart, entre los días 13 al 15 del actual septiembre y en su sección de Derecho penal figuran sendas ponencias de los profesores R. Lange, de Colonia; Schneidewin, de Colonia, y Ackermann, de Hamburgo, sobre las pertinentes reformas del Código en materia de «Finalidad penal», «Mensuración de sanciones» y «Técnica de la tipificación».

CONGRESO DE DERECHO COMPARADO

Bajo los auspicios de la Sociedad de Derecho comparado ha sido convocado en Colonia, entre el 21 y 23 de septiembre de este año, una reunión, en la que figura el tema penal de «Condena condicional». Son sus ponentes generales el Prof. Grünhut, de Oxford, y el Consejero de Estado de Estocolmo, doctor Simson.

XIII CONGRESO DE LA UNION INTERNACIONAL DE ABOGADOS

El Consejo de la Unión, en reunión tenida en París el 5 de mayo del corriente año, ha acordado convocar el Congreso para el 5-12 de septiembre, fijando como sede la ciudad de Río de Janeiro. La única cuestión específicamente penal inscrita es la c) de la II Sección, versando sobre «La acción internacional tendente a la represión de la criminalidad».

UNION BELGA Y LUXEMBURGUESA DE DERECHO PENAL

La Unión belga y luxemburguesa de Derecho penal, según la crónica que publica la gran revista belga *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, se reunió el 10 de marzo de 1951 en la Sala de audiencias del Tribunal de apelación de Bruselas, en cuya reunión se discutieron informes tan interesantes como el que lleva por título «¿Es conveniente mantener las sanciones de delito de adulterio y entretenimiento de concubina en nuestro Derecho penal?», del que es autor el abogado Jean Van Parys, que después fué publicado en la *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, y del que informamos a nuestros lectores en otro lugar de nuestra Revista.

Otra comunicación de Comblen, Vicepresidente del Tribunal de Lieja y Secretario general de la Asociación Internacional de Jueces de niños, en la que estima, al igual que el Ponente, que la legislación actual no responde a las

necesidades del orden social en la represión del adulterio y del amancebamiento público y con escándalo, ya que trasciende al orden de las familias, participando en la evolución general del Derecho penal, merced a las influencias de los métodos sociales desarrollados en las jurisdicciones tutelares de la infancia. Un escrito de Kleiperman, Juez de Primera Instancia de Lieja, preconizando también reformas, entre otras, acerca de flagrantes delitos simulados que provocan en la esfera penal una parodia de justicia a expensas del Estado, permitiendo en el orden civil a esposos sin honor aceptar cargos de esos delitos imaginarios para conseguir un fraude en derecho y el divorcio, basado en el adulterio o el amancebamiento, eludiendo las reglas y condiciones del divorcio por mutuo consentimiento.

En el debate oral intervinieron figuras del foro, del profesorado y de la Magistratura, coincidentes, la mayoría de los participantes, en que la represión era más severa de lo que es en la actualidad.

SOCIEDAD DE MEDICINA MENTAL DE BELGICA

La sesión celebrada el 24 de febrero de 1951, discutió la información referente a la consulta del Ministerio de Sanidad pública respecto al cambio de la denominación de «Asilo de Alienados» por la de «Hospital Psiquiátrico», o mejor aún «Clínica Psiquiátrica», con el fin de indicar que el progreso de las ciencias coloca definitivamente las enfermedades mentales en el cuadro de la medicina general, reformando la legislación actual sobre el régimen de los alienados, con aplicación de los tratamientos modernos.

El Dr. Smits presentó un trabajo sobre "El valor del diagnóstico del test de Szondi en la clínica psiquiátrica", referente al método de examen de la personalidad, conforme a una serie de fotografías características de psicópatas y anormales sociales, con la indicación de tendencias psicológicas hereditarias que padecen, experimentando por la prueba del diagnóstico en los estados nerviosos y de psicosis con ejemplos de casos clínicos.

INDICE GENERAL

Páginas

Fascículo II

SECCION DOCTRINAL

Interpretación de las leyes penales, por ANTONIO CAMAÑO ROSA	243
El arbitrio judicial y el Código penal vigente, por VICENTE GONZÁLEZ GARCÍA	253
Delincuencia de omisión, por JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ SERRANO	303

SECCION LEGISLATIVA

España

La obligación de socorrer a las personas en peligro en la legislación penal española (El nuevo artículo 489 bis del Código penal, Ley de 17 de pulio de 1951), por EUGENIO CUELLO CALÓN	335
--	-----

Alemania

Una Ley germano-soviética: la de protección de la paz, por ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS	340
---	-----

Francia

Ley relativa a publicaciones destinadas a la juventud, por JOAQUÍN BASTERO.	342
--	-----

Italia

Ley italiana sobre tribunales de jurados (textos y breve glosa) (de 13 de abril de 1951), por ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS	343
--	-----

Venezuela

Estatutos de vagos y maleantes	353
---------------------------------------	-----

SECCION DE JURISPRUDENCIA

Del concurso delictivo, por JUAN DEL ROSAL	361
Jurisprudencia penal correspondiente al primer cuatrimestre de 1951, por JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ SERRANO	371

REVISTA DE LIBROS

BONNER BERICHTE AUS MITTEL-UND OSTDEUTSCHLAND: (Bonn, 1951), por <i>Antonio Quintano Ripollés</i>	395
CAMARGO HERNÁNDEZ, César: "El delito continuado" (Barcelona, 1951), por <i>Diego Mosquete</i>	396
CASTÁN TOBEÑAS, José: "Poder judicial e independencia judicial" (Madrid, 1951), por <i>César Camargo Hernández</i>	398
CASTRO PÉREZ, Bernardo-Francisco: "La prueba de grupos sanguíneos en la investigación y desconocimiento de la paternidad" (Madrid, 1950), por <i>Juan del Rosal</i>	400
FERNÁNDEZ DE LA MORA, Gonzalo: "Las aporías de Nuremberg" (1951), por <i>Diego Mosquete</i>	402
FERRER SAMA, Antonio: "Antijuricidad, voluntariedad y motivación como exponente de la personalidad del menor" (Oviedo, 1951), por <i>César Camargo Hernández</i>	403
GALLO, Marcello: "La teoría dell'azione "finalistica" nella piú recente dottrina tedesca" (Milano, 1950), por <i>Juan del Rosal</i>	405
GONZÁLES RODRÍGUEZ, José María: "Nuevo delito de infracción de Leyes de Trabajo" (Madrid, 1951), por <i>Diego Mosquete</i>	406
GRAVEN, Jean: "¿Retour a la confession en justice?" (Padua, Cedam, 1950), por <i>Antonio Quintano Ripollés</i>	407
GRAVEN, Jean: "Principes fondamentaux d'un Code repressif des crimes contre la Paix et la sécurité de l'Humanité" (Ginebra, 1950), por <i>Antonio Quintano Ripollés</i>	408
GUALLART Y L. DE GOICOECHEA, José: "El Derecho penal de la compilación de Huesca, 1247" (Zaragoza, 1951), por <i>Joaquín Bastero</i>	411
"Homenaje al Maestro Antonio Caso en la Universidad de La Habana" (Méjico, 1951), por <i>Diego Mosquete</i>	413
LÓPEZ IBOR, Juan José: "La responsabilidad del enfermo mental" (Madrid, 1951), por <i>Octavio Pérez Vitoria</i>	414
MORO, Aldo: "La antijuricidad penal" (Buenos Aires, 1949) por <i>Domingo Teruel Carretero</i>	421
NAEHRICH, Walter: "Die Kriminalität der Unehelich Geborenen" (Bonn, 1951), por <i>Juan del Rosal</i>	422
NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA (Barcelona, 1950), por <i>Antonio Quintano Ripollés</i>	422
OLESA MUÑIDO, Francisco-Felipe: "Las medidas de seguridad" (Barcelona, 1951), por <i>Diego Mosquete</i>	423
SANTAGALO, Giovanni: "L'estincioni del reato nel momento processuale" (Nápoles, 1948), por <i>Domingo Teruel Carralero</i>	425
VON WEBER, Dr. Helmuth: "Der Schutz des Staates" (Tubinga, 1951), por <i>Antonio Quintano Ripollés</i>	426
VANNINI, Ottorino: "Quid-iuris" (Milán, 1950), por <i>Domingo Teruel Carralero</i>	428
VANNINI, Ottorino: "Il problema giuridico del tentativo" (Milano, 1950), por <i>Juan del Rosal</i>	429
VANNINI, Ottorino: "Manuale di Diritto penale italiano. Parte Speciale I Signole delitti o le signole contravvenzioni" (Milano, 1951), por <i>Juan del Rosal</i>	431
WINIZKY, Ignacio: "Responsabilidad penal de las personas jurídicas mercantiles" (Buenos Aires, 1951), por <i>Diego Mosquete</i>	432
WOLFGANG MEYERS "Die Kriminalitaet der Schwerkriegsbeschädigten im Landgerichtsbezirk Bonn" (Bonn, 1950), por <i>Juan del Rosal</i>	433

Indice general

Páginas

REVISTA DE REVISTAS

Alemania

- JURISTENZEITUNG.—Por *Antonio Quintano Ripollés* 437
ZEITSCHRIFT FÜR DIE GESAMTE STRAFRECHTSWISSENS-
CHAFT.—Por *Antonio Quintano Ripollés* 440

Bélgica

- REVUE DE DROIT PENAL ET DE CRIMINOLOGIE.—Febrero-
marzo, abril-mayo 1951, por *Diego Mosquete* 442

España

- REVISTA DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS PENITENCIARIOS.
Madrid, por *César Camargo Hernández* 448

Estados Unidos

- THE JOURNAL OF CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY.—
Mayo-junio, septiembre-octubre 1950, por *José Sánchez Osés* 450

Francia

- REVUE INTERNACIONALE DE POLICE CRIMINELLE.—Enero-
febrero, marzo-abril 1951, por *Diego Mosquete* 454

Inglaterra

- THE HOWARD JOURNAL.—1951, por *José Sánchez Osés* 459

Italia

- LA GIUSTIZIA PENALE.—Enero, febrero, marzo, 1951, por *Adolfo de Miguel* 463
RASSEGNA DI STUDI PENITENZIARI.—Marzo-abril, mayo-ju-
nio, 1951, por *Valentin Silva Melero* 473

Suecia

- YEARBOOK OF THE NORTHERN ASSOCIATIONS OF CRI-
MINALISTS.—1947-1948, 1948-1949, 1949-1950, por *José Sánchez
Osés* 478
NOTICIARIO 478

nidad, Madrid, 1950, por *Juan del Rosal*; FERNÁNDEZ DE LA MORA, Gonzalo: "Las aporías de Nuremberg", abril 1951, por *Diego Mosquete*; FERRER SAMA, Antonio: "Antijuridicidad, voluntad y motivación como exponente de la personalidad del menor", Oviedo, 1951, por *César Camargo Hernández*; GALLO, Marcello: "La teoria dell'azione "finalistica" nella piúricente dottrina tedesca", Milano, 1950, por *Juan del Rosal*; GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, José María: "Nuevo delito de infracción de leyes de Trabajo", Madrid, 1951, por *Diego Mosquete*; GRAVEN, Jean: "¿Retour a la confession en justice?", Padua, Cedam, 1950, por *Antonio Quintano Ripollés*; GRAVEN, Jean: "Principes fondamentaux d'un Code repressif des crimes contre la paix et la securité de l'Humanité", Ginebra, 1950, por *Antonio Quintano Ripollés*; GUALLART Y L. DE GOICOECHEA, José: "El Derecho penal de la compilación de Huesca, 1247", Zaragoza, 1951, por *Joaquín Bastero*; HOMENAJE AL MAESTRO ANTONIO CASO EN LA UNIVERSIDAD DE LA HABANA, México, 1951, por *Diego Mosquete*; LÓPEZ IBOR, Juan José: "La responsabilidad del enfermo mental", Madrid, 1951, por *Octavio Pérez Vitoria*; MORO, Aldo: "La antijuridicidad penal", Buenos Aires, 1949, por *Domingo Teruel Carralero*; NAEHRICH, Walter: "Die Kriminalität der Unehelich Geborenen", 1951, por *Juan del Rosal*; NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA: Barcelona, 1950, por *Antonio Quintano Ripollés*; OLESA MUNIDO, Francisco Felipe: "Las medidas de seguridad", Barcelona, 1951, por *Diego Mosquete*; SANTAGELO, Giovanni: "L'estincioni del reato nel momento processuale", Nápoles, 1948, por *Domingo Teruel Carralero*; VON WERWE, Dr. Helmut: "Der Schutz des Staates", Tubinga, 1951, por *Antonio Quintano Ripollés*; VANNINI, Ottorino: "Quid iuris", Milán, 1950, por *Domingo Teruel Carralero*; VANNINI, Ottorino: "Il problema giuridico del tentativo", Milano, 1950, por *Juan del Rosal*; VANNINI, Ottorino: "Manuale di Diritto penale italiano, Parte Speciale I Signoli delitti o le signole contravvenzioni", Milano, 1951, por *Juan del Rosal*; WINIZKY, Ignacio: "Responsabilidad penal de las personas jurídicas mercantiles", Buenos Aires, 1951, por *Diego Mosquete*; WOLFGANG MEYER: "Die Kriminalitaet der Schwerkriegsbeschädigten im Landgerichtsbezirk Bonn", 1950, por *Juan del Rosal*.

Revista de Revistas 437

Alemania: *Juristenzeitung*, enero-junio 1951, por *Antonio Quintano Ripollés*; *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1951, por *Antonio Quintano Ripollés*; Bélgica: *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, febrero, marzo, abril, mayo 1951, por *Diego Mosquete*; España: *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, Madrid, por *César Camargo Hernández*; Estados Unidos: *The Journal of Criminal Law and Criminology*, mayo-junio 1950, septiembre-octubre 1950, por *José Sánchez Osés*; Francia: *Revue Internationale de Police Criminelle*, enero, febrero, marzo, abril 1951, por *Diego Mosquete*; Inglaterra: *The Howard Journal*, 1951, por *José Sánchez Osés*; Italia: *La Giustizia Penale*, enero, febrero, marzo 1951, por *Adolfo de Miguel*; *Ressagna di Studi Penitenziari*, marzo-abril, mayo-junio 1951, por *Valentín Silva Melero*; Suecia: *Yearbook of the Northern Associations of Criminalists* (Stockholm), 1947-1948, 1948-1949, 1949-1950, por *José Sánchez Osés*.

Noticario 487

Suscripción anual: 60 ptas.
Número suelto: 25 »