

**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**

El ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas
por los autores de los originales publicados.



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

**ANUARIO
DE DERECHO PENAL
Y CIENCIAS PENALES**

**TOMO VII
FASCICULO III**



**SEPBRE.-DICBRE.
MCMLIV**

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

SECCION DOCTRINAL

VALENTIN SILVA MELERO

EN TORNO A LA ESCUELA PENAL ESPAÑOLA

E. JIMENEZ ASENJO

EL ELEMENTO PSICOLOGICO EN LA ALEVOSIA

DOMINGO TERUEL CARRALERO

LA SANCION DE LAS FALTAS

En torno a la escuela penal española⁽¹⁾

VALENTIN SILVA MELERO
Catedrático de Derecho Penal en la Universidad
de Oviedo

Cuando los investigadores estudian el pensamiento penal español en su iniciación suelen retrotraerlo en el tiempo a la filosofía de SÉNECA, especialmente en sus dos libros *De ira* y *De clementia*; el primero publicado, como es sabido, en el año 41, y el segundo por los años del 55 al 57. Este precedente no tiene, naturalmente, más valor que el de observar que a lo largo de la evolución de la dogmática jurídica penal española perviven ciertamente algunas características permanentes fuertemente ancladas en el carácter hispánico. Así se ha hablado de nuestro «senequismo innato». Importa, sin embargo, destacar que SÉNECA, aunque no fuera naturalmente un penalista, señaló aspectos de la pena que subsisten en la conciencia jurídica de los españoles: el perdón, la clemencia y la posibilidad de corrección.

Después de SÉNECA han de transcurrir muchos siglos antes de que podamos referirnos a preocupaciones penales en la doctrina española, a pesar de que desde el punto de vista del Derecho positivo, tuvo España una legislación penal que, si bien adolecía de todas las crueldades de la época, puede considerarse superior a la de

(1) STAMPA BRAUM: *Ideas criminológicas en Séneca*, Valladolid, Publ. Universidad.—CASTILLO: *Alfonso de Castro y el problema de las leyes penales*, 1941. DEL ROSAL: *Acerca del pensamiento penal español*, 1942.—CARRO: *Domingo de Soto y su doctrina jurídica*, 1942.—SÁNCHEZ: *Tratado de las Leyes y de Dios legislador* (Reus, Madrid).—CASTEJÓN, F.: *Mariano Cubi Soler*, 1928.—LARRIZÁBAL: *Discurso de las penas...*, 1782.—MASAVEC, J.: *Nueva dirección española en filosofía del Derecho penal*, 1942.—ROMERO GIRÓN: *Pacheco y la Legislación penal*, 1887.—RODNER: *Estudios sobre Derecho penal*, 1875.—SALINAS: *Doña Concepción Arenal en la Ciencia penitenciaria*, 1894.—JUAN ANTONIO CABEZAS: *Concepción Arenal o el sentido romántico de la Justicia*, 1942.—SÁNCHEZ TEJERINA: *Un gran penalista español: el Padre Jerónimo Montes*, 1944.—SILVEIRA: *El Derecho penal estudiado en principios*, 1903.—SALDAÑA: *Añadidos al tratado de Derecho penal de Von Listz*, vol. I, 1926.—ANTÓN ONECA: *La utopía penal de Dorado Montero*, 1951.—CUELLO CALÓS: *Derecho penal* (X edición, volumen I, pág. 163 y ss.).—SILVA MELERO: *Un ovetense, profesor penalista y poeta romántico*, 1952.—SILVA MELERO: *La novela picaresca como problema criminológico* (ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1953).—SILVA MELERO: *Las ideas penales del Padre Feijoo* (en preparación). Cátedra Feijoo, Universidad de Oviedo.—PEDRO CABA: *El hombre romántico* (interpretación), 1952.

otros países. En el transcurso del tiempo hay, pues, que llegar al siglo XVI para encontrar en la figura de ALFONSO DE CASTRO una preocupación relevante por los temas penales. ALFONSO DE CASTRO nace en Zamora en el año de 1495, y muere en Salamanca en 1558. Fué monje en su ciudad natal y profesor de Teología en la Universidad salmantina. Aplica al Derecho penal las ideas jurídicas de SANTO TOMÁS DE AQUINO en su libro magistral *De potestate legis poenalis*, escrito en 1550 y editado por la Universidad de Murcia en el año 1931, en versión castellana del profesor LAUREANO SÁNCHEZ GALLEGO, con el título *La fuerza de la Ley penal*. CASTRO sostiene el carácter represivo de la ley, no para evitar futuros delitos, sino para los cometidos anteriormente. La ley, dice, no ha de tener carácter retroactivo en lo que perjudica al reo, viendo en la pena un dolor a fines de *expiación* y de *enmienda*. Mantiene la correlación entre pena, culpa y la moderación en los castigos, la determinación de la pena por el legislador y el arbitrio judicial, reservando la pena de muerte sólo para los delitos muy graves.

Como puede apreciarse de la síntesis que antecede, ALFONSO DE CASTRO se anticipa en muchos años a BECCARIA, y quizá valga la pena revisar la denominación de padre del Derecho penal, reservado para el referido autor italiano o para otros juristas como FEUERBACH. Con posterioridad a CASTRO, se preocuparon de temas penales los teólogos, filósofos y juristas españoles de los siglos XVI y XVII, como SOTO, nacido en Segovia en 1494; FOX MORCILLO, nacido en Sevilla en 1523; MOLINA, nacido en 1535, entre otros muchos que continúan la misma ruta tratando de distintos problemas con repercusión penal, todo ello independientemente de los comentaristas de las Partidas, de la fundamental obra de SÁNCHEZ y de VITORIA, de JUAN LUIS VIVES o del Padre MARIANA. La verdad es que en estos y en otros muchos filósofos, teólogos, juristas y médicos de los siglos XVI y XVII hallamos interesantísimos precedentes de antropología y sociología criminal, de interpretación de la Ley penal y de los fundamentos y límites del derecho de castigar.

Desde los siglos XVI al XVIII aparecen también una serie de autores eminentemente prácticos del Derecho. El más notable fué DIEGO COVARRUBIAS y LEIVA, Obispo de Segovia, que nació en Toledo en 1512 y murió en Madrid en 1577. Célebre jurisconsulto y canonista, del que se dice por VON LISTZ que influyó en KARPZOVIO. FEDERICO SCHAFERSTEIN hace singular aprecio de la doctrina de COVARRUBIAS.

* * *

Prescindiendo de detalles y del análisis metódico del pensamiento penal español, que nos alejaría del contenido propio de este trabajo, y soslayando una detallada evolución de la doctrina española hasta el siglo XIX, nos importa destacar cómo aparecen en España los primeros brotes de la ciencia jurídica extranjera en el pensamiento penal español.

El siglo XIX se caracteriza, como es sabido, por ser el de la

Codificación. Fué éste un fenómeno general en Europa, y la obra napoleónica, piedra de granito lanzada por BONAPARTE sobre el suelo europeo, como pedestal roquero de su rápida fortuna, y monumento perenne de su reinado, como él decía en las horas nostálgicas de Santa Elena, penetra en España por una exigencia utilitaria, a los fines de poner término al desconcierto legislativo en materia penal, consecuencia de la vigencia de múltiples disposiciones más o menos recopiladas, que dificultaban el conocimiento y la aplicación de las leyes.

Es cierto que con anterioridad a la Codificación napoleónica puede España jactarse de poseer el primer proyecto de Código penal del mundo. El mismo año en que VOLTAIRE publica su célebre discurso sobre *El precio de la justicia y de la Humanidad*, 1777, el Consejo Real de España encargaba a don MANUEL DE LARDIZÁBAL un extracto de las leyes penales de la Recopilación. Es la primera vez que se habla de Código penal en España, y quizá en el mundo. Se sabe que LARDIZÁBAL concluyó y presentó su trabajo, que pasó a una información pública, y después que el Proyecto no se convirtió en Ley, pero el nombre de don MANUEL LARDIZÁBAL y URIBE, que falleció el 25 de diciembre de 1820, Consejero real y uno de los jurisconsultos que brillaron más en él reinado de Carlos III, autor del célebre *Discurso sobre las penas*, aparecido en 1782, pasa a la Historia como el autor de una tentativa codificadora con aire de precursor. La noticia de haberse intentado en España la codificación del Derecho penal fué publicada, dice Saldaña, en los *Annales Politiques*, por LIGNET, por supuesto equivocada y burlesca, como siempre. Decía así: «Se asegura que el Rey ha dado órdenes para la confección de un Código. Será preciso verlo; será un gran bien contar con una legislación clara, corta y uniforme». Y agrega el informador francés: «será curioso que fuera el *Mancanares* quien dé el primer ejemplo a Europa y al mundo».

Prescindiendo, pues, de esta tentativa, la codificación del Derecho penal en España se hace bajo el modelo francés, y nuestros juristas de entonces aparecen cautivados por las doctrinas transpirenaicas. El afrancesamiento—valga la expresión—de la cultura española de entonces fué una realidad, a pesar de la derrota de las águilas napoleónicas en el suelo español.

Aquel siglo XIX trajo a España toda clase de turbulencias, guerras, revoluciones, pronunciamientos, motines, cambios de gobierno, luchas civiles y un continuo tejer y destejer constitucional, con la inevitable repercusión en la legislación penal, ya que conocida es la extraordinaria sensibilidad del Derecho punitivo para captar cualquier oscilación política por el instrumento de coacción que la penalidad representa.

Por lo que al Derecho penal afecta, la influencia francesa llega a España con la divulgación del Tratado de Rossi y otros penalistas franceses, iniciándose un movimiento científico penal, que

culmina en don JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN (nacido en Ecija, el 22 de febrero de 1808, y muerto en Madrid, el 8 de octubre de 1865). Fué Fiscal del Tribunal Supremo, miembro de la Real Academia Española y, en política, figuró en el grupo de los puritanos del partido moderado, llegando en 1847 a la Presidencia del Consejo de Ministros. En 1839 y 1840 lee en el Ateneo de Madrid sus famosas *Lecciones de Derecho penal*, que se publican en dos volúmenes bajo el título de *Estudios del Derecho penal* y que produjeron enorme sensación en su época. La doctrina que en ellas sustenta era la de la expiación, con el sentido ecléctico con que ROSSI la defiende. La crítica de los penalistas posteriores no le fué favorable, singularmente DORADO MONTERO, que moteja su estilo de «retórico» y «campanudo» y subraya su «poca sustancia».

En esta época se habían traducido al castellano los Tratados de Derecho penal escritos en Francia por ROSSI, ORTOLAN, TISSOT y FRANK, que fueron los inspiradores de nuestros penalistas de mediados del pasado siglo. Publicado el Código penal de 1848, aparece un numeroso grupo de juristas que se ocupan del Derecho penal: ALVAREZ, LA SERNA y MONTALBÁN; VIZMANOS, CASTRO y OROZCO; ORTIZ DE ZÚÑIGA, etc. La mayoría de sus obras son «Comentarios» a dicho Cuerpo legal.

* * *

Un poco más tarde llega a España la influencia alemana por medio de la doctrina correccionalista de CARLOS DAVID AUGUSTO ROEDER, discípulo de KRAUSE. Es bien conocida la influencia krausista en nuestro país; un brote de ella, en Derecho penal, fué la doctrina de la tutela, de que después nos ocuparemos. Es autor de la teoría correccional y, como discípulo de KRAUSE, corre en Alemania la suerte del maestro, pues es verdad que en Alemania no hay correccionalistas ni tampoco con relieve en otra parte de Europa; hasta el punto de que se estudia el corolario principal del correccionalismo, «la individualización de la pena», y si se hace correccionalismo—dice Saldaña—no se cita a ROEDER, y si se estudia filosofía penal tampoco se le menciona. Parece ser que SANZ DEL RÍO, pensionado por el Gobierno español, para hacer estudios de Filosofía en Alemania en 1843, llegó a Bruselas porque no le convenía el clima germánico, y allí trabó amistad con AIRENS, ardoroso propagandista de krausismo, dedicado a hacer inteligible a KRAUSE en Europa, como ESTEBAN DUMONT a BENTHAM. Por eso los krausistas españoles lo son «al modo de AIRENS». Después estudió en HEIDELBERG con ROEDER, haciéndose correccionalista. De vuelta a España, formó a una pléyade de intelectuales—CASTELAR, SALMERÓN, CANALEJAS, FEDERICO DE CASTRO, GINER DE LOS RÍOS—, la llamada «generación de los krausistas». El correccionalismo era su doctrina penal. De este modo casual entró el correccionalismo en España. Con razón ha-

bla DORADO MONTERO—discípulo de un discípulo de SANZ—de «la sabia labor de lo inconsciente en la ciencia».

Y de este movimiento brota un libro que se ha calificado de modelo de precisión, de método y de moderación en las ideas: el Tratado de don LUIS SILVELA, donde se decanta el correccionalismo, quedándose con el principio, como aspiración más o menos remota.

SILVELA, se ha dicho, no puede representar el correccionalismo en España, pero inicia desde la Cátedra la corriente doctrinal de un *correccionalismo académico*—timido, ilógico—en que le siguen otros; pero para comprender este problema conviene referirse a los antecedentes:

Sabido es que tanto los filósofos de la antigüedad (PLATÓN, ARISTÓTELES, SÉNECA) como los reformadores de la época iluminista (BECCARIA, LARDIZÁBAL, BENTHAM, etc.), reconocieron a la pena varios fines. En cambio, los idealistas alemanes buscaron un solo principio que expresara su justificación y la razón de todo su desarrollo. KANT es el creador de la teoría absoluta que legitima la pena por la retribución. Pero los relativistas tendieron también a la explicación unilateral, concediendo el monopolio a un solo fin: prevención general (FEUERBACH), intimidación (GROLMANN), resarcimiento (WELKER) o mejora (KRAUSE, RÖDER, AHRENS). La mentalidad germánica, particularmente dotada para la abstracción, dice ANTON ONECA, se resistía a ver en la pena la naturaleza compleja que siempre tuvo en la realidad y que, con más o menos acierto, había sido declarado por la filosofía anterior. Una de estas concepciones unilaterales fué, pues, la *Besserungstheorie*, que justifica la pena por su objetivo encaminado a enderezar la voluntad del delincuente, considerado éste como un menor necesitado de educación y de tutela; proclamando así su «derecho a la pena», que a muchos sonó a ironía y paradoja. ROEDER, el discípulo de KRAUSE, tuvo seguidores en España, hasta el punto de haberse hablado fuera de nuestro país de una *Escuela española*, donde aparte de los autores citados, aparece la figura extraordinaria de CONCEPCIÓN ARENAL. De aquella idea DORADO MONTERO se consideró hijo y continuador, imprimiéndole nuevo giro hasta renovarla profundamente; por lo cual, tampoco cabe considerarle puro conforme a la ortodoxia de RÖDER, sino correccionalista a medias, aunque su eclecticismo sea de otra naturaleza.

La doctrina de RÖDER, según DORADO, significa «una profunda revolución en las ideas y en la vida bastante más profunda que la que a BECCARIA se atribuye». «La semilla arrojada por el correccionalismo, la de la tutela regeneradora de los delincuentes, tenía que ir germinando con lentitud, amorosamente cuidada por unos pocos, hasta que sin haberse percatado de ello, las gentes se encontraron, al cabo del tiempo, con una formación robusta y pujante, extendida a instituciones que ellas mismas habían con-

tribuido a crear, aunque desconociendo el sentido íntimo que las animara... La obra de RÖDER fué la que se dice realizan a menudo los filósofos, los poetas y, en general, los espíritus de sintética y comprensiva mirada... quienes por su fina y previsora perspicacia se anticipan con geniales intuiciones a sus contemporáneos, viviéndolo mentalmente en el porvenir y profetizándolo". «A mi entender, dice DORADO, todo el movimiento penal y penitenciario de nuestros días, que ya está siendo realidad social en buena parte y lo será aún más en un porvenir inmediato, preparatorio de otro más alejado; es un movimiento esencialmente correccionalista». Y añade en otro lugar: «Todo cuanto la ciencia penal y penitenciaria moderna viene haciendo desde unos cuarenta años acá, precisamente desde poco después de aparecer el correccionalismo, puede muy bien ser interpretado como una serie de esfuerzos cuyo objetivo es demostrar al detalle la verdad de las enseñanzas correccionalistas».

Para glosar estos textos que ponen a RÖDER en tan encumbrado lugar, comenzaremos, asegura ANTÓN ONECA, por declarar injustas las críticas despectivas que por algunos autores españoles se han hecho del penalista alemán. Es cierto que correccionalistas al modo de RÖDER apenas los hubo fuera de España, y que los pertenecientes a esta escuela en nuestro país admitieron, a diferencia de aquél, otros fines de la pena y fueron, por consiguiente, eclécticos (así, SILVELA, C. ARENAL, ARAMBURÚ). Más RÖDER fué, con o sin escuela, un penalista distinguido en su tiempo, como lo demuestra su polémica con CARRARA, en la que éste rechazó los ataques arbitrarios de RÖDER y veía en el correccionalismo exageraciones y peligros, pero no dejó de proclamar a esta escuela hermana y auxiliar de la suya.

El fin correccional no fué invento de RÖDER. DORADO dice que todos tenemos algo de correccionalistas sin saberlo, buscando los orígenes de esta doctrina en el Cristianismo y haciendo alusión a pensadores de todas las épocas; mas son estas citas de pasada; como si temiera empañar el brillo de la fama de RÖDER, a quien en otros lugares ensalza por su supuesta originalidad.

* * *

El problema, naturalmente, no era nuevo, y ya PLATÓN decía que el fin de la pena (medicina del alma) es hacer mejor al culpable que saca provecho de la misma; salvo cuando el mal no es curable, en cuyo supuesto debe ser eliminado para ejemplaridad de los demás. En «las leyes» a propósito del crimen de impiedad, se describen prisiones de aislamiento con objeto educador, donde el condenado no tendría relación con ningún ciudadano, aparte de los magistrados que fueran a conversar con él para instruirle. PLATÓN encuentra eco en SÉNECA, cuando decía: «pues propio de un mal médico es desahuciar por no tener que curar», o cuando compara a los culpables «con lanzas que se enderezan por el fuego», «extraviados por ignorancia del sendero», a quienes vale

más conducir por el camino recto; «árboles torcidos a quienes los buenos labradores buscan apoyo».

Los testimonios en la doctrina cristiana y los de teólogos y juristas, posteriores podrían multiplicarse. Nos contentaremos con recordar, agrega ANTON OÑECA, que si en la realidad no tuvieron casi nunca las penas un fin correccional dentro de lo que se llama el antiguo régimen, hubo, sin embargo, algunas instituciones aisladas con este carácter, como las casas de trabajo del siglo XVI en Bridewell (Inglaterra) y en Amsterdam; imitadas por otras ciudades holandesas y alemanas; las Galeras de mujeres en España en el siglo XVII; la casa de corrección de San Fernando de Jarama, fundada por Carlos III y dirigida en sus comienzos por Olavide. Nótese que en el siglo XVIII se singulariza LARROZÁBAL, entre los escritores reformistas, por la importancia *reservada a la enmienda del delincuente*, «objeto tan importante que jamás debe de perder de vista el legislador en el establecimiento de las penas» y propone el establecimiento de «casas de corrección».

El pensamiento correccional tiene, pues, largo historial antes de ROEDER. La originalidad de éste fué el exclusivismo, al deducirlo de un concepto del derecho *fundado en la disposición interna de la voluntad*, que identifica el derecho con la moral. Fué su originalidad y su error, según el profesor OÑECA; pues aparte de las objeciones que pueden oponerse a dicho concepto, ROEDER olvidaba que hay delincuentes incorregibles, y otros que nada tienen que corregir y son reprimidos con miras de advertencia y ejemplaridad.

Es verdad que el destino de las penas privativas de libertad hacia un fin educador ha ganado mucho terreno y parece tener brillante porvenir. En el Congreso Penal y Penitenciario de Berlín de 1935, la propuesta del grupo anglosajón sobre los métodos aplicados en la ejecución de la pena sostiene que la finalidad de la misma es la defensa de la sociedad mediante la readaptación de los condenados. La carta constitucional italiana proclama expresamente: «Las penas deben tender a la reeducación de los condenados» Y el Reglamento español de los Servicios de Prisiones (de 5 de marzo de 1948) declara en su artículo 1.º: «Las Instituciones Penitenciarias que en este Reglamento se regulan constituyen Centros destinados no sólo a la retención y custodia de detenidos presos, y penados, sino también, y primordialmente, a realizar sobre ellos una labor transformadora y redentora, con arreglo a los principios y orientaciones de la ciencia penitenciaria.» Los ejemplos pudieran multiplicarse, como la Reforma penitenciaria francesa reciente.

Sin embargo, este fin correccional que se impone en el mundo, y a cuya propaganda han contribuido, al menos en España, ROEDER y DORADO, no es precisamente aquella purificación mística de las

intenciones de que hablaba el primero, sino la más modesta corrección civil o readaptación a la vida social de que trataba LISZT.

Por eso, dice ANTÓN, tenía DORADO el más acendrado amor filial por los correccionalistas, nacido del respeto a sus maestros españoles. Se consideró por ello más correccionalista que otra cosa, y creyó su misión *poner al día* el correccionalismo, como el editor de una obra antigua le pone notas y adiciones para completar con los nuevos conocimientos y adaptarla a las necesidades presentes.

Pero independientemente de lo que antecede, la explicación de la influencia de RÖDER en España quizá pueda ser, además, otra: el pensamiento penal español, que permite hablar a MASAVEU de una escuela penal española, que arranca de ALFONSO DE CASTRO hasta LARDIZÁBAL, y que SALDAÑA ha querido ver en sus precedentes en SÉNECA, y cuya característica es ver en la pena la corrección mediante la expiación.

Parece, pues, que hubo una coincidencia entre el pensamiento de ROEDER y la línea tradicional española, y ello a pesar de las innegables diferencias dentro de la ortodoxia. Será muy difícil de explicar cómo es posible ver una continuación del pensamiento de nuestros teólogos y juristas, de los siglos XVI y XVII, en la tesis krausista y en la dirección roederiana del correccionalismo español. Para mí era simplemente una coincidencia de tipo sentimental más que técnica y científica. En efecto, lo que los correccionalistas españoles reciben de ROEDER—me refiero, naturalmente, a los penalistas exclusivamente—es aquella tesis esperanzadora de arrepentimiento y de posibilidad de rehabilitación y reforma. Es aquí exclusivamente donde cabe establecer la vinculación con el pasado mucho más que en la argumentación y en el razonamiento del sistema.

Ya hemos dicho cómo penetra en España la teoría correccionalista, y cómo se difundió en distinta medida en los escritores españoles del siglo XIX. Nos interesa subrayar una vez más que aquella Escuela correccionalista, de tan parco influjo en Europa, toma en España una importancia enorme y propia fisonomía, hasta adaptar, en FRANCISCO GINER, un perfil característico. Por eso tiene razón ANTÓN ONECA al decir que la predisposición moralista del pensamiento español explica el arraigo aquí alcanzado por la doctrina de la enmienda. Si es ROEDER el padre de los correccionalistas españoles, los más destacados de éstos vienen a enlazar con la tradición española, pues, como queda dicho antes, SÉNECA y los teólogos y moralistas de los siglos XVI y XVII, así como LARDIZÁBAL, aceptaron el deber impuesto por la moral estoica y cristiana de procurar la enmienda del pecado, pero sin que su realismo les permitiera prescindir de los objetivos expiatorios o intimidantes que siempre ha realizado la pena.

Vale la pena considerar, sin embargo, como síntoma el hecho indiscutible de que la teoría nacional, en aquella vertiente correccionalista y esperanzadora, cobre vigor y relieve notorio en coincidencia perfecta con la aparición del romanticismo como estilo de vida y cultura, reactivando de nuevo en el siglo XIX lo que se ha calificado de pensamiento mágico del hombre, para hacerlo entrar en colisión con el pensamiento lógico, originando aquella tensión y angustia, que en los momentos más agudos distingue a esta actitud.

Podemos comprobar esto espigando en alguna de las figuras representativas de esta época que, dedicadas al estudio de los problemas penales, se nos aparecen como hombres que convirtieron en fuerza creadora el descontento, nota romántica como puso de relieve FEDERICO NIETZSCHE, algo así como la vida del hombre cuando se le vuelve drama, como ha dicho ORTEGA.

CABA asegura que no puede darse una mediana definición del romanticismo, que es como forma de vida de las más ricas y hondas del hombre, si no se advierte fisionómicamente que en su contradicción interna y viva está el único modo de caracterizarlo.

Por eso el hombre romántico es esencialmente bivalente, mágico y lógico, creyente y libre pensador, activo y contemplativo, hombre de masas y máxima individualidad, en suma, una continuada contradicción, sin duda, por poseer como una gran riqueza oceánica, que multiplica los oleajes del espíritu.

Si fuera posible descubrir al lado del alma que vive, el alma que sueña, veríamos con claridad que en algunos de los penalistas españoles del XIX, proyectados hacia la ilusionada reforma del sistema penal, lindando; en ocasiones, con la utopía, encontraríamos, sin duda, esa íntima insatisfacción, esa modalidad y esa bivalencia de dos vidas paralelas en la propia existencia.

DORADO MONTERO, por ejemplo, es, sin duda, en este aspecto, una figura representativa.

En el estudio que de esta figura ha realizado el profesor ANTON ONECA y en el apéndice a esta obra de FRANCISCO MALDONADO DE GUEVARA resalta diáfaramente la contraposición romántica de lo mágico y lo lógico. DORADO MONTERO tuvo que vencer las deficiencias del propio ser físico, manco y cojo, las de la rusticidad y pobreza del medio originario, y de este modo «comenzó a formarse su voluntad férrea y la tendencia al ensueño para escapar de la realidad áspera y dura». A UNAMUNO no le interesaba la obra de DORADO, pero sí la personalidad fuerte, agitada por violencias pasionales.

De este contraste tenía que salir el derecho protector de los criminales, su hostilidad a la pena castigo, su cariño por la teoría de la enmienda, su correccionalismo, en suma; es decir, su españolismo, que no necesitaba influencias foráneas.

DORADO amaba los pájaros que se le posaban en las manos buscando migas de pan y MALDONADO ha intuído perfectamente que

la historia íntima de su conciencia había de ser por más que llamada humanamente trágica. DORADO era devoto de LEOPARDI y le unía una misteriosa afinidad con este poeta, y pudo decir UNAMUNO que lo más interesante del maestro del Derecho Penal de Salamanca sería un diario íntimo, que algún día se exhumase.

Por eso escribió su Derecho protector de los criminales, su llamada medicina social como cura de almas, con su afirmación hoy corroborada en la ciencia penal contemporánea, que el Derecho penal tradicional, el de la pena castigo, retribución e intimidación, estaba muerto.

Siempre es consolador para quien se dedica al estudio de realidades tan dramáticas como el delito y la pena, dice el profesor ANTÓN ONECA, soñar un porvenir en que esta última desaparezca o se transforme fundamentalmente. Se cree fácilmente lo deseado. De DORADO MONTERO se ha dicho que era una personalidad compleja con visiones de iluminado, mente inquieta entre el escepticismo y la fe, lo que justifica aquella dualidad e íntima contradicción que hemos destacado en el romanticismo.

Desde el año de 1861, que nace en Navacarros, aldea de la sierra de Béjar, que extiende sus humildes casucas sobre un robleal, aquel descendiente de modestos labradores, que siguió sus estudios con sacrificio propio y familiar, hasta que fallece en 26 de febrero de 1919, marchó por caminos de soledad en los que fatalmente había de crecer la utopía, pero en definitiva, esta fuerte personalidad que vio UNAMUNO, agitada por violencias pasionales, intuyó problemas, expuso soluciones y avizó horizontes que hoy ya no son totalmente utópicos, y en él, el son de la comprensión, de la esperanza y de la caridad brilla esplendoroso.

* * *

Lo mismo ocurre con CONCEPCIÓN ARENAL, que nace en 30 de enero de 1820 en una calle estrecha y retorcida de El Ferrol viejo, en una época que va a ser la precisamente época del romanticismo, ya que CONCEPCIÓN ARENAL, como dice JUAN ANTONIO CABEZAS, pertenece a esa estirpe de almas cuya cantidad de ilusión es inagotable. "Alma quijotesca española, apenas curada de una ilusión, está dispuesta a enfermar de otra. Almas locas de una locura que convierte la razón humana en razón divina. Para ellas la cordura es la muerte. Su ilusión es fuente en roca de alma, y cuando el dolor punza en lo hondo, la linfa brota más fresca ante las fauces reseca de la humanidad. CONCEPCIÓN tiene una de estas almas de genio, almas de roca viva. Ante ellas comprendemos que espiritualmente es posible cada día el mito renaciente del Ave Fénix. Sólo el alma humana de estirpe genial renace en cada desesperación. Pero existe en la vida de CONCEPCIÓN ARENAL lo que uno de sus biógrafos llamó romance sentimental, porque es verdad que la visión completa de una personalidad y la radiografía del alma ha de contar con los anhelos inhibidos. Allá por el

año 1856, dos almas, sin ellas saberlo, nos van a revelar todo un secreto con el fondo musical y romántico de una sinfonía de BEETHOVEN. Dos seres de cualidades excepcionales, casi angélicas, son CONCEPCIÓN ARENAL y su entrañable amigo el violinista JESÚS DE MONASTERIO. El interrogante se abre. ¿Agitó el alma de CONCEPCIÓN ARENAL el cálido aliento de una pasión imposible? No lo sabemos. En la época a que aludimos, CONCEPCIÓN ha cumplido ya los treinta y cinco años, y en su casa de Potes recibe a JESÚS, que tiene veintidós años. Alto y delgado y con una melena romántica, ha recorrido media Europa en triunfo con su violín. Desde que ha llegado a Potes pasa las tardes con la señora ARENAL y hablan de libros, de viajes, de ideas, de sueños para el porvenir, y JESÚS toca el violín mágico para ella y siempre el «Concierto con la romanza en fa», de BEETHOVEN. Así continúa esta relación espiritual y la «Romanza en fa» marcha a lejanías infinitas, con un copioso epistolario ¡hasta cartas de ocho pliegos! En una de ellas le dice, cuando fué nombrada visitadora de Prisiones: «Hasta ahora he vivido con la desgracia; ahora voy a vivir con el crimen». Cartas de 1860, 63, 64, 65, y como la última nota de la sinfonía inacabada, una de 1881. Comienza así: «Querido amigo». Después de escribirla, dice un biógrafo, suspira y dice: ¡Señor, cuánto duelen los recuerdos del corazón!»

Así se apaga dulcemente en el tiempo la romanza de una ilusión. Sueño imposible, pasión de dos corazones puros... Aquel día, CONCEPCIÓN continuó escribiendo su informe sobre legislación criminal que había de presentar al Congreso Internacional de Estocolmo.

La autora de nuestra reforma penitenciaria, la reformadora de nuestras prisiones, la que supo vivir con la desgracia, con la desesperación, con la pobreza, con el abandono, con todas las desventuras y miserias humanas, sin otras impaciencias del corazón que las del nobilísimo afán de una rectificación de sistemas y métodos penitenciarios, vivía paralelamente el mundo de la magia y de la lógica en un fondo de proyección romántica hacia la justicia. La frase «odía al delito y compadece al delincuente» es por lo demás bastante expresiva.

Y también FÉLIX DE ARAMBURU, que al lado del hombre de ciencia y del pensador se nos presenta como exquisito poeta, intimidad que tuvimos la fortuna de descubrir al conocer su obra inédita, y que si pudo escribir enfrentándose con la Escuela positiva denominada en su tiempo Nueva Ciencia penal, sobre el delito colectivo o el anarquismo, también nos brindó la otra vertiente de su personalidad en la colección de poesías titulada «Noches de luna» o «Historias de pájaros que parecen de hombres» y en la «Revista de Asturias», que alcanzó gran prestigio en su época al contar con un cuadro de colaboradores prestigioso, entre los que destacaba la figura señera de CLARÍN.

Creo yo que repasando la historia, analizando al detalle estas

y otras vidas, intuyendo lo que hay en ellas de común, será más fácil explicarse aquella influencia de ROEDER, que no fué probablemente más que una coincidencia en la línea ilusionada del sentimiento y que al margen de muchas discrepancias será siempre la constante histórica del pensamiento penal español con su tesis iluminada, caritativa y esperanzadora. Ahí quizá radique el hondo sentido de una Escuela penal española desde SÉNECA hasta nuestros días... que trató de comprender al delincuente y no olvidar que antes y después de perpetrar la infracción penal no es, ni más ni menos, que un hombre, como prácticamente lo demostró desde el punto de vista penitenciario el coronel MONTESINOS.

Y si hemos dado de lado un poco a la ciencia para aludir quizá con exceso a la poesía, es para admirar a aquellos penalistas españoles que al enfrentarse con el dramático problema penal prefirieron derivarlo por rutas ideales, pensando quizá un poco musicalmente. Modo alentador de comprender las cosas profundas.

Por eso, dijo bien el gran representante del saudadismo portugués, PASCOAS, «que sólo los poetas comprenden el alma humana porque les duele...».

El elemento psicológico en la alevosía

E. JIMÉNEZ ASEÑO

Abogado Fiscal de la Audiencia
de Madrid

SUMARIO: I. Concepto vulgar u ordinario.—II. Concepto técnico o jurídico. Propósito.—A) El derecho comparado.—B) Su evolución histórica nacional.—C) Exégesis del texto legal.—a) Comisión de un delito contra las personas.—b) Emplear medios, modos o formas ejecutoriamente eficaces.—1.º Casos de indefensión natural. — 2.º Casos de indefensión circunstancial u ocasional. — a) Ataques inadvertidos.—a') Aprovechándose de la situación de inconsciencia de la víctima.—b') Ejecutado por sorpresa.—c') Ejecutarlo mediante engaño.—b) Agresión inevitable aun inadvertida.—1') Agresión inevitable aun advertida, sin riña.—2') Idem con riña—c) Conciencia de la situación ventajosa.

I. CONCEPTO VULGAR U ORDINARIO

La alevosía no es una palabra privativa de los juristas, no obstante su empaque técnico y mucho menos de los penalistas, aunque sean éstos quienes la hayan estudiado con más cariño y la utilicen con mayor rigor didáctico o doctrinal. La alevosía se usa también por el vulgo—forma parte del *sermo vulgaris*—, con significado equivalente al de los juristas, ya que es del pueblo, una de cuyas grandes creaciones son los idiomas, de donde sustrae su esencia o significado moral. En este general sentido la alevosía se equipara, corrientemente, con la traición o la felonía y todo el mundo la usa cuando trata de condenar o denigrar a una persona o alguna de sus acciones o conducta calificándolas de solapada, taimada, pérfida, falsa, oscura, traidora, emboscada, felona... Posee, por tanto, un cariz genuino e inconfundible que no se agota en el acto, sino que logra caracterizar toda la conducta de un individuo, y adquirir la categoría definidora de un tipo humano, perfectamente determinado por su manera de ser o actuar. Es decir, imprime carácter.

Ordinariamente la alevosía se equipara con la traición y la perfidia y de este modo todo el que actúa alevosamente es un traidor, un pérfido o felón; persona de oscuros e insospechados resortes morales que encubre bajo la falsa apariencia de una conducta social, moralmente irrepachable.

Ha sido el sentido histórico tradicional quien lo ha sancionado

así, porque siendo sujeto de conducta solapada es poco de fiar, puesto que resulta peligroso para la alegre y confiada convivencia humana, fundada en leyes sociales que se basan en una franca y reciproca confianza de los unos, en la conducta de los otros, según el orden y medida normalmente aceptados. Mostrando falso respeto y amistad hacia los demás, el taimado o pérfido trae en la cara cosa distinta que en el corazón, según expresivamente dibujaron su psique los clásicos, y acecha, ocultamente, el momento propicio de hallarse desprevenida la víctima para caer sobre ella y dar el salto predatorio o vengativo que yacía, traídoramente, reservado en el fondo de su corazón.

De sujetos de esta especie está lleno el mundo, a pesar de la lucha, dura e incesante, que la buena moral mantiene contra ellos. Es un producto universal, no obstante su repulsa general, que se da en todos los tiempos y se cosechan en todas las clases sociales. El rufián o el taimado, de baja y abominable psicología, se cubre a veces, no sólo con la capa del vicio o la miseria, sino que se ampara, incluso, bajo el manto de la realeza. Ejemplo de ello nos lo ofrece la Historia, con más asiduidad de lo que sería deseable.

La nobleza y la bondad de corazón no es patrimonio exclusivo de ningún grupo social. Su trono está en el corazón y por ello sólo cabe, real y auténticamente referirlas a los individuos, y, por proyección de éstos, a la sociedad a que pertenecen.

La alevosía es el reverso de la franqueza, la lealtad y la nobleza de espíritu, valores sociales de primer grado que es preciso estimular. Representa la negación de las leyes más puras de la vieja y romántica caballería universal, aún no extintas. Los quijotes no son ni pueden ser traidores ni taimados; no conocen el crimen proditorio o alevé por premeditado y aunque no sea exigible un grado tal de virtuosismo moral al común de las personas, sí lo es un sentido de la vida inspirado en él, que es la base de la orientación legal.

Del propio modo que existen sujetos con almas sensibles a las nobles ondulaciones de la ética, la Historia nos ofrece también tristes ejemplos de almas colectivas con reacciones taimadas y sórdidas, con espíritus felones o amigos de la perfidia. Las Historias nacionales marcadas con el estigma deshonoroso de la alevosía o la traición, son sobradamente conocidas para ser citadas.

De Oriente a Occidente la escala de valores sociales, en este orden de cosas cultural, varía sensiblemente, si las aseveraciones de los sociólogos y viajeros no son falsas o equivocadas. Incluso dentro de las naciones se muestran ejemplos bien patentes de regiones o comarcas que poseen una mayor sensibilidad que otras para reaccionar frente a estas posturas espirituales.

Cuando Polonia cae víctima martirizada a la barbarie humana, por efecto del doble ataque combinado de la Rusia roja y la Alemania nazi, sigilosamente preparado y solapadamente puesto en práctica, se consume una victoriosa pero alevosa operación militar.

El ataque japonés a la base naval de Puerto Perla (Pearl Harbor) es, sin duda alguna, el más típico y condenable ejemplo de operación alevé verificada a traición y sobre seguro. Podrá la táctica militar justificada técnicamente, desposeyéndose de toda su tradición honoraria, que hizo de la lealtad y la nobleza de conducta la base de su código del honor; pero la conciencia moral del mundo entero, o al menos del occidental, la condenará sin remisión posible. Triste ejemplo de los tiempos el haber olvidado las viejas leyes de la moral internacional que exigían una declaración formal de guerra entre los pueblos civilizados, a imitación de los caballeros, para que, como éstos, pudieran acudir al campo del honor preparados y listos al combate, pertrechados de todos sus medios defensivos eliminando así la sorpresa del ataque y con ello la traición y la perfidia.

Ahora el ataque, la invasión y la depredación por sorpresa, a traición y sobre seguro, el ataque alevoso, constituye el desideratum de una política estratégica agresiva y mortífera que todo lo fia a la acción de los ataques bélicos concebidos en la mayor intimidad, organizados en la clandestinidad más rigurosa y ejecutados al amparo de la sorpresa y sin previo aviso, para caer sobre el enemigo desprevenido, eliminando el riesgo de errar el golpe y la justa represalia de la víctima, hecha prácticamente imposible por la bárbara devastación realizada. ¿Qué valor puede tener frente a esta realidad, tan dura y despiadada, la condena de la vieja moral y el derecho? Sólo en la lucha contra el criminal astuto y reptante cabe justificar la emboscada, el espionaje y la acción por sorpresa porque, al fin, se ejercita el derecho de la legítima defensa de la salud pública con iguales armas, suprema ley de la autoridad. ¿Estará cambiando también la moral internacional?

En definitiva la alevosía representa la manifestación evidente de una conciencia personal mal conformada socialmente; una tara moral de quien la padece, indicadora de la existencia de cierta perversidad peligrosa para la pacífica convivencia humana y, sobre todo, una conducta indigna de ser admitida en el seno de las relaciones con los demás semejantes, para los cuales siempre es un sujeto recusable y merecedor de la máxima repulsa legal, representada por la mayor gravedad de la pena imponible. La dignidad es, no cabe duda, un valor social que no sólo merece la tutela y defensa del derecho, sino su exaltación social hasta el grado máximo posible.

II. CONCEPTO TECNICO O JURIDICO: PROPOSITO

Tal vez sean nuestros juristas quienes hayan tratado con mayor atención y certeza esta circunstancia agravatoria de la responsabilidad humana y logrado un concepto más acalado de la misma, en relación con las fórmulas o definiciones forasteras. Contra la siste-

mática generalmente seguida, nuestro Código Penal alude a ella por partida doble; una vez como circunstancia genérica de agravación responsable (art. 10), y otra como circunstancia específica cualificativa del delito de asesinato. Ha sido, sin duda, esta repetición legal, una de las causas que han favorecido la concentración acuciosa de los penalistas, prácticos y teorizantes sobre ella, y logrado que forme, con la premeditación y la reincidencia, una trilogía de agravantes destacadas por el interés y cultivo técnico desarrollado sobre todas las demás. No es propósito nuestro el de verificar la plena exposición crítica de esta labor, sino solamente destacar, sobre todo lo que se dicho y escrito de la alevosía, la labor depuradora, seria y discretamente verificada de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que en éste, como en tantas instituciones legales, ha conseguido perfilar su sentido y alcance de un modo que no es posible ignorar si, en efecto, se pretende conocer el sentido íntimo de nuestra legalidad vigente. Solamente como el designio limitado de encuadrar la perspectiva de la orientación jurisprudencial en el cuadro general de la institución, hacemos una alusión esquemática a la alevosía en el derecho comparado y otra al derecho histórico nacional para así sustraer la consecuencia propia que tanta significación posee en su significado general y en el derecho vivo, actualmente en aplicación.

A) EL DERECHO COMPARADO

La nota más destacada del Derecho comparado la ofrece el hecho de que la alevosía, bajo las formas en que está admitida en cada legislación, constituye un motivo específico agravante de la responsabilidad humana. Se halla, por tanto, estimada como punible siempre y en grado superior al normal u ordinario. En general sirve para calificar el homicidio de asesinato e incluso, a veces, constituir la presunción jurídica normal en toda muerte humana, violentamente realizada. Por tanto, el problema que se suele plantear de *iure condendo* sobre su estimación penal (si debe ser castigada y si este castigo debe ser ordinario o agravado), se halla superado por opinión universal, expresa o implícita en sus derechos respectivos.

Contemplado el panorama legislativo internacional, se observa, en segundo término, que éste ofrece una imprecisión conceptual semejante a la que se acusa en el vulgar, aunque en su fondo está latente la idea de repulsa o condena moral y pública. Así, en tanto que el Código francés hace del «guet-apens», la emboscada, la nota típica del asesinato como comprensiva de la mente alevosa, es claro que ambas ideas no son exactamente concordantes. «El guet-apens» consiste en esperar más o menos tiempo, en uno o diversos lugares, a un individuo, sea para darle la muerte, sea para ejercer sobre él actos de violencia» (art. 298 del C. c. francés). La jurisprudencia ejerce, como es de suponer, una clara labor de correc-

ción y fijeza del concepto expuesto, en consonancia con el sentido humano de la emboscada.

El alemán no conoce, directamente al menos, la alevosía para calificar a una muerte de asesinato, sino que se fija en la premeditación, concepto paralelo, pero no igual al anterior, según lo ha visto nuestra jurisprudencia. Ninguno de los Códigos de este ciclo conoce la alevosía sustantivada (QUINTANO). La confusión es aún mayor en el «common law» inglés, tan empírico y casuístico, donde se habla de «maliciosa premeditación», y, asimismo, domina esta fórmula en los estados norteamericanos, en su mayoría.

El modelo italiano, tan doctrinario, no conoce el asesinato, manteniendo el tipo del homicidio cualificado circunstancialmente por un número, tal vez demasiado prolijo, de las mismas, entre las que se destacan la «premeditación» y la «utilización de un medio insidioso». Existen Códigos que, llevados de un noble espíritu de emulación y síntesis, como el del Brasil, han llegado a patrocinar una fórmula legal muy semejante a la italiana, a la que superan en número de circunstancias específicas gravatorias, con el deseo, nunca logrado, de agotar los supuestos reales de muerte agravada o de crímenes proditorios, y así decreta, como tal, el de «utilizar un procedimiento cruel, insidioso o de peligro común, emboscada o medio que imposibilite o dificulte la defensa del ofendido». En donde, como se ve, caben todas las nociones conocidas de la alevosía.

En resumen, el Derecho extranjero no conoce la alevosía en el sentido genuino que el nuestro. Este concepto lo refiere más bien a la premeditación o la emboscada. Conceptos similares, aunque no idénticos, y, por último, nuevas fórmulas, como la brasileña, permiten incluir en ellas el concepto de la misma sin violencia racional ni moral alguna.

B) SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA NACIONAL.

El proceso histórico, sufrido por alevosía en nuestro Derecho ha sido ejemplar. No parece que ningún otro haya captado como él la esencial de la agravante ni haya logrado depurar su idea con la justeza con que se ha verificado en él. Desde las Partidas del rey Sabio hasta el Código penal de 1870, en que la elaboración de la fórmula se detiene, la idea se transforma desde la originaria de traición hasta lograr una racionalización propia en fórmula que ya es clásica en nuestra legalidad.

En el viejo texto de don Alfonso se declara expresamente que «todo home que matase a otro a *trayción o aleve...* debe morir por ende según diximos de suso en el título de las trayciones» (ley XV, tít. VIII, Partida 7.^a).

Traición definieron en el título de referencia «tanto quiere decir como traer un hombre a otro; so semejanza de bien, a mal;

et es maldad que tira así la lealtad del corazón del home...». Y añade, cuando algunos de los yerros que se declaran hechos contra el rey o contra su señorío o contra procomunal de la tierra se llama propiamente traición, «et quando es fecha contra algún otros homes es llamada aleve, según fuero de España» (ley I, tit. II, Partida 7.^a). La ambivalencia entre traición y aleve o alevosía, que poseía en el Derecho viejo de la nación títulos tan nobles como los indicados, se mantiene en la Novísima Recopilación (ley II, tit. XXI, lib. XII), refiriéndose «al que mate a otro a traición o aleve y del que hiciere muerte segura», en donde se añade la última frase, que es como un tercer término en la definición; aclarándose que esto será «salvo aquella que fuere hecha en pelea, guerra o riña». Y esto porque hay contienda empeñada entre las partes y cada cual corre su riesgo propio, pudiendo perecer en ellas. El riesgo excluye la alevosía: es doctrina unánime entre los doctos y el vulgo.

El primer Código nacional de 1822 sanciona una fórmula expresiva y sintética, que, aun derogada, ha quedado en el ambiente judicial y se usa corrientemente, en gracia a su firmeza descriptiva, diciendo que es agravante penal el «ejecutar el hecho con alevosía», entendiéndose que existe la circunstancia «cuando se obra a traición o sobre seguro». Aquí ha desaparecido el modo aleve o alevoso como un tercer término de un género—traición, alevoso y sobre seguro—, según venía recibida de la traición, y ha pasado a convertirse en término genérico, del cual son como dos aspectos o especies, la traición y el obrar sobre seguro o la seguridad en el golpe. La alevosía ha logrado así un grado en la categoría ideal de los conceptos afines.

Esto no obstante, el sentido ético tradicional se mantiene en su esencia, inspirando la fórmula nueva que sólo ha pretendido sancionar un texto más breve y depurado que el viejo, «doctrina conforme con el sentimiento general de nuestra especie, que con tauta aversión mira al vil que, teniendo preparados todos los medios de dañar, se ensangrienta en su víctima desapercibida» (LA SERNA y MONTALVÁN). No debe, pues, confundirse el delito cometido a traición con el típico de «traición», aunque en el fondo éste envuelva aquel modo, en su mayor parte de las especies. La frase a traición es un modo adverbial que equivale a alevosamente faltando a la lealtad o confianza con engaño o cautela: *a tergo insidiosè dolose*, según observa PACINCO («por la espalda, insidiosa y dolosa»).

Sobre seguro, añaden los autores citados, significa de cualquier modo que se ejercite la muerte no siendo en pelea, guerra o riña, conforme con la ley recopilada, o sin riesgo ni peligro alguno de parte del agente. Es el sentido que preponderará en la definitiva concepción legal de la alevosía.

La fórmula vigente, sobre la misma, fué introducida por el Código de 1870, y debida, sin duda, a la pluma ágil de su autor,

señor Montero Ríos, y ofrece un estilo evidentemente racionalista o técnico (1). En ella el legislador ha pretendido captar el sentido ancestral o tradicional de la alevosía, tal como llegaba hasta él, a través de la consecuencia histórica, y al propio tiempo procurado canjear la fórmula vieja, por estimarla tal vez demasiado sintética, y no muy ajustada al rigor metodológico, no obstante su expresividad, por otra más en armonía con las exigencias del método y el legalismo penal imperante.

Posiblemente encontraban que la expresión antigua pecaba de demasiado espontánea y, por ello, expuesta a ser eludida por la falsa condescendencia o a ser ampliamente comprensiva con el espíritu vindicativo, y se procuró fijar más concretamente su alcance y significado. La redactó así: Son agravantes: 1.º *Ejecutar el hecho con alevosía. Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido.*

No ha habido cambios, en texto, esenciales. El sentido ético o penal de la circunstancia queda intocado. Sólo se ha pretendido dotar de mayor rigor científico o lógico a la fórmula; así que cabe el que, naturalmente, se acuda a los antecedentes históricos para lograr captar el sentido oculto o confuso de alguna frase o de su propia significación criminal. Ya el Código de 1922 daba una relación explicativa de casos que aún conserva su valor interpretativo. Decía éste que obra alevosamente quien ataca a traición o sobre seguro, explicando seguidamente que tenía lugar «ya sorprendiendo descuidada, dormida, indefensa o desapercibida a otra persona..., ya llevándose la con engaño o perfidia o privándola antes de la razón, de las fuerzas, de las armas o de cualquiera otro auxilio para facilitar el asesinato, ya empeñándola en riña o pelea provocada... con ventaja conocida, o ya usando cualquiera otro artificio para cometer el delito con seguridad o sin riesgo para el agresor o para quitar la defensa al acometido». Es decir, que en el fondo de toda la cuestión late la idea de que es alevoso todo ataque que elimina la posibilidad natural de ejercitar la propia y legítima defensa, sea cual fuere la causa de la misma, con lo cual se asegura su propia indemnidad el agresor. Es un duelo criminal en donde la igualdad de armas o defensas se halla nega-

(1) CAMARGO HERNÁNDEZ, que ha publicado, después de compuesto este trabajo, una notable monografía consagrada al mismo tema con el título de «La alevosía» (Ed. Bosch, Barcelona, 1953), del concienzudo estudio histórico que hace obviene que el proceso formativo de la circunstancia es el de su separación del delito de traición hasta llegar a su propio sentido, distinguiendo dos etapas: la primera que dura hasta la codificación; inicia la diferenciación en el Fuero Real dándose un paso más en «Las Partidas», donde se distingue la traición de la alevosía propia. La segunda logra su carácter típico de circunstancia penal agravatoria, lo que ocurre desde el Código Penal de 1822, el decano de los Códigos españoles.

da, en su propio favor, por el delincuente. La alevosía garantiza al autor del hecho una muerte o lesión segura, sin el riesgo posible de un daño o lesión para él. Es, por tanto, un ataque vil o indigno, por inhumano, y, por ello, con mayor reidat que el delito ordinario, perpetrado frente a frente o cara a cara, arrojando las consecuencias naturales de la reacción propia del ofendido. La conciencia moral universal ha otorgado ya su fallo en este sentido y la política criminal, adecuada a sus reacciones nobles, la ha recogido muy justamente como una circunstancia agravatoria de la responsabilidad. CAMARGO la define: «Hay alevosía cuando *intencionalmente* se busca o aprovecha por el culpable la indefensión de la víctima y el aseguramiento del hecho».

C) EXÉGESIS DEL TEXTO LEGAL.

Una exégesis del texto legal, actualmente en vigor, que fué formulada por el Código de Montero Ríos, permite descomponerle en los siguientes elementos constitutivos: a) Comisión de un delito contra las personas. b) Emplear medios, modos o formas ejecutoriamente eficaces: 1.º porque tiendan directa y especialmente a asegurar la ejecución, y 2.º porque no exista riesgo personal para el agresor procedente de la defensa que pudiera hacerle el ofendido. La jurisprudencia viene adicionando a los anteriores un tercer elemento de carácter subjetivo. c) Que el culpable tenga, al menos conciencia de su situación de privilegiada, el que, por no estar expresamente señalado en la ley, debe ser cuidadosamente examinado para evitar el riesgo de desvirtuar el propio carácter de la circunstancia.

a) *Comisión de un delito contra las personas.*—Esto es, un delito de muerte o lesiones, puesto que a éstos se reducen los calificados como tales en el Código actual, y que antes lo fueron de delitos contra la vida y la integridad corporal, por estimar que era éste el bien específicamente vulnerado por la acción delictiva. Delitos de sangre, en definitiva. Por esto se ha estimado que también alcanza al complejo de robo con homicidio, no obstante su desplazamiento del título de los delitos personales o de vida y su emplazamiento en los que van contra la propiedad ajena, en razón a que el homicidio es siempre homicidio, sea cualquiera el lugar en donde se halle colocado.

Sin embargo, dentro de estas infracciones cruentas cabe distinguir, en el sistema legal, dos clases de la misma: delitos simples de sangre o contra las personas, como el homicidio y delitos cualificados por la agravante: tal, el asesinato. En ellos los efectos represivos o penales tienen que ser diferentes, porque su categoría penal es diversa. Así, la gravedad de los últimos es incontestablemente mayor que la de los primeros, en razón a que sobre el elemento criminoso del simple—homicidio y lesiones—se une la forma ignominiosa de cometerlo, y así, dos cantidades de

positiva reidad tienen que arrojar necesariamente más gravedad que una sola. De esto resultará que nunca el juzgador, al sentenciar, podrá superar la estimación criminal que el legislador haya atribuido a las especies delictivas en su función, preeminente política, de castigar los delitos teniendo en cuenta los valores morales o sociales implicados en la infracción criminal y que han sido desconocidos o vulnerados por el culpable: el que juzgó idóneos o precisos para la convivencia pacífica de la sociedad.

Por tanto, si la política legislativa sobrestima el homicidio alevoso sobre el simple, nunca podrá el juez despreciar o sobreestimar esta marca y, por tanto, no sería justo que se castigase el homicidio simple con una agravante genérica como más grave que el cualificado legalmente con la propia agravante. Esta estimación judicial debe estar supeditada a la política, y éste será siempre un límite que el tribunal no puede ni debe sobrepasar.

La alevosía es una circunstancia modal, una forma de ejecución delictiva: por tanto, es compatible con todas aquellas otras circunstancias que representen situaciones espirituales o psíquicas del sujeto, estados de pasión que determinen la conciencia *sceleris* a obrar. No es, pues, un arrebato, ni ninguna obcecación, y, por tanto, es incompatible con estas atenuantes; ni un estado de déficit de la conciencia o de conciencia disminuída, por lo cual cabe que se dé con la embriaguez y con la enajenación mental incompleta, cabe que aun alevosamente se pretenda reivindicar la fama o el honor ofendido. En resumen, como no es circunstancia pasional, es compatible con todas las formas de esta especie.

La alevosía tampoco es un raciocinio serio y formal del pro y el contra del delito; no es un cálculo y, por tanto, es perfectamente compatible con la premeditación (SS. de 7 de julio de 1899; 2 de enero de 1931 y 2 de octubre de 1935), y lo es con toda otra circunstancia que no sea, en sí misma, un modo seguro de cometer el hecho y además elimine el riesgo de la reacción del ofendido.

b) *Emplear medios, modos o formas ejecutoriamente eficaces.*—La generalidad con que se halla expresada y, por tanto, concebida la realización delictiva, al decir medios, modos o formas, tiende a eliminar toda posibilidad de exclusión de alguno de ellos, ya que la cualidad de alevoso lo proporciona la situación o actuación del agresor. Esto es, «cómo» lo realiza, ya que es un concepto instrumental. Así, dice la ley, que esta cualidad reside en que «tienda a asegurar» el golpe y «eliminar el riesgo de la posible reacción del agredido». De este modo, real y verdaderamente la circunstancia se centra en el corazón del criminal y no en la eficacia o naturaleza del modo en sí mismo.

Tender a asegurar el golpe, o sea la ejecución del designio malvado, significa tendencia humana racional, y esto revela que es un elemento subjetivo, ya que implica conciencia de lograr un deseo, manifiesto en la forma de ejecutarlo utilizando medios idó-

neos para el logro del designio malvado, aunque, en definitiva, no lo consiga o se frustre. Por ello, la sentencia de 27 de octubre de 1934 declara «qué basta que tienda el culpable a matar o herir —dolo directo— y eliminar la natural oposición que había de hacer la víctima de haberle ofrecido alguna oportunidad para evitar su propia muerte». Este era el concepto tradicional de nuestras viejas leyes, que consideraron tal proceder como «muerte segura» u «obrar sobre seguro».

La fórmula del Código añade, además, la condición de que la tendencia a la ejecución ha de ser «sin riesgo para el agresor» de la defensa que proceda del agredido, o sea que hubiera podido proceder de no habérsele sorprendido inocentemente en el acto. Es decir, que además de traidor, ya que asegura el golpe, es cobarde, porque coloca a la víctima en trance de no poder ejercer su protección. Es una condición que elimina la legítima defensa, que la ley misma sanciona como derecho insobornable de toda persona. Con ello se revela incuestionablemente el carácter jurídico negativo de la circunstancia, como opuesta a la eximente legal defensiva indicada, porque se hace prácticamente inoperante. «Asesinos son llamados una manera que ha de homes desesperados e malos que matan a los homes a traición de manera que non se pueden de ellos guardar» (Partida 7.^a, tit. XXVII, ley 3.^a). El que no se pueda uno guardar de ellos, o sea defender, es la nota esencial que aún perdura en el Código de nuestros días, 1944.

Claro está que si bien estas dos condiciones son hipotéticamente concebibles separadas, prácticamente son de muy difícil divorcio, porque el que alevosamente asegura el golpe, elimina, a la vez, la reacción defensora de la víctima, y la traición y la cobardía se producen simultáneamente. La separación más parece elaboración de gabinete que producto espontáneo de la realidad.

La doctrina jurisprudencial ha venido fijando concretamente una serie de casos en que tales elementos se dan, que pueden ser ejemplarmente, expuestos, en orden de su progresiva complejidad, del modo siguiente:

1.º *Casos de indefensión natural*.—Son éstos, todos aquellos supuestos en que la víctima no podía materialmente defenderse, por sus condiciones manifiestas de inferioridad fisiológica o física. A ellas se refieren las resoluciones del Tribunal Supremo, en que viene reiteradamente declarando que es siempre alevosa la muerte de un niño (S. de 28 de marzo de 1916), contra la opinión teórica adversa, que erróneamente estima que concurre el abuso de superioridad. De igual modo que existe también la muerte de un niño si éste tiene dos años (S. de 7 de mayo de 1897), de cuatro años (S. de 18 de enero de 1893), de seis (S. de 20 de febrero de 1910) e incluso de catorce años (S. de 2 de marzo de 1889). Lo es si se mata o hiere a un anciano (S. de 26 de junio de 1884), si la avanzada edad de la víctima produce en la misma estado de indefensión (S. de 20 de noviembre de 1872) o un ciego (S. de

4 de julio de 1884), y el que priva de la vida a su tío carnal ciego y que se hallaba acostado (S. de 22 de febrero de 1950), o mata a un recién nacido (S. de 10 de junio de 1953) (2).

En cambio, como el sexo no arguye por sí solo indefensión material, hay que examinar cada caso de agresión a la mujer para juzgar si, en efecto, hubo o no ataque alevoso, «pues el simple hecho de serlo no produce por sí la alevosía» (S. de 9 de septiembre de 1886). En este sentido abundaba la sentencia de 13 de febrero de 1951, examinado un caso en que la víctima, por su sexo, se hallaba en condiciones de manifiesta inferioridad. Este supuesto de indefensión es la situación de hecho más clara e indiscutible de cobardía, y por ello la opinión docta, como la profana, la condena, sin remisión, unánimemente.

2.º *Casos de indefensión circunstancial u ocasional.*—En éstos cabe subdistinguir los supuestos de indefensión por inadvertencia del peligro, y aquellos otros que, aun advertidos por él mismo, no los pueden evitar.

a) *Ataques inadvertidos.*—Estos pueden darse a favor de la inconsciencia de la víctima, por engaño o por sorpresa.

a') *Aprovechándose de la situación de inconsciencia de la víctima.*—Se comprenden todos los casos en que el culpable se aprovecha de la circunstancia de hallarse privada de razón o sentido, accidental o permanentemente, como ocurre si estaba dormida o confiada o bien en uno de los estados crepusculares (Ss. 30 de julio de 1904 y 28 de octubre de 1889...) en su propia casa (S. de 8 de marzo de 1890) o en un departamento del tren (S. de 15 de diciembre de 1922), enfermo en su cama (S. de 14 de julio de 1896), herido por otro (S. 30 de noviembre de 1907), rendido moral y físicamente (S. de 27 de mayo de 1907), a una persona dormida (S. de 7 de mayo de 1953).

A todos estos supuestos se refería el Código de 1922 al decir que el ataque era alevoso «si se sorprendiese» dormida a la víctima... o privándola antes de la razón y de las fuerzas». La tradición y la realidad, están, pues, de acuerdo en la unánime condena de tan repugnante crimen.

b') *Ejecutado por sorpresa.*—El ataque por sorpresa, cogiendo a la víctima desprevenida, es incuestionablemente alevoso. El autor es traidor porque el golpe cae fulminante, como un rayo, sobre quien ni sospecha de la felonía, y, por tanto, le es imposible reaccionar y defenderse de él. El criminal sabe que nada puede temer de su ofendido porque antes de poder reponerse de la sorpresa que la agresión inesperada le produce, ya está muerto o herido. No existe otra posibilidad que la de perecer en la víctima y, para el criminal, debiera existir el propio convencimiento que

(2) En sentencia de 19-VI-953 se declara alevosa la conducta del autor por inducción del parricidio, porque indujo a su novia a ocasionar la muerte del hijo de ambos, recién nacido, que por esto es siempre muerte alevosa y porque alevosos fueron los medios que indicó y facilitó, cual el empleo de veneno.

será castigado correlativa e inexorablemente. Los Tribunales han de poseer el valor moral, firme e ineludible, de hacer realidad esta ley conmutativa de la justicia punitiva, que debe ser, al propio tiempo, retributiva.

A esta especie de agresión se refería ya el más viejo de nuestros Códigos—1822—al decir que es alevosa la «agresión que sorprende descuidado o desapercibido al perjudicado». Es también la figura más común en la práctica judicial y aquella que ha merecido más definiciones de la jurisprudencia, que viene incesantemente afirmando que ataque por sorpresa, rápido e inopinado, es alevoso.

Esta viene recogiendo la nota común de absoluta inadvertencia del peligro y declarando que existe ataque alevoso cuando el agredido estaba cavando o labrando el campo (S. de 26 de febrero de 1880) o lavando la ropa en una acequia y el agresor se le acercó sigilosamente dándole una puñalada por la espalda (S. de 4 de abril de 1896), o poniéndose los zapatos (S. de 3 de mayo de 1901), o agachado arreglando un pico (S. 18 de marzo de 1886), o liando un cigarrillo (S. de 3 de marzo de 1903), o comiendo tranquilamente en casa de un vecino (S. de 12 de agosto de 1901), o bailando en la casa del vecino también (S. de 9 de julio de 1874), con la condición natural en estos casos de que hubiera sorpresa en la agresión favorecida por los actos que realizaban.

Igualmente lo es, en tales condiciones si se agrede estando despachando en su tienda la víctima (S. de 2 de agosto de 1911). Cabe perfectamente acoger aquí la clásica emboscada o agresión encubierta, bajo esta forma sorprendente y así se declaró que es alevosa la agresión que se produce en una situación de oscuridad por faltar la luz (S. de 4 de octubre de 1908). Es de advertir que en muchos casos este modo se confunde con el engaño.

Las resoluciones, en este sector teórico, se multiplican ejemplar y expresivamente. Es alevosa la muerte y lo califica de asesinato cuando la agresión es mortal, rápida e inesperada en momentos en que la víctima se hallaba desprevenida y por completo desapercibida del acometimiento para lo cual ya llevaba el culpable preparada el arma. Y lo propio acontece sin intervalo de tiempo, en el mismo momento de darse cuenta de que su hermano había agredido a la víctima, súbitamente por la espalda, lo hizo también en forma rápida, aprovechándose de la impresión que necesariamente había de producirle el verse acometido por arma blanca por ambos lados (S. de 18 de diciembre de 1947).

«En la agresión de dos personas a una sola, de manera súbita, con navaja y un hacha, manejadas y descargadas sucesivamente por ambos agresores (S. de 26 de mayo de 1947) en quien concibe rápidamente la idea de venganza coge una escopeta, aprovechándose de la soledad del lugar, y al encontrarse la víctima, indefensa y desapercibida, le hace un disparo sobre la cara que le produce la muerte (S. de 3 de mayo de 1950)». «si la agresión, rá-

pida e inesperada, fué con piedras que ocultaba, aprovechándose de momentos en que sus víctimas se hallaban desprevenidas y de espaldas (S. de 3 de febrero de 1950), cuando saliendo de la cocina volvió cautelosamente armado con una navaja con la que realizó su propósito homicida en forma rápida e inesperada (S. de 25 de marzo de 1950), si la agresión fué efectuada de modo súbito cuando la víctima no la sospechaba ni podía defenderse y aprovechando el agresor estas ventajosas condiciones para asegurar sin riesgo propio la consumación de sus propósitos homicidas (S. de 23 de septiembre de 1950) y aprovechándose de cuantas situaciones de indefensión signifiquen garantía, siquiera probable para la persona del agresor traicionero (S. de 3 de febrero de 1951). Aún más expresivamente se declara (S. de 10 de enero de 1921) que «la abierta hostilidad, ni el odio mutuo, ni la idea fija de luchar y matarse que, dominando sus ánimos, tuvieron agresor y agredido en alarma constante, en un vivir alerta y vigilante hasta hacer posible la traición del uno para el otro, fundan la circunstancia porque suponiendo esa tensión espiritual, la realidad evidenciar su intermitencia al menos, ya que el interfecto, a pesar de hallarse en un establecimiento público, donde lo mismo que él podía concurrir su enemigo le encontró tan desprevenido que éste y descuidado que pudo matarle, como lo mató, sin que llegase a aperebirse ni a sospechar siquiera la agresión de que iba a ser objeto.» Es decir, que se reveló una alevosía ocasional no buscada y pensada ya que surgió del momento del acto en cuya ocasión se aprovechaba el culpable de la situación de ventaja conocida y con la conciencia de que no existía el riesgo natural a la reacción posible del agredido y por ello la circunstancia surge espontáneamente y sin lugar a dudas. De donde se extrae, de acuerdo con vieja y dominante teoría penal conocida, la alevosía preparada o proditoria y la aprovechada y ocasional sólo diferenciadas en circunstancias accidentales ya que esencialmente una y otra se hallan unidas en la común y necesaria exigencia de las condiciones determinadas en la ley para que el ataque alevoso tenga lugar en el acto criminal.

c') *Ejecutarlo mediante engaño.*—El engaño significa una sugestión en quien lo padece porque toma por real lo que no es más que apariencia. Cualquier ardid usado para captarse la confianza de la víctima y sorprenderla en dicho estado que ha provocado el agente, produce la creencia en la simulación. Es una clara traición a la buena fe ajena, pues «muestra a los ojos otra cosa que la trae en el corazón». El criminal es, pues, un pérfido o taimado y una y otra es traición. Expresamente la cataloga entre los actos de alevosía el Código Penal de 1822 al decir que lo era llevándose con engaño o perfidia». También aquí existe seguridad en el golpe y eliminación del riesgo defensivo ya que inocentemente el agredido no pudo sospechar la asechazanda de que fué víctima. He aquí también implícita la emboscada del Código francés y la traición de otros Códigos europeos.

Igualmente la jurisprudencia rompe contra esta forma alevosa de matar o herir. Se da este supuesto en aquellos hechos de disfraz, como en el de la sentencia de 4 de febrero de 1936, pero se excluye si el disfraz no implica seguridad en el golpe; como si el enmascarado riñe con otro y sostiene la lucha sin ventaja alevosa conocida. Ninguno tiene la obligación de descubrirse para pelear. Pero, en cambio, existirá si el disfraz sirve u otorga facilidad y seguridad para agredir sin riesgo para sí (S. de 11 de febrero de 1884). Existe también engaño en la simulación de la amistad o disimulo de enemistad (S. de 26 de septiembre de 1876), así como en la «mise en scene» falta (S. 9 de julio de 1907) sugestivas, o en definitiva, traicionando la confianza que merecía la víctima del agresor (S. 21 de enero de 1879).

d') *Agresión inevitable aun advertida*.—Representa el último grado de las situaciones alevosas que son teóricamente concebibles. Su autor también se prevalece de la sorpresa para ganar posiciones tan favorables en la ejecución que, aun advertido o apercibido del ataque, la víctima se halla en condiciones tales de inactividad que no le es posible realmente defenderse. La defensa está de hecho prácticamente eliminada. Es un auténtico ataque por sorpresa en donde se destaca este nuevo elemento por meras razones de exposición metodológica y hacer más clara su comprensión. Todavía cabe distinguir, bajo este epígrafe, el ataque inevitable sin riña y el que se produce en riña, pero alevoso.

1') *Agresión inevitable, aun advertida, sin riña*.—Se emprenden aquí todos los ataques súbitos e inesperados dadas las condiciones en que aquél se produjo. El criminal actúa al amparo de la sorpresa, pero el agredido, aun dándose cuenta de la agresión, se encuentra en tales condiciones de situación que no le es posible evitar, porque toda reacción defensiva está anulada, y, por tanto, tiene que sucumbir inexorablemente a ella, aunque consciente de su muerte o lesión. Es el azar o fatalidad que el criminal representa voluntariamente, a quien ha de inmolarsé fatalmente, aunque horrorizado de la traición que estupefacto contempla la víctima viéndose sacrificado, inerme e indefenso a la traición, sólo vislumbrada en el umbral del martirio. Así mató Bruto a César.

Es tal vez la más trágica de las situaciones alevosas porque une a la criminalidad del ataque la perversa satisfacción de contemplar a la víctima despavorida por la sorpresa que le produjo su perfidia y perecer, aún no respuesta del espanto que ésta le produjo.

Si el riesgo defensivo es el punto clave, según la ley, para definir las agresiones humanas como alevosas es evidente que en estos casos el atacado no posee otra posibilidad que morir inexorablemente el ataque. Es una situación clara de responsabilidad criminal matizada por el hecho alevoso. Por ello se encontraba incluido en la relación del viejo y citado Código de 1822 al referirse a los ataques que «sorprenden indefensa» a la víctima, la privan

de «la fuerza de las armas o cualquier otro auxilio para facilitar el asesinato».

Expresamente lo estableció también la sentencia de 12 de enero de 1934, diciendo que existe en una «agresión en forma rápida e inopinada que no permitió al agredido aperebirse de ello, porque tal manera de acometer no permite a la víctima darse cuenta de la agresión, ni defenderse, ni prevenirse a la defensa, ni poner en riesgo la persona del agresor». Ni aún existiendo actos provocativos si el agresor «no dió tiempo para prevenirse ni defenderse» (S. de 23 de abril de 1917 y 24 de diciembre de 1920...) y lo es el acometimiento repentino porque asegura su ejecución sin riesgo (S. 23 de abril de 1917, y 24 de diciembre de 1920) y lo es el acometimiento repentino porque asegura su ejecución sin riesgo (Ss. 19 de septiembre 1913 y 13 de febrero de 1929), aunque el agredido se diera cuenta de ella si no tuvo tiempo para aperebirse a la defensa (S. de 28 de enero de 1939) y en la agresión súbita e inesperada (S. de 18 de mayo de 1953).

Es articularmente expresiva la resolución que contempla el caso en que un subordinado administrativo que, sabedor de que el jefe sostenía relaciones íntimas con su esposa y le hacía además objeto de vejaciones constantes, fué muerto por aquél de dos disparos de pistola, en ocasión en que había sido recibido por dicho jefe y en tonos violentos le increpó y exigió explicaciones relacionadas con su deshonra, siendo expulsado, también violentamente por el jefe que se hallaba en pie, y avanzaba hacia el subordinado cuando éste le anunció que le iba a matar, disparando éste seguidamente (S. de 23 de junio de 1951). Se excluyó la alevosía en razón a que la situación de violencia provocada por el propio jefe, excluye toda imprevisión en la situación a que llegaron a situarse ambos, de la cual habría de nacer racionalmente la agresión.

2') *Agresión inevitable aun advertida y con riña.*—Cabe avanzar más por la vía de los supuestos reales y llegar a comprender, bajo el concepto de alevosas, las agresiones en las cuales se «empeña a la víctima en una riña o pelea con ventaja conocida... o usando cualquier otra artificio para cometer el delito con seguridad» (Código de 1922) si existe situación de riña, incluso enteramente aceptada, lo que supone igualdad de condiciones en los contendientes, y por ello se excluye ordinariamente la alevosía; pero si uno de éstos entra en ella en situación de desventaja no conocida para el otro, de tal suerte que garantiza el éxito de la agresión, la riña o el duelo será alevoso por traición. Piénsese en el match de boxeo en que uno esconde en el guante un instrumento vulnerable. Basta que se pueda discernir la evidencia de las dos condiciones características de la alevosía—seguridad en el golpe y eliminación del riesgo defensivo en la víctima—para que la circunstancia exista. Vida por vida, sangre por sangre, sería la fórmula de la justicia conmutativa en los duelos criminales y en cierto modo consti-

tuye el subtratum de la inspiración del Código. Todo acto que tienda a quebrantar esta situación de equilibrio en el riesgo reciproco alevoso por indigno y criminal.

La consecuencia o el criterio legal aparece bien claro. Toda agresión súbita o inesperada contra una persona que carezca de la posibilidad de reaccionar defendiéndose, es aleve. Resulta, por tanto, incorrecta la tesis de la posición que pretenda que el hecho de que una persona pueda estar prevenida, teóricamente fundada en que los contendientes no eran amigos, no es bastante para excluir la alevosía, sino que es preciso que exista el hecho real de la posibilidad en el acto de defenderse y evitar la agresión de cualquier modo en que ésta pudiera verificarse. Así no se precisa si incluso la víctima en lugar de defenderse huye (S. de 10 de junio de 1881). Y del propio modo no es posible la alevosía en las riñas o situaciones de violencia pariguales, porque esta realidad la excluye, ya que no hay sorpresa ni indefensión en el agente.

Así lo reconocen expresamente las sentencias de 26 de octubre de 1942 que la excluyen porque medió entre los actores conversación violenta (S. de 10 de diciembre de 1880), porque hubo cuestión (S. de 8 de febrero de 1872) porque hubo disputa...

c) *Conciencia de la situación ventajosa. Elemento psicológico.*—Ha sido la jurisprudencia la que ha destacado, sobre el concepto legal objetivo, esta nueva condición o elemento, aunque yacía implícito en el fondo de la misma como lo está en toda circunstancia. Representa teóricamente el *animus* elemento vitalizador del *corpus* en el que se manifiesta todo acto jurídico. Se refiere a aquellas situaciones en que no se estima la alevosía, aun existiendo, «agresión de frente, aunque súbita e inopinadamente llevada a cabo por una mujer ofuscada por las continuas burlas y desprecios de que era objeto en público por el ofendido autor de la deshonra, pues no aparece que *consciente e intencionadamente* se emplease este medio». Las frases subrayadas expresamente destacan el elemento subjetivo indicado que es preciso administrar con cuidado ya que la redacción objetivada de la fórmula legal no aparece indicada y se destaca la preponderancia que se concede legislativamente a la situación de hecho manifestada en ella, corroborante de la presunción de dolo o voluntariedad del párrafo 2.º del artículo 1.º del Código Penal, al decir que las acciones se presumen voluntarias a no ser que conste lo contrario. Y lo contrario es el *animus in oculi*. Así también la sentencia de 6 de enero de 1946. Este elemento no puede confundirse con la premeditación que caracteriza al crimen proditorio, como reflexión seria y sostenida sobre la conveniencia o inconveniencia del crimen, ni con la simple deliberación en la elección de los medios, modos o formas utilizados para realizarlo, sino que basta el simple aprovechamiento de los mismos de su uso voluntario y consciente y faltando la conciencia en el acto es innegable que no puede serle imputado al agente que lo realizase en estas condiciones. Pero en todo caso ésta, la pre-

sunción de dolo de la ley, y, por tanto, la prueba, debe recaer en la demostración de que no lo hubo (S. de 3 de mayo de 1950).

Se desvirtúa por ello el problema al decir en sentencia de 8 de julio de 1944 que no existió la alevosía en el hecho de que un hijo agrediera a su madre aprovechándose de estar sin conocimiento; pero después de haber sido golpeado por la misma y si es cierto que una vez en el suelo y desvanecida se aprovechó de esta situación y de su estado y sexo para producirle la muerte sin posible defensa, esta posterior acometida, sin solución de continuidad de la anterior y formando con ella un todo indivisible..., fué ineficaz para convalidar o dar nacimiento a la alevosía por estar afectada de un vicio de origen ya que el empleo de los medios, modos o formas tan favorables al culpable como adversos a la víctima, no tuvo realidad al principio de la agresión, sino más tarde, por lo que debió no estimarse como agravante. La verdad es que la desestimación de la circunstancia no se debe a que no existiera este requisito inicialmente, ya que esta condición de antecedentes no aparece por parte alguna en el texto legal y ésta puede nacer antes o continuamente a la agresión si se aprovecha de ella, sino que la alevosía no aparece en estos supuestos porque se carece de conciencia de la misma en el sujeto responsable y por ello no es estimable. Si los medios «no tendieron» directa y especialmente a asegurar la agresión, sin riesgo para el ofensor, la alevosía no existe real y verdaderamente.

En efecto, nadie puede negarse a admitir como justa la tesis de que no es de apreciarse si el ataque surge del impulso incoercible de una pelea, incluso de una discusión violenta y acalorada o arrastrado por el arrebatado vengador de una ofensa determinante del ataque a juzgar. En tales casos se ha reconocido siempre por los propios Tribunales de instancia y el Supremo, que la alevosía no existió ya que estas situaciones espirituales y las materiales en que aquéllas aparecen, aunque se dan las modalidades alevosas, se carece del *animus* alevoso, o sea, conciencia de la seguridad del golpe y de la propia indemnidad.

En la más reciente, de 7 de julio de 1953, el Tribunal Supremo, ante un hecho de agresión rápida e inesperada con una pistola, que fué disparada contra la víctima en ocasión en que se hallaba sentada tras de la mesa de su despacho, ajena por completo al ataque que le produjo la muerte, ha tenido ocasión de abordar el problema psicológico de la alevosía del modo siguiente: a) La Jurisprudencia—dice—ha hecho evolucionar el concepto de la agravante a fin de acomodarlo al de la ley en vigor, desde el concreto y preciso de nuestro derecho tradicional, que lo asentaba en la traición a particulares, y en el aseguramiento del delito, con un fondo subjetivo absoluto, a otro más conforme con la medida penal de la perversidad del agente, que la alevosía representa y sin perder el carácter de subjetividad que la informa, pueda permitir que se aprecie y admita ampliando la base de la traición inicial con

los de la cobardía y la cautela puestos al servicio de los delitos contra las personas, y en esta elasticidad de concepto, reputarla estimable cuando, según la ley vigente, los medios, modos o formas empleados en la ejecución del delito tiendan, es decir, sean reputados como idóneos para cumplir su finalidad alevosa, tanto si son buscados de propósito como si se aprovecha su presencia actual; pero no por ello puede entenderse que sea lícito prescindir de esta presencia y de aquel *propósito perverso* de utilizarlos que han de ajustarse a los elementos de hecho reconocidos como probados y sin que sea lícito tampoco establecerlos sobre supuestos que, aunque a las veces coincidentes, no figuran en la consideración conjunta de los hechos perseguidos, como *ambientados por la directriz consciente y voluntaria* de utilizarlos como representantes de una ventaja que no integró el designio delictivo y sólo representa en el proceso como una accidentalidad de la ejecución formal.

b) De los hechos declarados probados no se desprende elemento alguno que concreta y categóricamente tenga fuerza precisa para revelar el *propósito consciente y definido* del reo para asegurar su designio criminal..., cualesquiera que fueran las circunstancias de las posiciones del agresor y la víctima en el momento de producirse la agresión y la rapidez con que ésta se ejecutó..., no revelan un propósito de matar desenvuelto en el ambiente cobarde y ruín de toda acción alevosa..., sino que venían a constituir nuevos accidentes no buscados, no aprovechados del estado o situación reconocida; de una enemistad anterior, etc., etc.

Se puede, por tanto, concluir que la alevosía, en cuanto circunstancia agravante de la responsabilidad humana, es fundamentalmente subjetiva y consecuentemente su esencia criminológica se apoya en la conciencia del autor del crimen perpetrado. Habrá, pues, que demostrar en todo caso que se nos ofrezca a nuestra consideración de penalistas, si, en efecto, independientemente de la circunstancia mecánica de comisión del delito, la agresión estuvo animada del propósito, o al menos, se tuvo la conciencia superdolorosa de aprovecharse del beneficio o el privilegio alevoso. Esto es mostrar el elemento psicológico animador de la agravante que la doctrina legal viene revelando en sus decisiones soberanas.

La sanción de las faltas

DOMINGO TERUEL CARRALERO

Magistrado

SUMARIO: I. El principio general y sus excepciones.—II. Aplicación de las eximentes a las faltas.—III. Aplicabilidad de las agravantes y atenuantes a las faltas.—IV. Las excusas absolutorias y las faltas.—V. El *iter criminis* y las faltas.—VI. La concurrencia de personas en las faltas.—VII. Concurrencia o concurso de preceptos o de leyes en la sanción de las faltas.—VIII. Faltas de hábito, continuas y continuadas.—IX. Concurso de faltas.—X. Concurso y conexión con delito y faltas incidentales.—XI. Las sanciones aplicables.—XII. El arresto menor.—XIII. La reprensión privada.—XIV. La multa.—XV. Elisión del comiso de este estudio.—XVI. Bibliografía.

I. *El principio general y sus excepciones.*

Aun despreocupados voluntariamente de toda cuestión de dogmática y aun de sistemática, en busca de una mayor claridad de exposición, no podemos menos de recordar que los actos descritos como infracciones por las leyes penales llevan o engendran, como principio general, la consecuencia de una sanción penal; que este principio sufre excepciones, unas veces porque el hecho descrito como infracción está justificado en el caso concreto examinado, otras porque falta en su autor la voluntad o inteligencia, que lo haga responsable de él y aun porque sin justificación del hecho realizado con voluntad e inteligencia, la sanción no se impone por razones de política penal.

Conándonos al Código Penal y a su técnica, vemos que éste, en su art. 1.º, sienta el principio general de ser infracciones penales—delitos y faltas—las acciones u omisiones penadas por la ley, pero estableciendo como excepción en su art. 8.º unas *circunstancias* que al concurrir en el hecho justificándolo o en el autor tienen la consecuencia de eximirle de responsabilidad por él, por lo que se llaman *eximentes* y otras circunstancias repartidas en el Lib. II del Código al tratar de los delitos, que al concurrir tienen el valor de *excusas* tan completas que resultan *absolutorias*.

II. Aplicación de las eximentes a las faltas.

La teoría de los elementos de la falta que he estudiado en repetidas ocasiones (1) tiene una primera aplicación en la sanción de éstas, en la adaptación o adecuación a ella de la doctrina, que dicha en el texto legal para la punición de todas las infracciones, se ha construído, sin embargo, pensando sólo en la de los delitos.

En este nuestro problema y fin de aplicar o adecuar a las faltas la teoría general de la infracción (2), en esta cuestión de su sanción no se puede menos de afirmar la aplicabilidad a ella de la tan sucintamente expuesta de las «eximentes», tanto por la doctrina unitaria de la infracción que vengo exponiendo (3) como porque la concurrencia de una de estas circunstancias destruye o anula en aquel caso uno de los elementos que «in genere» son esenciales a la falta y sin el que ésta no existe.

Así, sentadò como elemento esencial de la falta el subjetivo jurídico correspondiente a la capacidad general del agente o incapacidad general de derecho penal cuando concurren la enagenación mental, la minoría de edad o la sordomudez, no existe este elemento; ni por tanto la falta, como acto penalmente sancionable, considerado esencial el elemento subjetivo psíquico como energía interior que determina la manifestación de la voluntad penalmente antijurídica, la violencia física o moral elimina este elemento y la falta no es sancionable porque la voluntad no se ha manifestado, si concurren la legítima defensa, el obrar en cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho, oficio o cargo, la obediencia debida o el estado de necesidad, la voluntad se ha manifestado, pero no como penalmente antijurídica, y falta, por tanto, este elemento y la falta. Lo mismo puede decirse del caso fortuito.

Como problema de «dege ferenda», referido a nuestro Código Penal, no cabe duda que estas eximentes son aplicables a las faltas por serlo todos los preceptos contenidos en el Lib. I, que es su Parte General, que contiene los principios que ha de desarrollar o que se ha de aplicar a los preceptos contenidos en el Lib. II, dedicado a los delitos en particular, y en el Lib. III, dedicado a las faltas también en particular, como demuestra la equiparación

(1) *Los elementos de la falta* (de próxima publicación).

(2) Expuesto en: *La cuestión del método en la exposición de las faltas*, «Boletín de Justicia Municipal», núm. 208, diciembre de 1950; en *La naturaleza de las faltas*, «Revista de Derecho Procesal», segundo trimestre de 1952 y en la conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación sobre este último tema en 21 de mayo de 1952.

(3) Además de los trabajos ya citados: *En torno a las faltas*, «Policía Armada y de Tráfico», marzo 1948; *De la diferenciación de las faltas*, abril 1948; *Las leyes penales en blanco y la judicialidad de las faltas*, «Revista de Derecho Procesal», primer trimestre de 1951; *El soslayado problema de las faltas*, «Boletín de Justicia Municipal», núm. 234, año VII, septiembre 1951; *Las instituciones liberatorias y las faltas*, «Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios», marzo 1952; *La formulación legal de las faltas*, «Revista de Derecho Procesal», tercer trimestre de 1953.

de ambos términos en los arts. 7, 19, 23, 24, 49, 68, 69 y más aún la exclusión expresa cuando algunos de sus preceptos no sean de aplicación a las faltas, como la contenida en el art. 5.º, sin que obste a esta interpretación, sino que la refuerza el que también en el Lib. III haya preceptos de excepción a las normas generales, como el del art. 601, y de desarrollo y puntualización de principios sentados en el Lib. I, como lo es el art. 602 respecto al 48.

III. *Aplicabilidad de las agravantes y atenuantes a las faltas.*

La cita del art. 601 acabada de hacer nos lleva a tratar otro problema.

Así como existen circunstancias que eximen, según la técnica del Código, de responsabilidad criminal, existen otras que, sin entrar en su fundamento, al concurrir modifican dicha responsabilidad, atenuándola o agravándola; por eso se llaman *circunstancias modificativas* de la responsabilidad criminal o más concretamente *atenuantes y agravantes*.

Referido el problema a las faltas, vimos que así como las eximentes al concurrir destruyen un elemento esencial de ellas, la concurrencia de una atenuante hace que aunque exista la falta sea más leve la responsabilidad que engendra su comisión. Si de sus elementos esenciales se da con menor intensidad el elemento subjetivo jurídico, al ser el autor aunque mayor de dieciséis años menor de dieciocho, que cuando es mayor de esta edad, si el elemento subjetivo psíquico es menos intenso en la falta preterintencional, en la cometida en estado pasional o por móviles altruistas, esto se ha de reflejar en una disminución de la responsabilidad exigible por su comisión, en una disminución de la sanción a imponer.

Al contrario, cuando concurren agravantes, es apreciable la mayor intensidad con que se da un elemento esencial, el subjetivo psíquico en la falta premeditada, por ejemplo, el subjetivo material en la cometida empleando medios catastróficos también por vía de ejemplo.

Pero el problema de «dege ferenda», también referido a nuestro Código Penal, no aparece tan claro como el de la aplicabilidad a estas infracciones de las eximentes, por decir el art. 601, antepenúltimo del Lib. III y del Código, que *en la aplicación de las penas de este libro procederán los Tribunales según su prudente arbitrio, dentro de los límites de cada una, atendiendo a las circunstancias del caso y del culpable, sin ajustarse a las reglas de los arts. 49 a 66* (entre las que están las que regulan la aplicación de las penas por razón de delito cuando concurren circunstancias modificativas) *y con estricta observancia del art. 68* (caso de sanción en dos lugares del Código de la misma infracción), que a primera lectura parece que se rechaza por nuestro Código y hace inaplicable en él la doctrina expuesta.

Sin embargo, en una lectura más detenida resalta que el legislador no dice la inaplicabilidad de estas circunstancias a las faltas, sino que quizá por lo difícil que sería su aplicación para medir penas de tan exigua extensión, porque la imposición de la aplicación de su división en grados hubiese sido el espejo convexo que devolviera ridiculizada la imagen de la métrica penal, ya absurda de por sí, opta para librar del ridículo al sistema, por conceder un arbitrio judicial que respecto a los delitos regatea, cuando no niega, pero al que sobresaltado pone la limitación de la necesidad de la observancia del art. 68.

Esta al menos es la razón que da Pacheco al comentar el correspondiente del Código Penal del 47-50, «este artículo es para las faltas lo que en general para los delitos es la sección 2.^a del Capítulo IV, Título III, del Lib. I (De la aplicación de las penas). Allí se dieron minuciosamente las reglas para la aplicación de las penas o castigos, teniendo en cuenta las circunstancias de toda especie... Aquí no sucede esto. Aquí se dice precisamente lo contrario... Y la razón aprueba este precepto, porque si en las cosas de cierta importancia es necesario fijar a los hombres términos y límites, sería desatinado el llevar esto a un rigor excesivo y el creer que para una multa de medio a diez duros, para un arresto de muy pocos días... se hubiesen de tener presentes las mismas condiciones que para años de cadena o presidio».

Por su parte, el Tribunal Supremo tuvo ocasión de decir que este artículo no prohíbe en modo alguno el uso de las circunstancias generales, refiriéndose tan sólo a la no imposición de reglas en la medición de la pena (4), por lo que al no existir tal regla legal para su aplicación no puede ser infringida (5).

En resumen, el Juez debe tener en cuenta la concurrencia de estas circunstancias para dentro de los límites fijados por la ley señalar la pena, pero la medida de ésta según su concurrencia no lo está predeterminada por normas legales, sino que queda a su prudente arbitrio.

IV. *Las excusas absolutorias y las faltas*

Las excusas absolutorias aludidas al principio sólo pueden estudiarse referidas a la legislación de un país de la que son peculiaridades; en nuestro estudio nos hemos de limitar a las que Silvela (6) y Cuello Calón (7) encuentra su fundamento en la constitución actual de la familia con su jurisdicción peculiar y propia en lo penal, quedando, por tanto, fuera de este estudio la que para rebeldes y sediciosos, que se disuelven o se entregan a las auto-

(4) Sentencia de 27 de octubre de 1945.

(5) Sentencia de 19 de enero de 1918.

(6) T. 2.^o, cap. XXXVII, págs. 249 y ss.

(7) Pág. 263.

ridades al ser intimidados para ello, establece el art. 226, pero no las contenidas en los arts. 428 y 564 y la contenida en el art. 18 ha de ser considerada en otro lugar.

Aquí la adecuación no es de un principio contenido en el Lib. I a infracciones descritas en el Lib. III o faltas, sino de excepciones establecidas respecto a infracciones descritas en el Lib. II o delitos a faltas de la misma naturaleza que los delitos a los que aplica.

Establecida en el artículo 428 la exención de pena para el marido que, sorprendiendo en adulterio a su mujer, causase a los adúlteros lesiones de otra clase que las graves y para el padre que se las causase a la hija menor de veintitrés años, que viviese en la casa paterna, y al corruptor, sorprendidos en actos análogos a los de adulterio se ha de entender aplicable a las lesiones leves—comprendidas en el Lib. III—que se hayan ocasionado en el supuesto de este artículo, tanto porque en lo más—lesiones menos graves—está comprendido lo menos—lesiones leves—, como porque la expresión «lesiones de otra clase» que no sean las graves, sancionadas, aunque sólo sea con destierro, comprende a las leves.

Consignada en el artículo 564 la exención de responsabilidad criminal y no de la civil «por los robos sin violencia o intimidación en las personas, hurtos, defraudaciones y daños que recíprocamente se causaren: 1.º Los cónyuges, ascendientes y descendientes en la misma línea; 2.º El consorte viudo respecto de las cosas de la pertenencia de su difunta cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro; 3.º Los hermanos y cuñados, si vivieren juntos, se ha de entender esta excepción que alcanza hasta alguna forma de robo, aplicable a las faltas de hurto, estafa y daños, tanto por el ya enunciado principio lógico de que en lo más está comprendido lo menos, como por el jurídico de que donde la ley no distingue no cabe distinguir y la ley habla de hurtos, defraudaciones o daños, sin distinguir delitos y faltas.

V. *El iter criminis y las faltas.*

Aún hay que determinar la sanción de las faltas, según su grado de perfeccionamiento, es decir, reflejar en la punición de ellas la doctrina del *iter criminis*.

En cuanto a los límites de la punición el C. P. del 70 estableció que las faltas sólo se castigan cuando han sido consumadas a no ser contra las personas y contra la propiedad, que se castigan también, aunque sólo sean frustradas, precepto que repite el del 32 (8) y el actual al decir en su artículo 5.º que *las faltas sólo se castigarán cuando han sido consumadas. Se exceptúan las faltas frustradas contra las personas y contra la propiedad.*

(8) Es excepción el C. P. de 1928, que declaró sancionables todas las faltas en los grados de consumación o frustración (párrafo 3.º del art. 36).

Sobre éstos tres textos idénticos ha tenido ocasión de declarar el Tribunal Supremo: que la falta de tener por los traficantes y vendedores medidas y pesos dispuestos con artificio del hoy número 3 del artículo 573 se consuma, aunque por sus autores no se haya llegado a defraudar al público o a obtener el lucro pretendido (9); que la de contravenir las reglas establecidas para evitar la propagación del fuego en las máquinas de vapor, hornos, estufas, chimeneas y otros lugares semejantes del encabezamiento del número 1 del hoy artículo 581, se consuma desde que se contravienen dichas reglas, aunque el daño no se haya producido (10); correctas y loables interpretaciones que suponen, la primera, la aceptación de la existencia de faltas formales, y la segunda, la de faltas de peligro.

En cuanto a la aplicación de las penas por las faltas consumadas y las frustradas declaradas punibles, juega el artículo 601 de la misma manera y por las mismas razones que para su aplicación, según las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en las faltas, por no poderse imponer la pena inmediatamente inferior que para la punición de los delitos frustrados establece el artículo 51, por tener éste cuidado de emplear la palabra delito para excluir de su ámbito las faltas y porque el artículo 601 declara inaplicables a ellas los preceptos de los artículos 49 al 66, y, por tanto, del 51 (11).

VI. *La concurrencia de personas en las faltas.*

El supuesto hasta ahora considerado es el de que un hombre cometa una infracción, pero a veces, y es lo más frecuente, en su comisión se da la coincidencia de la voluntad y de la acción de varias personas, surge entonces una concurrencia de personas que en diverso modo participan en su ejecución, ya como autores, ya como cómplices, ya como encubridores, cuyo concepto legal dan los artículos 14, 16 y 17 del C. P. (12).

El C. P. de 1870 castigaba respecto a las faltas sólo a los autores y a los cómplices (13), límites que respeta el de 1928 (14) y que restringe el de 1932 a los cómplices en las faltas contra las personas y contra la propiedad al decir que «en las faltas sólo son responsables criminalmente los autores». No obstante son también

(9) Sentencia de 25 de marzo de 1906.

(10) Sentencia de 17 de enero de 1878.

(11) El Código de Justicia Militar deja al arbitrio de la autoridad sancionadora la punición de las faltas frustradas con la siguiente fórmula: «Las faltas militares se castigarán cuando hayan sido consumadas. No obstante, podrán ser corregidas en grado de frustración, si el Tribunal o la Autoridad competente lo considera necesario» (párrafo 7.º del art. 184).

(12) Este último reformado por la Ley de 9 de mayo de 1950.

(13) Párrafo 2.º del art. 11.

(14) Párrafo 2.º del art. 45.

responsables los cómplices en las faltas contra la vida y la integridad corporal o contra la propiedad (15), que se ve es fórmula de concordia con una tendencia a castigar sólo a los autores, deslizando en la armonización de dos opiniones la imposible existencia de unas faltas contra la vida (16).

El Código Penal vigente amplía el ámbito punitivo a este respecto al declarar en su artículo 12 en equiparación absoluta que *son responsables criminalmente de los delitos y faltas*: 1.º *Los autores*; 2.º *Los cómplices*; 3.º *Los encubridores* (17).

Pero esta ampliación queda muy reducida si se tiene en cuenta que a veces se castigan como falta autónoma actos de encubrimiento de otra falta como el recibir indebidamente al menor sustraído por su padre, suspenso en el ejercicio de su guarda y educación del lugar, donde el Tribunal de Menores lo tenga en guardia o custodia (18), y el lucrarse el mayor de dieciséis años de las faltas contra la propiedad cometidas por un menor (19), y aún constituir el nuevo delito de encubrimiento en faltas contra la propiedad (20) y quedar impune por falta de tipificación como queda el que sin ser habitual aprovecha para sí los efectos de una falta contra la propiedad, cometida por el mayor de dieciséis años, aunque sea castigado si ayuda a otros a aprovecharlos (21).

Hay otra limitación al excluirse de responsabilidad a los cómplices y encubridores de los delitos y faltas de imprenta, establecida en el artículo 13 del C. P., por la expresa equiparación que hace: *se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior, los de-*

(15) Párrafo 2.º del art. 12.

(16) Sobre el texto del C. P. de 1870 tuvo ocasión la Jurisprudencia de declarar que no eran punibles los encubridores de una falta de caza. (Sentencia de 19 de abril de 1913.)

(17) MANZINI (tom. I, vol. 2.º, pág. 474, párrafo 461) consigna que ninguna forma de coparticipación que no sea incompatible con la noción de una determinada contravención ha de ser excluida respecto a las faltas, y que si la contravención sólo es punible a título de dolo, es natural que se exija también el dolo en el copartícipe; pero si no es pedido para el autor no puede pedirse para los demás. Entre nosotros SERRANO RODRÍGUEZ afirma la posibilidad de complicidad en la culpa; CASTRIGNÒ (pág. 30), justifica la extensión de la punición a los encubridores de faltas con la razón ya inoperante de lo escandalosa que resulta la impunidad de los compradores habituales de los objetos robados. Sobre el art. 60 del C. P. italiano de 1889, VIAZZI (párrafos 34 y 35): LONGHI (pág. 199) y otros construyen una responsabilidad penal de terceras personas por los actos de otros, por una participación negativa en ellos al olvidar sus deberes de cuidado y vigilancia. Nuestro Código Penal podía servir de ejemplo, de esto el núm. 1 del art. 580, si no se observase que la responsabilidad no nace de los actos nocivos que el enajenado pueda cometer, sino del hecho de la falta de vigilancia de la que son directamente responsables los encargados de su custodia, no en tercera persona penal, sino en primera de sujetos activos de la falta.

(18) Núm. 16 del art. 584 C. P.

(19) Núm. 13 del art. 584 C. P.

(20) Apartado c) del art. 546 bis.

(21) Núm. 10 del art. 17 y apartado c) del art. 546 bis, según la redacción de la nueva ley de 9 de mayo de 1952.

litos y faltas que se cometan por medio de la imprenta, el grabado u otra forma mecánica de reproducción, radiodifusión u otro procedimiento que facilite la publicidad. De dichas infracciones responderán criminalmente sólo los autores, siendo de aplicar a las faltas de imprenta el artículo 15. Sin embargo, de lo dispuesto en el artículo anterior (quienes son autores), solamente se reputarán autores de las infracciones mencionadas en el artículo 13, los que realmente lo hayan sido del texto, escrito o estampas publicados. Si aquéllos no fueren conocidos o no estuvieren domiciliados en España, o estuvieren exentos de responsabilidad criminal, con arreglo al artículo 8 de este Código (eximentes), se reputarán autores los directores de la publicación que tampoco se hallen en ninguno de los tres casos mencionados. En defecto de éstos, se reputarán autores los editores, también conocidos y domiciliados en España y no exentos de responsabilidad criminal, según el artículo anteriormente citado, y, en defecto de éstos, los impresores. Se entiende por impresores para el efecto de este artículo los directores o jefes del establecimiento en que se halle impreso, grabado o publicado por cualquier otro medio el escrito o estampa criminal.

Finalmente el artículo 18 contiene una limitación más a la punición del encubrimiento de toda clase de faltas al formular la siguiente excusa absolutoria: «Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge, de sus ascendientes, descendientes, hermanos legítimos, naturales o adoptivos o afines en los mismos grados, con sólo la excepción de los encubridores que se hallaren comprendidos en el número 1 del artículo anterior (auxiliando a los delincuentes para que se aprovechen de los defectos del delito falta), cuya consideración dejó deliberadamente para este lugar, pero que lo mismo que las examinadas anteriormente (IV), es de aplicar también a las faltas y por los mismos motivos que aquéllas.

En cuanto a la imposición de pena, según la diversa participación en la falta y aparte de cuando el encubrimiento constituye el delito o falta autónoma, ha de repetirse lo dicho respecto a la punición de las faltas, cuando concurren en ellas circunstancias agravantes o atenuantes, o, según los grados de perfeccionamiento alcanzado, por las mismas razones doctrinales y también, como en aquellos casos, por la legal de estar contenidas las reglas de su punición para los delitos en los artículos 49 al 54, cuya aplicación está excluida para las faltas, según el artículo 60r.

VII. Concurrencia o concurso de preceptos o de leyes en la sanción de las faltas.

Hasta ahora se ha considerado una falta, cometida por una o varias personas, descrita en un solo lugar de una sola ley, pero a veces la misma infracción está castigada en dos lugares distintos

del C. P., en éste y en una ley especial o en dos leyes especiales. Aquí también existe un concurso, pero es un *concurso de leyes* en cuya aplicación se excluyen entre sí (22).

Quando es en dos lugares del C. P. éste debe proveer a determinar cuál es la norma aplicable. Sin embargo, esta determinación no se hace más que en el C. P. italiano del 30, aún vigente, y quizá por influencia, en cierto modo, el actual C. P. español (23) que llena la laguna anteriormente existente con la prescripción del artículo 68, por primera vez consignada en nuestros Códigos: *Los hechos susceptibles, de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, lo serán por aquel que aplique mayor sanción al delito o falta cometido*, de cuya aplicabilidad a las faltas no cabe dudar tanto por su manifestación expresa, como por la exclusión que para reforzarle hace de él el artículo 60r, exclusión de entre los preceptos referentes a las normas de punición de los delitos, que deja inaplicables a las faltas, ya que la excepción de la excepción es la vuelta a la regla general. Aquí esta regla general es la aplicación a la sanción de las faltas de las normas dictadas para la punición de los delitos (24).

No plantea ningún problema la aplicación de este precepto cuando la doble sanción del mismo hecho en el C. P., lo fuese como falta, pero en el caso de que en uno lo fuese como tal y en otro como delito, el de la difícil diferenciación de lo que ha querido el legislador al medir penalmente la diversa graduación de la infracción y los procesales de la llamada *reformatio in peius* o facultad del juez de apelación de agravar las penas señaladas por el que dictó la sentencia apelada, o de extender la punición a personas no comprendidas en esta sentencia, estudiado por Carlos Viada (25) y resuelto afirmativamente por nuestro Tribunal Supremo (26) y si la sanción con la falta de un delito produce excepción de cosa juzgada que impida se abra el sumario para su sanción, o plantee una cuestión de previo pronunciamiento, resulta en este último caso negativamente por nuestra Jurisprudencia (27).

Quando la doble sanción del hecho constitutivo de la falta formulada en el C. P. y en una ley especial o en dos leyes especiales,

(22) FERRER SAMA: *Comentarios al Código Penal*, t. II, pág. 282.

(23) No puede hablarse de una influencia directa cuando la prescripción del C. P. italiano es: Cuando varias leyes penales o varias disposiciones de la misma ley penal regulan la misma materia, la ley especial o la disposición particular de la ley derogan la ley general o la disposición general de la ley a no ser que se disponga lo contrario.

(24) CASTELLÓN comenta: «Esta regla aminora la necesidad de repetir en otros artículos de este Código la norma que contiene como medida en el de 1932 en el libro 2.º y en la mayoría de los del libro 3.º (pág. 43). comentario que reuerza y ampara con su autoridad mi interpretación.»

(25) La apelación en el juicio de faltas, ¿puede agravarse la pena? Prototr, septiembre 1952.

(26) Sentencia de 5 de mayo, de 14 y 19 de noviembre de 1927.

(27) Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1886, 27 de enero de 1887 y 5 de diciembre de 1903.

no hay por qué considerar este artículo que el mismo se dice sólo aplicable cuando la doble sanción lo está en dos lugares de dicho cuerpo legal, entonces hay que estar a la doctrina general del rango de estas leyes en las cuales se halla previsto doblemente la sanción de la falta (28).

VIII. *Faltas de hábito, continuas y continuadas.*

A veces, sin que pueda aún hablarse de concurrencia, una multiplicidad de actos punibles constituyen una sola infracción, como en la permanente o continua que por su propia naturaleza requiere un espacio de tiempo indeterminado para su ejecución (29), como en la infracción o delito de hábito constituido por una serie de actos, cada uno de los cuales es impune aisladamente considerado, pero que son punibles como un delito único en cuanto se repiten y manifiestan un hábito del autor (30) o como en la infracción continuada que existe cuando el agente, con unidad de propósito y de derecho violado, ejecuta diversas acciones, cada una de las cuales, aunque integre una figura delictiva, no constituye más que la ejecución parcial de un solo delito (31).

Respecto a las faltas continuadas, Camargo Hernández, autoridad en esta materia, sienta para ellas como principios que la teoría del delito continuado es perfectamente aplicable a las faltas delictuales dolosas y que la pena será la señalada a la falta más grave, aplicando en lo que no sea contrario a la naturaleza de estas infracciones las normas establecidas para los delitos, sin agrupar distintas faltas para con ellas constituir un delito (32), doctrina perfecta que no sólo acepto, sino que en mi teoría unitaria de la infracción creo extensible a todas las faltas.

IX. *Concurso de faltas.*

Otras veces la concurrencia o concurso se da, pero es porque el mismo agente realiza varias infracciones de la misma o de diversa índole; éste, a la inversa del de personas, es un *concurso de infracciones* que puede ser *formal o ideal* cuando una sola acción constituye dos o más infracciones, caso en que al concurso

(28) Este último problema lo he considerado especialmente en *La formulación legal de las faltas*. «Revista de Derecho Procesal», 3 diciembre 1953.

(29) QUINTANO RÍPOLLES: vol. I, pág. 392; SABATINI: (parágrafo 63) la refiere principalmente al ejercicio de artes, oficios o transferencia de establecimientos, sin haber observado las correspondientes prescripciones legales respecto a las cuales el culpable hasta que no se acomode a las prescripciones de la ley, está en estado de ilicitud penal.

(30) CUELLO CALÓN: t. I, pág. 614.

(31) CUELLO CALÓN: t. I, pág. 606.

(32) Pág. 100.

ideal se llama infracción compuesta o cuando una de ellas es medio necesario para cometer la otra y en este caso se llama infracción compleja, siendo necesario, en ambos casos, estén realizadas en una unidad de propósito, puede también ser el concurso de infracciones *real o material* cuando un mismo individuo realiza hechos distintos que originan infracciones distintas que no han sido sancionadas.

Estos concursos tienen consecuencias en cuanto a la sanción de las infracciones al resultar por ello varias penas a imponer al mismo autor. En caso de concurso real se resuelve por la *acumulación* de las sanciones, que es *material* cuando se impone el total resultante de la suma de las impuestas a cada una de las infracciones, y *jurídica* cuando el derecho impone una limitación a esta acumulación. En caso de concurso ideal se resuelve en la *absorción* en una de ellas de todas las demás.

La acumulación material la establece nuestro C. P. en su artículo 69: *Al culpable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones, para su cumplimiento simultáneo, si fuese posible, por la naturaleza y efectos de la misma.*

La acumulación jurídica la presenta como suavización de la anterior el número 2 del artículo 70: *...el máximo de cumplimiento de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por que se le impuso la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas cubrieren el máximo de tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años,* de cuya aplicación a las faltas haría dudar el que en este número no se habla de delito o falta, ni aún de infracción, en que en el número 1 que habla de infracción se establezca una escala de gravedad de pena que va desde la muerte al destierro, sin incluir ninguna de las establecidas para las faltas, y que el límite máximo aplicable sea de treinta años, manifiestamente inoperante para las faltas, si la Fiscalía del Tribunal Supremo, resolviendo una consulta, no lo hubiese declarado aplicable a su sanción, a pesar de existir Jurisprudencia (33), aunque anterior a esta consulta y a la reforma del hoy artículo 60r (34) que negaba la aplicación a las faltas de las reglas contenidas en el Lib. II.

(33) Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1886, 22 de junio de 1886 y 24 de febrero de 1900.

(34) El correspondiente del C. P. del 70 (art. 620) se limitaba a disponer: «En la aplicación de las penas de este libro (III), procederán los Tribunales, según su prudente arbitrio, dentro de los límites de cada una, atendiendo a la circunstancia del caso», que repite el del 32 (art. 595) y con más lógica colocación el del 28 en su art. 162: «Para la aplicación de las penas en las faltas obrarán los Tribunales con arreglo a su prudente arbitrio, según las circunstancias del hecho y las condiciones del responsable, sin ajustarse, por tanto, a las precedentes reglas», y las precedentes reglas se refieren a la aplicación de las penas, según el grado de ejecución del delito de la participación en el de las

El único problema que se plantea, despejado éste, es el que por la acumulación material jurídica pueda resultar una pena de arresto, mejor dicho, penas de arresto, cuyo conjunto sea superior a treinta días, o de multa superior a 1.000 pesetas, caso que la referida consulta, por la manera que se formuló y resolvió, no considero (35). Parece que este ha de ser el límite natural y jurídico de la acumulación por ser éste hasta donde llegan las atribuciones de los jueces encargados de sancionar las faltas, pero contra esto se alzan dos objeciones: una que dicho juez tiene facultad de imponer tres penas de treinta días de arresto o de 1.000 pesetas, de multa por tres faltas en tres juicios diferentes; también ha de tenerla para imponerla por faltas diferentes en un solo juicio y sentencia, y otra que al establecer los límites este número 2 del artículo 70, uno aplicable a las faltas, el no exceder la pena impuesta del triple de la mayor y otra inaplicable—no exceder de treinta años—basta para ellas la limitación que pueda referirseles, aunque también puede por equiparación interpretarse que si para la acumulación de las penas por delito se pone el límite máximo de la pena mayor que puede imponerse que son los treinta años de la reclusión mayor como el límite para las faltas, ha de ser los treinta días del arresto menor. Debe en todo caso la sentencia determinar que impone tantas penas de arresto menor o de multa inferior a 1.000 pesetas como faltas-sanciones, y en caso de exceder el cómputo del triple de la mayor o de los treinta días del arresto menor, que en lo que excedan no se cumplirán, pues el número del artículo que examinamos es de no cumplimiento, no de no imposición de lo que se habla.

El sistema de la absorción lo establece, ya se ha dicho para el concurso ideal, el artículo 71 del C. P.: *Las disposiciones del artículo anterior no son aplicables, en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos (infracción compuesta), o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro (infracción com-*

personas responsables, de la concurrencia de circunstancias modificativas, pero no de las aplicables en caso de concurso que vienen después. Es, por tanto, nuevo y nuestro Código el complemento. *Sin ajustarse a las reglas de los artículos 49 al 66 y con estricta observancia del artículo 68, artículo éste también nuevo en nuestros Códigos, como ya se ha dicho.*

(35) Según la Memoria del Fiscal del Tribunal Supremo de 1912 (TORMO y ALONSO), fué así: «A comunicación del Fiscal de la Audiencia de, en que consultaba cuál había de ser su modo de proceder ante queja formulada por, que llevaba cumpliendo nueve meses de condena a virtud de una sentencia firme dictada por el Tribunal Municipal de, que le impuso la pena de un mes por cada una de las trece faltas que estimó cometidas por el referido sujeto, se le contestó por telégrafo lo siguiente: «Recibida su consulta. Ordene inmediatamente al Fiscal Municipal de que solicite la liquidación de la condena impuesta a y que al practicar esta diligencia se aplique el precepto de la regla segunda del artículo 89 (hoy 70) del C. P., pues la sentencia no puede entenderse sino de acuerdo con dicho precepto mientras no contenga expresa declaración en contrario, y como manifiestamente tiene cumplida con exceso la condena, ordénele asimismo que sea puesto seguidamente en libertad.»

pleja). En estos casos se impondrá la pena correspondiente al delito más grave en su grado máximo, hasta el límite que represente la suma de las que pudieran imponerse, penando separadamente los delitos. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán los delitos por separado.

La duda sobre la aplicabilidad de este precepto a las faltas se expresa así por Antón Oneca y Rodríguez Muñoz: Es controvertible si el artículo 61 es aplicable a las faltas. La letra alude a los delitos únicamente, pero como la excepción abierta para las faltas en las reglas de aplicación de penas (art. 601), se concreta a los artículos 49 al 66 de modo limitado, es admisible entender que la voz delito en el artículo 71 se emplea, como en algún otro lugar del Código, en sentido de infracción criminal comprensiva de la falta (36). Duda que, a mi entender, sólo pueda resolverse por la afirmativa, tanto por las razones y puestas por mentados maestros, como por la doctrina unitaria de la infracción que vengo exponiendo.

X. Concurso y conexión con delitos y faltas incidentales.

¿Qué se hará cuando un solo hecho constituya un delito y una falta?—se pregunta Viada Vilaseca (37), y se responde que no es aplicable en este caso el artículo que comentamos porque refiriéndose su disposición a delitos que son resultado de un solo hecho, no puede hacerse extensiva a las faltas consecuencia del mismo, cuya pena es siempre menos grave que la del grado máximo del delito, sea cual fuere, y apoya su opinión en una decisión anterior de la jurisprudencia (38) que después se repite (39) y que es de constante aplicación en los casos frecuentes de atentados a la autoridad o a sus agentes, causándoles lesiones leves, pues no puede menos de seguirse esta opinión que no destruye la anteriormente expuesta para cuando la concurrencia ideal es de dos faltas, pues en la de delito y falta se da siempre y necesariamente el presupuesto del párrafo 3.º del repetido artículo 71, que es en el fondo el argumento del ilustre comentarista con el que coincido.

Lo mismo ha de decirse cuando una falta sea medio para cometer un delito y para cuando la comisión de aquélla tienda a encubrir la de éste o al contrario.

En ambos casos existe sólo el aspecto procesal de la conexión de que se hace cargo el artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el artículo 331 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aunque ambas leyes la refieran a delitos; pero la primera de las dichas no puede menos de sacar la consecuencia de su conexión,

(36) Tomo I, pág. 460.

(37) Tomo I, pág. 495.

(38) Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1873.

(39) Sentencia del Tribunal Supremo de septiembre de 1911.

castigando las faltas conexas con delitos como faltas incidentales al decir en el número 5. de la regla 4.^a de su artículo 142, que en el fallo de las sentencias por delitos *se condenará o absolverá, no sólo por el delito principal y sus conexos, sino también por las faltas incidentales de que se hubiese conocido en la causa, reputándose faltas incidentales las que los procesados hubieren cometido antes, al tiempo o después de delinquir, como medio de perpetrarlo o encubrirlo.* Entendiéndose por Aguilera de Paz (40) y por la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1884, que han de ser cometidas precisamente por los procesados y no por los que en las mismas circunstancias se cometieren por personas que no resultasen procesadas, siendo sólo disconforme de esta opinión, que yo sepa, Martínez del Campo (41).

XI. *Las sanciones aplicables.*

La sanción de las faltas se realiza, en el sistema de nuestro C. P., sólo con la pena, y de las establecidas en él sólo por las que tienen el carácter de leves, porque su diferenciación de los delitos se hace cuantitativamente por la pena en el artículo 6.^o: *Son delitos las infracciones que la Ley castiga con penas graves; son faltas las infracciones a las que la Ley señala penas leves.* Luego este texto legal ha de determinar, por ser base de su sistema, qué penas son graves y cuáles son leves; y lo hacen en el artículo 27 señalando como leves el arresto menor y la represión privada, y como comunes a las dos clases anteriores, es decir, que pueden ser graves y leves la multa y la caución, si bien esta última no se señala ni una vez para las faltas enumeradas en el Lib. III, y para la multa se señala la divisoria de 1.000 pesetas en el artículo 28.

Tan arbitrario como este límite y todos los que se pongan entre delito y falta, es el que separa las penas de privación de libertad que han de imponerse a ambas clases de infracciones, arresto para las consideradas delitos mínimos y para las faltas, aunque adjetivados para distinguirlos como mayor el a imponer por la comisión de los primeros, y menor por la de las segundas.

XII. *El arresto menor.*

Esta pena de arresto menor tiene asignada una duración de uno a treinta días en el artículo 30; a los treinta y un días empie-

(40) Tomo II, pág. 167 y ss.

(41) Pone, para demostrar su tesis, el siguiente ejemplo: «Dos individuos causan a otro lesiones leves, y al huir uno de ellos, causa lesiones graves al que trata de impedirse y al otro no; para el primero la falta de lesiones leves es incidental; de las lesiones graves, para el otro, no porque no resultase procesado, en ello, al producirse la desconexión, se castiga el mismo hecho; las primeras lesiones leves, por los Tribunales distintos, con todos los riesgos que esto lleva consigo» (t. II, pág. 115).

za en otro arresto, el mayor, con un mes y un día de límite mínimo, pero ya para los delitos, y como todas las penas de privación de libertad, está dividida en tres grados, cuya duración fija el artículo 78 con su declaración general de que *en las penas divisibles el período legal de su duración se entiende distribuido en tres partes que forman los tres grados: mínimo, medio y máximo*, y en la particular de durar el mínimo de esta pena de uno a diez días, el medio de once a veinte y el máximo de veintiuno a treinta, división que no tiene más posibilidad de aplicación que en algún caso en que juegue el párrafo 2.º del artículo 71, ya considerado (IX).

La divisoria entre los arrestos tiene, sin embargo, una consecuencia de gran transcendencia ya que, según el artículo 85 del Código Penal, *el Tribunal podrá autorisar al reo para que cumpla en su propio domicilio el arresto menor, siempre que la falta castigada no tuviere un motivo deshonoroso ni fuere por hurto o defraudación*, no existiendo precepto semejante para el arresto mayor, ni menos para las otras penas de privación de libertad, lo que ha hecho que haya sido tachada de parsimoniosa por Quintano Ripollés la concesión de este beneficio (42), de tan honda raigambre española (43).

En el análisis del artículo del C. P. vigente que acabamos de transcribir, el empleo de la palabra Tribunal puede entenderse como supervivencia de la fórmula del C. P. del 70, que la empleaba porque entonces la sanción de las altas se realizaba teóricamente por un Tribunal Municipal, o como comprensiva de Tribunal, tanto unipersonal como colegiado, porque también pueden las Audiencias acordar esta forma de cumplimiento cuando sancionen faltas incidentales, facultad que no se les puede negar cuando se les concede a los Jueces de Paz que han venido a sustituir a los antiguos Tribunales Municipales.

El carácter de su concesión es facultativo y está expresado con la palabra *podrá*.

En cuanto a las limitaciones, el motivo deshonoroso que exclu-

(42) Tomo I, pág. 419.

(43) La concedió el C. P. del 22 en favor de las mujeres honestas y ancianos sexagenarios (art. 77), en los años 1948-50, artículo 112, el del 70 (art. 119), a todas las penas de arresto menor sin restricción alguna, pero este Código fue reformado en esta materia por la Ley de 3 de enero de 1907, que limitaba su concesión a penas no impuestas por hurto, cuya duración no excediese de cinco días; el del 28 lo limitaba a penas por faltas que no fuesen de hurto o estafa y que no excediesen de quince días (art. 178), pero con la ampliación de poder los condenados «continuar dedicados a su profesión, arte y oficio en cuanto para ello no se precise quebrantar la pena» (párrafo 2.º del art. 118), y el del 32 fija las salvedades de no ser impuesta la pena por hurto o defraudación y que no exceda de diez días; es, pues este artículo 85 del C. P. vigente una progresión sobre sus inmediatos anteriores, y lo sería más si la limitación, por razón de la naturaleza de la falta, desapareciese para ser sustituida por la condición de ser el beneficiario infractor primario.

ye su concesión ha de ser de libre apreciación del Juez, apreciación que puede variar en el Juez de apelación en su caso. El término defraudación ha de entenderse expresado para aquellas faltas que si constituyesen delitos estarían comprendidas en el capítulo IV del título XIII del libro II del Código penal, que es el que tiene esta denominación como epígrafe general de él.

En cuanto a lugar donde ha de cumplirse esta pena cuando no sea en el propio domicilio del reo, el C. P. del 22 mandaba que fuese en cárcel fortaleza, cuerpo de guardia o casa ayuntamiento, según las circunstancias del pueblo; pero la cárcel de estar arrestados, será siempre diferente de los acusados o procesados por delito (art. 77), el del 48-50 en las casas del ayuntamiento u otras del público, el C. P. del 70 determinaba que había de serlo en las casas consistoriales u otras del ayuntamiento situadas en el término municipal en que se hubiese cometido el hecho (44); el del 28 da ya la alternativa de que el arresto—establecido en él sin objetivación de mayor ni menor como única pena de privación de libertad para las faltas (45)—se cumpliría en las prisiones de los respectivos partidos judiciales o en los depósitos municipales, si a juicio del Tribunal reuniesen las condiciones necesarias para ello (46); el del 32 borró toda orden o indicación sobre el lugar de su cumplimiento, lo mismo que hace el vigente, sin duda por desdeñar la cuestión como meramente reglamentaria.

El reglamento que regula la ejecución de las penas privativas de libertad no puede ser más que el de Prisiones, siendo el vigente de 5 de marzo de 1948, y en él, al enumerar las autoridades que pueden dar mandamiento de prisión, y para qué incluya a «los Jueces municipales y comarcales... para el ingreso de sentenciados a penas de arresto impuestas por el propio Juzgado del término municipal o de la comarca de su prisión, en la cuartía autorizada por las leyes» (47), y se dice en él «que las prisiones de partido tienen por objeto, entre otros, la admisión de arrestados» (48), que también atribuye a las prisiones provinciales (49), sin duda porque se consideran de partido para el de la capital (50), que «para los sentenciados a las penas de arresto en el mandamiento de ingreso o documento separado recibido con posterioridad habrá de hacerse constar la liquidación necesaria para conocer el día en que han de ser puestos en libertad» (51), y que «queda prohibida la ocupación de celdas o de-

(44) Art. 119.

(45) Art. 89.

(46) Párrafo 1.º del art. 178.

(47) Núm. 6.º del art. 162.

(48) Párrafo 4.º del art. 3.º

(49) Párrafo 5.º del art. 3.º

(50) Párrafo 5.º del art. 3.º

(51) Art. 176.

partamentos de pago por cualquier clase de penados, incluso los de arresto judicial, municipal, gubernativo» (52).

Como se ve, de la duda lo único claramente resuelto es que el arresto menor puede cumplirse en las prisiones de partido y, por tanto, en las prisiones provinciales, pero vuelve a considerar si en estos establecimientos han de cumplirse todas las penas de arresto impuestas por los Juzgados de todo el partido o sólo las impuestas a los que viven en el sitio donde existan estos establecimientos, los vecinos de los pueblos en que resida la capital del partido y haya prisiones de esta clase y en los de la capital de la provincia, cumpliendo las demás en los depósitos municipales.

Inclina a esta solución los antecedentes históricos ya expuestos, los transcritos términos del artículo 162, que, al establecer que también habrán de cumplimentarse los mandamientos de prisión librados por los alcaldes como delegados del Gobierno en cuanto a orden público, los limita a lo de los pueblos donde exista prisión de partido y, por tanto, excluye a los demás inspirado en el principio de buena política penitenciaria de que tan leves penas se cumplan en el pueblo donde el reo sea vecino, que informó los códigos anteriores y que, por inadvertencia, no consigna claramente el Reglamento vigente, que transcribe, sin servir la realidad legislativa de un nuevo Código, las reglas del 14 de octubre de 1930, que servía la del entonces vigente Código Penal de 1928 (53). Fenech, sin embargo, atribuye la competencia territorial en razón del Tribunal que dictó la sentencia en una inadmisibles interpretación literal del Reglamento (54).

XIII. *La represión privada.*

La casi inaplicada pena de represión es quizá la que ha provocado más diversos pareceres (55); Viada no comenta su aparición; Groizard no las considera penas de infamias: las cree establecidas por vía de ensayo, y cree que el sentimiento público se declararía en su favor (56); Cuello Calón cree que «No pueden tener influjo más que sobre aquellos delincuentes en los que se mantiene aún vivo el sentimiento de la propia dignidad, sobre

(52) Párrafo del art. 167.

(53) Esto lo demuestra el que el vigente Reglamento de Prisiones hace referencia a arresto sin determinar si es mayor o menor, porque en el C. P. del 28, como ya se ha dicho, sólo había un arresto de un día a dos meses, que sólo se aplicaba a las faltas.

(54) Tomo II, pág. 791.

(55) Inspirado en la admonición canónica llega el primero de nuestros Códigos, el de 1822, con el nombre de apercibimiento (art. 84), para represión pública para los delitos y privada para las faltas en el de 1870 (art. 117) y así llega al vigente a través del de 1932 (art. 92).

(56) Tomo II, pág. 601.

los desprovistos de sentido moral no produce efecto alguno» (57); Puig Peña la cree indicada para aquellas personas que delinquen por móviles de soberbia o vanidad (58); Fenech la considera y la incluye entre las penas de humillación (59); para Quintano Ripollés es «una curiosa supervivencia de las viejas penas degradatorias que tanta importancia tuvieron en otros tiempos» (60), y Ferrer Sama cree que debió ya haber desaparecido del Código, que es inadmisibile como verdadera pena, que su subsistencia en las dos modalidades se debe a ese temor que indudablemente acomete al legislador cuando de suprimir instituciones se trata, por muy arcaicas que sean (61). Por el contrario, Sánchez Tejerina afirma paradójicamente que hay que apreciarlas como estimulantes del honor más bien que como deshonorosas o deshonorantes (62).

No creo que hoy puedan comprenderse, más que como encuadradas en el perdón judicial, como ya sugería el P. Montes (63), pero, además, desprovistas de toda idea infamante, revestidas, por el contrario, del carácter de paternal advertencia ser en las leyes penales algo como la admonición y la obsolución, previo propósito de enmienda, en el Tribunal de la Penitencia.

Sólo nos queda transcribir el único precepto que a la represión privada, única que aquí nos interesa, dedica el Código Penal vigente, el párrafo segundo de su artículo 84: *El sentenciado a represión privada la recibirá personalmente del Tribunal, constituido en audiencia a puerta cerrada*, que no necesita más comentario que la necesidad de que conste en acta o por diligencia el haberse realizado la represión, pero no los términos de ella, que podían ser huellas de infamia en archivos, que tardan en destruirse o que no se destruyen, y el de qué Tribunal comprende al de Audiencia cuando conozca de faltas incidentales, pero no el Juez de apelación, que es a *quem* y no *quo*.

XIV. *La multa.*

Del estudio de las penas que el artículo 27 dice comunes a los delitos y a las faltas, hemos de prescindir del de la caución, por no estar prescrita, ni una sola vez para las faltas comprendidas en el libro II del Código penal y referir sólo a la multa en cuanto se considera pena leve o a preceptos que, por ser de carácter general, le son aplicables (64).

(57) Tomo I, pág. 770.

(58) Tomo I, pág. 623.

(59) Tomo II, págs. 707 y ss.

(60) Tomo I, pág. 423.

(61) Tomo II, pág. 333.

(62) Pág. 147.

(63) Tomo II, págs. 380 y ss.

(64) Sería superfluo, a los fines de este trabajo, un estudio de la multa en general y de las ventajas e inconvenientes de su aplicación y más cuando esta

Entre éstos surge recordar que, según el artículo 26, *no se reputarán penas... 3.º Las multas... que, en uso de atribuciones gubernativas o disciplinarias, impongan los superiores a sus subordinados o administrados, declaración de gran interés a efectos de apreciación o no de reincidencia.*

El límite máximo de la multa como pena leve lo marca el artículo 28: *La multa, cuando se impusiere como pena principal, se reputará grave cuando fuere de mil pesetas o más, leve cuando no llegare a dicha suma, es decir, hasta 999.* El límite mínimo no lo fija ningún precepto general, pero se establece el de cinco pesetas en diversos artículos del libro III (570, 577, núm. 2.º del artículo 589; 594, 595, 596 y 600), sin que nunca se hable de otro inferior, por lo que ha de estimarse éste el mínimo (65).

Es libre, dentro de los límites marcados por la Ley, la declaración de su cuantía, tanto porque el ya alabado por Viada (66), artículo 63, establece que: *En la aplicación de las multas por los Tribunales podrán recorrer toda la extensión en que la Ley permita imponerlas, 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,* artículo interpretado de la manera más amplia por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo al declarar que se puede llegar al límite máximo aunque no concurren circunstancias modificativas y aunque el reo fuese insolvente (67), y que es perfectamente aplicable a las faltas tanto por esta interpretación jurisprudencial como por lo que hemos dicho respecto a la concurrencia de circunstancias modificativas en estas infracciones (III).

Aunque en la fijación de la cuantía de la multa haya de ponderarse y considerarse la capacidad o potencia económica del reo, esta pena ha de imponerse aunque dicha capacidad sea escasa y aun nula. Para el primer caso establece el artículo 90 que: *El pago de la multa habrá de hacerse en el tiempo que el Tribunal designe bien inmediatamente o dentro de los quince días de impuesta la condena. Cuando el multado carezca de recursos, el Tribunal podrá autorizarle para que satisfaga la suma impuesta en*

cuestión ha sido tan magistralmente tratada por CUELLO CALÓN (t. I, págs. 780 y ss.); ANTON ONEGA y RODRÍGUEZ MUÑOZ (t. I, págs. 539 y ss.) y QUISTIANO KIPOLLES (vol. I, págs. 380 y ss.).

(65) La palabra «única» figura por primera vez en la redacción de 1942; con añadir esta palabra cesa una imperfección que ya señalaba GROIZARD, pues por la redacción antigua parecía que alguna vez la pena de multa podía ser accesoria; (FERRER SAMA, t. 2.º pág. 195). Era así esta redacción antigua: «La multa, cuando se impusiese como pena principal, se reputará grave cuando excediere de 250 pesetas y leve cuando no llegare a dicha suma», en el C. P. del 34 (art. 28) y «La multa, cuando se impusiese como pena principal, se reputará aflictiva si excediese de 250 pesetas; correccional, si no excediese de 250 pesetas y pasase de 125, y leve, si no llegase a 125», en el C. P. del 70 (art. 27).

(66) «Es la manera de realizar la verdadera igualdad que consiste, en este caso, en tratar desigualmente a los que la fortuna les desiguale (t. I, pág. 467).

(67) 31 de diciembre de 1945.

plazos, cuyo importe y fecha serán fijados teniendo en cuenta la situación del reo, cuyo primer párrafo, aunque no lo diga, establece el plazo para los que su potencia económica no le permita satisfacer en el acto de serle impuesta. En cuanto al segundo, que sólo merece elogios, ha de entenderse cuando carezca de recursos en el momento de la sentencia y no espere tenerlos dentro de los quince días siguientes a ella, pero cuya situación económica no sea tan desesperada que no se espere pueda procurárselos después. En cuanto al plazo, al tiempo que puede transcurrir hasta que esté totalmente satisfecha, parece que al no fijarse la de quedar al libérrimo arbitrio del Juez, pero es obvio que sólo pueda empezar a contarse desde que la sentencia adquirió firmeza, y parece natural que el plazo o el último de los concedidos no pueda ser posterior a un año, contado desde la misma, para la multa impuesta por falta, por ser el límite que para la prescripción de las penas leves señala el artículo 115 del Código penal.

Para caso de insolvencia establece el artículo 91 *que si el condenado no satisficere la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria, que el Tribunal establecerá según su prudente arbitrio, sin que en ningún caso pueda exceder de seis meses, cuando se hubiese procedido por razón de delito, y de quince días cuando hubiere sido por falta. El cumplimiento de dicha responsabilidad subsidiaria extingue la obligación de pago de la multa, aunque el reo mejore de fortuna. Esta responsabilidad subsidiaria no se impondrá al condenado a pena privativa de libertad por más de seis años*, cuyo primer párrafo no merece comentario, y sí sólo el envío a lo que sobre arresto por insolvencia se ha dicho en otro lugar (XII). El segundo sólo merece alabanzas; lo contrario de él sería, como dice Ferrer Sama (68), ir contra el principio *nom bis in idem*. El tercero plantea problemas. Ante todo ha declarado el Tribunal Supremo que la limitación que este artículo establece se entiende implícita en la sentencia, aunque no se haya consignado expresamente (69). El que interesa a los fines de este trabajo es el de si la limitación de este párrafo se ha de aplicar a cuando se castiga con multa una falta incidental juntamente con un delito por el que se imponga pena de privación de libertad por más de seis años, pues el Tribunal Supremo sólo ha tenido, que yo sepa, ocasión de declarar vulnerado este artículo (entonces 94 del C. P. del 34) al aplicar junto con una pena de privación de libertad superior a diez años una multa de 500 pesetas, con arresto sustitutorio en caso de insolvencia (70), cuando era de 250 pesetas el límite entre su consideración como pena grave o leve.

(68) T. 41, pág. 335.

(69) Sentencia de 19 de mayo de 1914.

(70) Sentencia de 31 de enero de 1943.

inclina a la afirmativa el desarrollo del principio contenido en esta sentencia y la clara voluntad del legislador de no alargar excesivamente con esta manera de cumplir la pena de multa la pena de privación de libertad, de limitar, va que no se atreve a borrar la que, parodiando a Silvela, se podría llamar la pena del pobre (71), cada vez más en pugna con las concesiones jurídicas actuales.

Desde luego, para dar lugar a este arresto sustitutorio no basta que el condenado incumpla el pago de la multa; es preciso que esté demostrada judicialmente su insolvencia, entendiéndose por tal el carecer de bienes para satisfacerla totalmente.

XV. *Elisión del comiso de este estudio.*

Creo que, con mejor o peor fortuna, seguramente con peor, he terminado la consideración de la sanción de las faltas. Sé que puede decirse que he omitido el estudio del comiso, única de las llamadas penas accesorias aplicables a las faltas, pero la omisión es deliberada y tiene su motivo; éste es, que aunque lo diga el Código y la doctrina dominante, no creo que esta llamada pseudopena por Quintano Ripollés (72) lo sea ni falsa ni verdadera que, en términos más amplos, sea una sanción (73), ni que lo sea ninguna de las que pasan con la denominación de penas accesorias, puesto que no juegan en relación con la infracción, sino con la sanción que por ellas se imponga, y no en relación de accesoriedad, sino en función de consecuencia (74), y que, por ello, en una sistemática rigurosa, debe exponerse no negando su relación con las sanciones, puesto que es su consecuencia, pero tampoco englobándola con ellas, marcando así su deferenciación.

XVI. *Bibliografía.*

- AGUILERA DE PAZ, Enrique.—*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Editorial Reus. Madrid, 1923-25.
 ANTON OMEGA y RODRIGUEZ MUÑOZ.—*Derecho Penal*. Madrid, 1944.
 CASTEJÓN, Federico.—*Génesis y breve comentario del Código Penal de 23 de diciembre de 1944*. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1946.

(71) Seudónimo de Elías. Visltu: *El Código Penal y el sentido común*. Madrid, 1886.

(72) Vol. I, pág. 352.

(73) La consideración de la pena como especie del género sanción la hice en *Penas y medidas de seguridad*. «Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios», mayo 1948.

(74) Expuse más detalladamente esta doctrina en *Naturalza, límite y alcance de la llamada pena de interdicción civil*. «Revista de Derecho Procesal», tercer trimestre 1942.

- CUELLO CALÓN, Eugenio.—*Derecho Penal*. Décima edición, 1951. Bich. Barcelona.
- FENICHER, Miguel.—*Derecho Procesal Penal*. Editorial Labor, S. A. Barcelona.
- FERRER SAMA, Antonio.—*Comentarios al Código Penal*. Murcia, 1946-48.
- GROIZARD, Alejandro.—*El Código Penal del 70, comentado y concordado*. Madrid, 1902-14.
- LÓPEZ REY y ALVAREZ VALDÉS.—*El nuevo Código Penal*. Editorial «Revista de Derecho Privado». Madrid, 1933.
- LONGHI, Silvio.—*Contravvenzioni*. «Enciclopedia Juridica Italiana», dirigida por Manzini.
- MANZINI, Vicente.—*Diritto Penale Italiano*. Turín, 1939.
- MARTÍNEZ DEL CAMPO, Eduardo.—*Notas al Lib. I de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. 1885-86.
- MONTES, P. Jerónimo.—*Derecho Penal*. Madrid, 1917.
- PACHECO, Francisco.—*Comentarios al Código Penal*. Madrid, 1856.
- PUG PEÑA, Federico.—*Derecho Penal*. Barcelona, 1944.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio.—*Comentarios al Código Penal*. Editorial «Revista de Derecho Privado». Madrid, 1946.
- SABATINI, Guillermo.—*Contravvenzioni*. Tercera edición. Milán, 1927.
- SATELLI y ROMANO DE FALCO.—*Comento Teorico Practico del Nuovo Codice Penale* (de 1930). Segunda edición. Turín.
- SÁNCHEZ TEJERINA, Isaiás.—*Código Penal anotado* (de: 42). Instituto Editorial Reus. Madrid.
- SERRANO RODRÍGUEZ, Manuel.—*Culpabilidad y Pena*. Publicaciones de la Universidad de Santiago. 1945.
- SILVELA, Luis.—*Derecho Penal*. Madrid, 1903.
- VJADA y VILASÉCA, Salvador.—*Comentarios al Código Penal*. Cuarta edición. Madrid, 1890.
- VIAZZI, Pio.—*Delle Contravvenzioni*. Editorial Vallardi. Milán.
- VESCOVI, Vicente.—*Contravvenzioni*. Digesto Italiano. 1889.

SECCION LEGISLATIVA

La reforma del derecho penal en Alemania

(Tercera Ley de reforma penal de 4 de agosto de 1953)

EUGENIO CUELLO CALON

Grandes novedades se avecinan para el Derecho penal alemán. La Gran Comisión de Derecho penal, que ha de llevar a cabo una reforma penal a fondo, ha comenzado sus sesiones en Bonn en junio del año presente. Pero antes de realizarse esta reforma radical, de gran amplitud, se han efectuado en los últimos años reformas parciales de gran interés. Por ley de 30 de agosto de 1951 se introdujeron importantes novedades en los delitos contra la seguridad interior del Estado (*Hochverrat*, §§ 80 a 87); se creó un grupo de infracciones denominadas "hechos que ponen en peligro al Estado" (*Staatsgefährdung*, §§ 88 a 98), cuya finalidad es la protección, contra los modernos medios de subversión no violenta contra el Estado, los llamados «métodos de guerra fría» (2), y se han reformado las disposiciones relativas a los delitos contra la seguridad exterior del Estado (*Landesverrat*, §§ 99 a 101). También la ley de 15 julio de 1951, ley «para la protección de la libertad personal», ha introducido nuevos delitos en la sección de los «crímenes y delitos contra la libertad personal» (§§ 234 a) y 241 a), y ha creado infracciones encaminadas a prevenir secuestros de personas y persecuciones políticas provenientes de la zona alemana oriental.

Más recientemente la llamada "tercera ley de reforma penal" de 4 de agosto de 1953, aparte de otras novedades no pertenecientes al Derecho penal sustantivo, como las referentes a la organización judicial, ha introducido gran número de modificaciones, algunas de considerable importancia en las partes general y especial del Código penal. Los nuevos textos han entrado en vigor el 1.º de octubre de 1953 y el 1.º de enero de 1954 (3).

Por razón de tiempo y de espacio vamos a exponer con mayor detalle las reformas realizadas en la parte general, que son las de mayor trascendencia; en cuanto a las efectuadas en la parte especial, nos limitaremos a su simple referencia.

(1) Véase la reseña de los trabajos de esta Comisión desde el 21 de junio al 2 de julio de este año en el presente fascículo.

(2) SCHÖNK, *Strafgesetzbuch*, 6.ª edic., pág. 309; LANGE, *Strafrechtsänderungs und Freiheitschutzgesetz*, Berlín, 1952, pág. 14.

(3) El nuevo texto del Código penal ha sido publicado en el 4. *Nachtrag zum Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar)*, Walter de Gruyter, Berlín, 1954.

En el § 1, que contiene la tripartición de los hechos punibles, la reforma lo acomoda a las nuevas disposiciones. Suprime la mención de la pena de muerte, abolida por la Constitución de Bonn (art. 12), y sustituye la palabra "detención en fortaleza" (*Festungshaft*), ya suprimida, por "detención" (*Einschliessung*), nueva pena que la sustituye.

El § 2 contiene una trascendente novedad. El célebre § 2, introducido en la Alemania hitleriana por ley de 28 de junio de 1935, que quebrantó fuertemente el principio de legalidad y estableció como fuentes del Derecho penal la analogía y el sano sentimiento popular, fué abrogado por el artículo I de la ley núm. 11 del Consejo de Control de 30 de enero de 1946. Pero este precepto no fué sustituido, lo que originó una importante laguna en el texto legal (4), hasta que años más tarde el principio de legalidad fué restablecido por la referida Constitución (art. 103, párrafo segundo). El precepto constitucional ha sido íntegra y literalmente acogido por la reforma. «Un hecho—establece el nuevo § 2.º, 1.º del Código penal—sólo será castigado cuando esté declarado punible por ley anterior a su perpetración.» La pena aplicable, dispone su párrafo 2.º, será la vigente en el momento de la ejecución del hecho y en caso de ser varias las leyes existentes desde el momento de su perpetración al del juicio, se aplicará la más suave. Las leyes temporales, conforme a lo establecido en el párrafo 3.º, serán aplicables a todos los hechos cometidos durante su vigencia, aun cuando hubieren perdido su vigor. Su último párrafo declara que para las medidas de seguridad y de corrección se tomará en cuenta la ley que rige en el momento de la sentencia.

Se modifican las disposiciones referentes a la inmunidad parlamentaria (§ 11) y a la inmunidad por informes sobre las sesiones de los organismos legislativos (§ 12).

En materia de penas se introducen importantes reformas. El § 13, que hace referencia al modo de ejecución de la pena de muerte, queda suprimido. El § 17 regula la nueva pena de detención, cuya duración máxima es de quince años, y la mínima de un día. Consiste esta pena, como la «detención en fortaleza», a la que sustituye, en la privación de libertad con vigilancia de las ocupaciones y modo de vivir del preso. Se cumplirá en establecimientos especiales o en secciones especiales. Su § 20 dispone que cuando la ley permita la elección entre la reclusión (*Zuchthaus*) y la detención se impondrá aquélla sólo cuando el hecho provenga de un motivo abyecto.

Una de las innovaciones de mayor interés es la nueva regulación de la condena condicional. Con anterioridad a la reforma la suspensión condicional de la pena tenía carácter administrativo, y la decisión que la acordaba era una resolución administrativa. Las autoridades facultadas para la concesión de indultos podían suspender la ejecución de las penas de privación de libertad no superiores a un año, sometiendo al reo a un período de prueba de tres a cinco años. Su organización se hallaba regulada, fuera del Código penal, en la legislación referente a indultos (en el § 22 de la *Gnadenordnung* de 6 de febrero de 1935).

(4) La República democrática alemana, en su Código penal, publicado en 1951 por el Ministerio de Justicia, reproduce literalmente el texto originario del Código penal del Imperio alemán de 1871. «Un hecho sólo podrá ser penado cuando su pena estuviere establecida por la ley antes de su ejecución» (§ 2).

La ley de reforma penal de 4 de agosto de 1953 la ha refundido en el Código penal (§§ 23-25) con características muy semejantes a la *probation* inglesa y norteamericana. Deja de ser una medida administrativa y se transforma en medida penal. La reforma confiere a los Tribunales la facultad de suspender la ejecución de las penas de prisión o detención no superiores a nueve meses y de las de arresto. Si el condenado, en el plazo de prueba, que dura de dos a cinco años, observa buena conducta, obtiene la remisión de la pena. Para la suspensión de la pena es preciso que la personalidad del condenado y su vida anterior, así como su conducta posterior al hecho, o un cambio favorable en sus condiciones de vida, permitan esperar que bajo la influencia de la suspensión llevará en el porvenir una vida ordenada y ajustada a la ley. No podrá acordarse la suspensión cuando el público interés exija la ejecución de la pena, cuando en los cinco años anteriores a la comisión del delito se haya suspendido al condenado la ejecución de una pena con sumisión a prueba o por vía de indulto, ni cuando el delincuente hubiere sido condenado, en el mismo plazo de tiempo, a pena de privación de libertad superior a seis meses. El Tribunal puede imponer al condenado durante el período de prueba ciertas condiciones (§ 24), entre ellas, reparar los daños causados por el delito, ciertas obligaciones referentes a su residencia, cultura, trabajo y empleo del tiempo libre, sumisión a tratamiento médico o a una cura de desintoxicación, cumplir sus obligaciones alimenticias, pago de alguna cantidad a instituciones de utilidad pública o someterse a la vigilancia y dirección de una persona (*Bewährungshelfer*) que le asista durante el plazo de prueba. Esta persona, nombrada por el Tribunal, vigila durante el plazo de prueba la conducta del condenado y el cumplimiento de las condiciones que le fueren impuestas. Su misión es la misma de los *probation officers* ingleses y americanos.

Si el condenado se conduce bien la pena queda remitida al terminar el plazo de prueba. La suspensión de la condena será revocada por el Tribunal en caso de condena durante el plazo de prueba a pena privativa de libertad impuesta por crimen o delito intencional, o de grave infracción de las condiciones de prueba, o cuando por cualquier otro modo se adquiriera la convicción de que la confianza depositada en el delincuente no está justificada (§ 25).

También se ha introducido una importante reforma en la regulación de la libertad condicional. El nuevo § 26 autoriza a los Tribunales para otorgarla a los condenados a penas temporales de privación de libertad cuando hayan cumplido dos terceras partes de la misma (la anterior regulación exigía tres cuartas partes), y sea de esperar que en el porvenir llevará una vida ordenada y conforme a la ley. El plazo de prueba no excedería del tiempo de pena por cumplir.

En las medidas de seguridad y de corrección introducidas por ley de 24 de noviembre de 1935, se han introducido modificaciones que aseguran una más eficaz garantía jurídica. Las principales han sido introducidas en el § 42 y se refieren en su mayoría a la duración del internamiento. Como en el texto anterior se declara que éste durará tanto como su finalidad lo exija. El internamiento en casas para bebedores y en instituciones de desintoxicación no excederá de dos años. La duración del internamiento en una casa de curación o de asistencia o en un establecimiento de custodia de seguridad no tendrá límite alguno. El primer internamiento en una casa de trabajo o en un asilo, no excederá de dos años; los internamientos posteriores no excederán de cuatro

años. El Tribunal para determinar la duración de estas medidas examinará si el fin perseguido con el internamiento ha sido alcanzado, y en este caso ordenará la liberación del internado (bajo el régimen anterior la liberación era acordada por las autoridades ejecutivas; actualmente, con mayor garantía de legalidad, sólo el Tribunal puede acordarla).

Ha sido modificada y mejorada la disposición relativa a la inducción a la perpetración de un hecho calificado como «crimen» (§ 49 a), precepto que había sido introducido durante la última guerra por ordenanza de 29 de mayo de 1943.

De especial interés es el nuevo § 56 que fortifica el principio de culpabilidad como elemento básico de la punibilidad. «Si en el caso de derivarse del hecho, dice el reciente texto, un especial resultado, la ley señalara pena más grave, ésta solo se impondrá al agente cuando lo hubiere ocasionado, aun cuando solo fuere por negligencia.» Con esta disposición se sustituye la anterior reglamentación de los delitos cualificados por el resultado por una regulación más justa (5).

En cuanto a la parte especial, como reformas más importantes, merecen ser señaladas las siguientes: El nuevo texto del § 93 que castiga los escritos, imágenes y representaciones ofensivas para la República federal alemana o encaminadas a la supresión de las libertades democráticas. Se han modificado los §§ 102 a 104 b), relativos a delitos cometidos contra Estados extranjeros; los §§ 107 a) y 109 para la protección de las elecciones y su pureza; el § 111, sobre inducción pública a desobedecer las leyes; el § 132 a), sobre atribución ilícita de cargos, títulos o dignidades y uso ilícito de uniformes, trajes o insignias oficiales; el nuevo § 138 pena la omisión de denuncia en caso de gravísimos delitos; el también nuevo § 140 castiga al que recompensare o elogiare públicamente cualquiera de los delitos señalados en el § 138 (las más graves formas de traición, asesinato, homicidio, falsificación de moneda, robo, etc.) o de los penados en la ley relativa al uso criminal de explosivos; otra nueva disposición, el § 143, castiga al encargado de la vigilancia de un menor de dieciocho años que la descuidare, si el menor ejecutase un hecho punible; se modifican los §§ 153 a 163, referentes a falso testimonio; el § 168, sobre respeto a la paz de los muertos; asimismo el § 173 a), cuya nueva redacción pena el acceso carnal entre hermanos y cuñados.

En los delitos contra la vida se mantiene el § 211, introducido por ley de 4 de septiembre de 1941, que define el asesino (Mörder), y establece como pena la reclusión perpetua en sustitución de la derogada pena capital; en el § 212 se atenúa la penalidad del homicidio y en el § 217 la del infanticidio. Se conserva intacto el § 218, concerniente al aborto, sólo se suprime la disposición introducida durante la última guerra mundial, por ordenanza de 18 de marzo de 1943 que establecía la pena capital para aquellos casos en que el agente reiteradamente hubiere dañado las fuerzas vitales del pueblo alemán. El § 219, relativo al anuncio y comercio de abortivos y productos anticoncepcionales, es objeto de importante modificación: asimismo el secuestro de niños, con ánimo de lucro, castigado con pena de muerte (§ 239 a), es objeto de nueva redacción y considerable rebaja de pena. Se ha reformado el § 240 sobre coacción; se ha llevado

(5) «Así desaparece una reliquia casi fósil de las pasadas épocas del Derecho penal que no puede encontrar acogida en una ley que destaque la idea de culpabilidad.» DREHER, en *Juristenzeitung*, 1953, pág. 425.

el Código penal y refundido en el grupo de delitos de hurto, en el § 248 b), el uso de automóviles y bicicletas contra la voluntad de su dueño que estaba castigado por ordenanza de 20 de octubre de 1932; también ha sido incluido en el texto del mismo, en el nuevo § 248 c), la sustracción de energía eléctrica, penado por ley de 9 de abril de 1900. En el § 253, relativo al chantaje, se atenía la penalidad de este delito que de la categoría de «crimen» (*Verbrechen*) pasa a la más leve de «delito» (*Vergehen*).

Se ha reformado el § 300 que pena la violación del secreto profesional extendiendo este precepto a profesionales no incluidos en el texto anterior. En el § 330 c), relativo a la omisión de socorro en caso de accidente, de peligro colectivo o de calamidad pública, se establece como requisito que las circunstancias exijan el socorro necesariamente, en sustitución de la fórmula anterior, que requería fuera exigible conforme al «sano sentimiento popular». (fórmula introducida en época hitleriana por ley de 28 de junio de 1935).

Además de las citadas han sido introducidas en diversos parágrafos del Código penal otras modificaciones de menor importancia que las señaladas.

Referencias históricas y de derecho comparado sobre la represión de la homosexualidad

EUGENIO CUELLO CALON

La inclusión de los homosexuales en la Ley de Vagos y Maleantes, dispuesta por ley de 15 de julio del presente año, reproducida en otro lugar de este fascículo, constituye un importante acontecimiento legislativo en el campo penal que me incita a dar a nuestros lectores algunas noticias de carácter histórico y de derecho comparado que para el criminalista pueden tener algún interés.

En nuestro antiguo Derecho los homosexuales fueron castigados con un bárbaro talión simbólico, con la castración, así lo disponen el Fuero Juzgo (Lib. III, tit. VI, ley VII) y el Fuero Real (Lib. IV, tit. IX, ley II), cuyo precepto es de horripilante crueldad. Las Partidas, sin duda por influjos romanos, establecen la pena de muerte porque de estos hechos «sale ende mala fama, no tan solamente a los fazedores, mas aún a la tierra, do es consentido» (Part. VII, tit. XXI, ley I). Los reyes Don Fernando y Doña Isabel, en Medina del Campo el 22 de agosto de 1497, ordenan que el culpable de este delito, «no digno de ser nombrado» (1), «sea quemado en llamas de fuego» y pierda todos sus bienes que pasarán a la Real Cámara. Y se mandaba que esta gravísima pena fuera impuesta, aun cuando el delito no llegara a consumarse, aun cuando no pudiera probarse el hecho «en acto perfecto y acabado y se probaren y averiguaren actos muy propincuos y cercanos a la conclusión del» (Nueva Recop., lib. 8.º, tit. XXI, ley I). Don Felipe II, por pragmática expedida en Madrid en 1598, dispuso ciertas medidas encaminadas a eliminar dificultades de prueba (Nueva Recop., lib. 8.º, tit. XXI, ley II).

La muerte en la hoguera fué conservada en nuestra antigua legislación hasta la aparición de la codificación criminal que con el Código penal de 1822 dejó de castigar la homosexualidad, la «sodomia» o «pecado nefando»—que así la denominaron las viejas leyes y los prácticos criminalistas de España—, pero no es posible precisar hasta qué momento fué aplicado aquel severo castigo.

En el siglo XVII esta penalidad se imponía íntegramente en los comienzos de esta centuria. Pradilla Barnuevo señala como vigentes las penas antedichas (2).

(1) *Peccatum illud horribile, inter christianos non nominandum*, diría BLACKSTONE algunos siglos más tarde.

(2) «Quien tal delito cometiere—escribe—debe morir quemado en llamas de fuego y sus bienes son confiscados para la Cámara Real», y señala que «basta el conato próximo para

También como vigentes las cita en el siglo XVIII Francisco Antonio de Elizondo (3), sin embargo, otros testimonios coinciden en la atenuación de su rigor; según éstos, la muerte en la hoguera, por su barbarie, había caído en desuso y en la práctica se ejecutaba por procedimientos menos inhumanos. «Es verdad—escribía Lardizábal—, que algunas de nuestras leyes imponen a varios delitos la atrozísima pena de quemar vivo al delincente. Pero una costumbre general y constantemente recibida ha dexado sin uso esta crudelísima pena» y añade que «hoy la (pena) de fuego solo se executa después de muerto el delincente (4). El mismo abandono de tan bárbaro castigo lo registra también Marcos Gutiérrez. «Pero aunque se imponga a los reos del crimen nefando contra la Naturaleza, la pena capital de fuego, por la práctica de los Tribunales, según testifica Vizcaino (5), para que no mueran desesperados en las llamas, se les da primero garrote y después se les quema en el mismo cadalso por el verdugo, quien luego esparce sus cenizas para que no quede memoria de tan perversos delincentes (6).

Sin embargo, autores posteriores como Juan Sala (7) y García Goyena, cuyo libro (8) aparece casi mediado el siglo XIX, cinco antes de la promulgación del Código penal de 1848, dan como vigentes las penas establecidas por los Reyes Católicos en 1497, sin mencionar la atenuación introducida en su ejecución por la práctica judicial a la que aluden Lardizábal y Vizcaino. Pero creo yo que los datos comunicados por los autores antes citados deben referirse a la legislación en vigor y no a las penas efectivamente aplicadas, pues es casi seguro que en la segunda mitad del siglo XVIII la pena de muerte para el castigo de estos hechos, había caído por completo en desuso como rotundamente lo declara un criminalista de esta época, Joseph Berní, que después de señalar como penas establecidas por las leyes la muerte en el fuego y la confiscación, añade, «cuyas penas se hallan temperadas con 200 azotes y diez años de galeras (9).

El Código penal de 1822 eliminó de sus preceptos el delito contra naturaleza, pero después de su cortísima vigencia, si llegó a tener alguna, volvió a regir, como es sabido, la Novísima Recopilación que acogió las antiguas penas (Nov. Recop., lib. XII, tit. XXX, ley I) cuya aplicación sería seguramente conmutada por castigo de menor dureza. Reimplantada y arraigada la codificación penal en nuestro país con el Código de 1848, la homosexualidad dejó definitivamente de constituir una infracción penal específica.

Pero la actual eliminación de estos hechos de la lista de los delitos no autoriza para afirmar que estén por completo y de modo absoluto excluidos de

dicha pena». *Tratado y Summa de todas las Leyes Penales, Canónicas, Civiles, y destes Reynos*, Sevilla, 1613, fol. 16.

(3) *Práctica Universal Forense*, Cuarta reimpression, Madrid, MDCLXXXIX, pág. 307.

(4) *Discurso sobre las penas contrahido a las Leyes criminales de España para facilitar su reforma*, Madrid, MDCLXXXII, págs. 186-187.

(5) Se refiere a Vicente Vizcaino y Pérez en su *Código y Práctica Criminal arreglada a las Leyes de España*, Tomo I, pág. 258.

(6) *Práctica Criminal de España*, Tomo III, Madrid, MDCCCVI, pág. 191. De este delito dice MARCOS GUTIÉRREZ que «ha hecho en nuestro siglo y en nuestra Europa muchos progresos», pág. 188.

(7) *Ilustración del Derecho Real de España*, Tomo II, Madrid, MDCCCXX, pág. 69.

(8) *Código criminal español según las leyes y práctica vigentes, comentado y comparado con el penal de 1822, el francés y el inglés*, Tomo I, Madrid, 1843, pág. 270.

(9) *Práctica criminal*, 2.ª edic., Valencia, 1766, pág. 21.

castigo. Actos de pederastia con menores han sido castigados como constitutivos del delito de abusos deshonestos (art. 430) (10), como delito de escándalo público (art. 431, 1.º) han sido calificados y penados hechos de homosexualidad entre adultos (11) e incluso como constitutivos de falta contra la moral y las buenas costumbres (art. 567, 3.º) (12). Pero estas calificaciones han sido pronunciadas más que en consideración al acto homosexual mismo, a las circunstancias que en su perpetración concurrieron. Por el contrario, actualmente, con arreglo al texto introducido por la ley de 15 de julio de 1954 podrán ser sometidos a las medidas de seguridad de la Ley de Vagos y Maleantes todos los individuos de conducta sexual desviada, aun cuando los hechos tuvieren lugar entre adultos, fueren plenamente consentidos y no trascendieren al público. La homosexualidad con la reciente ley no se ha convertido en un hecho punible castigado con penas por el Código penal u otra ley penal, constituye un estado personal de peligrosidad social, sometido a medidas de seguridad.

La homosexualidad fué duramente castigada en el Derecho penal europeo del antiguo régimen. La *Constitutio criminalis Carolina* (art. CXVI), como el Derecho español la castigó con la muerte en la hoguera, y en Francia, durante el siglo XVIII aún se aplicaba este atrozísimo castigo. El Código penal francés, que tuvo influjo considerable en la codificación penal europea, eliminó el *crimen contra naturam* de la lista de sus delitos y, siguiendo su ejemplo, gran número de leyes europeas abandonó su castigo. Sin embargo, un importante grupo de países, influidos por la antigua concepción que en material sexual confundía el pecado con el delito, ha mantenido su represión penal, Inglaterra (*Offences against the Person Act*, 1861, sec. 62), Alemania (Cod. penal, §§ 175, 175 a), Austria (§ 129), Hungría (§§ 241, 242), Suecia (Cap. XVIII, § 19), Noruega (art. 213); asimismo la conservan códigos de muy reciente fecha ajenos a la antigua confusión de conceptos religiosos y penales, los de Checoslovaquia (art. 241) y Grecia (art. 347), ambos de 1950 y el yugoslavo de 1951 (art. 186). También Rusia, por ley de 7 de marzo de 1934, introdujo este delito en su Código penal (art. 154 a), siendo de notar que antes de esta ley ya se castigaba en la legislación de algunas repúblicas soviéticas de preponderante población musulmana, en Usbekistan, Tadjikistán y otras, en las que existía una prostitución masculina muy difundida (13).

La homosexualidad se halla penada también en algunos países hispanoamericanos, en los Códigos penales de Chile (art. 365), Costa Rica (art. 233), Ecuador (art. 491), Panamá (art. 288). Otros países acuden, como actualmente España, a la aplicación de medidas de seguridad, sistema seguido por Portugal (Decreto-ley de 20 de octubre de 1945, art. 21), donde la policía judicial propone a los Tribunales de ejecución de penas o a los Tribunales de comarca donde aquéllos no existan, la aplicación a los homosexuales de medidas de seguridad.

Al poner fin a estas líneas de información histórica y de Derecho compara-

(10) 14 mayo 1902, 27 septiembre 1913.

(11) El hecho de ser sorprendidos dos sujetos practicando actos homosexuales, 13 octubre 1947; el tráfico de homosexuales en una mancha, 15 octubre 1952; los actos homosexuales practicados en la vivienda de uno de los procesados, todos fichados como invertidos sexuales, 30 abril 1953.

(12) Practicar en un urinario actos de pederastia, 28 febrero 1922.

(13) Vid. ANOSOW, *Die Homosexualität im Sowjetischen Recht*, en «Monatsschrift für Kriminalpsychologie», 1932, pág. 583 y ss.

do deben señalarlo el hecho, sobre el que insisten constantemente biólogos, psiquiatras y criminalistas de todos los países, que la conducta sexual anormal de gran número de homosexuales, proviene de factores biológicos, de anomalías y defectos glandulares congénitos, y, a veces, de perniciosos influjos de ambiente familiar o social. Junto a éstos existen grandes masas de prostituídos, hondamente depravados, muchos de ellos habituales de los bajos fondos criminales. La justicia exige una cuidadosa discriminación entre ambas categorías, entre los necesitados de curación y ajuste de su personalidad física, psíquica y moral y los que por su peligrosidad deben ser sometidos a eficaces medidas de protección social.

Ley de 15 de julio de 1954, por la que se modifican los artículos 2.º y 6.º de la Ley de Vagos y Maleantes, de 4 de agosto de 1933.

La producción de hechos que ofenden la sana moral de nuestro país por el agravio que causan al tradicional acervo de buenas costumbres, fielmente mantenido en la sociedad española, justifican la adaptación de medidas para evitar su difusión.

Las establecidas por la presente Ley, mediante la que se modifican los artículos 2.º y 6.º de la Ley de Vagos y Maleantes, de 4 de agosto de 1933, no son propiamente penas, sino medidas de seguridad, impuestas con finalidad doblemente preventiva, con propósito de garantía colectiva y con la aspiración de corregir a sujetos caídos al más bajo nivel moral. No trata esta ley de castigar, sino de proteger y reformar.

También aspira la misma ley a proteger la paz social y la tranquilidad pública contra las actividades, no constitutivas de delito o cuya delincuencia consta, pero no puede ser inmediatamente probada, de sujetos que, por su habilidad, escapan a través de las mallas de la ley o eluden su aplicación, por cuya causa constituyen un serio peligro para una ordenada vida de la colectividad.

En su virtud, y de conformidad con la propuesta elaborada por las Cortes Españolas, dispongo:

Artículo 1.º Los números 2 y 11 del artículo 2.º y el número 2 del artículo 6.º de la Ley de Vagos y Maleantes, de 4 de agosto de 1933, quedan redactados en la siguiente forma:

«Art. 2.º, número 2.º.—Los homosexuales, rufianes y proxenetas.»

«Art. 2.º, número 11.—Podrán asimismo ser declarados peligrosos como antisociales los que, en sus actividades y propagandas, reiteradamente inciten a la ejecución de delitos de terrorismo o de atraco y los que públicamente hagan la apología de dichos delitos.

También podrán ser objeto de igual declaración los que, de cualquier manera, perturben con su conducta o pusieren en peligro la paz social o la tranquilidad pública.»

«Art. 6.º, número 2.º.—A los homosexuales, rufianes y proxenetas, a los mendigos profesionales y a los que vivan de la mendicidad ajena, exploten menores de edad, enfermos mentales o lisiados, se les aplicarán, para que las cumplan todas, sucesivamente, las medidas siguientes:

a) Internado en un establecimiento de trabajo o Colonia agrícola. Los homosexuales sometidos a esta medida de seguridad deberán ser internados en Instituciones especiales y, en todo caso, con absoluta separación de los demás.

b) Prohibición de residir en determinado lugar o territorio y obligación de declarar su domicilio.

c) Sumisión a la vigilancia de los delegados.»

Art. 2.º Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a las establecidas en la presente Ley y autorizado el Ministro de Justicia para dictar las medidas necesarias para su ejecución y cumplimiento, dejando subsistentes las facultades gubernativas que en materia de orden público, moralidad y disciplina social tiene actualmente atribuídas el Ministerio de la Gobernación.

Ley de 30 de marzo de 1954 por la que se elevan las cuantías en delitos y faltas, en las infracciones contra la propiedad, comprendidas en el Código penal.

En tanto se lleva a cabo la reforma general del Código penal, ya en trámite de avanzado estudio y preparación, precisa retocar alguno de sus preceptos por exigencia de una realidad insoslayable, que impone, de momento, determinadas modificaciones.

En el transcurso de los ocho años desde la promulgación del vigente Código penal, por Decreto de 23 de diciembre de 1944, se ha revelado la necesidad del señalamiento de un nuevo tope económico para delimitar delitos y faltas en las infracciones contra la propiedad, que tienen como base de calificación la cuantía o valor de la cosa objeto del hecho punible; necesidad que se impone en los días actuales con la mera observación de la realidad social derivada de las fluctuaciones de la vida económica respecto a la cuantía del daño producido, en relación con la importancia penal que el hecho revista y la sanción que haya de pronunciarse.

La legislación, atenta a la trascendencia de los hechos anotados, exige la adecuada reforma tanto por mantener el alto beneficio público que se deriva de la codificación actualizada o puesta al día como con la mira de mantener la proporción tradicionalmente establecida en materia penal entre la cuantía del delito y el valor de la cosa objeto del mismo.

En lo que toca a este último problema, al igual que el planteado en otros países por análogas circunstancias, cabe alcanzar una solución factible y sencilla, elevando las cifras del Código penal que expresan el valor o cuantía del objeto del delito, del perjuicio o de cualquier otro detrimento material causado por la infracción, en cantidades acomodadas a la proporción exigida por los valores representativos de las cosas. De igual modo precisa enfocar con puntos de mira, idénticos o semejantes, la cuantía de las multas imponibles a los culpables.

Bastaría para justificar la reforma de la legislación penal en este aspecto, invocar las razones que han fundamentado otras modificaciones semejantes a la actual, y concretamente, la ley de 10 de abril de 1942, que en su exposición habla del verdadero sentido de la ley, atenta a la entidad del daño más que a la relatividad de su expresión numeral y a las variantes económicas, que no hacen cambiar la naturaleza específica del hecho punible originario. En tal materia se continúa el camino trazado por otras disposiciones, entre ellas la ley de 20 de diciembre de 1952, que modificó la base económica de diferentes artículos de la

de Enjuiciamiento civil, y cuya motivación elude a preceptos de ella que señalan tipos numéricos que, a la luz de la realidad actual, son insuficientes o, por contraste, resultan inadecuados; y, al tratar de la prudencia usada en el retoque de sus cifras, expone la evidente diferencia entre el panorama económico de 1881 y el que se ofrecía en 1952.

Tiene, además, la reforma que se intenta la virtualidad de descongestionar de asuntos a los Tribunales superiores, ya que con ella se reduce a la condición de faltas numerosos hechos de escasa importancia económica que hoy son tipificados como delitos en el Código. Este efecto es, por sí solo, de indudable trascendencia, aparte además, que la rectificación de la expresión numeral que se hace es de verdadera justicia, examinada desde el punto de vista de la adecuación entre la entidad del daño producido por la infracción y la sanción impuesta al mismo.

En su virtud, y de conformidad con la propuesta elaborada por las Cortes Españolas,

D I S P O N G O :

Artículo 1.º En el Código Penal, texto refundido de 1944, se introducen las siguientes modificaciones:

Primera.—La cuantía de la multa en el artículo 74 comprenderá de 1.000 a 20.000 pesetas.

Segunda.—La cifra de 250 pesetas consignada como valor, cuantía o cantidad objeto de hecho punible en los artículos 286, 294, 301, 505, números 1 y 2; 515, números 3 y 4; 518, 528, números 3 y 4; 552, número 1; 559 y 563, se eleva a 500 pesetas.

Tercera.—La cifra de 5.000 pesetas, consignada por los conceptos mencionados en los artículos 505, números 2 y 3; 515, números 2 y 3; 528, números 2 y 3; 549, números 1 y 2; 550, números 1 y 2; 551, 558 y 559, se eleva a 10.000 pesetas.

Cuarta.—La cifra de 25.000 pesetas, establecida por iguales conceptos en los artículos 515, números 1 y 2, y 528, números 1 y 2, se eleva a 50.000 pesetas.

Quinta.—La cifra de 250 pesetas, consignada por idéntico concepto en los artículos 573, número 2; 587, números 1 y 3; 589, número 1; 591, número 1; 593, 595, 597, 598, 599 y 600, se eleva a 500 pesetas.

Sexta.—La cifra de 500 pesetas, consignada al mismo efecto en el artículo 587, se eleva a 1.000 pesetas.

Séptima.—Las sanciones pecuniarias establecidas en los artículos 589, número 1, y 591, se elevarán en su límite máximo a la cifra de 500 pesetas, manteniéndose los mínimos en ellos consignados, y las fijadas en los artículos 598,

599 y 600, que se expresan en cuantía proporcional al perjuicio, no alcanzarán en ningún caso la cifra de 1.000 pesetas.

Art. 2.º Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo preceptuado en la presente Ley y autorizado el Gobierno—y, en su caso, el Ministro de Justicia—para dictar las normas que se estimen necesarias para la ejecución y desenvolvimiento de sus preceptos, y especialmente para la redacción, con sujeción a su texto, de los artículos que se reforman por la misma.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

En las causas y recursos en tramitación por delitos definidos en los artículos reformados por esta Ley, el Tribunal Supremo o las Audiencias, oídas las partes, si estimaren que el hecho punible debe ser considerado falta con arreglo a los preceptos que se reforman, remitirán lo actuado al inferior correspondiente, para que proceda con arreglo a Derecho

Decreto de 14 de mayo de 1954, por el que se da nueva redacción a los artículos del Código penal que se citan, acomodándolos a la rectificación de cuantías dispuestas por la Ley de 30 de marzo último.

La Ley de 30 de marzo último, que modificó la expresión numeral delimitadora de los delitos y faltas en las infracciones de orden penal, autorizó al Gobierno para la redacción, con sujeción a su texto, de los artículos del Código Penal por ella reformados.

Consecuentemente, en la nueva redacción de los artículos afectados por la reforma se reflejan las rectificaciones de cifras que la Ley contiene, referidas esencialmente a la expresión del valor del objeto del delito, del perjuicio o de cualquier otro detrimento material causado por la infracción, y a la cuantía, en algunos casos, de las sanciones pecuniarias imponibles a los culpables.

En mérito de lo expuesto, a propuesta del Ministro de Justicia y previa deliberación del Consejo de Ministros,

D I S P O N G O :

Artículo único.—Los artículos 74, 286, 294, 301, 505, 515, 518, 528, 549, 550, 551, 552, 558, 559, 563, 573, 587, 589, 591, 593, 595, 597, 598, 599 y 600 del Código Penal, quedarán redactados en la siguiente forma:

«Artículo 74.—La multa, en la cuantía de 1.000 a 20.000 pesetas, se considerará como la última pena de todas las escalas graduales anteriores.»

«Art. 286.—El que habiendo recibido de buena fe moneda falsa, cercenada o alterada, la expendiese después de constarle su falsedad, será castigado, si el valor aparente de la moneda expedida excediera de 500 pesetas, con la pena de arresto mayor »

«Art. 294.—Los que habiendo adquirido de buena fe títulos al portador o sus cupones, comprendidos en los artículos 291 y 293, los expendiesen sabiendo su falsedad, en cuantía superior a 500 pesetas, serán castigados con multa del duplo al cuadruplo del valor de aquéllos, sin que pueda bajar de 1.000 pesetas.»

«Art. 301.—Los que habiendo adquirido de buena fe efectos públicos de los comprendidos en el artículo anterior, los expendiesen sabiendo su falsedad, en

cuantía superior a 500 pesetas, incurrirán en las penas de arresto mayor y multa de 1.000 a 5.000 pesetas.

Los que meramente los usaren, teniendo conocimiento de su falsedad, incurrirán en la multa del quintuplo al décuplo del valor del papel o efectos que hubieren usado.»

«Art. 505.—El culpable de robo comprendido en alguno de los casos del artículo anterior, será castigado:

1.º Con la pena de arresto mayor, si el valor de lo robado no excediese de 500 pesetas.

2.º Con la pena de presidio menor, si excediere de 500 pesetas y no pasare de 10.000.

3.º Con la pena de presidio mayor, si excediere de 10.000 pesetas.

Art. 515.—Los reos de hurto serán castigados:

1.º Con la pena de presidio mayor, si el valor de la cosa hurtada excediere de 50.000 pesetas.

2.º Con la pena de presidio menor, si el valor de la cosa hurtada excediere de 10.000 pesetas y no pasare de 50.000.

3.º Con la pena de arresto mayor, si no excediere de 10.000 y pasare de 500.

4.º Con arresto mayor, si no excediere de 500 y el culpable hubiere sido condenado anteriormente por delito de robo, hurto o estafa, o dos veces en juicio de faltas por estafa o hurto.»

«Art. 518.—El que alterare términos o lindes de pueblos o heredades o cualquiera clase de señales destinadas a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de propiedad particular como de dominio público, o distrajera el curso de aguas públicas o privadas; será castigado con una multa del 50 al 100 por 100 de la utilidad reportada o debido reportar con ello, siempre que dicha utilidad exceda de 500 pesetas, sin que la mencionada multa pueda bajar de 1.000 pesetas.»

«Art. 528.—El que defraudare a otro en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio será castigado:

1.º Con la pena de presidio mayor, si la defraudación excediere de 50.000 pesetas.

2.º Con la de presidio menor, excediendo de 10.000 y no pasando de 50.000 pesetas.

3.º Con la pena de arresto mayor, si la defraudación fuere superior a 500 pesetas y no excediere de 10.000.

4.º Con la de arresto mayor si no excediere de 500 pesetas y el culpable hubiere sido condenado anteriormente por delito de robo, hurto o estafa o dos veces en juicio de faltas por estafa o hurto.»

«Art. 549.—Se impondrá la pena de presidio mayor:

1.º A los que incendiaren un edificio público, si el valor del daño causado excediere de 10.000 pesetas.

2.º A los que incendiaren una casa habitada o cualquier edificio en que ha-

bitualmente se reúnan diversas personas, ignorando si había o no gente dentro, o un tren de mercancías en marcha, si el daño causado en los casos mencionados excediere también de 10.000 pesetas.»

«Art. 550.—Serán castigados con la pena de presidio menor:

1.º Los que cometieren cualquiera de los delitos comprendidos en el artículo anterior, si el valor del daño causado no excediere de 10.000 pesetas.

2.º Los que incendiaren en un poblado un edificio no destinado a habitación ni reunión, si el valor del daño causado no excediere de 10.000 pesetas.

«Art. 551.—Serán castigados con la pena de presidio menor, cuando el daño causado excediere de 10.000 pesetas:

1.º Los que incendiaren un edificio destinado a habitación en lugar despoblado.

2.º Los que incendiaren mieses, pastos, montes o plantíos.»

«Art. 552.—El incendio de cosas no comprendidas en los artículos anteriores, serán castigados:

1.º Con la pena de arresto mayor no excediendo de 500 pesetas el daño causado.

2.º Con la pena de presidio menor cuando excediere de dicha cantidad.»

«Art. 558.—Serán castigados con la pena de presidio menor los que causaren daño cuyo importe excediere de 10.000 pesetas:

1.º Con la mira de impedir el libre ejercicio de la autoridad o en venganza de sus determinaciones, bien se cometiere el delito contra funcionarios públicos, bien contra particulares, que como testigos o de cualquier otra manera hayan contribuido o puedan contribuir a la ejecución o aplicación de las leyes.

2.º Produciendo, por cualquier medio, infección o contagio de ganados.

3.º Empleando sustancias venenosas o corrosivas.

4.º En cuadrilla o despoblado.

5.º En un archivo o registro.

6.º En puentes, caminos, paseos u otros objetos de uso público o comunal.

7.º Arruinando al perjudicado.»

«Art. 559.—El que con alguna de las circunstancias expresadas en el artículo anterior causare daño cuyo importe exceda de 500 pesetas, pero no pase de 10.000, será castigado con la pena de arresto mayor.»

«Art. 563.—Los daños no comprendidos en los artículos anteriores cuyo importe pase de 500 pesetas, serán castigados con la multa del tanto al triple de la cuantía a que ascendieren, sin que pueda bajar de 1.000 pesetas.

Esta disposición no es aplicable a los daños causados por el ganado y los demás que deban calificarse de faltas con arreglo a lo que establece el Libro III.»

«Art. 573.—Serán castigados con la pena de uno a diez días de arresto menor o multa de 50 a 500 pesetas:

1.º Los que se negaren a recibir en pago moneda legítima.

2.º Los que habiendo recibido de buena fe moneda, billetes o títulos falsos, los expendieran en cantidad que no exceda a 500 pesetas después de constarles su falsedad.

3.º Los traficantes o vendedores que tuvieran medidas o pesos dispuestos con artificio para defraudar o de cualquier modo infringieren las leyes establecidas sobre contrastes para el gremio a que pertenezcan.

4.º Los traficantes o vendedores a quienes se aprehendieren sustancias alimenticias que no tengan el peso, medida o calidad que corresponda.»

«Art. 587.—Serán castigados con arresto menor:

1.º Los que por cualquiera de los modos expresados en el artículo 514 cometieren hurto por valor que no exceda de 500 pesetas, si el culpable no hubiere sido condenado anteriormente por delito de robo, hurto o estafa o dos veces en juicio de faltas por estafa o hurto.

2.º Los que en igual forma cometieran hurto de leña, ramajes, brozas, hojas u otros productos fortales análogos, de los montes comunales o de propios, por valor que no exceda de 1.000 pesetas, siempre que el infractor pertenezca a la comunidad.

3.º Los que cometieren estafa en cuantía no superior a 500 pesetas, con la excepción establecida en el número primero de este artículo.

4.º Los que por interés o lucro interpretaren sueños, hicieren pronósticos o adivinaciones o abusaren de la credulidad pública de otra manera semejante.»

«Art. 589.—Serán castigados:

1.º El que ejecutare los actos comprendidos en el artículo 518, si la utilidad no excediere de 500 pesetas, o no fuere estimable, con la multa de 25 a 500 pesetas.

2.º Los que con cualquier motivo o pretexto atravesaren plantíos, sembrados, viñedos u olivares, con la multa de 5 a 50 pesetas.

Si en ambos casos hubiere intimidación o violencias leves en las personas o fuerza en las cosas, se entenderá la pena duplicada.»

Art. 591.—Serán castigados con la multa de 25 a 500 pesetas:

1.º Los que, llevando carruajes, caballerías u otros animales, cometieren alguno de los excesos previstos en los dos artículos anteriores, si el daño no excediere de 500 pesetas.

2.º Los que destruyeren o destrozaren choza, albergue, setos, cercas, vallados u otras defensas de las propiedades.

3.º Los que causaren daño arrojando desde fuera piedras, materiales o proyectiles de cualquier clase.»

«Art. 593.—Si los ganados se introdujeren de propósito, además de pagar las multas expresadas, sufrirán los dueños, o los encargados de su custodia, de uno a treinta días de arresto menor, siempre que el daño no excediere de 500 pesetas.

La infracción cometida después de dos condenas por esta falta se castigará como delito de hurto, comprendido en el número 4 del artículo 515.»

«Art. 595.—Serán castigados con la pena de arresto menor o multa de 5 a 500 pesetas los que ejecutaren incendios de cualquier clase que causen daños que no excedan de 500 pesetas.»

«Art. 597.—Serán castigados con la pena de dos a diez días de arresto menor o multa de 10 a 500 pesetas los que causaren daños de los comprendidos en este Código, cuyo importe no exceda de 500 pesetas.»

«Art. 598.—Los que en heredad ajena cortaren árboles, legumbres o siembras nacidas, causando daños que no excedan de 500 pesetas, serán castigados con la multa del duplo al cuádruplo del valor del daño causado, y si talaren ramajes o leña, la multa será del tanto al duplo del daño causado, sin que en ningún caso alcance la cifra de 1.000 pesetas.

Si el dañador comprendido en este artículo sustrajere o utilizare los frutos u objetos del daño causado y el valor de éste no excediere de 500 pesetas, sufrirá la pena de arresto menor.»

«Art. 599.—Los que, sustrayendo aguas que pertenezcan a otros o distrayéndolas de su curso, causaren daño cuyo importe no exceda de 500 pesetas, incurrirán en la multa del duplo al cuádruplo del daño causado, sin que en ningún caso alcance la cifra de 1.000 pesetas.»

«Art. 600.—Los que, por negligencia o por descuido, causaren un daño cualquiera no superior a 500 pesetas serán castigados con la multa del medio al tanto del daño causado, si fuere estimable, y, no siéndolo, con la multa de 5 a 250 pesetas.

En ningún caso alcanzará la multa la cifra de 1.000 pesetas.»

SECCION DE JURISPRUDENCIA

Del dolo penal y civil en la estafa

(Sent. de 20 de febrero de 1954)

JUAN DEL ROSAL

Vicerrector de la Universidad de Valladolid.
Abogado de los J. C. de Abogados de Madrid, Valladolid y otros

SUMARIO: I. *Supuesto de hecho.* II. *Sentencia del Tribunal «a quo».*—
III. *Impugnación de la citada sentencia.*—IV. *Breve comentario del fallo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.*

I. Supuesto de hecho

La relación circunstanciada quedó así: «Que el procesado F. F. V., que había sostenido relaciones mercantiles con el B. de V., consistentes en distintas operaciones, entre ellas, el descuento de letras de cambio producto, al parecer, de su negocio de fabricación y venta de calzado, cuyo descuento era sobre efectos creados y librados por aquél, simuló en distintas fechas comprendidas en los meses de diciembre de 1944 y enero de 1945, guiado siempre del mismo propósito e intención dolosa, una serie de operaciones, con distintos clientes de diferentes localidades, de compra por éstos de calzado fabricado por el procesado, librando las oportunas letras de cambio para el pago de aquellos suministros, que fueron presentados a descuento al B. de V., quien ante la apariencia de crédito legítimo contra los librados de las letras y guiado de la confianza que supone el haber realizado con anterioridad otras operaciones mercantiles con entera normalidad, satisfizo al procesado el importe de aquellas cambiabiles por valor de 26.706,50 pesetas, de cuya suma se apropió el mismo con ánimo de lucro, defraudando al citado B. de V. en dicha cantidad, puesto que pasadas al cobro aquellas letras no fueron satisfechas por los librados, bien por no haber realizado ninguna operación comercial con el procesado, bien por haber satisfecho con anterioridad el importe de la compra en virtud de la letra o factura pasada directamente por el propio procesado, y en 392,60 pesetas, a que han ascendido los gastos y devolución de los referidos efectos, de cuya suma total de 27.099,10 pesetas solamente se ha reintegrado el B. de V. de 54 pesetas, abonadas por un cliente del procesado, que reconoció adeudarle a él tal cantidad.»

II. Sentencia del Tribunal «a quo»

Que el Tribunal conocedor de los hechos estimó que eran constitutivos de un delito de estafa, previsto en el artículo 523, número 1 y penado en el 522, número 4 del Código penal de 1932, del que era autor el procesado, sin la concurrencia de circunstancia alguna de modificación de la responsabilidad criminal, condenándole a la pena de dos años, cuatro meses y un día de presidio menor y a las accesorias correspondientes, así como a la indemnización de la total cantidad de 27.099,10 pesetas.

III. Impugnación de la citada sentencia

El condenado formalizó recurso de casación al amparo del núm. 1 del artículo 849 de la Ley Rituaria Criminal, por entender, como único motivo, que se habían infringido los artículos 523, número 1, y 522, núm. 4, del mentado texto penal; en cuanto a los hechos probados, no constituyen el delito de estafa, contemplado en dichos preceptos, por cuanto si algún descubierto existe, es de apreciar que el recurrente nunca ha negado el pago de lo que se acreditara estuviere debiendo y que lo que en realidad ha pasado es que por impaciencia de la entidad acreedora que no esperó a formalizar una completa liquidación, se ha precipitado a una acción y convertido inadecuadamente un proceso que debió ostentar el carácter de civil en un procedimiento criminal.

Que el Ministerio Público se instruyó del recurso, habiendo dejado la representación del citado B. de V. transcurrir el término concedido a tales efectos, sin exponer cosa alguna, impugnando ambos el recurso en el acto de la vista.

IV. Breve comentario del fallo de la Sala Segunda del T. S.

La decisión dictada por la Sala de lo Criminal del T. S. reviste particular interés, toda vez que puntualiza en concreto las lindes entre el dolo civil y penal, utilizando unos argumentos extraídos, como no podía ser menos, de la actitud psíquica de la persona y de la naturaleza de la relación jurídica existente entrambas partes. Mejor aún: la actual decisión judicial fija en claros contornos de dónde arranca la responsabilidad criminal y la civil, con lo que dicho se está que se ve obligada a acentuar la distinta configuración de ambas imputaciones, concretadas en el modo y manera con que la persona ha perseguido una u otra finalidad, y el *conocimiento* con que transita en busca de aquélla. Veamos el primero de los «considerandos». Dice así: «Que en ningún caso engendra responsabilidad penal el mero descubierto de letras de cambio, sean procedentes de operaciones comerciales, sean las llamadas de favor, en el curso de una relación mercantil entre las entidades bancarias y sus clientes, y en las que el eventual buen fin constituye el riesgo natural de la negociación, ni tampoco engendra dicha responsabilidad criminal el hecho de que, admitidas a descuento

tales letras y pasadas al cobro, no fueron satisfechas por los librados, que evasivamente pueden manifestar no haber realizado ninguna operación comercial o haber satisfecho con anterioridad el importe de la letra.»

La tesis, pues, de contraer la discusión al ámbito puramente mercantil es bien absoluta y categórica, amparándose en la clase de relación jurídico-mercantil, excluyente de la exploración de la postura psíquica con que la persona prepara y planca estas operaciones. Y así nos dice que en el curso de una operación mercantil debe admitirse el riesgo lícito que aparezca cualquier negocio de esta clase, conceptuándolo como un «riesgo natural», sin que proyecte su sombra por fuera de la órbita estrictamente civil. Queda, pues, sentado que el simple descubierto de las cambiablen, aunque se efectúe con la apariencia engañosa queda embebido en el denominado «riesgo natural». Obsérvese, además, que en este examen de la «relación jurídica» y de sus efectos carece, ahora, de relieve penalístico el empleo en los «hechos probados» de vocablos delatores de engaño. Concretamente usa el término «simuló». La imputación criminal queda, por tanto, recortada esencialmente por el examen que posteriormente se hará del contenido psicológico de la conducta. Aquí las márgenes de la responsabilidad civil se amplían a costa de la que pudiera ser penal, ya que prevalece como referencia valorativa la «clase» de «la relación». De una operación mercantil de tal índole no dimana responsabilidad penal.

Así, pues, la responsabilidad criminal parece indicar la argumentación empleada en el «considerando» transcrito, no surge en cuanto la relación jurídica versa sobre operaciones mercantiles, la especie de vínculo jurídico cubre, en cierto modo, la apariencia dolosa del individuo. En esta dirección, no cabe duda que prevalece en la estimación del hecho la «clase» de operación sobre la actitud psíquica guardada por el individuo. El dolo, por tanto, no traspasa las fronteras del puro negocio mercantil, en atención al enlace jurídico que media entrambos. El aspecto objetivo, en que viene tipificado el tráfico jurídico elimina, automáticamente, la evaluación de la postura del individuo con respecto a lo efectuado. Y en el peor de los casos siempre vendrá a absorber la actitud dolosa el eventual peligro que implica una operación de tal clase. La confianza —cabría decir— depositada por la entidad bancaria en su cliente, no le exime de la discriminación diligente que en cada operación debe efectuar el acreedor. En parte, está yacente esta imagen mental en el razonamiento concerniente al «peligro» y a la «operación».

Ahora bien, con ello no se satisface la pregunta respecto al carácter civil o penal de la supuesta responsabilidad, puesto que la calificación del vínculo jurídico no confiere un salvoconducto general, como para encubrir una actitud de falta de buena fe, por parte del beneficiario de la operación. Y para reforzar el primero de los argumentos, el meritado «considerando» trae a colación una segunda alegación, esta vez apoyándose en los supuestos pretextos que pudieran aducirse por los librados. De esta manera, declara a renglón seguido que tampoco brota la responsabilidad criminal porque los librados evadan el pago, y la letra quede al descubierto, ya que es posible que con ello se pretenda soslayar el efecto de una deuda con-

traída. Argumento de índole abstracta, que no concreta si efectiva y realmente en el supuesto actual tuvo o no comprobación, pues hubiere bastado con saber si al no hacer frente a la cambial, él obedecía a que no contrayeron obligación alguna o que, por el contrario, habían ya con anterioridad realizado el pago. Extremo, de suyo, importante, ya que los «hechos probados» se limitan a decir lo siguiente: «puesto que pasadas al cobro aquellas letras no fueron satisfechas por los librados, bien por no haber realizado ninguna operación comercial con el procesado, bien por haber satisfecho con anterioridad el importe de la compra en virtud de la letra o factura».

Pero la decisión judicial necesita, para ajustarse al buen sentido jurídico y de justicia que la preside, dar cabida al planteamiento de la anterior pregunta, y de aquí que en el siguiente «considerando» se nos diga «que engendra clara y precisa responsabilidad penal el libramiento de letras que quedan impagadas, cuando, presentadas a descuento, su importe se ha percibido previamente, y no por hecho explicable o debido a tercero, sino en virtud de letra o factura pasada directamente por el procesado, pues ello significa el doble cobro de la misma deuda y, en tal sentido, el caso de antes excede el estricto límite de un descuento bancario y se enmarca en el núm. 1 del artículo 523 del Código de 1932, hoy 529 del vigente, sea que pueda ser motivo de consideración por esta Sala la condena a indemnizar la total cantidad en que se estima el perjuicio, no obstante declarar el mismo resultado primero que hubo reintegro al Banco perjudicado en una determinada suma».

Así, el presente «considerando» subraya, como debía ser, en virtud de qué actitud psíquica nace el dolo penal y, en consecuencia, la responsabilidad de esta clase. Anteriormente se declaró que el simple descubierto no produce consecuencia penal, a la vista de los naturales riesgos que entraña una operación mercantil. En una palabra, todavía rige aquí el dolo civil por cuanto no denota una actitud maliciosa, mejor aún, de marcada mala fe. Cabría hablar del llamado *dolo buene* de los romanos, comprensivo del daño producido por una mala operación, habida razón del tan repetido riesgo. Tampoco entra en liza el dolo penal porque el librado eluda el pago de la cantidad so pretexto de cualquier excusa. Hasta ahora, la valoración encaja, desde el plano subjetivo, dentro de los moldes del comportamiento civil. Sobre todo, si la exploración subjetiva se efectúa desde la cúspide de la naturaleza jurídica de la relación entre ambas partes.

La distinción entre *dolo malo* y *dolo bueno* se refiere exclusivamente al elemento intencional de este concepto. El primero, claro está, invalida el negocio jurídico; en tanto que el segundo carece de eficacia. Precisamente en atención al efecto, se dice por algunos autores que esta separación es arcaica e inoportuna en los días actuales. El entendimiento que tuvo el Derecho romano, según los especialistas, es diverso a como se ha comprendido por parte de los tratadistas. Modernamente la expresión *dolus bonus* hace alusión a todos los casos en los cuales la actitud engañatoria no acarrea la anulabilidad del negocio (1). En el supuesto actual es bien fácil co-

(1) Véase para una exposición detallada A. TRABUCCHI: *Nuovo Digesto Italiano*, 1928, XVI, págs. 149-154.

legir que el «riesgo» cubre, por tanto, la consecuencia de la letra al descubierto, sin que con ello suponga que existe una *machinatio*, expresiva de un comportamiento doloso malo, tan señaladamente acusado como para valorarlo dentro de la esfera penal. En todo caso, dará cabida al *dolus malus* de carácter civil.

Pero la cosa cambia de cariz desde punto y hora que el libramiento impugnado tiene la causa de haberlo realizado ya, «en virtud de letra o factura pasada directamente por el procesado», pues entonces entra en juego el *dolo malo*, de aspecto puramente penal, ya que con esta maquinación, de origen engañoso y francamente «malicioso» se pretende obtener un doble lucro, cual supone cobrar lo ya verificado. Se exige, para que no quepa duda alguna, la intervención directa, como demanda, por supuesto, un dolo, tal el criminal, que requiere un conocimiento de primera mano del lucro fraudulento que desea obtener, sin que nuble tamaña postura la ignorancia o el pretexto de participación de terceras personas. El engaño queda, pues, montado sobre un aparato escénico que reviste visos de verosimilitud, cual supone utilizar el libramiento contra las personas, de las cuales la entidad bancaria no conoce si realmente tienen o no la condición de deudores. El Banco descuenta las letras amparándose en la confianza que le depara un cliente que hasta ahora realizaba normales operaciones. «El doble cobro de la misma deuda», a sabiendas del librador entraña una acción esmaltada de tintes penales a todas luces, tipificable, como señala el «considerando», dentro del artículo 523, num. 1, del derogado texto penal, hoy artículo 529 del vigente, puesto que ya cobran vida los elementos integrantes de esta figura penal, tales como, por ejemplo, «obrar con malicioso engaño y mediante él realizar un enriquecimiento ilícito con manifiesto perjuicio para el ofendido» (S. 12 abril 1944); de modo que tanto el engaño cuanto el perjuicio aparecen claramente de la lectura de los «hechos probados» (SS. 9 marzo 1942 y 10 febrero del mismo año), con lo que ya no puede hablarse de un incumplimiento de obligación civil, ni de causa que invalida el negocio (véase reciente sentencia, 14 enero 1953).

Este engaño traspasa, por tanto, el amplio recinto civil para caer de lleno en el área penal, por cuanto obtiene, mediante el mismo, un lucro que, de no mediar, no se hubiera dado, conceptuándose en razón de ello de ilícito, con caracteres penales. Una vez más, la distinción entre *dolo penal* y *dolo civil* se verifica desde el plano de la distinta intensidad, pues resulta por demás difícil operar, en cuanto a la separación, con criterios extraídos de la norma, de la moral colectiva o de cualquiera otro aspecto. «El contenido del *dolo penal* sólo puede comprobarse si se considera el comportamiento ético-social de los varios tipos de delincuentes, y resultará tanto más evidente cuanto el legislador, en la incriminación de las figuras del delito, se haya separado de las exigencias de la conciencia colectiva que quiere penar, ante todo, los hechos que ofenden los sentimientos naturales de probidad de piedad y de honradez. En estos casos, el *dolo penal* sigue exponiendo GUARNERI— adopta actitudes de gravedad y perversidad singulares, que no pueden compararse con la *calliditas ad decipiendum, circumveniens, no-*

minem adhibita del Derecho civil, siendo en esta intensidad especial en lo que parece que pueda consistir la razón justificativa de distinguir» (2).

Vieja orientación, diseñada por CARMIGNANI en la *magna o parva calliditas* del dolo malo o bueno (3), que en el fondo no es otra cosa si no la polemizada cuestión de «distinguir» el llamado «*dolo licito*—que interviene sin ser delictivo en las contrataciones usuales— del *fraude*, que es el criterio esencial del estelionato» (4). Al primero se concreta el primero de los «considerandos» cuando sienta las dos premisas, según las cuales, no generan responsabilidad criminal, ya que se trata en el peor de los casos de un engaño permitido o, al menos, que no delinea la figura del dolo penal. Ahora bien, en el segundo de los «considerandos» se perfila la *magna calliditas*, del jurisperito romano (5), consistente en que mediante una supuesta apariencia de crédito se cobra por dos veces la misma deuda, con lo que «el caso de autos excede el estricto límite de un descuento bancario y se enmarca» en el delito de estafa, conforme con la dirección jurisprudencial y científica (6).

Además, el presente fallo confirma la tesis ya sostenida por su ponente, en una obra penal de la que nos hemos ocupado. Decía el Magistrado de esta Sala, profesor CASTEJÓN, que en punto al debatido problema de la distinción entrambos dolos, su criterio era el siguiente: «1.º En teoría existe una afinidad intrínseca, en vez de una separación, entre lo ilícito civil y lo ilícito penal. 2.º Para el legislador, la línea divisoria se halla en la razón «política» de incriminar por la ley primitiva los ilícitos más graves (según las ideas imperantes en lo moral, lo religioso, lo social, lo público, etc.). 3.º Para el magistrado, singularmente para el magistrado de lo penal, puede afirmarse que hay delito civil cuando la responsabilidad contraída por el culpable puede ser explicada en una forma más o menos satisfactoria, dentro de la conducta lícita.

En cambio, existe delito criminal cuando el responsable no puede *ponder*, es decir, cuando interrogado no puede explicar por ningún medio factible, al menos con visos de verosimilitud, que actuó en forma que él creía correcta o, al menos, posible dentro de la licitud» (7).

Si ahora se aplica el transcrito esquema mental, se comprenderá a las claras que la conducta del recurrente era de índole penal, ya que ¿cómo explicar el libramiento de una letra pagada? ¿Qué argumento cabe emplear de frente a que por medio de su intervención directa, bien por letra o factura, se pagó lo que se quiere cobrar de nuevo? ¿No está patentizada a las

(2) V. JOSÉ GUARNERI: *Las influencias del Derecho Civil en el Derecho Penal* Puebla México, 1952 págs. 159-160.

(3) V. G. CARMIGNANI: *Elementi di Diritto Criminale*. Milano, F. Sanvito, 1865; página 42.

(4) V. F. CARRARA: *Programa*. T. IV. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1946 pág. 417.

(5) Sobre una exposición del tema, véase la obra acabada de citar de CARRARA.

(6) Véase una interesante y completa exposición en la obra de JEAN GRAVEN: *L'es-croquerie en droit penal suisse*. Verlag f. R. u. G. Basel, 1947, principalmente págs. 13 y siguiente.

(7) V. FEDERICO CASTEJÓN: *Teoría de la conformidad de los Derechos penal y civil*. Ed. Bosch. Barcelona, 1949 pág. 10.

claras la conciencia de la antijuricidad de la conducta? ¿Cabe amparar tamaña actuación dentro de la influencia de un error excluyente de dolo? ¿Ni está aquí la precisa afirmación de DE MARSICO de que «cuando la representación ha impreso a la voluntad la actitud particular que la hace dirigirse a la consecución de un cierto fin, es decir, cuando se ha convertido en intención, entonces, y sólo entonces, subsiste el dolo en todos sus elementos constitutivos»? (8).

Y también en esta ocasión, en el rescoldo de tanta polémica, el práctico, mejor, la persona que realiza un día y otro el derecho, tiene que volver al viejo criterio, que ya expusiera CARMIGNANI cuando venía a decir que la voluntad de quebrantar la ley daba la clave de la existencia del dolo penal. «Mas es lícito pensar —expone el prof. CASTEJÓN— que los Tribunales de casi todos los países, en estos casos de duda sobre lo que llamaríamos la pureza sobre la configuración del dolo, entienden que no existe intención perfecta de vulnerar la ley y que no hay responsabilidad penal» (9).

Así, adquiere confirmación plena que en última instancia, cuando se trata de entresacar de los hechos vitales situaciones penales o civiles, la valoración del juzgador tendrá que penetrar, al través del examen agudo de la prueba, en el remoto confín de la actitud interior de la persona, mediante el hilo exterior de la finalidad propuesta y claramente exteriorizada. Del *objetivismo* de la actuación manifestada al *subjetivismo* con que esmaltó el conocido comportamiento. De esta manera su acción maliciosa persigue un enriquecimiento ilícito, ofreciéndonos aquélla con el natural artificio, propio del fraude penal. La exigencia de una evaluación de los elementos fácticos en concordancia con las características demandas a la culpabilidad penal, en orden al delito de estafa, constituye uno de los problemas en los que se nos revela la compleja misión del magistrado del juicio penal, pues el examen de los «hechos» habrá de realizarse sin pérdida de la conexión que guardan con la situación personal del imputado. Con lo que de nuevo resurge en un juicio de esta naturaleza la difícil, difícilísima tarea del llamado a juzgar, particularmente en casos «límites» en los que inclinarse por uno u otro camino supone desencadenar una tramitación procesal diversa, y lo que es más grave, consecuencias jurídicas de bien distinta gravedad. Y así no podemos sustraernos a recordar aquellas líneas finales de la conocida obra de RADBRUCH, en que nos dibuja el humano perfil del juez. Decía así: «¿Pero quién podrá desconocer que la profesión jurídica engendra en sus servidores otras calidades valiosas? Todos nos hemos encontrado alguna vez con el viejo juez dotado de una mirada superior y llena de comprensión para todo lo humano, severo en sus principios, pero con una suavidad que practica silenciosa y admirablemente, imparcial ante las opiniones en lucha, y, sin embargo, no careciendo él mismo de opinión, en su incommóvil integridad. Pero también todo el mundo conoce su reverso, el ironista amable con el alma destrozada, a quien le ha faltado conseguir el firme apoyo de la alegría de la profesión. Hay profesiones que

(8) V. DE MARSICO: *Coscienza e volontà nella nozione del dolo*. Napoli, 1930; página 147. Cfr. obra de GUARNERI, pág. 161.

(9) V. F. CASTEJÓN: *Supra*, pág. 11.

siempre son profesiones malogradas; pero ciertamente la Jurisprudencia no pertenece a este grupo», etc., etc. (10).

En la confluencia entre puntos de vista colegidos del precepto y la estimativa real del *facto*, se halla la línea pendular que hará caer sobre uno u otro campo la clase de responsabilidad, pues en fin de cuentas, la trayectoria marcada por la ley queda supeditada a una ponderación equilibrada del juzgador, y en cuyo juicio entran proporcionadamente elementos inferidos de la realidad cotidiana que se vive, del elemento objetivado en el derecho constituido y sentimientos políticocriminales de justicia y utilidad.

(10) V. G. RAMBRICH: *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Madrid, V. Suárez, 1930 págs. 268-269.

Posteriormente el autor nos dirá en su obra póstuma *Der Innere Weg. Aufriss meines Lebens* K. F. Kochler Verlag, Stuttgart, 1931; pág. 70 en que figura humana—el viejo Dr Funk encarnaba el retrato judicial, estampado en su obra.

Jurisprudencia penal correspondiente al tercer cuatrimestre de 1953

JOSE MARIA GONZALEZ SERRANO
Fiscal de la Audiencia de Salamanca

CODIGO PENAL

1. Art. 8.º, número 1.º *Enajenación mental*.—La caracterización del estado mental transitorio es la de una perturbación mental deducida de un estado patológico anterior del agente, que se produce como reacción próxima y brusca contra una causa externa física o espiritual que choca violentamente en su psiquis y que desaparece rápidamente, sin dejar huella ostensible de su presencia (S. 11 noviembre).

2. Art. 8.º, número 4.º *Legítima defensa*.—Se requiere la agresión ilegítima, que es un acto de fuerza inesperado a la par que injustificado (S. 27 noviembre); y existe en la penetración en la fábrica en actitud decidida y con gestos amenazadores; si bien no hubo necesidad de emplear arma de fuego, pues se afirma en la sentencia que el interfecto no llevaba armas (S. 9 diciembre).

Queda eliminada la circunstancia ante la situación de riña (SS. 25 noviembre, 4, 22 y 28 diciembre).

3. No se da legítima defensa de parientes, ante la no existencia real de una agresión, sin que quepa aducir el pretendido error del agente sufrido en el supuesto de una agresión imaginada, porque tal error no respondía siquiera a una apariencia de realidad que racionalmente pudiera conducir a su formación, y no tendría en este caso otro fundamento que la mera manifestación del reo a quien venía a favorecer, y su estimación, imposible de constatar ni presumir por tratarse de un acto interno de perturbación intelectual llevaría a la inadmisibile conclusión de entregar al responsable de un delito la medida penal con que éste habría de ser juzgado (S. 6 octubre).

No se aprecia la legítima defensa, pues la supuesta defensa propia del guarda agredido queda embebida y anulada por la defensa del principio de autoridad, que debe considerarse siempre por encima de la seguridad personal de quien lo encarna. Y por la misma razón, no se aprecia la atenuante de vindicación, 6.º del art. 9.º (S. 5 diciembre).

4. Art. 8.º, número 7.º *Estado de necesidad*.—La eximente exige que la necesidad revista un carácter absoluto, lo que no se desprende de la sola afirmación de haber destinado las sumas a cubrir necesidades familiares por enfermedades (S. 30 septiembre); o a remediar falta de medios económicos y de trabajo (S. 2 diciembre).

El estado de necesidad no se compagina bien con la actuación negligente (S. 24 septiembre).

5. Art. 8.º, número 11. *Cumplimiento de un deber*.—No se aprecia la eximente, pues no obstante el servicio permanente de los funcionarios del Cuerpo de Policía, aquí actuaba dicho funcionario por motivos privados (S. 29 diciembre).

Se aprecia la atenuante 1.ª del art. 9.º en relación con la eximente 11 del art. 8.º, en el guarda jurado que se excede en el cumplimiento de sus atribuciones (S. 5 diciembre).

6. Art. 9.º, número 2.º *Embriaguez*.—Si sólo se dice que el procesado estaba algo bebido, no cabe estimar la embriaguez, pues ésta ha de ser conocida (S. 27 octubre).

Se estima sólo como atenuante al no aparecer en los hechos probados más que el estado de embriaguez, aunque en el considerando se establezca que el reo sufrió un trastorno mental intenso y pasajero (S. 27 octubre).

7. Art. 9.º, número 4.º *Preterintencionalidad*.—Han de existir hechos que revelen que la intención fué inferir un daño menor del producido (S. 27 noviembre). No se aprecia, pues las manos del hombre constituyen unos medios naturales poderosos y eficientes para lesionar (S. 3 octubre); ni en la infección sufrida, pues es consecuencia de la herida dolosa (S. 22 diciembre). Es inaplicable a los delitos de naturaleza culposa (S. 11 noviembre).

8. Art. 9.º, número 5.º *Provocación o amenaza*.—Se estima como muy calificada en delito de homicidio, si la víctima insultó al procesado y le invitó a salir en plan de desafío, que éste aceptó (S. 4 diciembre). Se aprecia en el arrojamiento de una piedra sin previa discusión (S. 22 diciembre).

9. Art. 9.º, número 6.º *Vindicación próxima*.—No se aprecia, pues la creencia errónea en la existencia de palabras ofensivas no puede suplir la ausencia de ese elemento de facto (S. 3 octubre).

10. Art. 9.º, número 8.º *Arrebato u obcecación*.—Requiere una momentánea perturbación de la inteligencia, sobreexcitando la voluntad...; y se aprecia en la madre que hace objeto de su agresión a quien erróneamente cree culpable de la muerte de su hijo (S. 11 noviembre). Ha de fundarse, no en contrariedades cualesquiera, sino en motivos graves, dimanados de hechos injustos o de actos improprios, susceptibles en el orden natural de excitar las pasiones (S. 27 noviembre).

11. Art. 10, número 1.º *Alevosía*.—Los elementos de la alevosía deben tomarse del momento en que la agresión se pone en acción, o sea, desde su inicio (S. 25 noviembre). Y puede apreciarse aunque no se haya premeditado utilizarla ni buscado de intento, pues es suficiente que el culpable se aproveche del momento propicio; sin que el carácter alevoso quede desvirtuado por el hecho de que varias de las heridas causadas lo fueron en el plano anterior del cuerpo (S. 19 diciembre).

12. Art. 10, número 2.º *Precio, recompensa o promesa.*—Es compatible con la premeditación (S. 17 diciembre).

13. Art. 10, número 6.º *Premeditación conocida.*—No se aprecia si no transcurre el tiempo suficiente para que la reflexión actúe y frene los instintos perversos, dando lugar a que el espíritu se serene y se imponga el buen sentido (S. 19 diciembre).

14. Art. 10, número 8.º *Abuso de superioridad.*—Existe en el acometimiento a una mujer por dos individuos en pleno vigor físico, de profesión podadores (S. 25 noviembre).

15. Art. 10 número 10. *Prevalerse del carácter público.*—No se aprecia en delito de estafa, pues por sí misma, integra tal delito (S. 19 noviembre).

16. Art. 10, número 13. *Nocturnidad, despoblado.*—No se aprecia la nocturnidad, si los condenados por robo se embriagaron sin intención de delinquir y a la madrugada cometieron el hecho, sin que conste buscaran o aprovecharan dicha hora (S. 13 noviembre).

Se aprecia la nocturnidad, si la noche fué buscada o aprovechada de propósito (SS. 3 y 18 diciembre).

Cada una de las circunstancias de nocturnidad y depoblado tiene propia sustantividad; y el despoblado existe si la heredad está en el campo sin núcleo próximo de población (S. 13 diciembre).

17. Art. 10, número 14. *Reiteración.*—Ha de apreciarse la agravante, pues se ha suprimido el carácter facultativo que tenía en el Código anterior (SS. 21 octubre y 15 diciembre); y esto aunque la condena anterior no conste en la hoja histórico penal del Registro Central de Penados (S. 12 diciembre); y aunque las penas antecedentes fueran impuestas en una misma sentencia (S. 3 diciembre).

Se aprecia, ante las condenas anteriores por Consejos de Guerra (S. 5 octubre).

No se aprecia, pues la primera condena fué de pena de arresto, y la procedente ahora es de arresto y multa (S. 28 octubre).

18. Art. 10, número 15. *Reincidencia.*—Se aprecia, pese al certificado negativo del Registro Central de Antecedentes Penales (S. 21 octubre). Y es indiferente que las condenas precedentes recayeran en una sola sentencia o en varias (S. 23 octubre).

19. Art. 10, número 16. *Desprecio del sexo, realización en la morada del ofendido.*—La agravante de haberse ejecutado el hecho en la morada del ofendido tiene individualización propia y diferenciada de las demás comprendidas en el número 16 del artículo 10, las que pueden coexistir y ser estimadas con separación las una de las otras. La agravante de desprecio del sexo es compatible con la de abuso de superioridad (S. 25 noviembre).

20. Art. 17 *Encubrimiento.*—Es encubridor, pues aunque no conocía la forma, lugar o tiempo de la procedencia ilícita, basta sólo conciencia de su origen, aquí revelado por el fraccionamiento con que se vendía el objeto (S. 31 octubre).

Se estiman tres delitos de encubrimiento, pues están establecidos como hechos probados los tres momentos en que éstos tuvieron lugar (S. 19 diciembre).

21. Art. 19... *Reponsabilidad civil*.—Como en las sentencias han de resolverse todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil, solicitada por el Fiscal la aplicación a cada préstamo declarado usurario del artículo 3.º de la Ley de 23 de julio de 1908, debió el Tribunal resolver en pro o en contra de tal pedimento, sin limitarse a reservar, a cada parte que haya podido resultar perjudicada, el ejercicio de las acciones que pudieran corresponderle al amparo de la citada Ley (S. 1 diciembre).

El problema de la cuantía de la responsabilidad, no es accesible a la casación (S. 30 diciembre).

La restitución ha de ser del mismo objeto material del delito perseguido, y así no puede ser devuelta al propietario una joya de que se desposeyó voluntariamente ordenando su venta, la que fué realizada en forma lícita, y el delito surgió posteriormente al faltarse de modo punible a las obligaciones derivadas de la comisión aceptada, y entre ellas la de entregar al dueño el precio percibido por la enajenación de la cosa (S. 31 octubre).

La entidad aseguradora tiene el carácter de tercero, a que se refiere el artículo 104 del Código penal (SS. 29 septiembre y 15 octubre). Y solicitada por el Fiscal la indemnización a los herederos de la víctima de 40.000 pesetas y por la Compañía de Seguros como acusadora la de 48.298 pesetas, procede imponer las dos indemnizaciones, la primera porque es consecuencia directa del hecho punible y ha sido solicitada por el Fiscal sin más consideración que la pérdida de una vida humana por causa de delito, y la segunda porque se trata de un perjuicio que, aun declarado accidente de trabajo, no ha sido debido al riesgo profesional, sino a la conducta voluntaria de un delincuente, responsable del resultado delictivo tanto en vía criminal como civil (S. 7 octubre).

La extinción de la responsabilidad civil puede producirse del mismo modo que se extinguen las demás obligaciones con sujeción a las reglas del Derecho civil (S. 11 noviembre).

Se da lugar al recurso, pues la indemnización o responsabilidad civil que se combate no fué objeto de petición alguna por el Fiscal ni por el perjudicado; pues aun cuando las indemnizaciones civiles sean exigibles siempre a las personas criminalmente responsables, y los perjuicios por razón de cualquier infracción punible puedan alcanzar a terceras personas además de a los directamente ofendidos, antes que todo esto tiene que prevalecer el respeto al principio acusatorio, básico en nuestro procedimiento penal. Al imponerse en la condena el abono del importe de las estancias y asistencia en la clínica entre los meses de julio y agosto de 1949, es manifiesta la infracción del párrafo segundo del artículo 104 del Código penal, pues se dejó sin determinar el importe de lo que debía abonarse a la expresada clínica (S. 29 septiembre).

No hay infracción en que la sentencia condene a indemnizar a los herederos de la víctima, después de no ratificar el padre de ésta su escrito de renuncia de acciones; pues con relación a las acciones nacidas de delito, a diferencia de las que surgen de los hechos privados, los Tribunales están obligados a investigar la validez o invalidez con que se ejercitan o renuncian; y así, en este caso, se estima lo manifestado por el denunciante, de

que si firmó el escrito de renuncia fué debido a su nerviosismo, lo que destruye totalmente la eficacia de la renuncia aludida (S. 25 septiembre).

La renuncia a la indemnización civil es eficaz, no obstante su posterior retractación, salvo cuando el que se retracta aduce y demuestra que el acto que autorizó con su firma adoleció de alguno de los vicios que invalidan los contratos, o que después de efectuado se había operado una mutación de circunstancias o venido en conocimiento de cosas entonces ignoradas que modificaban sustancialmente las condiciones en que se hizo la renuncia (Sentencia 11 noviembre).

Siendo el condenado por homicidio guarda jurado de la Hermandad de Labradores ésta es responsable civil subsidiaria de aquél (S. 5 diciembre).

22. Art. 61... *Pena*.—La regla 5.ª del artículo 61 del Código penal concede a los Tribunales facultades de orden discrecional (S. 11 diciembre).

23. Art. 113... *Prescripción*.—Quien no dedujo a su tiempo una solicitud cualquiera, entre ellas la de prescripción, no puede recurrir después ante el silencio de la sentencia, ni pretender se resuelva en casación lo que el Tribunal de instancia no llegó a conocer (S. 18 diciembre).

24. Art. 231... *Atentado*.—Hay atentado en la agresión al guardabarrera, pues es guarda jurado, conforme a los artículos 162 y 171 del Reglamento de Policía de Ferrocarriles (S. 9 noviembre). Y en la agresión al agente ejecutivo destinado al cobro de contribuciones (S. 18 diciembre).

25. Art. 240...—*Desacato*.—Se aprecia el delito, pues no puede desconocerse el carácter de autoridad que a los efectos penales alcanza, tanto a la Junta Administradora de Contrabando y Defraudación como al Delegado de Hacienda (S. 9 octubre).

26. Art. 246... *Desórdenes públicos*.—En el apoderamiento de visagras de la línea férrea, se aprecia el delito de desórdenes públicos en concurrencia con el hurto (S. 12 diciembre).

No se aprecia el delito de desórdenes públicos porque no se utilizaba la línea telefónica propiedad de una empresa mercantil, de la que se sustrajo el hilo de cobre (S. 2 diciembre).

27. Art. 254... *Tenencia de armas*.—El delito de tenencia ilícita de armas es delito eminentemente circunstancial, en que se castiga el hecho material de la tenencia sin licencia o guía (S. 4 diciembre).

El mero hecho de ser oficial de complemento no autoriza la posesión de armas sin licencia, aparte de la necesidad, incluso para el personal del Ejército en activo servicio, de la guía de pertenencia (S. 31 octubre).

La facultad concedida a los Tribunales en el artículo 256 del Código penal es puramente discrecional (SS. 30 y 31 de octubre).

28. Art. 302... *Falsedad*.—Son documentos oficiales los libros que han de llevar los vendedores de vino y demás productos derivados de la uva, conforme al artículo 21 de la Ley de 23 de mayo de 1933 (S. 12 diciembre). Y la solicitud, necesaria al efecto, dirigida al Departamento de distribución de vehículos automóviles del Sindicato Vertical del Transporte (S. 16 diciembre). Y la declaración para renovación de la tarjeta de fumador (S. 28 diciembre).

El solo extremo de la presentación del documento en juicio no obliga ne-

cesariamente a reputarlo como público (S. 22 octubre). La presentación en juicio de documento falso a que alude el artículo 304, requiere que obedezca a un acto dimanado de la sola y propia voluntad de quien la lleve a efecto; lo que no ocurre si es un libro exhibido en ejecución de sentencia a petición de la parte adversa (S. 12 diciembre).

Es falsedad del artículo 303 la de un documento que no queda reducido a comprobar la personalidad, sino que tiene una mayor trascendencia (S. 27 octubre).

Concurre en la falsedad la agravante de abuso de confianza, dado el cargo de auxiliar en el Montepío perjudicado (S. 28 noviembre).

Se aprecia concurso de falsedad y estafa (SS. 3 octubre, 3 y 16 diciembre). O se aprecian 39 delitos de falsedad y uno continuado de estafa (S. 28 noviembre).

29. Art. 320... *Usurpación de funciones*.—Hay delito del artículo 321 del Código penal, pues se hacía pasar por practicante en medicina y cirugía, con tarjetas de visita en que así figuraba, llegando a pedir 800 pesetas por un tratamiento de inyecciones (S. 19 diciembre).

30. Art. 341... *Salud pública*.—Se aprecia tentativa del delito de los artículos 341 y 344 del Código penal, ante la frase «trataba de vender», referida a una ampolla de morfina (S. 13 noviembre).

31. Art. 385... *Cohecho*.—Se aprecia el delito de cohecho en la actuación de Agentes de vigilancia de la Tabacalera (S. 28 noviembre); y de los Subinspectores de la Comisaría de Recursos (S. 10 diciembre); y del médico de Asistencia pública domiciliaria, si bien se da lugar al recurso, pues se le condena a inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de médico, cuando debió concretarse tal inhabilitación al cargo de médico de Asistencia pública domiciliaria (S. 16 diciembre).

32. Art. 394... *Malversación*.—Los fondos de una Fiscalía de Tasas tienen carácter de caudales públicos, y el Oficial de aquella Fiscalía es funcionario público (S. 20 octubre).

Quiénes ejercen cargo en las Hermandades de Labradores y Ganaderos creadas por Ley de 6 de diciembre de 1940 y adscritas a la Delegación Nacional de Sindicatos por Orden de 23 de marzo de 1946, ostentan la condición de funcionarios públicos, y si se apropian de los caudales de esas entidades cometen malversación. Y los otros procesados, que conociendo las actuaciones de aquellos funcionarios de la Hermandad que se apoderaban de los fertilizantes, se ponen de acuerdo con éstos para comprárselos, son encubridores de la malversación aun cuando no se conozca si obtuvieron o no beneficio al adquirir los efectos del delito y venderlos después, pues no se está frente al delito de encubrimiento definido en el artículo 546 bis de la Ley de 9 de mayo de 1950, o sea, aprovecharse de los efectos de un delito contra la propiedad, sino únicamente ante la participación que en los hechos constitutivos de un delito comprendido en otro título del Código, cual es el de malversación, tienen en concepto de encubridores dichos procesados (S. 25 noviembre).

33. Art. 407. *Homicidio*.—Se aprecia delito de homicidio y de arrogación de funciones judiciales en quienes ostentado cargo de autoridad y procedien-

do correctamente en su inicio persiguen a unos maleantes, los detienen, deliberan sobre lo que había de hacerse con ellos, deciden su muerte y la ejecutan (S. 9 diciembre).

34. Art. 411... *Aborto*.—Las penas de los cómplices se calculan en relación con las de los autores, pero las más benignas del artículo 414 («aborto honoris causa») son personalísimas, exclusivas de las personas en quienes concurren las condiciones previstas, incluso si delinquen juntos autores ordinarios y privilegiados (SS. 7 octubre y 15 diciembre).

La prestación previa de numerario a la embarazada, integra precompletitud, pero no autoría (S. 7 octubre).

35. Art. 418... *Lesiones*.—Deformidad física es toda imperfección visible y permanente. Si ambos procesados se abalanzaron sobre su víctima y le golpearon, hay unidad de propósito, aun surgida en los momentos mismos del hecho, y a los dos alcanzan sus totales consecuencias; sin que a ello obste que fuese uno sólo quien mordió la oreja al agredido y causó la deformidad (S. 11 diciembre).

36. Art. 429... *Violación*.—El delito se consuma cuando el ayuntamiento carnal llega al extremo posible, dentro de las particulares condiciones fisiológicas de violador y violada; y así, no es preciso se concrete a qué parte del aparato sexual femenino alcanzó la penetración del miembro viril (S. 26 noviembre). Está consumado el delito, aunque la membrana hímica quedase completa, pues hubo introducción del pene en los órganos genitales de la niña de diez años, permaneciendo así hasta satisfacer los deseos libidinosos (S. 24 noviembre).

No hubo infracción, pues la denuncia se hizo por una hermana de la agraviada, por orden de la madre de ésta que estaba enferma, y ausente el padre, quien después la ratificó. La mujer estaba privada de razón, pues se afirma que «padecía una oligofrenia de carácter progresivo» (S. 30 octubre).

37. Art. 430. *Abusos deshonestos*.—Hay delito de abusos deshonestos, pues el procesado buscó la coyuntura precisa del sueño de unos muchachos confiados a su mando y enseñanza, o sea, que estaban privados de sentido (S. 16 noviembre).

El Tribunal no puede volver sobre su propio acuerdo de aprobación del perdón (S. 15 octubre).

El precepto legal señala como legitimado para denunciar al ascendiente, pero sin distinguir preferencia entre los de su clase (S. 24 noviembre).

38. Art. 431... *Escándalo público*.—La característica del delito del número 1.º del artículo 431 («hechos de grave escándalo o trascendencia») no radica en la mayor o menor divulgación del hecho, sino en su propia naturaleza escandalosa, es decir, en la grave turbación que el mismo produce en la conciencia de quienes lo conocen, por muy reducido que sea su número (S. 30 noviembre).

39. Art. 434... *Estupro*.—La certeza del engaño no puede cimentarse sobre la diferencia de edad, de cultura o de clase social (S. 10 diciembre); pero si en la promesa de matrimonio (S. 4 diciembre).

Se aprecian delitos de estupro y de lesiones graves por contagio sifilítico (S. 5 diciembre).

En cada acto de acceso carnal con la menor de dieciséis años, se consuma un hecho punible de estupro (S. 12 noviembre).

Integran estupro del último párrafo del artículo 436 los actos lascivos con la sirvienta doméstica de diecisiete años, sin oposición de ésta y sin culminar en el acceso carnal (S. 23 diciembre).

40. Art. 457... *Injurias*.—Es preciso tener en cuenta la significación de las palabras, el propósito, el lugar, las circunstancias y las condiciones personales (S. 7 octubre). Pero la intención de injuriar ha de presumirse siempre, a menos que del conjunto de elementos aparezca que no la hubo (S. 11 diciembre).

41. Art. 487... *Abandono de familia*.—Es delito de carácter permanente y continuado. Y no se justifica a pretexto de una nulidad de matrimonio que no ha sido objeto de ejercicio de ninguna acción ante los Tribunales (S. 10 diciembre).

42. Art. 496. *Coacción*.—Se aprecia el delito, porque el arrendatario o precarista vióse privado de sus actividades posesorias de forma arrolladora (S. 28 octubre).

Igualmente se aprecia el delito en el cierre y colocación del candado en la puerta de los locales en que se desarrollaban las industrias del querellante y del querellado, conservando en su poder las llaves e impidiendo así el libre acceso. Para que proceda la restitución de la cosa, su pérdida tiene que proceder del propio delito, situación casi imposible en el de coacción; y como la competencia del Tribunal penal no alcanza a hacer declaraciones o tomar decisiones referentes a derechos patrimoniales, el fallo que ordena hacer entrega definitiva al perjudicado de ciertos bienes, da un alcance excesivo a las consecuencias del delito de coacción (S. 16 octubre).

43. Art. 500. *Robo*.—Se estiman responsables en concepto de autores, ante el previo acuerdo de voluntades y el acto de transportar la mercancía sustraída, que era de peso considerable (S. 17 octubre). El previo acuerdo constituye a todos en responsables solidarios por el resultado más grave, y así, la falta de comprobación de la persona que hiciera los disparos no exculpa al que no mató, pues si el concierto fué para robar y no para matar, los homicidios son imputables a todos los partícipes, pues constituyen la violencia del robo (S. 15 diciembre).

Como la idea de hacer suya la cantidad surgió después de haberla ocupado por el ejercicio de su cargo, al infractor de las disposiciones de abastos, se desvanece la responsabilidad por robo (S. 23 octubre).

Se aprecia delito continuado de robo, si bien pugne con tal concepto la nota de violencia que encierra el robo con llave falsa, dado que el hecho de coger las llaves de un cajón cerrado constituye sustracción de llave legítima al propietario, siquiera sea de modo momentáneo (S. 19 octubre). Se considera llave falsa, pues se aprovechó un descuido del dueño de la llave legítima, o el que la dejase escondida en algún sitio en donde se encontró (S. 22 diciembre).

Hubo escalamiento, pues se penetró por una ventana (S. 2 octubre).

Los mataderos de reses son edificios públicos (S. 7 diciembre).

Se aprecia en el delito de robo la agravante de abuso de confianza, pues fué cometido por el mozo de caballerizas que por tal motivo entraba con frecuencia en la casa de su patrono (S. 31 octubre).

44. Art. 514... *Hurto*.—La entrega de dinero del principal al dependiente para su traslado no transfiere posesión, sino material tenencia; por lo que el dependiente comete hurto si se apodera de dicho dinero (S. 26 noviembre).

Hay hurto, pues una de las partes de la aparcería retiró los productos sin el consentimiento de la otra parte (S. 28 diciembre).

Se aprecia la multirreincidencia aunque las condenas anteriores fuesen impuestas en la misma sentencia (S. 18 diciembre).

Hay autoría en el vigilar (S. 20 octubre) y en distraer la atención de la dueña (S. 12 diciembre).

Casos de hurto con abuso de confianza: en quien tenía el manejo de fondos (S. 6 octubre); en quien fué invitado a que subiese él sólo a la habitación (S. 17 octubre); en la limpiadora de un comercio (S. 23 noviembre); en quien tenía a su cargo la vigilancia del personal y la llave de la puerta (S. 15 diciembre).

La sustracción de productos forestales en cuantía no superior a 500 pesetas, prevista en el núm. 2.º del artículo 587 del Código penal, no puede elevarse a la categoría de delito aunque el culpable haya sido condenado anteriormente por delito de robo, hurto o estafa, o dos veces en juicio de faltas por estafa o hurto (S. 19 noviembre).

En la sustracción de cables telefónicos concurren los delitos de desórdenes públicos y hurto (S. 26 octubre).

45. Art. 519. *Alzamiento de bienes*.—No se aprecia, pues falta el dolo específico, que es el burlar el derecho de los acreedores, y el requisito esencial de haberse constituido en insolvencia (S. 22 diciembre).

46. Art. 528... *Estafa*.—La atribución de una propiedad inexistente para obtener un lucro, informa el contenido del párrafo primero del artículo 531 («fingiéndose dueño de una cosa inmueble la enajenare, arrendare o gravare»); pero no puede extenderse a aquellos supuestos en que tanto el que se finge dueño como el que recibe la cosa utilizaban tal medio simulador para dar visos de legalidad a un contrato derivado de una causa torpe y susceptible de anulación, y sin ánimo de lucro por parte de los que aparentaban contratar; lo que aleja el delito de estafa, pero se aprecia el de falsedad (S. 30 octubre).

La sentencia de 14 de octubre contiene los siguientes puntos de doctrina: A) El requisito de ser ajena la cosa en cuestión, traza la línea separatoria del delito de apropiación indebida del de estafa definido en el párrafo segundo del artículo 531 («el que dispusiere de una cosa como libre sabiendo que estaba gravada»). B) En la prenda sin desplazamiento no cabe una equiparación al depósito al hacer apreciación de las responsabilidades criminales, máxime cuando se daría el caso a todas luces injusto de un trato más severo hacia el depositario equívoco de la prenda que el señalado a cuantos deudores con hipoteca de sus fincas dispongan

deslealmente de ellas en perjuicio malicioso de los acreedores antes de la anotación preventiva de la escritura de préstamo. C) Que aun no integrando un derecho real sobre la maquinaria ofrecida como prenda sin desplazamiento a responder del préstamo, como el prestatario afectó especialmente la cosa al cumplimiento de la obligación de devolver la cantidad prestada, su enajenación fraudulenta encaja el hecho en el artículo 531 del Código penal, sin que valga aducir la falta de inscripción de la escritura, pues el defecto registral determina sólo la irresponsabilidad del tercero adquirente de buena fe, pero no atenúa lo más mínimo la malicia del autor de los hechos.

Quienes consiguen la entrega de una cantidad a título de honorarios en pago de varios escritos, que faltos de eficacia procesal fueron el pretexto de un fraude, cometen la estafa prevista en el artículo 534; y en presencia de un delito contra la propiedad, nunca puede confundirse con la forma de prevaricación del artículo 360 (S. 9 noviembre).

Se aprecia que el uso de nombre imaginario o supuesto no es delito independiente de la estafa; pero es compatible la estafa con el delito de falsedad en documento mercantil; y se estima que tienen carácter mercantil los cheques o mandatos de pago y los talones de cuenta corriente (Sentencia 9 octubre).

En la estafa bajo el suterfugio de remuneración a un supuesto agente de la Fiscalía de Tasas no existe delito de amenazas (S. 31 octubre).

47. Art. 535. *Apropiación indebida.*—Son distintos el dolo específico de la estafa y el de la apropiación indebida, pues en aquélla el fraude se obtiene a través de un engaño preliminar, pero en el segundo no es determinante de la relación primaria, sino que responde al abuso de la confianza recibida (S. 19 diciembre).

No es preciso especificar el número de aparatos de radio que recibió el procesado, ni las condiciones del contrato de comisión, ni la liquidación de cuentas si la sentencia fija la cantidad defraudada, ni el dolo específico, dada la presunción del artículo 1.º del Código respecto del dolo genérico, que alcanza de igual modo al específico (S. 21 octubre).

Existe el delito de apropiación indebida: Si el novio, rotas las relaciones amorosas, dispone de los muebles entregados para la instalación de la vivienda conyugal (S. 19 octubre). Si el depositario se apodera del reloj que recibió en depósito para abonar su valor en plazos periódicos (S. 12 noviembre); o de la cantidad igualmente en depósito recibida (S. 7 diciembre). Y si el comisionista se apodera de la cantidad recibida sin cumplir el compromiso contraído (S. 19 diciembre), o de la cantidad adquirida en el cumplimiento de la gestión que le fué encargada (S. 22 diciembre).

48. Art. 546... *Receptación.*—Existe el delito, pues los procesados compraron, para lucrarse revendiendo, propósito lucrativo que es el dolo específico de esta figura delictiva (S. 7 diciembre). Y no es necesario que se conozca al que llevase a cabo el delito contra la propiedad, ni siquiera al que vendiese o facilitase los objetos al encubridor (S. 23 diciembre).

Se aprecia el delito, pues los prismáticos sustraídos tenían un valor de 750 pesetas y fueron adquiridos del propio sustractor en 60 pesetas, por un

comerciante dedicado a la compraventa de efectos usados (S. 10 noviembre). Y porque basta la circunstancia de adquirir los géneros en condiciones beneficiosas para obtener ganancias, sea cualquiera la cuantía de ella (S. 2 diciembre).

49. Art. 557... *Daños*. Se aprecia delito de daños por imprudencia (S. 26 octubre).

50. Art. 565. *Imprudencia*.—Los elementos necesarios para integrar el delito de imprudencia temeraria son: una acción u omisión voluntaria no maliciosa; un mal efectivo y concreto; y una relación de causa a efecto que ligue la una con el otro (S. 14 noviembre).

Se estima imprudencia temeraria: Ante la avería del transformador de energía eléctrica, las deficiencias de su instalación, y el no comunicar su adquisición para el examen previo por la Jefatura de Industria (S. 2 diciembre). Ante las irregularidades con que funcionaba el ascensor, siendo de ello responsable el empleado de la Empresa con quien se tenía contratadas la conservación y reparación y que se limitaba a corregir las averías dejando subsistentes las irregularidades, y el portero y el administrador de la casa que permitían se utilizase el ascensor (S. 12 diciembre). En el cirujano que incurrió en la omisión grave de no recontar el material y dejó dentro de la cavidad abdominal un instrumento operatorio (S. 15 diciembre). En el administrador de la casa que consintió el almacenaje de materiales inflamables, cual las películas de celuloide (S. 7 octubre).

Igualmente se consideran casos de imprudencia temeraria: Por el exceso de velocidad en la conducción de vehículos de motor (SS. 22 y 24 septiembre, 7, 13 y 28 octubre, 12, 23 y 30 noviembre y 1 diciembre). Y aunque fuese otro el vehículo que efectivamente ocasionase el daño, si fué consecuencia de la torpe maniobra (S. 24 septiembre). En la conducción por persona imperita, sin llevar a su lado persona capacitada (S. 29 septiembre). En la conducción por quien está en estado de embriaguez (SS. 9 octubre y 11 noviembre). O con deficiencias conocidas en el vehículo (S. 23 octubre). En el adelantamiento de vehículo sin separarse lo necesario hacia su izquierda (S. 10 diciembre). En el no cerciorarse al cruzar el paso a nivel de si estaba o no echada la cadena (S. 14 diciembre). En orillar el camión hacia la derecha y aprisionar al viandante contra el pretil (S. 23 diciembre).

El concepto de profesional incorporado al párrafo último del artículo 565, es aplicable a cuantas imprudencias cometieren los chóferes (SS. 9 octubre y 9 diciembre); y no influye lo más mínimo la circunstancia de ligarle al conductor relaciones de parentesco con el propietario del camión (S. 17 diciembre).

No influye la culpa concurrente de la víctima, pues no cabe en lo penal la compensación de culpas (SS. 22 y 25 septiembre y 13 octubre); y podría dar lugar tan sólo a una conjunción de responsabilidades exigibles (S. 21 octubre).

La imprudencia temeraria no se degrada porque se dé además la infracción de reglamentos (SS. 28 septiembre, 13 octubre, 26 noviembre).

Se estiman casos de imprudencia simple con infracción de reglamentos: No dominar el vehículo en los términos que prescribe el apartado a) de

artículo 17 del Código de la circulación (SS. 25 septiembre, 24 noviembre, 3 y 23 diciembre). Estacionar el camión en una curva de escasa visibilidad (S. 30 septiembre). Conducir el camión escalera sin poner especial cuidado en las condiciones de instalación del tendido eléctrico (S. 14 diciembre). Falta de aviso con las señales acústicas (S. 19 diciembre).

Se aprecia concurso como delitos independientes, el de imprudencia y el de infracción de la ley de 9 de mayo de 1950 (SS. 2 y 17 diciembre).

En delito de imprudencia se aprecia coautoría estimando la responsabilidad del conductor del tranvía que lo lleva a máxima velocidad y frena bruscamente, y en el cobrador que no había colocado la cadena de seguridad en la puerta por donde el viajero salió despedido (S. 20 octubre).

Los Tribunales al sancionar los delitos de imprudencia gozan de un arbitrio discrecional al imponer la pena, el que no puede ser combatido en casación (S. 9 diciembre).

LEYES PENALES ESPECIALES

51. *Contrabando*.—Como el cohecho es un medio empleado para procurar que el delito de contrabando quedase impune, se está frente a un delito conexo (A. 26 octubre).

52. *Propiedad industrial*.—La protección que la Ley de Propiedad Industrial concede no puede tener lugar hasta que se adquiriera el derecho de usar la marca con el certificado-título del Registro, según así se infiere de los artículos 7 y 30 de la Ley de 16 de mayo de 1902.

La usurpación de marcas prevista en el artículo 134 de la Ley de Propiedad Industrial, modalidad de las defraudaciones a que alude el artículo 535 del Código penal, no consiste en el mero uso de la marca, si a este hecho externo no le acompaña el propósito, que debe quedar bien manifiesto en la declaración de hechos probados, de perjudicar los derechos o intereses del actual titular registral de la marca; y es indispensable que se use la marca en términos que el consumidor pueda incurrir en equivocación o error confundiéndola con la verdadera y legítima.

No es menos cierto sobre tal infracción de usurpación de marca, que sin la realidad de un perjuicio económico cuya valoración consta o pueda hacerse con los datos recogidos en la sentencia, no es posible aplicar la sanción pecuniaria que a este delito señala el artículo 531 del Código penal, o sea, una multa del tanto al triple del perjuicio irrogado, toda vez que el artículo 138 de la Ley de Propiedad Industrial de 16 de mayo de 1902, en cuanto a la penalidad, se remite en un todo al Código penal (S. 22 diciembre).

LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

53. *Competencia*.—Se decide en favor del Juzgado de Abastos la competencia con la Jurisdicción militar, para conocer de la falsedad de cupones (A. 10 diciembre).

54. *Querrela*.—Como se admitió la querrela sin exigencia de prueba de

que el querellante fuese el perjudicado por el delito, y sin prestación de fianza, y recayó sentencia condenatoria en virtud de esa única acusación no acompañada por el Fiscal, tal acusación no está legitimada ni es eficaz para lograr la sanción de unos hechos reputados delictivos (S. 23 diciembre).

55. *Costas*.—No pueden segregarse las de la acusación privada, bajo la construcción improcedente de condenar por delito de lesiones menos graves y absolver del de lesiones graves objeto de aquella acusación particular (S. 31 diciembre).

56. *Casación por infracción de ley*.—Como la pena impuesta fué la de 1.000 pesetas de multa, es improcedente entrar a examinar si la imprudencia fué temeraria o con infracción de reglamentos, pues ella no reporta ningún beneficio al que recurre (S. 10 octubre).

Se rechaza la admisión, pues se dicen vulnerados los artículos 331 y 334 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que no son preceptos sustantivos (A. 16 noviembre).

Las causas de inadmisión lo son también de desestimación (S. 27 noviembre).

No hay declaración de hechos probados, pues sólo se dice que los relacionados del Fiscal no han sido probados (S. 11 diciembre).

Las premisas de facto consignadas en los considerandos vienen a completar las contenidas en el primer resultando (S. 25 noviembre).

La designación de particulares de documento auténtico que muestran el error de hecho ha de hacerse en el escrito de preparación del recurso (AA. 29 septiembre, 31 octubre, 11 diciembre). Y de forma precisa (A. 29 septiembre).

Es imperativo consignar el precepto del artículo 849 de la Ley procesal que ampara el recurso (A. 12 diciembre).

No se admite el recurso por no presentar copia literal de la sentencia recurrida (A. 31 octubre). O por no consignarse a la cabeza de cada motivo un breve extracto de su contenido (A. 22 diciembre).

Contra el auto de la Audiencia manteniendo el del Juzgado que acuerda la inadmisión de la querrela, no procede la casación (A. 30 noviembre).

57. *Casación por quebrantamiento de forma*.—Se da lugar al recurso, pues para desestimar la prueba documental es insuficiente la sola afirmación del Tribunal de considerarla impertinente, sin la más ligera fundamentación de las razones o motivos que le llevasen a adoptar tal criterio (S. 3 octubre). E igualmente se da lugar, pues se denegó la suspensión del juicio por incomparecencia de testigos, y éstos no estaban citados (S. 6 octubre).

Por «concepto jurídico» a los fines de casación solamente cabe entender aquellas expresiones de matiz jurídico que entran ya en la técnica penal (SS. 7 octubre y 23 diciembre); como el decir que la cicatriz constituye una deformidad (S. 27 octubre); o la frase «a sabiendas» empleada en el artículo 307 del Código penal (S. 22 diciembre). Pero no supone empleo de concepto jurídico el vocablo «amenazándola», tratándose de un delito de coacción (S. 30 noviembre); ni las frases «vino aprovechándose con ánimo de lucro, con unidad de intención y fin, sin emplear fuerza ni

violencia» que son expresiones gramaticales usuales y necesarias para la perfecta descripción de los hechos (S. 15 diciembre).

El no incluir la Sala un hecho entre los probados, basta para privarle de veracidad a los fines del proceso (S. 28 septiembre). Para la procedencia del recurso es preciso que los puntos propuestos y no resueltos, sean de derecho (S. 16 octubre). No se resuelven todos los puntos de la acusación, si en lugar de condenar o absolver, se estima una excepción de nulidad y se declara nulo todo lo actuado (SS. 15 y 17 octubre, 7 y 12 diciembre).

Es inadmisibles el recurso de casación, pues el recurrente no formuló protesta previa (AA. 16 y 30 septiembre).

Las faltas procesales que pudieran haberse sometido en el sumario no son susceptibles de casación por quebrantamiento de forma, porque pudo y debió en su caso reclamarse de ellas ante el Tribunal de instancia para su subsanación en forma (S. 27 octubre).

La circunstancia de haberse interpuesto recurso de súplica contra el auto denegatorio de diligencias de prueba interesadas en el momento procesal oportuno, no enerva el derecho a recurrir en casación, cuando a la vez que se suplicaba, en el mismo escrito o en otro precedente, se formulaba la correspondiente protesta preparatoria para en su día articular por tal causa el recurso de casación por quebrantamiento de forma si procediere; sin que esto contradiga la doctrina jurisprudencial que se refiere a la improcedencia del recurso de casación contra el auto denegatorio de la súplica, o cuando al emplear esta medida se hubiera prescindido de preparar, protestando, el que después se intentaba, lo que implícitamente vendría a suponer una opción ya concretada a favor de la súplica y excluyente en este preciso supuesto de todo otro recurso (SS. 5 y 12 diciembre).

INDICE ALFABÉTICO

- | | |
|--------------------------------|------------------------------|
| Abandono de familia, 41. | Competencia, 53. |
| Aborto, 34. | Complicidad, 34. |
| Abuso de confianza, 43, 44. | Contrabando, 51 |
| Abuso de superioridad, 14, 19. | Costas, 55. |
| Abusos deshonestos, 37. | Daños, 49. |
| Alevosía, 11. | Deber, 5. |
| Alzamiento de bienes, 45. | Desacato, 25. |
| Amenazas, 8, 46. | Desórdenes públicos, 26, 44. |
| Aparcería, 44. | Despoblado, 16. |
| Apropiación indebida, 46, 47. | Dolo, 47. |
| Armas, 27. | Embriaguez, 6. |
| Arrebató, 10. | Enajenación mental, 1. |
| Arrogación de funciones, 33. | Encubrimiento, 20, 32, 48. |
| Atentado, 3, 24. | Error 3, 9. |
| Automóviles, 50. | Escándalo público, 38. |
| Autoría, 35, 43, 44, 50. | Estafa, 28, 46, 47. |
| Casación, 56, 57. | Estupro, 39. |
| Causalidad, 7. | Falsedad, 28, 46, 53. |
| Coacción 42. | Faltas, 44. |
| Cohecho, 31, 51. | Ferrocarriles 24. |

- Homicidio, 33.
Hurto, 26, 44.
Imprudencia, 7, 49, 50.
Infracción de ley, 56.
Injurias, 40.
Legítima defensa, 2, 3.
Legitimación procesal, 36, 37, 54.
Lesiones, 35, 39.
Locura, 1.
Malversación, 32.
Marcas, 52.
Montes, 44.
Morada, 19.
Necesidad, 4.
Nocturnidad, 16.
Nulidad, 57.
Parentesco, 3.
Pena, 22.
Perdón, 37.
Precio, 12.
Premeditación, 12, 13.
Prenda, 46.
Prescripción, 23.
Preterintencionalidad, 7.
Prevalcimiento, 15.
Prevaricación, 46.
Promesa, 12.
Propiedad industrial, 52.
Provocación, 8.
Quebrantamiento de forma, 57.
Querrela, 54, 56.
Receptación, 43.
Recompensa, 12.
Recursos, 56, 57.
Reincidencia, 18.
Riteración, 17.
Responsabilidad civil, 21, 42.
Riña, 2.
Robo, 43.
Salud pública, 30.
Sexo, 19.
Sumario, 57.
Súplica, 57.
Testigos, 57.
Uso indebido de nombre, 46.
Usurpación, 29, 52.
Venéreas, 39.
Vindicación, 3, 9.
Violación, 36.

CRONICAS EXTRANJERAS

Lectura y Comentario de unas conclusiones.-«Royal Commission on Capital Punishment», 1949-1953. Presented to Parliament by Command of Her Majesty September 1953. London.

BONIFACIO DIFERNAN

Agustino, Dr. en Derecho y Profesor de Derecho
Civil en la Universidad de El Escorial

A través de un diario londinense, *The Evening News*, llegó a nuestro conocimiento, el 23 de septiembre de 1953, la publicación de un libro en el que se recogían los estudios y las conclusiones de la Comisión inglesa nombrada por el Rey Jorge VI para estudiar la debatida cuestión de la pena de muerte.

Pocos meses antes de la fecha indicada, el 2 de julio, se procedía en los Comunes a la votación de una propuesta y bill, en la que se proponía la suspensión en la aplicación de la pena de muerte, por un período de cinco años, con carácter de experimento, que no sale aprobada por un resultado de 256 votos contra 195.

El ambiente en Inglaterra se encontraba denso e interesante por el caso Christie, confeso de haber asesinado siete mujeres. Esta es la razón por la cual se observa un cambio tan radical en la votación de los Comunes, pues en 1948, en votación hecha sobre la propuesta de abolición de la pena de muerte, resultó favorable a la abolición por 245 contra 22 votos. Esta votación no encarnó en el bill correspondiente, porque reservado el asunto a la alta Cámara cristaliza con la creación de una Comisión de distinguidas personalidades para que en estudio detenido fijasen las conclusiones a las que debía atenerse y someterse esta cuestión en el futuro.

Es creada dicha Comisión por Real Orden, dada por Su Majestad Jorge VI el día 4 de mayo de 1949. A la Comisión especial antedicha se le asigna, como fin, el estudio de la conveniencia o no conveniencia de modificar o limitar la aplicación de la pena de muerte, límites de su aplicación, medios más razonables para llevar a cabo la muerte del delincuente y las personas a quienes podía o debía aplicarse tal pena por causa de homicidio.

Se le indica la labor que debe realizar en la preparación de sus conclusiones definitivas. En primer lugar, el estudio detenido y minucioso de las legislaciones, estudios y orientaciones de las naciones extranjeras. Se faculta a la Comisión, y se la prevé de la suficiente autoridad para pedir informe a todos los súbditos del Imperio a quienes lo juzguen conveniente. Inspeccionar los registros, lugares y documentos penales, relacionados con su misión, que necesiten para la realización de su estudio y conclusiones. Terminadas sus

investigaciones y estudios, la Comisión debe manifestar su opinión razonada acerca de tan interesante tema jurídico y social. La Comisión Real se compone de destacadas personalidades representativas de los diferentes campos del saber: Ernesto Arthur Gowers (Chairman), Arthur William Ashton (Earl Peel), Alexander Maxwell, William Jones, Florence May Hanconck, Elizabeth Dorothea Cole Cameron, John Maun, Norman Roy Fox-Andrews, Horace Macdonald; George Allison Montgomery, Leon Radzinowicz, Eliot Trevor Oakeshott Slater.

La primera reunión general de la Comisión tuvo lugar el 27 de mayo de 1949 y tras ésta celebraron 63 reuniones más, durante los cuatro años de estudios de la Comisión.

Inmediatamente la Comisión hace público su fin específico y se compromete a escuchar a todo aquel que pueda y quiera informar sobre el asunto.

Entre los 118 testificantes aparecen destacadas personalidades como Directores generales de Prisiones, de Policía, de Justicia; Arzobispo de Canterbury, Dr. Geoffrey Fisher; representantes del British Medical Association, del Royal Medico-Psychological Association, del Instituto of Psycho-Analysis, del Institute for the Scientific Treatment of Delinquency, y por último, de los más afamados médicos dedicados al estudio y práctica de las enfermedades mentales.

En el mismo año, después de la primera sesión prepararon un cuestionario, que es enviado a todas las naciones del Common Wealth, adaptado en su parte detallista a las diferentes circunstancias, cultura, etc., de cada uno de los 18 Estados del Reino Unido. Ocho Estados europeos reciben también el cuestionario, le rellenan y contribuyen a dar luz y orientación a la Comisión. Los Estados europeos son: Bélgica, Dinamarca, Francia, Italia, Holanda, Noruega, Suecia y Suiza.

De Estados Unidos contestan al cuestionario por escrito: Connecticut Massachusetts, Michigan, Missouri, New Hampshire, New York y Wisconsin. Los restantes Estados dan sus informes oralmente a los comisionados por el Gobierno inglés para el estudio especial.

En todos los Estados y Naciones la información la reciben de todas las esferas sociales, Universidad, Médica, Psico-analítica, obrera, etc.

Las cuestiones principales sobre las que investiga y debe concretar la Comisión son tres: 1.ª ¿Debe ser limitada o modificada la responsabilidad para sufrir la pena de muerte? 2.ª Condiciones y tiempo por el que deben ser detenidas aquellas personas que, por otra parte, fueran responsables para sufrir la pena de muerte. 3.ª Métodos de ejecución y otras circunstancias secundarias.

Como podemos ver por esta sencilla explicación sobre el ambiente, preparativos y métodos en que se desarrolla la Comisión, las conclusiones llegan a interesar grandemente a la moderna penología de todos los países. Quizá nunca se haya realizado un trabajo más completo de estadística razonada y fundada como en las conclusiones que nos brinda la Comisión inglesa.

Se trata de un pueblo en el que la historia canoniza sin reparos la pena de muerte. Por otra parte, el sentimiento humanitario, tan arraigado en el pueblo inglés, contrarresta las normas históricas, de las que son tan fanáticos y adoradores.

La ley inglesa, desde los tiempos más antiguos, preceptúa la pena de muerte para todo aquel que osara dar muerte a su semejante. Y aquí, precisamente en Inglaterra, donde el juez goza de amplitud de acción en la punición de los delincuentes, cuando el delito es asesinato, la norma jurídica no le deja lugar a la opción, y le manda e impone la sentencia y castigo que deberá imponerle. Sólo dos excepciones tiene para sentenciar con penalidad diferente: cuando el asesino no hubiese alcanzado los dieciocho años (Sección 16 de Criminal Justice act., 1948, y Sección 17 de Criminal Justice—Scotland—act., 1949), y cuando el homicida fuese una mujer que se encuentra en estado (act., 1931). En este caso debe ser condenada a cadena perpetua.

Algunos otros delitos tienen asignada la misma pena en Inglaterra, como son la traición, que sólo en tiempo de guerra ha tenido lugar, la piratería y el incendiar astilleros y arsenales. En estos casos, y otros parecidos, el juez escocés puede aplicar la pena de muerte, pero no es pena obligada. Ordinariamente sólo por homicidio suele aplicarse tal pena.

Durante el período de los cincuenta años primeros de este siglo fueron condenados a la pena capital por asesinato 1.210 personas, 1.080 hombres y 130 mujeres. En Escocia, 59, de los cuales fueron 54 hombres y cinco mujeres.

Frente a la rigidez de la ley, que no da opción al juez a imponer otras penas en este caso, más que la pena de muerte, existe en Inglaterra un medio de conseguir hurtar la pena capital, y es la Prerrogativa Real de perdón, que tanta historia tiene en la vida jurídica y en los casos extremos de condena a la última pena. Ha tenido en los últimos cincuenta y seis años gran aplicación, pues el 45 por 100 de los condenados a muerte han visto conmutada su pena merced a la Prerrogativa Real de perdón.

Esta Prerrogativa Real ha sido impugnada por el Arzobispo de Canterbury. Parte de la ley, y afirma que es una degradación de la dignidad de la ley y peligrosa para la sociedad.

Esta opinión aislada no obsta para que siga defendiéndose en Inglaterra la Prerrogativa Real. Así, John Anderson, Lord Samuel y Justice Byrne.

Para Anderson, son dos cosas distintas la función judicial y la Prerrogativa, que no se perjudican ni degradan la una a la otra.

La Prerrogativa lleva consigo ciertamente una limitación de la función judicial y, si queremos, de la obligación judicial de sentenciar en este sentido en ciertos casos. Los casos históricos en los que la Prerrogativa Real ha concedido el indulto o la conmutación de la pena van formando un cuerpo doctrinal, que indudablemente adquiere fuerza, al menos psicológica, en las decisiones de casos posteriores, que puede llegar a formar una norma futura de conducta u orientación normativa en la aplicación de la pena capital.

El homicidio y sus variantes.—«El homicidio es el hecho por el que un ser humano quita la vida a otro ser humano.» Los homicidios ilegales pueden ser: el asesinato, el homicidio involuntario, el suicidio y el infanticidio. El asesinato y el homicidio involuntario son delitos del *common law*, y no son definidos por ley especial.

La definición tradicional es la empleada por Coke en el siglo XVII (3. Inst. 47): «Cuando (debe considerarse que es un hecho, luego está bien el cuando) un hombre en su sano juicio y con edad para discernir mata ilegalmente a alguna criatura racional existente, y bajo la paz del Rey, con malicia

premeditada, contenido, expresa o implícitamente en la ley, y la muerte tenga lugar dentro del año y día (Russell, en *Crimen*, 10 th. ed., pág. 532).

Un hombre en su sano juicio y con edad para discernir.—El asesinato, lo mismo que el homicidio involuntario, no puede ser cometido por una persona que es anormal o por un niño antes de los ocho años.

Ilegalmente.—Que la muerte debe producirse sin una justificación legal o excusa.

De una criatura racional.—El homicidio es la muerte de un ser humano existente.

Existente (In being).—La muerte del niño antes de que tenga una existencia independiente de la madre no es homicidio.

Bajo la paz del Rey.—El que mata a un enemigo del Rey durante el desarrollo de las operaciones militares no comete homicidio ilegal.

La última idea señalada por Coke puede tener su aplicación apropiada en los casos de muerte retardada, a partir del hecho por el que se le acusa de homicida. Aunque de difícil prueba en muchos casos, tiene su sentido en la definición esta coetilla. También tiene su interés, dado que señala un tope al efecto que se siga de la causa puesta para procurar la muerte del ser humano.

Proposiciones comúnmente aceptadas:

I) Hay asesinato si una persona mata a otra con intención de hacerle, sin provocación o ligera provocación, aunque no hay premeditación en el sentido ordinario de la palabra.

II) Hay asesinato si una persona muere por un acto puesto para matar a otra.

III) Hay asesinato si una persona muere por efecto de un acto que intentar matar, aunque no intente matar a una persona determinada. Si lanza una bomba en medio de un grupo de personas.

IV) Hay asesinato si la muerte resulta de un acto que en sí no tenía más fin que el causar daños corporales.

V) Hay asesinato si una persona mata a otra por un acto intencionado que él conoce ser peligroso de muerte o de causar graves daños corporales, aunque él no intente matar ni causar daño alguno corporal, pero que es temerariamente indiferente y puede causar el mal.

La doctrina de Coke, que afirma que hay asesinato si la muerte es causada por un acto ilegal, fué modificada por Holt y por Foster, que le restringen a los casos en que se realice el asesinato con ilegalidad y delito. La violencia es considerada por el Tribunal inglés como primer indicio del delito. Analiza los casos, Beard en primer lugar (R. V. Beard, 1920, 14 Cr. App. R. 110, 159; Beard, v. D. ol P. P., 1920, A. C. 479). Por rapto y muerte de una niña: Betts y Ridley (1930, 22 Cr. App. R. 148); robo con violencia seguida de muerte: Stone (1937, 53, T. L. R. 1046); rapto y muerte: Jarman (1945, 31, Cr. App. R. 39; 1946, K. B. 74); robo con violencia y utilización de pistola.

Como conclusión, toda muerte cometida en el curso de un acto de violencia es considerada como asesinato.

Casi todos los testigos que informaron ante la Comisión Real de 1866 convenían en que el infanticidio no es tan grave como las otras formas de asesinato, y que el cambio de la ley era deseable y necesario. La mayoría quería se crease un delito intermedio entre el asesinato y el aborto (*concealment of birth*), para lo cual sería necesario el probar que el niño había nacido con vida.

El infanticidio comprende la muerte del nacido y menor de un año.

Otra institución de suma importancia histórica en la ley inglesa es la malicia constructiva en el caso de homicidio. Y la Comisión se plantea la cuestión:

«¿Podría restringirse o abolirse la malicia constructiva en Inglaterra?» La principal objeción a la doctrina puede ser la siguiente: Es principio fundamental en nuestra ley encarnado en esta máxima: «actus non facit reum nisi mens sit rea».

Nadie admitiría la norma antigua en virtud de la cual toda muerte de una persona cometida por otra persona en el acto de un delito sería asesinato. Nosotros hemos visto que la aplicación de la ley, si no la ley misma, tiene que ser ampliamente mitigada por los tribunales. Todos los interrogados por la Comisión fueron acordes en que la norma antigua fué absurda y reprehensible.

Conclusión de la Comisión: Desde nuestro punto de vista, entre las orientaciones propuestas, creemos más perfecto el retener la constructiva malicia en su estado actual o abolirla totalmente.

La cuestión de la provocación: La provocación nunca justifica ni excusa el homicidio ilegal, pero si el acto por el cual la muerte se sigue o es causada, se pone en el calor de la pasión, causada por la provocación, éste puede reducir el crimen de asesinato a simple homicidio involuntario. En el siglo XVI la distinción entre el asesinato y el homicidio involuntario descansaba sobre una simple distinción entre la muerte con asechanzas y premeditación y la muerte por momentáneo acaecimiento. Esta explicación superficial fué gradualmente superada. Stephen (*History of the Criminal Law*, III, 71) dice que la amplitud y profundidad de la moralidad del homicidio debe juzgarse principalmente por la extensión que aparezca en las circunstancias, o la brutal ferocidad si se realizó momentáneamente, o por otra parte la irresponsabilidad por la excitación natural ante un caso grave...

La ley ha sido recientemente revisada y reformada por la Cámara de los Lores en dos casos importantes (Mancini, v. D. of P. P., 1942, A. C. 1, y Holmes, v. D. of P. P., 1946, A. C. 588). En resumen: Dos condiciones fundamentales deben ser llenadas para que la provocación pueda reducir a homicidio involuntario un homicidio que pudo de otra manera ser un asesinato. Primero, la provocación debe ser densa y suficiente para causar razonablemente a un hombre la pérdida del control de sí mismo y el uso de la violencia con fatales resultados. Segundo, el acusado debe, en realidad, haber sido privado del control de sí mismo y bajo la violencia de tal provocación cometiese el crimen.

La provocación en la ley puede tener varios sentidos. El más usual es el físico. Otro caso común es aquel en el cual, por una improvisada riña, dos personas luchan, en igualdad de circunstancias, y una de ellas mata a otra.

Un arresto ilegal o aprisionamiento puede también ser una provocación para la persona arrestada o impresionada. Finalmente, el hombre que encuentra a su mujer en el acto de adulterio y en el momento mata a ésta y a su amante. (¿Por qué no ha de especificar también a la mujer que encuentra a su marido en las mismas circunstancias?)

Pero la Cámara de los Lores ha establecido recientemente que una confesión de adulterio no es nunca causa que disminuya la gravedad del asesinato si se sigue, pues sólo considera atenuante el caso de «infraganti» y muerte en el momento del encuentro.

Parece claro que la distinción establecida por los antiguos escritores, como Coke y Hale entre el asesinato y el homicidio involuntario no fué la diferencia entre lo intencional y lo no intencional de la muerte, sino entre la muerte intencional cometida a sangre fría y la muerte intencional cometida en el ardor de la ocasión y momentánea pasión levantada por la provocación... Hale y Foster parecen haber deducido que un homicidio intencional sería reducido a simple homicidio involuntario si el acusado ha cometido el homicidio influenciado por una pasión, en una momentánea provocación, y sin deliberación. Es el primer escritor que sugiere la idea de que una razonable provocación debía tomarse en cuenta. Durante el siglo XIX, los Tribunales establecen la norma de que ellos, los tribunales, deben decidir si la provocación fué suficiente para privar al homicida del dominio de sí mismo, y no debe tomar en cuenta los diferentes grados de capacidad mental en los diferentes prisioneros. Esta regla fué aprobada por el tribunal de apelación de lo penal, en *R. v. Lesbini* (1914-3, K. B. 1116), y por la Cámara de los Lores, en *Mancini v. D. de P. P.* (1942, A. C. 1).

PROPUESTAS DE ENMIENDA A LA LEY

Dos cuestiones principales: primera, si la provocación es suficiente para reducir el crimen de asesinato a simple homicidio, si bastaría la prueba de que el acusado había perdido el control de sí mismo o que el jurado no tendría que estudiar si un «Reasonable man» hubiera sido privado del control propio en dichas circunstancias; segunda, si la provocación por simples palabras se equipara a los otros medios de provocación.

La prueba de «Reasonable man» la combate Mr. Basil Nield, K. C., y los representantes de la sociedad of Labour Lawyers y el Instituto de Psicoanálisis. La prueba, se dice sencillamente, es desigual. Si el acusado es un anormal o un extranjero de temperamento más excitable o, por alguna otra razón peculiar, más susceptible de provocación, no es lógico que el juez juzgue a todos por el temperamento inglés. Mr. Nield afirma que debe permitirse al juez que juzgue y determine el efecto de la provocación en cada caso particular, en relación a la persona acusada y a las circunstancias.

A esta proposición se oponen fuertemente los jueces, comenzando por el Lord Chief Justice y el Lord Justice General. Lord Cooper dice: con el cambio podría darse la circunstancia de dar libertad a un hombre de mal temperamento, con la excusa de su mal temperamento, y condenar a otro de buen temperamento, porque se le exigiría más.

La Comisión reconoce la fuerza de las objeciones de los jueces, que la ley criminal debe establecer una norma general para todos los ciudadanos igualmente. No obstante, siente simpatía por la propuesta de que la provocación sea juzgada por el tipo propio del acusado. Las objeciones de los jueces no tienen en cuenta la fundamental diferencia entre la ley de asesinato y la ley aplicable en otros crímenes. En estos últimos, el tribunal puede tener en cuenta las circunstancias, y éstas influir en la sentencia, mientras que sólo en el caso del asesinato la sentencia es fija y automática. En la práctica, los tribunales con frecuencia han pesado los factores personales del acusado y relacionado con la prueba de la provocación. Frecuentemente también han llevado a la conmutación de la sentencia. En las actuales circunstancias no cree la Comisión recomendable, o justificado, el recomendar cambio alguno en la ley existente.

Provocación de palabra.—Fue excluida por las leyes antiguas la provocación de palabra y por gesticulaciones de la «razonable provocation». En el año 1939, en Fourth Report of the Commissioners on Criminal Law, se dice que las palabras o gesticulaciones son frecuentemente más irritantes y provocativas que las injurias personales. En 1864, Stephen (*Capital Punishments*, en «Fraser's Magazine», vol. LXIX, págs. 766-7) afirma que hay muchas clases de injurias que exasperan al hombre y a la mujer más que los mismos golpes. Y en la sección 176 del «Draft Code» de 1879 se define la provocación como todo acto injurioso o insultante de tal naturaleza, que prive a una persona normal del propio control («any wrongful act or insult of such a nature as to deprive an ordinary person of the power of self-control»).

La Comisión sienta esta conclusión: Que rara vez las palabras llegarán a tener la fuerza y naturaleza de una verdadera provocación para un hombre normal («we fully recognise that words alone will seldom constitute adequate provocation to a reasonable man...»). Pero han de ser analizadas las circunstancias en cada caso por el juez, para ver si son suficientes para privar del control propio a un «reasonable man».

La Comisión Real concede una singular importancia a las causas atenuantes del delito de homicidio. En el apéndice octavo, al tratar de las anomalías mentales, llega a enumerar veintiséis, en esmerada clasificación, proporcionada por la Royal Medico-Psychological Association.

CLASIFICACION DE LAS ENFERMEDADES MENTALES

(Royal Medico-Psychological Association)

- A) Oligophrenia (amentia, mental deficiency).
 - a) Idiocy.
 - b) Imbecility.
 - c) Feeble-mindedness (moron).
 - d) Moral deficiency.

- B) Neuroses and psychoneuroses.
 - a) Exhaustion states (including neurasthenia).
 - b) Anxiety states

- c) Compulsions, obsessions and phobias.
- d) Hysteria.
- e) Mixed and other forms.
- C) Schizophrenic psychoses.
 - a) Dementia praecox.
 - I) Simple.
 - II) Hebephrenic.
 - III) Katatonic.
 - IV) Paranoid.
 - b) Paraphrenia.
 - c) Other forms.
- D) Psychopathic constitution (including paranoia).
- E) Affective psychoses.
 - a) Manic-depressive psychosis (cyclothymia).
 - I) Elation.
 - II) Depression.
 - III) Stupor.
 - b) Involuntal melancholia.
- F) Confusional states.
- G) Epileptic psychoses.
- H) General Paralysis.
- I) Other psychoses associated with organic brain disease.
- J) Dementia.
- K) Indeterminate types.

Al plantearse la cuestión de las enmiendas a la ley se presenta la duda sobre la exclusión de la mujer de la pena capital, pero solamente dos declarantes juzgaron que debía excluirse a la mujer de la pena de muerte. Estos lo hacen basados en el sentimiento, pues no aciertan a dar razones en pro de su aserto. La Comisión declara que aunque la ejecución de la mujer es naturalmente opuesta al sentimiento no hay razones para hacer tal diferencia entre los dos sexos.

También se plantea la cuestión de la edad, y, barajando las edades de los dieciocho a los veintinueve años, los componentes de la Comisión, así como los declarantes, se dividen, y ante la diferencia de opiniones, la Comisión recomienda el «statu quo» favor a la edad, los veintinueve años.

Para resolver quizá la cuestión más espinosa, pero principal, sobre la conservación o supresión de la pena capital, los trabajos de la Comisión se intensifican, y en el apéndice sexto presenta una estadística amplia de los varios países que se han visto obligados a reimponer la pena de muerte, después de sus intentos de supresión, y las razones que influyeron en cada uno de ellos.

Recogemos algunas de estas estadísticas:

NUEVA ZELANDA

La pena de muerte fué abolida en Nueva Zelanda en 1941, después de haber estado en suspenso desde 1936. En agosto de 1950, un Bill es llevado a las Cámaras representantes de Nueva Zelanda, con objeto de restaurar la pena capital. El Bill fué sometido a una Comisión formada por representantes de ambas Cámaras Parlamentarias. Seguidamente se presentaba para su debate en ambas Cámaras, y da como resultado la ley de diciembre de 1950.

Ciertamente influyeron en esta decisión algunos factores políticos. Además de éstos, se expresan los argumentos siguientes en favor de la restauración:

1) La actitud de los asesinos ante la pena por homicidio. Los representantes del Ministerio de Justicia declararon ante la Comisión encargada de este estudio: «Nosotros concedemos grande importancia al hecho de que en Nueva Zelanda un gran número de los casos recientes manifiestan que el asesino, antes de cometer el crimen, tuvo presente en su mente la pena del patíbulo.»

2) La creencia de la Policía es que la pena de muerte impresiona e influye. (El periódico «The Dominion», el día 3 de octubre de 1950, da a conocer que, habiéndose enviado un cuestionario a 1.500 policías distinguidos, contestan 600 solicitando la restauración de la pena de muerte, y 24 pronunciándose contra la restauración, los restantes no contestan.) El comisionado de la Policía contestó a la Comisión: «En mi opinión, la abolición de la pena de muerte es una reducción de la pena, y, por consiguiente, se reduce el miedo y también la gravedad del crimen se reduce. La mayor parte de las personas responsables de asesinato sufren algún trastorno mental, y esta clase de gente es fácilmente influenciada por una reducción en la gravedad del crimen, y se deja impresionar por grandes titulares e información de los diarios, de los que saca la conclusión de que la pena por asesinato no es la muerte del asesino. Y cuanto más ruda mentalidad tiene el titular ordinario del crimen, tanto más fuerte debe ser el miedo que le detenga.»

3) La prueba dada por los patólogos de Nueva Zelanda en favor de la restauración de la pena de muerte, y lo mismo el Director general de hospitales de enfermedades mentales, es que consideraban que hubo muchos casos de crímenes que no hubieran tenido lugar si la pena de muerte hubiera tenido un reconocimiento en la ley («The Dominion», 19 de octubre de 1950).

4) Un número considerable de crímenes por motivos sexuales tuvieron lugar en este período de abolición. Esto ha influido para que muchas organizaciones femeninas se hayan manifestado por la restauración de la pena de muerte.

5) Un aumento considerable de los asesinatos por criminales profesionales. En la Cámara de Representantes se ha dicho que en los dieciséis años anteriores a 1935 sólo se registraron dos asesinatos unidos con robo, mientras que en los nueve años de abolición se habían registrado cinco.

(Parliamentary Debates, House of Representatives, 21 st november, 1950, p. 438f).

6) Los reportajes periodísticos acerca del considerable aumento de los crímenes de asesinato desde la abolición de la pena de muerte (puede verse en los párrafos 32-34, estadística 14 y diagrama I).

Debemos recordar que estas razones para la restauración de la pena capital fueron las razones dadas durante las discusiones en el Parlamento y las expuestas por la Comisión encargada de este estudio. Este acontecimiento no significa considerar los méritos de estos argumentos, muchos de los cuales fueron rechazados por los opositores a la restauración de la pena de muerte.

SUIZA

La pena capital fué abolida en Suiza por el artículo 65 de la Constitución de 1874, pero en 1879 algunos Cantones la reintroducen, después de un referéndum en que 200.485 votos fueron favorables a la reforma de esta materia en la Constitución, y 181.588 fueron contra. Parece claro que una de las principales razones para la enmienda de la Constitución fué el deseo de preservar la autonomía del Cantón, pero la opinión pública, probablemente, fué influenciada por algunos crímenes atroces que tuvieron lugar en este corto tiempo de abolición. La pena capital fué restaurada por 10 de los 25 Cantones (Uri, Obwalden, Zug, St. Gall, Appenzell (I.R.), Schwyz, Lucerne, Valais, Schaffhausen y Fribourg). Estos Cantones comprenden el 25 por 100 de la población y fueron principalmente los Cantones católicos. Aunque algunos fueron industriales: St. Gall y Schaffhausen...

ESTADOS UNIDOS DE AMERICA

El más interesante de estos Estados es Kansas y Sur Dakota, que restauraron la pena capital después de un período largo de abolición. No se ha recogido información de las razones que tuvieron para la restauración en Iowa, Colorado y Arizona.

El profesor Sellin pensó que la principal razón para la restauración de la pena de muerte hacia el año 1974. Algunos acontecimientos ocurridos en el sentimiento popular, probablemente irracional, que obligó al poder legislativo a imponer la pena de muerte. Y añadió: «Algunos Estados abolieron la pena de muerte hacia el año 1944. Algunos acontecimientos ocurridos entonces hicieron ver que había sido un error la abolición de la pena, y la restablecieron: sin embargo, las proporciones homicidas de los últimos años indican no hubo parentesco entre los dos.

Washington abolí la pena de muerte en 1913, la restaura en 1919

En 1922 el fiscal del Tribunal Superior de Washington dice: «La ley miró ciertamente la pena de muerte como un *deterrent force*.» Fué restaurada después de un ensayo de seis años de prisión vitalicia como la máxima pena. El gobernador del Estado, en 1930, pensó que la restauración fué el resultado de una serie de crímenes», particularmente el crimen de la muerte del apoderado de un seguro industrial por un hombre que se jactaba de que el Estado no podía hacerle nada, sino darle pupilaje por el resto de su vida.

Oregón. La pena capital fué abolida en 1914 y restaurada en 1920. En

el año 1920 el gobernador convoca para una sesión especial al Cuerpo Legislativo, y en su alocución dijo: «Después de la sesión regular de 1919, una ola de crímenes ha venido sobre nuestra tierra. Oregón ha sufrido esta criminal enfermedad, y durante los últimos meses una serie de crímenes a sangre fría y diabólicos ha levantado a la nación pidiendo mayor y más certera protección... Por esta serie de drásticos homicidios se ha desarrollado el sentimiento popular, dando lugar a pasar a restaurar la pena de muerte, y no sería conveniente el dilatarlo, resolviendo esta cuestión por pública votación.»

Se determinó y ordenó el plebiscito, en el que aparecen 81.756 votos a favor de la pena de muerte y 64.589 en contra, con una mayoría de 17.167 en favor de la restauración de la pena de muerte. Como resultado del plebiscito se restauró la pena de muerte.

Tennessee.—Fue abolida en 1915 y restaurada en 1919. En 1922 el fiscal del Supremo de Tennessee dice: «Después de abolida la pena de muerte por el Act. 1915, el crimen más atroz ha reinado en el Estado; por lo cual el sentimiento público ha cambiado sobre esta materia, y, por tanto, resultó necesario el cambio de orientación, restaurando la pena de muerte nuevamente en el Act. de 1919.» El juez Kavanagh dijo a la Comisión que en 1930 él había informado que la razón de la reintroducción de la pena de muerte fue el gran aumento que se observó en el número de crímenes a partir de la abolición de dicha pena.

Missouri.—Fue abolida la pena de muerte en 1917 y restablecida en 1919. En 1922 el fiscal del Supremo de Missouri dijo: «En el período inmediato posterior a la abolición, los crímenes homicidas ocurrieron con tanta frecuencia, que el sentimiento público de todo el Estado pidió la restauración de la pena capital...» Una de las razones para que la pena fuese considerada como necesaria fue porque los ladrones profesionales, al ser cogidos, no dudaban en atentar contra la vida de los policías, convencidos que no les acarrearía mayor pena esto que el ser convencidos de robo.

La pena capital parece ser que se restauró por el considerable aumento que hubo en los delitos de asesinato. El primero fue un caso en el cual la Policía quiso coger unos ladrones y ellos hicieron fuego contra la Policía y mataron dos policías. A este se agregó otro caso cuando un hombre ominosamente llamado Lynch se escapó de la cárcel y mató al Magistrado y a un hijo del Magistrado. Fue sentenciado a cadena perpetua, pero la multitud entró en la prisión y le mató. El representante del Poder legislativo en favor de la vecindad dijo que esto no hubiera ocurrido si no hubiera sido abolida la pena de muerte. Finalmente hubo otro caso de un robo en un Banco, resultando un policía muerto y otro herido. Estos crímenes enervaron el sentimiento popular y fue necesario restaurar la pena de muerte.

Kansas.—La pena capital fue abolida en 1887 y restaurada en 1935.

El Fiscal del Supremo de Kansas dijo en 1950: «Uno de los factores que contribuyeron para la restauración de la pena de muerte, para el caso de asesinato, fue el hecho de que numerosos asesinatos deliberados fueron cometidos en Kansas por personas que previamente habían cometido asesinato en los Estados limítrofes y donde hubieran sido condenados a muerte si los cogen.

Tales criminales se trasladan a Kansas por la seguridad de su vida si caer prisioneros...»

South Dakota.—Abolida en 1915, restaurada en 1939. El profesor Sellin nos dice que la razón para la restauración es la misma que nos dicen los anteriores.

Sir James Fitzjames Stephen (*Capital Punishments in Fraser's, «Magazine», Vol. LXLX, June 1864, p. 753*): «No otro castigo disuade a los hombres tan eficazmente de la comisión del crimen como la pena de muerte. Esta es una de esas proposiciones que es difícil de probar, simplemente por ser obvias en sí mismas, más que lo puede ser ninguna prueba. Es muy posible ostentar ingenuidad argumentando en contra, pero esta es la realidad. Toda la experiencia humana marca otra dirección. La amenaza de una muerte inminente es el resorte que siempre ha tenido que ponerse sobre el tapete cuando fué en absoluto necesario el producir algún resultado... Nadie se lanza a la muerte irremediablemente sino por apremio. Presentando la cuestión claramente. ¿Hubo jamás criminal que condenado a muerte y pronta la realización de la sentencia rehusase la oferta de la conmutación de su sentencia por otra pena cualquiera, por muy severa que fuese? Seguramente que no. ¿Por qué? No tiene otra explicación que el hombre quiere vivir. Y todo otro castigo secundario, por muy terrible que sea, siempre hay una esperanza; pero la muerte es la muerte; el terror no puede describirse más violentamente.»

Durante los cincuenta años 1900-50, 7.454 asesinatos fueron conocidos por la Policía en Inglaterra y Gales. Los 1.674 parecen ser fueron suicidios. Parte de los criminales no fueron cogidos, otros fueron declarados enfermos mentales: 35 fueron condenados a cadena perpetua, 1.210 fueron condenados a muerte. De éstos fueron ejecutados 632, 621 hombres y 11 mujeres. Equivale a una ejecución por cada 12 crímenes conocidos por la Policía. En Escocia se registran 612 crímenes en este mismo período, conocidos por la Policía. 59 fueron convencidos del crimen y 23 condenados a muerte, 22 hombres y una mujer. Resulta el 1 por 25 de los crímenes conocidos por la Policía.

Parece ser que la principal influencia de la pena de muerte está en los criminales profesionales que, según las informaciones de Inglaterra y Escocia, la existencia de la pena de muerte influye en la formación y vivencia de estas cuadrillas, casi desapareciendo con la existencia de la pena de muerte, y lo contrario con su desaparición. Sin embargo, la Comisión termina el capítulo sin atreverse a sacar una conclusión terminante de la influencia sentimental superior que la pena de muerte puede tener en la disminución del crimen. Y así dicen «que la conclusión general que pueden sacar es que no hay una clara evidencia en algunos de los casos o figuras examinadas de que la abolición de la pena de muerte haya conducido a incrementar el homicidio, ni la reimposición de la pena de muerte haya hecho desaparecer el delito».

También tienen para la Comisión real, como para el pueblo inglés, suma importancia las fórmulas y métodos de condena y ejecución.

La fórmula de condena ha conservado siempre un aire de solemnidad y seriedad, a pesar de las modificaciones sufridas en la historia. La fórmula tradicional, con las modificaciones llevadas a cabo en 1903, es como sigue: «La sentencia del Tribunal respecto a usted es que será trasladado de este lugar

a una prisión legal y desde allí al lugar de la ejecución y que deberá ser colgado por el cuello hasta que haya muerto y que su cuerpo será después enterrado en el recinto de la prisión en la que usted habrá sido confinado antes de su ejecución.» El realismo y crueldad de esta fórmula es mitigado por el Bill de 1948, indicando, al referirse al modo, únicamente que morirá en la horca. («The sentence of the court upon you is, that you be taken from this place to a lawful prison, and thence to a place of execution and that you there suffer death by hanging; and that your body be afterwards buried within the precincts of the prison, in which you shall have been confined before your execution».)

También al Juez se le despoja de algunos atuendos que usaba para la declaración de la sentencia y que hacían a ésta más tétrica y terrible.

La Comisión analiza con escrupulosidad los cinco métodos principales de ejecución aplicados en la actualidad en las diferentes naciones: silla eléctrica, guillotina, asfixia, fusilamiento y, por fin, la de la horca. Hace una apología de este último método con las declaraciones de varios Cuerpos de Prisiones inglesas: Oficiales, Capellanes, British Medical Association, Royal Médico-Psychological Association, etc., que afirman es el método más «cierto, humano, simple, instantáneo y expedito».

Estudia finalmente con detalle la amplitud de la celda y tiempo que debe mediar entre la condena y la ejecución.

En los 16 apéndices que el libro tiene y que llenan 203 páginas contiene el mejor resumen estadístico de esta cuestión que podemos consultar en la actualidad.

En el capítulo décimocuarto recoge la Comisión todas sus conclusiones y que nosotros les brindamos a ustedes, limitándonos simplemente a traducirlas.

RESUMEN DE LAS CONCLUSIONES Y CONSEJOS DE LA COMISION REAL

Parte I.^a Limitación o modificación de la culpabilidad merecedora de la pena capital.

El castigo por homicidio.

1.^o) El defecto capital de la ley sobre el homicidio es que, señala única pena para un delito ampliamente oscilante respecto a la culpabilidad (párrafos 17-22).

2.^o) Esta rigidez es hoy mitigada únicamente por el uso de la Prerrogativa real de perdón. Pero este método, capaz de crítica, debiéramos analizarlo y considerar si la responsabilidad merecedora de la pena capital debe ser limitada, como también si la limitación ejercida en la actualidad por la Prerrogativa podría efectuarse por otros medios (párs. 46-49).

3.^o) Estas cuestiones envuelven una consideración sobre el fin de la pena capital. De los tres fines que comúnmente se expresan en relación al castigo.—Compensación, intimidación y reforma.—La intimidación es generalmente considerada la más importante, aunque no puede en manera alguna olvidarse la compensación. A primera vista la sentencia de muerte tiene un efecto mayor

de intimidación para la normalidad de los hombres que el presentado por otras clases de castigo. Esto es ciertamente evidente (aun prescindiendo de la evidencia de la estadística), y también que la abolición es causa del aumento de los homicidios y crímenes de violencia. Sin embargo, no hay clara evidencia del aumento de los crímenes, y hay muchos criminales para quienes la intimidación tiene un efecto limitado y a veces nulo. Es, por lo tanto, necesario mirar la cuestión en su justa medida y no fundamentar una medida penal en relación al homicidio sobre apreciaciones exageradas de la influencia intimidativa de la pena capital (pár. 68).

Proposiciones concretas de enmienda sobre la ley de homicidio.

4.º) La doctrina acerca de la malicia constructiva en la ley inglesa sería abolida, pero los causantes en segundo grado y cómplices antes del hecho delictual permanecerían responsables al ser convencidos de homicidio si el principal en primer grado es también responsable (pár. 121): Creemos sería practicable hacer este cambio por medio de un estatuto particular, sin establecer una definición legal de homicidio o alterar el «common law» en otros aspectos (pár. 123).

5.º) No es recomendable el cambio en la demanda de aquella ley existente, en orden a reducir la calidad del crimen de homicidio, a homicidio involuntario o culpable, la provocación debe ser tal que prive del propio control a un hombre sensato (pár. 145).

6.º) No debería haber distinción entre provocación por palabras y otras formas de provocación. Cuando el Juez considere que el acusado mató bajo la impresión de la provocación, que le privó del dominio sobre sí mismo y como resultado de una provocación suficiente para privar a un hombre sensato, aunque de naturaleza distinta, pero habría una provocación inmaterial. La ley debería ser enmendada conforme a los párrafos 151-152. La legislación sería aplicada a Escocia como a Inglaterra.

7.º) No se recomienda la modificación del Act. de 1938 sobre el infanticidio (pár. 162).

8.º) La ley de Inglaterra debería ser modificada para sancionar a toda aquella persona que ayuda, induce o instiga al suicidio a otra persona con culpabilidad, no de homicidio, pero sí delictual, y debería ser castigada con prisión por toda la vida (pár. 173); pero si el sobreviviente de un suicidio contratado, él mismo hubiese matado a la otra parte, tendrá la responsabilidad del homicida convencido (par. 170).

9.º) No es necesario tal cambio en Escocia, donde ni el suicidio ni el intento de suicidio es un delito (pár. 167).

10.) No es satisfactoria la definición que pueda ser dada de la eutanasia, que conceda a los causantes de tal muerte, al ser convencidos, otra categoría delictual que la de homicidio (pár. 180).

11) No hay razón para que las mujeres sean exoneradas de la pena capital mientras sea aplicada a los hombres (pár. 187).

12) Recomendamos, por una mayoría de seis contra cinco, que lo establecido sobre la edad límite bajo la cual una persona no puede ser sentenciada

a muerte debería ser elevada de los dieciocho años a los veintiuno, tanto en Inglaterra como en Escocia (pár. 195).

Demencia y anomalías mentales.—Responsabilidad criminal.

13) No recomendamos cambios en la práctica seguida en Inglaterra en consideración al aumento de prueba de la demencia en el proceso (pár. 224); apoyamos, sin embargo, la recomendación del «Atkin Committee», en virtud de la cual ninguna persona se considerará demente sino después de afirmarlo, al menos, dos médicos, salvo en casos perfectamente claros (pár. 225).

14) No recomendamos cambios en la práctica de aumento de la prueba de demencia por los Tribunales en Escocia (pár. 255). Excepto en relación a la deficiencia mental.

15) Durante varios siglos se ha reconocido que si una persona fué, en el momento de cometer el acto ilegal perturbada mental, sería irresponsable y no podría imputársele el delito, y por lo mismo, no podría imponérsele el castigo señalado por la ley criminal. Recomendamos la permanencia de este principio tan antiguo y tan humano (pár. 278).

16) Toda prueba de responsabilidad criminal debe tener en cuenta el hecho de que cuando se comete un delito grave por una persona que es totalmente demente, debe presumirse que fué cometido totalmente por un irresponsable, y existe la misma imperante presunción en el caso de absoluta deficiencia mental y en ciertas condiciones epilépticas (párs. 286 y 287).

17) Consideramos (un desidente) que la norma de responsabilidad dada en Inglaterra por el «M'Naghten Rules» es tan deficiente que la ley sobre esta cuestión debe ser modificada (párs. 296 y 332).

18) Si una alteración hubiere de hacerse extendiendo el fin de las «Reglas» sugerimos se adopte una fórmula basada en las siguientes líneas:

El Juez debe investigar si al tiempo de cometer el acto el acusado obra bajo la influencia de enfermedad o deficiencia mental: a) y no conoció la naturaleza y calidad del acto, b) o no conoció que fuese culpable, c) o fué incapaz de prevenir su realización (pár. 317).

Aunque esta fórmula no pueda probar plena y satisfactoriamente en todo caso, consideramos (con un voto discordante) que sería mejor corregir las «Reglas» en este sentido que dejarlas en el estado actual (pár. 333).

19) Consideramos (con tres votos en contra) que una enmienda razonable de la ley sería abrogar las «M'Naghten Rules» y autorizar al Juez la determinación si al tiempo de cometer el acto el acusado fué bajo la influencia de la enfermedad o deficiencia mental en tal grado que no la hace responsable (pár. 333, teniendo en cuenta también la recomendación 21, posterior).

20) No es necesaria la enmienda de la ley escocesa en relación a la responsabilidad criminal (pár. 333) (excepto en relación a la deficiencia mental, téngase en cuenta la recomendación 21, siguiente).

Deficiencia mental.

21) Las pruebas de demencia en el proceso (o en Escocia de demencia en el juicio probatorio) y de enajenación, como una defensa, no establecerían

distinción alguna en la ley entre deficiencia mental y demencia (pár. 342 y 356). En la práctica hay gran variación en la capacidad mental y en la responsabilidad en los deficientes mentales, y el Juez decidiría en cada caso si el grado de deficiencia mental es tal que el acusado deba ser argüido o declarado criminalmente irresponsable (párs. 348 y 357).

22) El Secretario de Estado debería proveer y mantener un estatuto de reconocimiento médico en la sección segunda de Act. de 1884 sobre los lunáticos criminales, acerca del estado mental de una persona sentenciada a muerte (pár. 372).

23) No será aplicada la sentencia de muerte a ninguna persona que sea declarada deficiente mental (pár. 385).

24) Cuando sea cometido un homicidio por una persona epiléptica, pero en unas circunstancias que no justifican su hecho para ser totalmente irresponsable por razón de demencia, la cuestión, si se le aplica la pena de muerte, deberá ser ensayada con una presunción; si bajo la influencia de la anomalía mental puede haber previsto la concatenación que le condujo al crimen (pár. 392).

25) La persona psicopatológica, aunque no justifique en sí misma la defensa como enajenada mental, debe tenerse en cuenta en caso de decidir sobre la aplicación de la pena de muerte (pár. 401).

26) Un caso no es suficiente prueba para la enmienda de la ley escocesa ni puede aplicarse a todos los demás casos en los que evidentemente haya disminuido la responsabilidad y reconocido como tal por el Juez (pár. 406).

27) Aunque la doctrina escocesa de la disminución de responsabilidad sea loablemente aplicada en Escocia, no recomendamos su recepción en Inglaterra (pár. 413).

28) En Inglaterra y Gales el estado mental de cada uno de los prisioneros responsables de homicidio será reconocido por dos médicos, de los cuales, al menos uno será psiquiatra que no pertenecerá al servicio médico de Prisiones y el otro que generalmente será miembro experimentado del servicio de Prisiones (pár. 422).

El especialista extraño será nombrado en cada caso por los jefes de Prisiones (pár. 428). No se aplicará este sistema reglamentariamente a todos los casos, pero sí será adoptado en los casos en que exista alguna razón para creer que el acusado padece alguna anomalía (pár. 429).

29) Hasta donde lo permitan las dificultades los jefes de Prisiones dispondrán en los hospitales de Prisiones, de oficiales capacitados para los tratamientos y pruebas sobre anomalías mentales (pár. 436).

30) Las organizaciones existentes en Escocia son las mejores que podemos desear y pueden juzgarse plenamente satisfactorias (pár. 430).

31) Fuimos gratamente impresionados por las clínicas psiquiátricas forenses que visitamos en Europa y con referencia a las mismas recomendamos el establecimiento de tales clínicas en nuestra nación (pár. 432).

32) No sería practicable preparar para el encarcelamiento de personas acusadas de homicidio, un hospital de enfermos mentales para su reconocimiento (par. 436).

33) No recomendamos el establecimiento de la prueba médica para los Tribunales, en relación con la acusación o defensa. Esto llevaría consigo un cam-

bio fundamental en el procedimiento de los Tribunales y tendría repercusiones fuera del campo limitado de nuestro examen (pár. 441).

34) No recomendamos la adopción de una propuesta que se nos ha hecho de considerar primero la anormalidad por separado, y posteriormente el juez indagase si el prisionero cometió el crimen que se le atribuye (pár. 453).

35) Aunque la Corona tiene poder para impulsar la cuestión de la anormalidad, en Escocia, contra los deseos de la defensa, no juzgamos loable extender este poder a Inglaterra (pár. 454).

36) Al juez, tanto en Inglaterra como en Escocia, debería dársele poder para impulsar la cuestión de anormalidad y llamar la atención sobre la evidencia al poner la cuestión ante el Tribunal, si él tiene razón para creer que el acusado ha sido anormal en el momento de la ofensa y que el estudio de esta cuestión sería en beneficio de la justicia (párs. 454 y 455).

37) La ley inglesa debería ser corregida así como abolido el veredicto de reo por demencia y sustituido por la absolución en el caso de enajenación mental (pár. 459).

38) Un perdón condicional conmutando la sentencia de muerte por cadena perpetua debería concederse a una persona en la que se prueba la enajenación mental al tiempo de la sentencia de muerte y antes de ser trasladado a Broadmoor. Si existe alguna duda si esta orientación puede ser adoptada bajo la vigencia de las actuales normas, aquellas formas deberían ser corregidas (pár. 460).

Proposiciones generales para la enmienda de la ley de homicidio.

39) Es imposible trazar una definición estatutaria de homicidio que delimitase perfectamente el fin de la pena capital y no produjese desventajas en otros aspectos (pár. 483).

40) El fin de la ley de homicidio en Escocia es satisfactorio y no necesita enmiendas (pár. 484).

41) Es imposible encontrar un método satisfactorio de limitar el fin de la pena de muerte por medio de la división gradual del homicidio: una proposición que también da pie a una serie de objeciones (pár. 534).

Propuestas para dar al juez y Tribunales poder para sustituir una sentencia inferior por la pena de muerte.

42) No recomendamos que el juez sea autorizado para sustituir una sentencia inferior por la sentencia de muerte cuando una persona hubiere sido convicta de homicidio (pár. 549).

43) La alternativa concedida al Tribunal para decidir en cada caso si la pena, cadena perpetua, puede propiamente ser sustituida por la pena de muerte, ha sido ventajosa en todas las naciones en las que se ha adoptado (pár. 594). La posibilidad de ser introducida en Gran Bretaña ha sido examinada y la conclusión conseguida es que un procedimiento practicable puede ser proyectado (pár. 567) y que el único camino practicable es de habilitar a los Tribunales en vez del poder ejecutivo, y teniendo en cuenta las circunstancias atenuantes, así como corregir la rigidez que es el principal defecto de la ley existente (pár. 595).

De la Prerrogativa Real de Perdón.

44) Hemos rechazado esta propuesta al recomendar el ejercicio de la Prerrogativa por el Secretario de Estado, asistido por una Junta de jueces o por un Comité Consultivo, de carácter representativo (pár. 600).

45) No creeríamos conveniente que el Secretario de Estado hiciese públicas las razones de su decisión (pár. 603).

Conclusión final sobre la cuestión principal.

46) Reconocemos las desventajas de un sistema de «discreción judicial». Puede ser considerado en relación a sus méritos. Si este punto de vista fuere a prevalecer, la conclusión parecería ser cierta, que en este asunto se habría conseguido un progreso, donde podría hacerse efectiva un poco más la limitación de responsabilidad para sufrir la pena de muerte y que es la cuestión actual, si la pena capital ha de ser retenida o abolida (pár. 611).

La alternativa respecto a la pena de muerte.

47) Aunque el principal resultado de nuestras recomendaciones sea reducir el número de casos en los cuales una persona convencida de homicidio sea sentenciada a muerte y consiguientemente suspendida la ejecución, también nos conducirían a alguna disminución en el número de casos en los cuales la sentencia de muerte sea aplicada y a incrementar consiguientemente el número de personas con sentencia de cadena perpetua, y particularmente de aquellos que tengan alguna anormalidad mental aunque no dementes (párs. 613-4).

48) Aquellos prisioneros que no son anormales mentales podrían ser detenidos convenientemente en condiciones ventajosas modernamente por largo tiempo en Inglaterra y en Escocia (pár. 657).

Condiciones de la prisión.

49) La cuestión del trabajo en las prisiones debería ser totalmente reajustado en conformidad con las condiciones actuales. Los departamentos de Gobierno deberían reconocer plenamente lo conveniente de los contratos de trabajo en la prisión y tenerlo muy en cuenta (pár. 635).

50) Sería deseable que aumenten los precios existentes de pago a los prisioneros; podría justificarse como un estímulo a las grandes industrias y máximos rendimientos (pár. 638).

51) Aunque mucho se ha hecho para humanizar nuestras prisiones, a pesar de las sillas de posta impuestas por la escasez de materiales y construidas conforme antiguas costumbres, hay aún alguna oportunidad para ejercitar la imaginación y completar este proceso de mejoramiento (pár. 640).

52) Alabamos la iniciativa tomada por la «Prison Commission» y la «Scottish Home Department» presentando un proyecto para dejar salir a sus casas a los prisioneros que llevan muchos años, antes de ser absueltos (pár. 643).

Prolongación de la prisión de los reos convictos de homicidio.

53) Las normas seguidas por los Secretarios de Estado al determinar la actual prolongación de la detención en cada caso, son en general apropiadas a los fines del castigo, de impresión y protección al público, sin riesgo indebido

de ocasionar un prejuicio moral o físico al prisionero; en casos excepcionales, se impone una excepcional prolongación de la prisión por especiales peligros (pár. 657)

Tratamiento de los anormales mentales.

54) Debe incrementarse lo posible una institución ya establecida en otros Estados para la detención y tratamiento de los psicopatológicos y otros prisioneros que son mentalmente anormales, aunque no dementes, para llegar a los problemas de la personalidad psicopatológica. Semejante institución debe constituirse y para los mismos casos en Escocia (pár. 671).

55) Creemos que el nombramiento de oficiales en las prisiones locales de Inglaterra para el bienestar social permanente es uno de los asuntos que debemos tener en cuenta en la actualidad, y si como resultado el sistema es introducido en las prisiones locales, deberá ser estudiado el extenderle a las prisiones de largos plazos, tanto en Inglaterra como en Escocia (pár. 676).

56) No dudamos que el «Home Office» cuidará atentamente la prueba de oficiales, para el trabajo posterior, y harán todo lo posible para asegurarse que los Comités de probación local aprecian la importancia de este trabajo y que señalen bastantes oficiales para habilitarlos y que puedan actuar con perfección (pár. 677).

57) No creemos necesario, excepto en casos especiales, imponer al prisionero que cumple una sentencia vitalicia por homicidio la obligación que guarde contacto con las autoridades después de ser libertado (pár. 680).

Métodos de ejecución, etc. La sentencia de muerte y cadena perpetua.

58) La sentencia de muerte será: «La sentencia del Tribunal es que usted sufra la muerte en la forma autorizada por la ley», y la sección tercera de las ofensas contra la «Person act. 1861», y la sección segunda de la «Criminal Law (Scotland), act. 1830, sería abolida o permitir la omisión de la referencia al lugar del entierro en Inglaterra y la fecha y lugar de la ejecución en Escocia» (párs. 693, 694 y 695).

59) Si en la legislación es necesario cambiar la fórmula de la sentencia en Inglaterra, sería conveniente abolir la sección 57 del procedimiento criminal (Escocia), act. 1887 y establecer un nuevo estatuto prescribiendo la redacción de la pena muerte en términos uniformemente aplicables a ambas partes confinantes (pár. 696).

60) El uso de la birreta negra en Inglaterra y en Escocia y de las palabras, «y el Señor tenga misericordia de tu alma» y la invocación del capellán en Inglaterra, quedaría a la discreción individual de los jueces (pár. 697).

61) (La expresión) «prisión durante el tiempo que Su Majestad la Reina juzgue», sería sustituida por «Cadena perpetua» para acomodar la expresión de la sentencia con la realidad (pár. 699).

Métodos de ejecución. Cambios en los métodos de ejecución.

62) Ni la silla eléctrica ni la asfixia tienen ventaja alguna sobre la horca que ahora se aplica en la nación (pár. 734).

63) Otros posibles métodos han sido considerados y rechazados. La práctica del método de la inyección mortal fué atentamente examinada, y la conclusión conseguida es que de momento tiene muchas dificultades, pero que la cuestión deberá ser periódicamente examinada, especialmente en relación con los progresos alcanzados por la ciencia en los anestésicos (pár. 749).

Cambios en el presente sistema de las ejecuciones.

64) No deberá establecerse cambio alguno de momento en la aplicación de las ejecuciones en Inglaterra y en Gales (pár. 757).

65) Los magistrados en Escocia deberán retener la responsabilidad general para la aplicación de las ejecuciones, pero en el futuro deberían hacerse algunas pequeñas reformas en el sistema (pár. 758).

a) Los arreglos preliminares, aparte del nombramiento del ejecutor, sería hecho por las autoridades de la prisión y no por los magistrados.

b) La fecha de la ejecución entre los quince y veintiún días a partir de la fecha de la sentencia debería ser señalada por los magistrados responsables de la ejecución y no por el Tribunal.

c) La actual distinción entre el Norte y Sur de Forth en la fijación de la fecha, sería abolida.

d) La identificación del prisionero por los magistrados inmediatamente antes de la ejecución no es necesaria.

66) No es recomendable la propuesta que los prisioneros condenados a muerte sean trasladados a un establecimiento central especialmente para ese propósito, o a una de las pocas prisiones especialmente designadas para esos fines (pár. 761).

67) En Escocia la prisión en la cual la ejecución tiene lugar no será designada por el juez, sino por la «Scottish Home Department»; la responsabilidad por la aplicación de la ejecución continúa dependiendo de los magistrados del lugar en el cual fué pronunciada la sentencia de muerte (pár. 762).

68) Aparte del menor grado tratado en la recomendación 65, e), no tenemos recomendación que hacer acerca de la extensión temporal del período entre la sentencia y la ejecución (pár. 763).

69) Debe procurarse por todos los medios mejorar el standard de acomodación en la celda condenatoria en todas las prisiones donde en la actualidad no sea la mejor (pár. 767).

70) No hacemos recomendación alguna sobre la construcción de edificios separados en prisiones con habitación de ejecuciones y celdas para el condenado (pár. 767).

71) Debe procurarse en lo posible la preparación de patios y jardines separados para los prisioneros pendientes de la sentencia de muerte (pár. 767).

72) A los prisioneros condenados a muerte se les permitirá oír la radio con sujeción a las condiciones que las autoridades prescriban de un modo general o particulares para cada caso y prisión (pár. 767).

73) Debe ser mantenida la norma de que los oficiales de prisiones no puedan fumar mientras desempeñan sus funciones en las celdas de los condenados (pár. 767).

74) No hacemos recomendación alguna sobre la duración del tiempo de

servicio de los oficiales de prisiones en las celdas de los condenados, a menos que se adopte en Inglaterra el sistema de Escocia, de renovarlos cada cuatro horas. Nosotros apoyamos la presente práctica de no cambiar los oficiales de servicio durante todo el tiempo que el prisionero permanezca bajo la condena a muerte (pár. 767).

75) La provisión de sedativos para los prisioneros durante su permanencia en la celda de los condenados, y en particular inmediatamente antes de la ejecución, debe depender de la discreción del oficial médico de la prisión; creemos que debe ser uniformemente indulgente (pár. 768).

76) Los magistrados deberán cambiar en la elección de los ejecutores, así como procurar que haya siempre, por lo menos dos ejecutores experimentados en la lista de personas habilitadas (pár. 770).

77) Los ejecutores (verdugos) asistentes, serán nombrados por la «Scottish Home Department», no por los magistrados (pár. 771).

78) Recomendamos no se cambie la técnica de la ejecución en la horca (pár. 772).

79) El cuerpo será removido tan pronto como el oficial médico certifique que la vida se extinguió y no permanecerá colgado durante una hora como al presente (pár. 773).

80) Cuando dos personas son ejecutadas en un mismo día y en la misma prisión, puede continuarse el ejecutar los dos al mismo tiempo, pero dos ejecutores deben ser nombrados cada uno con su ayudante (pár. 775).

81) Sin una oportunidad conveniente la ley sería modificada para hacer posible para los prisioneros el ser ejecutados en prisiones distintas (pár. 776).

82) Los acuerdos para el enterramiento en Escocia estarían en manos de las autoridades de la prisión, no de los magistrados (pár. 777).

83) El cuerpo del condenado no debería ser entregado a sus parientes para ser enterrado (pár. 778).

84) La sección sexta de la Capital Punishment Amendment Act., 1868, debería ser corregida para permitir la cremación, excepto cuando el prisionero se opusiera (pár. 779).

Defectos de la ejecución sobre los otros prisioneros.

85) Aprobamos que, aunque el deber en la celda del condenado y en la ejecución son inevitables, los oficiales de prisiones deben adquirir experiencia para no ocasionar tratos adversos a la salud de los que les queda una vida corta (pár. 781).

86) Los comisionados de prisiones y el «Scottish Home Department» deberían procurar que no haya excepciones de reglamentación, que todas las ejecuciones tengan lugar en las horas de trabajo, que la marcha de la prisión se vea afectada lo menos posible y que, en las prisiones en las que el lugar de ejecución, sea en el vestíbulo, que no haya ningún prisionero en dicho lugar en el tiempo de la ejecución (pár. 785).

La publicidad de la ejecución.

87) La noticia de una ejecución inminente no debería ser anunciada a la

puerta prisión; mejor una noticia de Prensa emitida por la «Home Office» o la «Scottish Home Department» (pár. 788).

88) Las disposiciones de la «Capital Punishment Act. 1868», mandando que se dé a conocer por medio de un cartel a la puerta de la prisión después de la ejecución, debería ser abolida; mejor una noticia de Prensa afirmando que la ejecución se había aplicado. Debería ser emitida tal noticia por la «Home Office» o la «Scottish Home Department» (pár. 789).

89) Las tres noticias mandadas en el Act. de 1868 deberían ser enviadas al Secretario de Estado, el cual las enviaría para su publicación en el «London o Edinburgh Gazette», tan pronto como sea posible, después de la ejecución (pár. 789).

Los trabajos de la Comisión de Reforma del Código penal alemán

ANTONIO QUINTANO RIPOLLES

Alemania, que no vió realizada la obra total de reforma de su viejo Código Penal Imperial de 1870, por los regímenes de Weimar, ni nacional-socialista, a pesar de haberla planeado en distintas ocasiones en proyectos, algunos de los cuales han llegado a ser famosos, la intenta ahora nuevamente bajo los auspicios de la República Federal de Bonn, cuyo ministro de Justicia, Neumayer, creó y convocó la denominada Gran Comisión de Derecho Penal (*Grosse Strafrechtskommission*) a tal efecto, reunida por primera vez en fructuosa sesión de trabajo, entre el 29 de junio y 2 de julio en dicha capital.

Bien conocidos los rigurosos métodos de laborar tales organismos en la sabia Alemania, cuyos frutos suelen ser trascendentales, al menos para la ciencia, aun cuando no logren la suprema sanción legislativa, pueden recordarse al efecto los dieciséis tomos de la *Vergleichende Darstellung* que, bajo la dirección de von Liszt, fueron el producto de las investigaciones realizadas por cincuenta de sus colaboradores, entre 1905 y 1909, constituyendo aún hoy en día el más perfecto monumento de legislación penal comparada que ha visto la luz en el mundo. El Anteproyecto de 1909, el de la Comisión de 1913, el Proyecto de 1919, el de Radbruch de 1922, el Oficial de 1925 y el propuesto al Reichstag, de 1927, son otras tantas etapas de la gran reforma penal que ahora se procura de nuevo bajo los mejores auspicios. Son prenda de ello los nombres verdaderamente famosos de muchos de los miembros que integran la gran Comisión, sin distinciones de ideologías o escuelas, tales como los de Mezger, Welzel, Gallas, Bockelmann, Lange, Schmidt, Niethammer y Jescheck, por no nombrar más que los profesores más conocidos en el extranjero, a los que se une un nutrido plantel de magistrados, juristas y políticos, como es de rigor en tales Comisiones, llamadas a crear una obra no solamente de altos vuelos académicos, sino de inmediata presunta aplicación práctica.

El doctor E. Dreher, consejero de Justicia, acaba de publicar como anejo al Boletín Federal (*Bundesanzeiger*), de 14 de septiembre de 1954, un luminoso resumen de los trabajos de la primera reunión de la Comisión, cuyos temas y conclusiones van a ser, a su vez, resumidos y traducidos a continuación, con la esperanza de poder dar cuenta asimismo a nuestros lectores de los ulteriores trabajos que se realicen.

Finalidad y aplicación de la pena.—Tema, el primero, de presupuesto filosófico y, como tal, extrajurídico, aunque de decisiva importancia, ya que sobre él ha de gravitar toda la dogmática penal, tuvo por ponente principal al profesor Mezger, y motivó, como era de esperar, importantes discusiones en torno a los fundamentos del Derecho penal y sus raíces metafísicas y prácticas. Sin descuidar éstas, impusieron como absolutas las primeras, conforme a las conocidas tesis retribucionistas y de culpabilidad del maestro de Munich, hoy nuevamente revalorizadas en la ciencia del Derecho con arreglo a nuevos postulados filosóficos. En consecuencia, se aprobaron por la Comisión las siguientes conclusiones:

1. La pena debe corresponder a la culpabilidad del agente. Dentro de este marco ha de servir, además, para reintegrar al agente a la sociedad, prevenir la comisión de delitos y defender a la comunidad ante los delincuentes peligrosos.

2. En la aplicación de la pena ha de considerarse el juez qué circunstancias operan en favor y en contra del culpable, aun las no incluidas en la tipicidad legal del acto. Como regla general, tendrá en cuenta a este respecto: el impulso motivador del acto, motivos y finalidades del agente; su propósito, dirección de la voluntad y grado de los deberes que infringió; los medios empleados en la ejecución y consecuencias imputables; su vida anterior, personalidad y situación económica; su comportamiento después de realizado el delito, en especial si se hubiera esforzado por reparar las consecuencias del mismo.

Penas y medidas de seguridad.—Habriase de ventilar en este tema, antes que ninguna otra cuestión, la de mantener el actual sistema dualista de penas y medidas de seguridad o la de fundirle en uno monista, en que, conforme a ciertas doctrinas imperantes en algunos sectores de la doctrina moderna, quedasen borradas las diferencias entre los dos medios de reacción penal. Asunto, como se sabe, de los más discutidos en la ciencia penal contemporánea, en la que las medidas de seguridad han ido adquiriendo tal volumen e importancia, que ya osan abiertamente suplantarse a las penas tradicionales o, lo que es lo mismo, conseguir que éstas se sometan a su específica idiosincrasia. Últimamente fué objeto de las más enconadas querellas en el Congreso de Roma (1953) de la Asociación Internacional de Derecho Penal, reproducidas ahora en el seno de la Comisión alemana de reforma, al parecer igualmente sin éxito práctico, ya que tampoco se logró una posición colectiva uniforme. El ponente principal, Eberhard Schmidt, no pudo hacer triunfar su tesis unitaria de fusión entre las penas y medidas de seguridad tan acorde con la tradición de su maestro Liszt, al menos en materia más importante y trascendental, que es la del tratamiento de los delincuentes habituales, los cuales, según es sabido, quedan sujetos en la legislación alemana a la pena ordinaria y, a continuación, a la imposición de la medida de seguridad adicional. No hubo dificultad alguna en aceptar la utilización de medidas de seguridad únicamente en lo que respecta a vagos o parásitos (Casas de trabajo), bebedores y toxicómanos y anormales mentales, pero en lo tocante a los delincuentes habituales fué menester sentar en el subcomité formado en la Comisión tres propuestas alternativas del siguiente tenor:

a) Según el principio de culpabilidad, el internamiento (del delincuente habitual) no debe consistir únicamente en una pena de duración predeterminada ni en una medida de duración relativamente indeterminada. El aludido principio de culpabilidad exige el complemento de la pena pronunciada en la sentencia condenatoria por una medida asegurativa cuya duración corresponda no ya tanto a la culpabilidad como a las exigencias de la seguridad colectiva.

b) En la solución dual anterior, el juez queda capacitado para disponer inmediatamente la ejecución de la medida de seguridad, así como para computar la duración de la pena pronunciada a expensas de la de dicha medida.

c) La lucha contra los delincuentes habituales ha de emprenderse en base a una privación de libertad de relativamente indeterminada duración. Agentes que sean peligrosos en forma permanente, sin que su culpabilidad se haya concretado en ninguna acción materialmente culpable, deben ser sometidos a medidas de custodia (*Verwahrung*) de carácter especial.»

Delimitación entre lo injusto criminal y lo injusto administrativo.—Otra cuestión sumamente debatida en la doctrina moderna, muy especialmente en la alemana implicando de hecho la sustantividad del llamado Derecho penal administrativo correspondiente a las infracciones gubernativas o no penales (*Ordnungswidrigkeiten*), el campeón de dicho movimiento, profesor Eberhard Schmidt, ha logrado un importante avance en sus puntos de vista en el seno de la comisión, aunque la cuestión de la sustantividad no se haya resuelto de plano. Por lo pronto, ha conseguido que se rompa con la secular tripartición francesa de infracciones y que se destierre del Código penal las contravenciones o faltas (*Ubertretungen*) que eran tradicionalmente materia de su tercer libro, como del nuestro. Dice así la resolución unánime de la Comisión:

«1. Faltas (*Ubertretungen*), en el sentido del actual Derecho penal, no deben ser incluidas en la futura redacción del Código penal.

2. Queda aún por determinar qué especie de tipos de faltas de los incluidos en el actual Código penal han de mantenerse como infracciones criminales en el futuro. Las restantes serán consideradas como infracciones administrativas (*Ordnungswidrigkeiten*) del régimen especial vigente. En el sucesivo, en las leyes penales especiales se mantendrán los criterios diferenciales procesales oportunos.»

Paralelismo de penas privativas de libertad.—La tradicional distinción de penas privativas de libertad deshonrosas y no deshonrosas, que es la *ratio essendi* teórica del llamado paralelismo penal, pero que tan poco o ningún reflejo real tiene en la práctica penitenciaria moderna, motivó otro de los puntos de discrepancia en la Comisión. Se vió ésta obligada nuevamente a votar dos conclusiones alternativas, una vez rechazada la propuesta del ponente profesor Yescheck, de radical abolicionismo de las paralelas e introducción de un sistema penal unitario. Rezan así ambas proposiciones:

a) La distinción entre presidio y prisión queda mantenida. La aplicación de la pena de presidio, reservada en todo caso para los delincuentes habituales, ha de limitarse a los culpables de las infracciones de máxima gravedad. La

pena de presidio debe acarrear consecuencias accesorias para el penado que la distingan de la de prisión.

b) La diferencia entre pena de presidio y prisión queda borrada. Desaparecen igualmente todas las consecuencias accesorias que en virtud de tal diferencia hayan podido establecerse.»

El tratamiento de las penas cortas de privación de libertad.—Sobre tan *vexata questio*, que no deja de plantearse como tópico inevitable desde hace más de medio siglo en todas las reuniones científicas de todo el mundo, la Comisión no llegó a pronunciarse, aplazando sus propuestas para ulteriores sesiones, habida cuenta, además, su inevitable conexión con otras cuestiones aun no dilucidadas; notablemente, las de las multas y de condena condicional. Sin embargo, aun si decisiones concretas, el asunto motivó interesantes sugerencias, siendo de notar que el ponente en la materia, profesor Welzel, no se mostró sistemáticamente adverso al sistema del régimen de penas cortas, ni menos se adhirió al tópico de su abolición. Aun reconociendo su nulo valor a los fines de educación y resocialización, dado que éste no es el único asignado a la penalidad, la pena corta de privación de libertad puede servir a otros de prevención, calificándose en su ponencia de posiblemente útil escarmiento (*Denkzettel*) admonitorio para el que la sufre. Es de destacar como ciertamente original esta postura, que pudiera decirse de reacción en favor de tan vilipendiada penalidad, en cuya apología se distinguió el joven profesor de Friburgo, Jescheck, y en la que tan sólo un miembro, el lisztiano Schmidt, sostuvo la tradicional tesis abolicionista.

REVISTA DE LIBROS

AFTALION, Enrique: «Peligrosidad y existencialismo».—Edit. Abeledo.—Buenos Aires, 1954.—94 páginas.

Constituye este nuevo trabajo del profesor Aftalión un magnífico alegato contra uno de los tópicos más manidos y vacuos del positivismo, aun proclamado como panacea «modernista» en amplios círculos del pensamiento penal hispanoamericano. Tras de mostrar su inanidad teórica y su falta de consistencia real en la práctica, ya que, como observa el autor, ningún legislador, aun los más aferrados al credo positivista, han osado llevarlo a la realidad con todas sus consecuencias, que son las de la incriminación del estado peligroso sin delito o peligrosidad predelictual. A las ya conocidas razones de tipo político y carácter circunstancial, añade Aftalión otras de más alto rango iusfilosófico, que es su contribución más valiosa al acuciante problema. Mientras que los criminólogos, dice, o no consiguen definirnos al hombre criminalmente peligroso como una especie del género humano, cosa que nunca podrán hacer, todo régimen que pretenda asentarse sobre esas bases sera irracional. Esto, es claro, en una sistemática jurídica valorativa, al modo kelseniano y cossiano, puesto que lo meramente descriptivo y naturalista que un diagnóstico médico o criminológico implica, nada tiene que ver con lo valorativo de signo jurídico-penal, confundiendo lamentablemente los caminos del «ser» con los del «deber ser».

A continuación de su radical diatriba contra las tesis de la peligrosidad predelictual, el autor rinde homenaje a lo que en la idea del criterio peligrosista puede y debe de haber aprovechable. En este terreno pone de manifiesto una original y profunda concordancia de sus postulados con los de la filosofía existencial y raciovitalista tal como aparecen formulados en Heidegger y Ortega y Gasset. El peligrosismo, así concebido y referido a actos o conductas criminalmente relevantes y no a ilusorios diagnósticos naturalistas, permite una visión integral del delito, realidad cultural y trozo de vida viviente, no fragmento temporamente caducado. Recordando la posición que el tiempo conserva en tales sistemas filosóficos, dice que «cuando un juez afirma la peligrosidad de una cierta conducta criminal no está formando arriesgados vaticinios, sino valorando los actos realizados por el delincuente, no sólo en tanto que comportamiento pasado, sino en tanto que hechos cuyo pleno sentido jurídico sólo se capta atendiendo al ingrediente de futuridad que coexiste con lo pasado, en el presente existencial». Nueva e inesperada cotización de la idea de peligrosidad llena, ciertamente, de sugerencias, y que viene a poner sus postulados en un primer plano de consideraciones filosóficamente valiosas, y que posibilita, sobre todo, su situación en el orto de lo-jurídico, de donde había sido expulsado por sus incondicionales campeones al proclamar inmoderadamente su significado psicobiológico.

De entre las diez conclusiones en que resume finalmente el profesor Afalión su punto de vista, conviene destacar la positiva de que las acciones del hombre son «totalidades sucesivas», en cuyo presente sobrevive el pasado con el futuro (delito y peligrosidad), y la negativa de que es un pseudoproblema y un error el de creer que delito y peligrosidad sean expresiones aludiendo a cosas distintas.

Antonio QUINTANO RIPOLLÉS

ANCEL-HERZOG: «L'individualisation des mesures prises a l'égard du délinquant».—Edit. Cujas.—París, 1954.

En marzo del presente año el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de París creó un nuevo organismo científico: el denominado «Centro de Estudios de Defensa Social», cuya primera publicación es la colectiva que hoy se reseña, dirigida por el Presidente Marc Ancel, con la cooperación del fiscal y profesor de París J. B. Herzog. En conexión con la organización internacional del mismo nombre, fundada hace algunos años en Génova por el abogado F. Gramatica (Primer Congreso en San Remo, en 1947), el cuerpo principal del volumen se halla integrado por las ponencias francesas al III Congreso de Defensa Social, celebrado en Amberes el pasado mes de abril, con un total de dieciocho estudios, sin contar la interesante y bella introducción del Presidente Ancel, sin duda uno de los más valiosos del libro, verdadera antología del pensamiento francés en torno al tema, por lo demás un tanto difuso, de la Defensa Social.

Explica el prologuista la significación del libro y, a la vez, del movimiento en su acepción nacional, encontrándolo en el básico problema de la individualización de las medidas aplicables al delincuente, razón de ser del título elegido para la publicación. Al mismo tiempo pone de manifiesto, con la claridad que le caracteriza y que el tema tolera, sus propias ideas sobre la cuestión, que son, en términos generales; los de la agrupación francesa del Centro; a saber: la estricta coordinación de los postulados de la defensa social con los de la legalidad y respeto absoluto de los derechos individuales, de los que ésta es la más segura salvaguarda. Se trata de conciliar armónicamente las técnicas y fines de lo penal y lo criminológico, reintegrándose—en frase del propio Ancel—la persona en el acto y no oponiendo ambos elementos, como estérilmente se ha venido haciendo desde hace más de medio siglo.

No es, ciertamente, un lugar adecuado para polemizar sobre el contenido filosófico y jurídico de la defensa social, que, por lo demás, como certeramente hace ver, en uno de los mejor logrados trabajos de la obra, J. B. Herzog («Pour une juridiction de Defense sociale», pág. 201), «no es tanto una escuela como un movimiento de ideas, circunstancia que explica, sin justificarla, la incertidumbre que reina sobre las nociones fundamentales de que se reclama». Ningún obstáculo existe, en verdad, para aceptar la versión de los penalistas franceses sobre la defensa social, sobre todo como la entiende y expresa Herzog, por cuanto que permite una pacífica coincidencia de sus *telos* con el Derecho penal, al contrario que las tesis de tantos extremistas, para quienes el pretendido nuevo movimiento, como antaño el del

positivismo italiano, pretende nada menos que su suplantación. Frente a las fáciles lucubraciones de estos extremistas, casi siempre ajenos al campo del derecho y de la filosofía, con mentalidad y argumentación de médicos diletantes de sociología y periodistas a la busca de sensacionalismo, Herzog se hace cargo de las servidumbres que gravan la pretendida nueva doctrina y compara con fino humor las incompreensiones y contradicciones entre partidarios y adversarios de la misma con un diálogo entre sordos, por falta de acuerdo en la acepción de la terminología empleada. Procura, por lo mismo, precisar ante todo los límites y conceptos en torno al tema. Aceptando la tesis del neohumanismo judicial del movimiento, pero respetando el carácter de legalidad informador del derecho, sitúa la originalidad de la nueva técnica en considerar el delito como una manifestación de la actividad humana, siendo lo propio del proceso penal «la búsqueda del hombre dentro del delincuente» y las posibilidades personales de revalorización ulterior de cada uno. Esta razón de ser de la defensa social a través de la del individuo implica para el autor una evolución de la función judicial, con colaboradores y asesoramientos técnicos, médicos notablemente, pero sin que ello afecte a la estructura misma de las jurisdicciones, con obligada permanencia de las estructuras institucionales actuales, entre ellas la Judicatura y el propio Ministerio Fiscal, que algunos extremistas del movimiento pretenden abolir.

La idea misma de la separación integral de la judicatura civil y penal, tan grata a los defensores a ultranza, lo es menos para el fiscal parisién, que comprende los riesgos que pudiera acarrear un artificioso fraccionamiento del derecho (el mayor de los cuales, aunque no lo diga, sería el de transformar al juez penal en policía, por la propia fuerza de las cosas).

No menos interesante y de visión realista de los problemas es el estudio del Inspector general M. Pinatel sobre «los sujetos y objetos de observación» (páginas III y ss.). Partiendo de lo criminológico, como Herzog de lo jurídico y procesal, siendo él mismo uno de los criminólogos más distinguidos de su país, enfoca la cuestión sobre las tres nociones fundamentales de responsabilidad, estado peligroso y personalidad. Tras de examinarlas en breves pero sustanciales síntesis, relega la cuestión de la responsabilidad al estadio del tratamiento, y considera que el estado peligroso es la noción fundamental para decidir las medidas de defensa propiamente dichas. Sin embargo, haciéndose cargo de la realidad y no dejándose llevar como tantos otros por la pasión de escuela o el afán de variedades pseudocientíficas, reconoce que, desgraciadamente, los progresos técnicos no son lo suficientemente idóneos para decidir *a priori* sobre la trascendencia real y efectiva del diagnóstico de peligrosidad, valiendo tan sólo a modo de control supletorio. En consecuencia, es el examen de la personalidad, notablemente de la personalidad moral, el llamado a decidir, al menos en la fase judicial, con definitiva relevancia en el tratamiento.

Bien que tocando un tema de estricto significado técnico-procesal, el de la división del proceso penal (pág. 169 y ss.), el profesor de la Universidad de Poitiers Robert Vouin, uno de los jóvenes valores más sólidos del Derecho penal francés, tiene ocasión de recordar a los entusiastas defensores algunas viejas verdades demasiado oscurecidas en sus alegres lucubraciones. Tales como la noción de igualdad y, sobre todo, el valor axiológico de la sentencia ju-

dicial penal, con su inevitable contenido moral que el objetivismo cerrado de los científicos pretende desconocer o relegar al campo de la arqueología. Lo penal, advierte con razón el profesor de Poitiers; no es sólo criminología, ni un Código tiene por exclusivo fin la extinción de la criminalidad en x número de años, proponiéndose otros de valor que exceden los pragmáticos de una ordenanza médica, cual la realización de la armonía social en función de ideas y sentimientos con curso en un medio existencial determinado. Por trascendente que sea el examen de la personalidad y, en general, el elemento subjetivo, el acto culpable no puede ser ignorado en el proceso del hombre, como tampoco el de la personalidad en el juicio de la infracción.

Una visión más ortodoxa y clásica, digamos, más «italiana», de la defensa social, suelen adoptar los demás ponentes, siendo de destacar en esta ortodoxia el estudio del letrado de Barcelona, Bernat de Celis, creo que la única firma extranjera del «simposium». Insistiendo en los tópicos del defensismo, trata de traducirlos al ejercicio de la acción procesal en una originalísima trasmutación del proceso. Su base sería el cientifismo ejercido procesalmente por un integral sistema inquisitivo en que las partes, Ministerio público y Defensa, actuarían como actores de un «proceso científico», colaborando con el juez en la prosecución de una nueva y, al parecer, inédita era de justicia. Algo extraña parece la invocación a un valor óptico en materia tan pretendidamente objetiva y científica como habría de ser forzosamente un proceso criminológico; pero el autor del trabajo no considera necesario insistir sobre la conciliación de ambos valores de estirpe y teleología tan diversas.

Digna de mención es, asimismo, la aportación del Decano de la Facultad de Derecho de Rennes, profesor Pierre Bouzat, a la obra colectiva. Su trabajo versa sobre un tema más bien práctico: «El control de la ejecución de las medidas de defensa social», que no le permite otras amplias consideraciones sobre las esencias doctrinales del movimiento, seguramente de gran valor en personalidad de tan alto relieve científico y dotes de exposición de tal claridad. Propugna una cierta confusión entre la pena y la medida de seguridad, aproximando a ésta la nueva pena de defensa social, pero para alejar toda suspicacia y salvaguardar las intangibles esencias de la libertad individual exige suficientes garantías resumibles en diversas medidas de control (judicial y de decisión, no de mera vigilancia) y una reforma a fondo del personal judicial y penitenciario.

Valiosas consideraciones, sobre todo en el campo comparativo, ofrece el estudio de Yvonne Marx, que, en su cualidad de subdirectora del Servicio de Investigaciones jurídicas comparadas del Centro Nacional de Investigaciones Científicas, se halla especialmente cualificada para ello. Desarrollando el tema de «La individualización en el estudio del juicio», la señorita Marx aporta interesantes enseñanzas extraídas del sistema de la *Common Law* en Gran Bretaña y los Estados Unidos en funciones de individualización culminantes en la *Probation* y la indeterminación de las sentencias. Estima de singular valor la institución de las dos fases del proceso penal inglés, de constatación de la culpabilidad y de sentencia propiamente dicha, con aportación de casos concretos y sugerencias propias tendentes a su eventual adaptación a los sistemas procesales continentales.

ANDREJEW, LERNELL, SAWICKI: «Das Strafrech der Volksrepublik polen. Grundriss des Allgemeinen Teils». («El Derecho penal de la República Popular de Polonia. Manual de la parte general»).—«Deutscher Zentralverlag».—Berlín, s. a. (1950?).

De todas las Repúblicas adscritas al régimen político eufemística y redundantemente denominado de «Democracia popular», es la de Polonia, con la de Rumanía, la sola que mantiene hasta ahora el marco básico de sus instituciones penales, siquiera en lo sustantivo, representadas en este caso por el Código penal de 11 de julio de 1932 y numerosas leyes especiales de la anteguerra. Por lo mismo, no hay que buscar en este manual innovaciones demasiado sensacionales, ya que las reformas legislativas emprendidas en la materia son más bien modestas y circunscritas a tópicos jurídicos concretos, notablemente los de defensa del Estado y de Derecho penal económico. Se hallan, sobre todo, en la ley promulgada en 16 de febrero de 1945, a raíz del derrumbamiento de la ocupación alemana, que, por su importancia, suele llevar el nombre de «Pequeño Código penal». En sus setenta y dos artículos, distribuidos en siete títulos, se estructura una severa protección penal del nuevo régimen autoritario y proletario, con figuras de traición, espionaje, sabotaje, propaganda del fascismo o de odios nacionales, raciales o religiosos, que se estructuran en formas harto abiertas y vagas, como la de «actitud antisocial contra los trabajadores», prácticamente equivalentes a crímenes destipificados, susceptibles de incriminación analógica, como los del sistema penal ruso soviético y del derrocado alemán nacional-socialista.

Por lo mismo, es chocante que los autores de este libro proclamen petulantemente y hasta en letra bastardilla, para destacarlo más, que «en la Polonia popular democrática la ley es la única y exclusiva fuente de Derecho penal» (pág. 46). Se pretende hacer ver con ello, del modo más capcioso, que el legalismo sea una conquista del régimen, puesto que, acto seguido, se habla de la sistemática burguesa anglosajona del *Common Law*, y se dice que en ella son fuentes la costumbre y la jurisprudencia. Aparte de la falsedad evidente de tal aserto, por lo que a los países burgueses se refiere, conviene destacar que el pretendido «legalismo» democrático-popular es la más cruel de las parodias al crearse la legalidad con la aludida amplitud de tipos, que apenas si merecen dicho nombre. Pero donde mejor destaca la inanidad del tal «legalismo» es en el reconocimiento de la posibilidad del efecto retroactivo de las leyes penales *in pejus*, introducido en la propia Polonia, por las leyes especiales de represión política y económica de 31 de agosto de 1944, 22 de enero de 1946 y 28 de junio de 1946. En ellas se retrotraen las actividades delictivas no solamente al momento de la ocupación extranjera, sino a todo el periodo de la entreguerra, es decir, a todo el tiempo de la existencia de Polonia como Estado independiente (pág. 56).

El libro todo abunda en consideraciones a cual más sorprendente y pintoresca en torno a cada uno de los problemas de la parte general, pretendiendo a todo trance marcar diferencias imaginarias entre las concepciones tradicionales del Derecho penal y las pseudo-revolucionarias. Lo más curioso es que se tacha a aquéllas de ser un derecho de clase, y acto seguido se proclama como un mérito (pág. 21) el carácter clasista del sistema jurídico-penal de la

democrática Polonia. Ni siquiera el positivismo italiano, pese a su signo materialista, se ve libre de los ataques de tan celosos marxistas, olvidando o renegando de su prosapia ideológica hegeliana y materialista y sin considerar que el Código penal vigente en la URSS no es otra cosa que un arreglo del Proyecto de Ferri. No menos incongruente es la crítica dirigida contra el judicialismo norteamericano y sus conceptos amplios de la *Conspiracy* y del *Contempt of Court*, siendo así que en el propio Código soviético el famoso artículo 16 consagra sin ambajes la interpretación analógica de incriminación.

La antinomia evidente entre los postulados del marxismo de que el delito y el Derecho penal sean una consecuencia del régimen burgués y de la lucha de clases, y los de un Derecho penal que se pretende íntegramente marxista, se resuelve por la conocida escapatoria del estado de transición, conforme al iérril hallazgo de la dialéctica leninista-staliniana. Acatada por los autores del libro, sostiene que el delito, siendo un producto clasista, no pudo existir en la humanidad primitiva ni podrá subsistir en la comunista del futuro (página 88).

Entretanto, en la etapa de realización socialista y dictadura del proletariado, el delito es una necesidad legada por la sociedad anterior, y para definirlo no se hace más que desplazar la perspectiva del bien jurídico a tutelar. Así se desprende de la definición del Manual (pág. 95): «El delito es un acto socialmente peligroso de un ser humano que lo sea para la masa laboriosa de la democracia popular de Polonia en el período de tránsito al socialismo.» A este concepto político se añaden a título formal las condiciones de anti-juricidad, culpabilidad y sanción penal (pág. 96), con lo que, en resumidas cuentas, las pretendidas características básicas se limitan a una meramente platónica declaración de principios.

A. Q. R.

CASTAN TOBEÑAS, José, Presidente del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho civil: «Los derechos de la mujer y la solución judicial de los conflictos conyugales».—Edit. Reus.—Madrid, 1954.—204 páginas.

En tema de tanta trascendencia, y que últimamente ha apasionado en España no sólo a los juristas, sino a la opinión general, no podía faltar la autorizada opinión de uno de nuestros más ilustres juristas: el profesor Castán Tobeñas, quien, en el discurso pronunciado este año, el día 15 de septiembre, con ocasión de la solemne apertura de los Tribunales, aborda tan interesante cuestión.

Con la competencia, claridad y magnífica sistemática que caracterizan todas sus obras, estudia el autor, en cuatro apartados, los problemas referentes a la condición social y jurídica de la mujer (factor biológico, los factores sociológicos, el factor religioso y moral), la condición civil de la mujer y el problema de la jefatura familiar (las doctrinas y su crítica, las realidades histórico-legislativas), la intervención judicial como amparo de la mujer y como medio para solucionar los conflictos conyugales (la función de intervención en los conflictos conyugales) y la condición jurídico-civil de la mujer española

(trayectoria histórica, régimen actual, el problema de la reforma de nuestro régimen legislativo).

Desde el punto de vista del Derecho civil, sienta el señor Castán las dos conclusiones siguientes: «Desde el punto de vista del Derecho civil, nos parece que debemos llegar a esta doble conclusión: 1. Deben ser mantenidas en lo esencial—no en las asperezas de algunos textos—aquellas normas que reconocen al marido, en circunstancias ordinarias, la condición de jefe de la familia, de acuerdo con las inspiraciones cristianas. 2. Ha de tenderse a dar mayor amplitud a los derechos de la mujer, sobre todo en la esfera patrimonial.»

Termina el ilustre conferenciante su magnífica disertación diciendo que «si la conciliación de estos diversos órdenes de intereses que juegan en el problema ha de tropezar con muchas dificultades, hemos de confiar en que sea nuestra nación la que mejor que otras podrá afrontarlas y vencerlas, no sólo por el arraigo que entre nosotros tiene la familia, sino también por las virtudes tradicionales que por fortuna conserva la mujer.»

Es nota alentadora y muy significativa que el feminismo no ha tenido en España las manifestaciones apasionadas y hasta extravagantes que ha tenido en otros países. Por regla general, se ha mantenido en una zona templada y de gran equilibrio. Y hay que esperar que siempre suceda lo mismo, y que el movimiento feminista no cobre ahora otras características más desorbitadas y contrarias a la buena tradición española. Hay que evitar a toda costa que al adaptarse la mujer moderna al modo de vida del hombre ponga en peligro sus características y su función propia, lo que es núcleo de su ser y motivo de su existencia. Pero tenemos fe en nuestras mujeres. Esperamos confiadamente que sus conquistas sociales y jurídicas y el desenvolvimiento de su personalidad, que es presupuesto de las mismas, se realizarán sin sacrificar los altos valores familiares y morales que a la mujer más que a nadie interesa conservar.»

César CAMARGO HERNÁNDEZ

COLOMBO, Carlos J.: «El Derecho penal militar y la disciplina».—Buenos Aires, 1953.—347 páginas.

El ámbito de la jurisdicción militar es desarrollado por el ilustre colega, que une a su condición de profesor adjunto de Derecho penal en la Universidad de Buenos Aires la de miembro del Instituto de Derecho Penal y Criminología y miembro honorario de nuestro Instituto de Derecho Procesal, a través de una extensa introducción que encierra un minucioso análisis de la jurisdicción castrense, término que prefiere el autor al de competencia, por parecerle que cuando se compara la potestad de juzgar de los Tribunales militares, con la que corresponde a los Tribunales comunes, va en ello una cuestión de jurisdicción, y cuando ambas se enfrentan, un conflicto de jurisdicción. En cambio, si la cuestión se traba en lo interno de la esfera de acción de los órganos judiciales militares, ello da origen a una contienda de competencia. Problemas sustantivos y adjetivos, combinadas las reglas establecidas por el

Código de Justicia militar, *ratione materiae* y *ratione personae*, que en lo fundamental y en «todo tiempo» (tiempo de paz y tiempo de guerra) abarca tres clases de infracciones: las *esencialmente militares*, las *militarizadas* y las comunes; con relación a la última, si el sujeto activo es militar que desempeña un acto de servicio o la comete en lugar militar o durante los desembarcos o permanencia en territorio extranjero, en este último caso, cuando no haya sido juzgado por las autoridades de dicho territorio.

Después viene distribuida la materia con arreglo a un plan expositivo, dentro de la sección 1.^a, que lleva por título «Presupuestos generales»; a fin de mantener incólume la disciplina militar y de los medios como se la mantiene (capítulo I); de las relaciones entre el delito y la falta (cap. II); las infracciones contra la disciplina militar y su carácter de infracciones esencialmente militares (cap. III). La sección 2.^a comprende los capítulos IV al X, referentes a las infracciones contra la disciplina militar en particular: a) Insubordinación. b) Desobediencia, irrespetuosidad, vías de hecho contra superior, insultos a centinelas, salvaguardia o fuerza armada, motín, sublevación y actividades políticas o subversivas.

La actuación conjunta de todos los factores, necesidad de la disciplina, sistema de caducidad militar, sistema de reclutamiento, sistema penal y sistema procesal son estudiados con toda competencia por el autor, así como la necesidad de la existencia en las instituciones armadas de una disciplina férrea, pero humana, ya que lo uno no excluye lo otro, sino que, por el contrario, son extremos concurrentes, como lo certifica la experiencia de las guerras modernas.

El Derecho penal militar, como el común, no ha seguido una línea ascendente ininterrumpida hacia el progreso; ambos han avanzado y han retrocedido, para luego volver a avanzar, y así sucesivamente. Lo mismo ha ocurrido con el contenido de otra disciplina jurídica estrechamente ligada al Derecho penal militar de tiempo de guerra, es decir, al Derecho internacional público, y hay que desvirtuar el error que consiste en confundir lo accidental con lo permanente, y en no percibir esa serie de acciones y de reacciones que ha quedado como saldo favorable, cuyo error se agrava cuando se encausa al Derecho penal militar, considerando como reglas los momentos de excepción.

Diego MOSQUETE

«Documentos parlamentarios: Proyectos de reformas del Código de Procedimientos penales».—Lima, 1954.—63 páginas.

Contiene el opúsculo una nota preliminar que justifica la necesidad de conseguir que la Administración de Justicia del Perú, en materia penal, alcance la eficacia que es de desear, y cumpla mejor su esencial y fundamental función de garantizar los derechos más sagrados de la ciudadanía, lo que implica la labor de reformar y coordinar las legislaciones, sustantiva y procesal, y más aún la referente a la organización del Poder judicial.

A continuación se inserta el proyecto formulado por la Comisión, nombrada por el Gobierno, en 26 de marzo de 1949, que modifica los artículos 12,

207, 229 y 272 del Código de procedimiento penal, con una exposición de motivos razonada, pertinente al juicio de faltas y limitación a la defensa. Sigue después el proyecto sustitutorio formulado por la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados, definiéndose de nuevo las faltas contra el cuerpo y la salud y contra el patrimonio, y modificando el artículo 168 del Código penal, prescribiendo que se requiere denuncia para abrir instrucción por las lesiones por negligencia que requieran hasta veinte días de asistencia médica. Asimismo se establece una abreviación del juicio oral para juzgar de los delitos leves, y se establece una limitación del tiempo para los informes de defensa en las audiencias.

D. M.

FERNANDEZ MARTINEZ, Rafael: «Casos prácticos de Derecho penal».—Sección de Publicaciones del Sindicato Español Universitario.—Oviedo, 1954.—250 páginas.

En las «Nociones previas» con que comienza el libro hace notar el autor que es entre todas las disciplinas jurídicas, en la de Derecho penal, donde de una manera más acuciante se siente la necesidad de que el estudiante conozca la aplicación a la realidad de la vida de los conocimientos que adquiere en las aulas universitarias, pues con razón estima preciso para su más completa formación conjugar en la medida de lo necesario la teoría y la práctica.

Para la mejor comprensión del alumno que, con arreglo al vigente plan de estudios, aún no ha estudiado Derecho procesal, siguen unas breves nociones de los trámites que anteceden al de calificación, dando las normas necesarias para que los casos sean resueltos por los alumnos siguiendo el orden y en la forma que para los escritos de conclusiones establece el artículo 650 de la Ley de enjuiciamiento criminal, lo que constituye una gran ventaja para las futuras actividades profesionales del ahora estudiante.

Seguidamente y clasificados admirablemente, tanto desde el punto de vista pedagógico como científico, son expuestos los cien casos prácticos de que consta el libro.

En ellos aparece claramente patentizada la reconocida autoridad del señor Fernández Martínez, tanto en la teoría como en la práctica, demostrada en el desempeño de los cargos de Abogado Fiscal de la Audiencia y de Profesor Adjunto de la Universidad en la capital de la región asturiana.

C. C. H.

FONTAN BALESTRA, Carlos: «Derecho penal. Introducción y parte general».—Segunda edición.—Arayú.—Buenos Aires, 1953.—552 páginas.

La República Argentina—segunda Italia en el florecimiento de las ciencias penales—, que dijo acertadamente Carnelli, ya que sin duda ocupa en las Américas el puesto dirigente en dicha especialidad, enriquece hoy su ya copioso caudal bibliográfico con la edición aumentada del popular «Manual de Derecho pe-

nal», del doctor Carlos Fontán Balestra, titular de la cátedra en la Universidad de Buenos Aires. Privada esta nueva edición del antecítulo de «manual», sin adquirir todavía el de «tratado», llámase sencillamente «Derecho penal», viniendo a ser, como los europeos tan prestigiosos de Cuello Calón, Maggiore y Donnedieu de Vabres en España, Italia y Francia, un feliz intermedio entre ambas formas clásicas de exposición científica, la única, de otra parte, que se adopta en la sistemática de la trasguerra, con la sola excepción del gigantesco tratado de Jiménez de Asúa.

Limitado el presente volumen a la Introducción y Parte General, aquella rúbrica sirve al autor para explayar todo lo periférico al Derecho penal mismo, tal como la metodología y los presupuestos naturales y culturales en su dimensión criminológica, histórica y filosófica. Parte de la concepción total de la Enciclopedia criminológica, con su multitud de disciplinas diversas aunadas en un común denominador: el estudio del multifacético problema de lo delictivo. La adopción del término de Enciclopedia criminológica y no de ciencias penales, harto más neutro, pudiera inducir a pensar en criterios de subordinación a la criminología, conforme a las viejas aspiraciones positivistas. Fontán Balestra, empero, insiste en la autonomía de ésta y del Derecho penal, como de éste y del procesal, proponiendo un principio objetivo de discriminación enunciado así: el hombre, en cuanto sujeto que ha cometido o es capaz de cometer un delito, es objeto de la criminología; el delito como norma y acción punible, lo es del Derecho penal, y la forma de llegar a hacer efectiva la amenaza, lo es del procesal (pág. 5). Llevado con todo rigor esta sistematización teleológica conduciría a conclusiones demasiado drásticas, seccionando del Derecho penal cuestiones tan propias de él como las que afectan a la autoría y participación, en beneficio de la criminología, y todas las relativas a la pena y medida de seguridad, en provecho del Derecho procesal. El penal, en consecuencia, quedaría reducido a la escueta teoría del delito, como producto de la ley, con los peligros de esquematismo y deshumanización que ello habría de implicar. El profesor de Buenos Aires se libra de este riesgo ya que, aun aceptando la tesis técnico-jurídica de la perfecta autonomía del Derecho penal, distingue entre el tratado dogmático de la ley, en sentido estricto, y la ciencia del Derecho penal, estudio de su fundamentación, contenido y fin. Y es claro que, conteniéndose en la ley conceptos e instituciones como los de la personalidad, imputabilidad, peligrosidad, pena, medida de seguridad y tantos más, a ellas ha de referirse un estudio penal, por cierta que sea su autonomía conceptual. De este modo se salvan las exigencias metodológicas y se conservan los necesarios contactos del Derecho penal con disciplinas de otro orden insertas, según la sistemática de Asúa, en la periferia de los presupuestos naturales y culturales, objeto de sendas secciones en el capítulo segundo de la Introducción.

Son presupuestos naturales del Derecho penal y de su ciencia el delincuente y el medio, pero considerado el primero en su aspecto antropológico, psíquico y social, ya que en el definido por la ley la noción de delincuente pertenece de lleno a su dogmática. Una breve lección de divulgación criminológica, con la consignación de las clasificaciones de Ferri, Ingenieros y Vervaeck, lleva al autor a negar la existencia de delitos naturales y de delincuentes constitucionales por sí mismos, considerando que lo único que puede afirmarse es la realidad de tendencias individuales y exigencias sociales, siendo necesario adaptar las

primeras a las segundas, pues son éstas las que varían, y, al mismo tiempo, son uniformes, en cierto grado, en momento y agrupación determinados (pág. 33).

El estudio de los presupuestos culturales sirve al autor para llevar a cabo una panorámica visión histórica del Derecho penal, con singular insistencia del argentino, llevada a cabo con singular fortuna de síntesis y ecuanimidad. También se incluyen entre los presupuestos culturales el estudio de las escuelas, identificando a la clásica con el método especulativo y a la positiva con el experimental propio de las ciencias físico-naturales. Aparte del positivismo ortodoxo y su versión de neopositivismo, estudia el autor el correccionalismo, deteniéndose en la modalidad genuína de Dorado Montero. Sin ser en rigor una escuela, el tecnicismo jurídico goza de las preferencias del profesor bonaerense, que lo califica de «único planteo científicamente correcto para el estudio de la ciencia jurídica» (pág. 80). Siendo antes que otra cosa una posición de pureza metodológica, el tecnicismo jurídico no impide la posibilidad de sustentar doctrinas filosóficas de un determinado matiz, incluso del positivista, en lo que atañe a la penología o a la política criminal. Sin tomar posición cerrada en escuela filosófico-penal determinada, muestra el doctor Fontán una gran comprensión hacia los postulados pragmáticos de resocialización del delincuente, lo que no excusa en modo alguno la función penal del Estado y la estimativa de factores intrínsecamente extrajurídicos, como el de la peligrosidad, complejidad que resume el autor en la fórmula siguiente: «La intervención del Estado responde a la comisión de un delito, la gradación cualitativa y cuantitativa de las sanciones, a la peligrosidad» (pág. 101).

La exposición dogmática de la ley penal constituye el cuerpo de la obra, con una parte primera dedicada a la teoría general de la ley penal; una segunda, al delincuente en la ley; una tercera al delito y una cuarta y última a la sanción. La ley es para Fontán, única fuente de Derecho penal, encuadrado en el doble monopolio legislativo y estatal. Esto, no obstante, acepta conceptualmente la verdad de la doctrina bindingiana de las normas, en las que la ley desempeña el decisivo papel de ser su referencia precisa (pág. 116). Repudia inequívocamente la analogía y la retroactividad *in pejus*. En lo tocante a validez espacial de la ley penal no plantea siquiera la posibilidad de unas normas internacionales de carácter penal, partiendo de la base nacionalista de su exclusiva genética local, en la que se combina el principio territorial dominante con los de la defensa y nacionalidad (pág. 139).

El delincuente en la ley, tema de la parte segunda, hace referencia a la construcción dogmática del sujeto activo de la infracción, no al ser natural concreto, objetivo de la criminología. Trátase, pues, de un ente jurídico, independiente del hecho que se le atribuye, según la aceptada sistematización clásica de la imputabilidad y positivista de la peligrosidad, que son los dos paradigmas fundamentales de la noción de responsabilidad. La imputabilidad se define por una fórmula sociológica de normalidad mayoritaria, como capacidad normal de conducirse socialmente, siendo presupuesto de la culpabilidad (pág. 160). Su ausencia da lugar a las causas de imputabilidad, de insuficiencia o alteración mental y de minoría de edad, rapidísimamente esbozadas en el capítulo primero, en lo que toca a su estructura conceptual, y en el segundo, en lo relativo al tratamiento.

La parte tercera se consagra a lo que es epicentro de la dogmática toda: el

delito; en su doble perspectiva de ente jurídico y de fenómeno natural, una y otra consideradas por el autor como «pre-jurídicas», imponiendo la necesidad de un criterio dogmático. Para ello y lograr un desarrollo total de la teoría jurídica, del delito precisan examinarse los problemas siguientes: la acción y su ausencia, la antijuridicidad y las causas de justificación, la culpabilidad y las causas de inculpabilidad, la tipicidad y la ausencia del tipo, con las condiciones objetivas y, en fin, la punibilidad, con las excusas absolutorias. Todo ello, añade, sin olvidar que el delito constituye un todo (pág. 219), por lo que Fontán Balestra adopta la sistemática analítica únicamente en funciones de investigación y no de construcción conceptual. De todos modos, el análisis le sirve asimismo para postular una definición del delito como «acción típicamente antijurídica y culpable» (pág. 236), en la que se prescinde de la penalidad por considerar a ésta una consecuencia y no una característica del delito. Convendría, quizá, una aclaración sobre este extremo de prescindir del elemento punitivo en la estructura del delito, aceptable tan sólo en un sentido naturalista y episódico más que en el dogmático puro, pues la verdad es que la penalidad es esencial a la esencia de delito, aunque por unos u otros motivos no se dé en situaciones que, como la de presencia de excusas absolutorias, eliminan la punición concreta al beneficiado por ellas, pero no la del acto. En sistemas positivos analógicos, como el nacionalsocialista o el soviético, y en el de la delincuencia internacional, como la de guerra en los procesos de Nuremberg, la posibilidad de construcciones de delitos sin condición concreta de punibilidad es posible, no así, en cambio, en los legalistas argentino y español, donde resulta inimaginable el delito, pese a la concurrencia de los demás requisitos, sin la predeterminación de la penalidad, que es, pues, algo más que una consecuencia de él. De otra parte no hay que perder de vista que el excesivo esquematismo en la construcción de la teoría del delito, y concretamente el prescindir de la punibilidad, no hace más que añadir dificultades a la ya ardua tarea de distinguir lo ilícito penal de lo civil, tanto en su forma de dolo como de culpa, siendo precisamente tal condición de punible el más seguro criterio diferencial de la acción.

La situación de la diferencia del dolo y culpa no en un nexo psicológico entre la acción y el resultado, sino en el ejercicio o no de ajustar la conducta a las exigencias de la vida en común, usando o no la capacidad de reflexión, que el profesor argentino hace al estudiar en el capítulo IV la culpabilidad (pág. 308), parece exigir, en efecto, aquella condición de penalidad, antes desdeñada, pues la justa caracterización por él sagazmente apuntada, no diferencia en modo alguno el dolo o la culpa criminales de los civiles meramente ilícitos. Estos se «criminalizan» precisamente por la presencia de la punibilidad, y así vemos que el adulterio, acto ilícito civil en ciertas legislaciones, como la inglesa, es delito en otras meramente por la adición de la «consecuencia» de la pena gravitando sobre tal acto.

En la obra de Fontán se tratan, aparte de la doctrina general del delito, a modo de apéndice, las formas de tentativa y frustración, así como las de codeincuencia, por él llamadas figuras accesorias. Tal calificativo es equívoco, referido como el autor lo hace, a la tipicidad, pues lo cierto es que, siendo generalmente accesorias, por preverse efectivamente como normal el acto consumado y singular, hay ocasiones en que los tipos han de ser forzosamente realiza-

dos de tal manera, como en ciertas formas de rebelión y sedición, en cuyo caso la tesis de la accesoriedad cae por su base.

La parte cuarta, dedicada a la sanción, en la que se estudia la pena y la medida de seguridad, Fontán zanja con una muy ingeniosa maniobra la eterna disputa acerca de la naturaleza y fines de la sanción. La pena, dice, pasa por tres fases: la legal, la judicial y la ejecutiva, en cada una de las cuales es apreciable una finalidad específica. En la legal, prima la función de prevención general a modo de coacción psicológica sobre la colectividad; en la judicial, se expresa la de retribución jurídica, satisfaciendo a la vez a la sociedad y a la eventual víctima del delito; en la ejecutiva, en fin, la misión de la pena es la prevención especial, con efecto de intimidación personal y otros (pág. 402). En la cuestión, actualmente tan debatida de la identidad o diferenciación de la pena y la medida de seguridad, el profesor bonaerense se pronuncia decididamente por la tesis discriminatoria, teniendo a ambas instituciones por «cualitativamente distintas» (pág. 412). Postura, por lo demás, sumamente lógica en quien no prescinde del valor retributivo de la pena, como demostraron los debates en el VI Congreso de la Asociación del Derecho Penal de Roma, en 1953. Por elementales razones de garantía, justísimas también, el autor cree necesario que las medidas de seguridad sean siempre impuestas en vía judicial (pág. 413). No se pronuncia en cambio, acerca de la conveniencia de la pena de muerte, si bien parece adherirse al sentimiento nacional argentino, según el siempre adverso a ella (pág. 432).

De destacar son en toda la obra la claridad de exposición y altas dotes didácticas, así como la ecuanimidad en los juicios y constante postura del autor, distanciándose de las estridencias y apasionamientos de escuela, cualidades sumamente apreciables en un libro destinado primordialmente a la enseñanza y no a la investigación o la polémica.

A. Q. R.

«Festschrift für Edmund Mezger. Zum 70. Geburtstag.»—C. H. Beck Verlag. Munich-Berlín, 1954.—522 páginas.

De verdadero acontecimiento editorial y científico puede ser calificado, sin retórica alguna, la publicación del Libro Homenaje al insigne profesor de Munich, recientemente jubilado burocráticamente, pero siempre maestro de penalistas, dentro y fuera de Alemania, sobre todo en nuestro país, donde merced a las traducciones famosas de Rodríguez Muñoz, su nombre y doctrina han adquirido proporciones de popularidad no conocidas por ningún autor extranjero, desde von Liszt. En el copioso Libro Homenaje objeto de esta reseña apenas si hay un nombre significativo en la ciencia penal alemana contemporánea que no figure (una de esas excepciones es el de Welzel, por cierto), constituyendo su totalidad una como antología del pensamiento jurídico penal del día en la Alemania de la trasguerra. En la imposibilidad de hacer un resumen exacto de tanto material acumulado en el volumen, voy a limitarme a enunciar los temas desarrollados, con algunas referencias a los que parezcan de mayor interés y originalidad.

LANG-HINRICHSSEN: *Zur ewigen Wiederkehr des Rechtspositivismus.*

Parodiando el tópico iusnaturalista del «eterno retorno del Derecho Natural», el profesor de Friburgo hace aquí una esquemática pero profunda exposición de la gestación y expansión del pensamiento positivista, en el sentido jurídico general y no solamente en el estricto penal, en que presenta peculiaridades difícilmente conciliables con lo que jurídicamente se entiende por positivismo. Ve su génesis en la primera sofística griega, concretamente en Protágoras, al escindir al Hombre del Cosmos y el *Nomos* de la *Fisis*, lo que condujo a una relativización de los conceptos éticos y jurídicos y, en definitiva, al antropocentrismo. A la luz de estas consideraciones estudia la supervivencia de la concepción lata del positivismo en la filosofía clásica y medieval, encubierto en divagaciones hasta el gran acontecimiento de la «revolución antropocéntrica», como califica al Renacimiento, en que se sientan definitivamente las bases del positivismo. Visibles aún en la fase teológica del pensamiento renacentista, sobre todo en el voluntarismo de los teólogos españoles, notablemente en Suárez y el molinosismo, su secularización tiene efectividad plena en la filosofía de la Ilustración, del siglo XVIII. Ya en su dirección secularizada y tras diversos avatares, el positivismo se exagera en la dirección voluntarista que culmina con Nietzsche y contemporáneamente con Sartre, en el voluntarismo individualista y en los diversos credos totalitarios de voluntarismo estatal. En ambas direcciones se aboca al positivismo, en el individualismo, a ultranza como en el estatismo, pues negándose el orden cósmico y el lugar del Logos en la vida, tampoco cabe en ella el Derecho Natural.

El positivismo—sigue diciendo—se hace sociológico en Comte y en Ihering, que introduce en el Derecho la tesis darwiniana de la lucha por la vida, esto es, un positivismo naturalista, al que se adscribe también la escuela de Tubinga, con la doctrina de los intereses en la Jurisprudencia, y en lo penal, el naturalismo causal de von Liszt. La vuelta al objetivismo en el fenomenologismo de Husserl y en la del axiologismo de Scheler, trajo consigo en el siglo XX un reflorecer de las tendencias iusnaturalistas, mientras que, por el contrario, el existencialismo, al revalorizar el subjetivismo en la concepción absolutamente antropocéntrica de la vida, hace al hombre radicalmente libre y reduce a la nada el Derecho Natural y aún la Naturaleza toda. En la doctrina penal del finalismo hay asimismo notas de positivismo ontológico y lógico como las hay en la geojurisprudencia de Carl Schmitt, justamente calificada de «geo-positivismo». Las direcciones abiertas y larvadas del positivismo y el cripto-positivismo introducidas en el Derecho amenazan a éste con una rigurosa «eutanasia de lo axiológico». No obstante lo cual, el autor estima que el positivismo vive y vivirá «por ser más fuerte en las masas el ansia de seguridad que la de Justicia».

W. PREISER: *Das Recht zu strafen.*

El derecho de penar es considerado como el problema fundamental del Derecho penal, que no por muy debatido se halla suficientemente aclarado, suscitando siempre graves escrúpulos de conciencia que conviene despejar. El fundamento de defensa de la sociedad no puede ser tenido en cuenta como primario, según el autor de este trabajo, por cuanto que atribuye a la pena un fin utilitario en el que la idea de Justicia aparece como medio para un fin, trastocando así el

orden de valores establecido. Menos convincente aún, en el mismo orden de ideas utilitario, es el principio de la prevención especial, incluso en su forma desvirtuada de ver en la pena un bien y un derecho del reo, noción rechazada como ilusoria por Bockelmann en el Gierke Festschrift. En todo caso no decide tampoco la cuestión ya que no resuelve la razón por la cual se pueda imponer coactivamente la corrección. La prevención general, por su parte, sitúa la acción de la pena fuera de la persona del culpable, refiriéndose a conductas ajenas futuras y eventuales. La doctrina absoluta de la retribución o *Vergeltung* tiene su expresión en el juicio de Santo Tomás: *per poenam reparatur aequalitas*. Presenta, según Preiser, la dificultad de estimar cuál ha de ser la compensación adecuada en cada caso, siendo el mal del delito y el de la pena de distinta dimensión, pues nadie propugna hoy lo que sería lógica consecuencia del retribucionismo, esto es, la ley del Talión. Además de esta consideración práctica cabría siempre dudar de la licitud moral de la retribución, que en el fondo no es más que venganza, y sobre todo, de la licitud de que podamos realizar tal operación retributiva sobre el prójimo.

Queda como última justificación posible y de mejor raíz filosófica, según el autor, la de la expiación, que ve en la pena, de acuerdo con las enseñanzas de Fichte, no solamente un deber, sino un derecho del culpable: el de purgar su mancha, en cuanto que es *sittlichemake!* o mácula moral. La expiación purifica y se basa en lo que proclamaba Kohler como virtud de la pena «salvadora efectividad del dolor», deber moral consagrado ya en el «Georgias» de Platón y culminando modernamente en la escena del calabozo del «Fausto», tan bellamente comentada por Eb. Schmidt.

Dr'OEHLER: *Die Grenzen des aktiven Personalitätsprinzips im internationalen Strafrecht.*

En la Francia de la Ilustración y en la legislación revolucionaria y napoleónica predominó, en materia de jurisdicción criminal, el principio de la territorialidad absoluta, debiéndose seguramente su triunfo a la natural reacción contra el personalismo del antiguo régimen y la prevalencia que supone de criterios objetivos y por lo mismo igualitarios. Es éste el sentido que el territorialismo procesal penal mantuvo en sus primeros corifeos modernos, notablemente en Rousseau y Montesquieu. En Alemania, en cambio, y como consecuencia filosófica del idealismo kantiano, el principio de la personalidad fué el lógicamente dominante, tanto en la primera doctrina de la Ilustración como en los Códigos austriaco de 1803 (pars. 30-35), bávaro de 1813, sajón de 1838 (art. 2), hasta la históricamente paradójica introducción del principio territorialista en el Proyecto prusiano de 1843. Paradójico—dice—si se tiene en cuenta que es precisamente hacia dicha época, en 1866, cuando tal principio empezaba a flaquear en su país de origen, Francia, introduciéndose el criterio de la personalidad de la ley penal para los *crimes*, en el art. 5.º del Código de Instrucción criminal francés de dicha fecha. En cambio, en Alemania hay que esperar al régimen nacional-socialista para que, en virtud de la ley de reforma de 1940, se introduzca en el parágrafo segundo del Código penal el principio de la personalidad. El hecho de que, a pesar de su origen, permanezca ese precepto, incluso respetado por la

reforma de 1953, ha provocado en la doctrina alemana numerosas críticas, tachándosele, incluso, de contrario a los principios del Derecho Internacional.

Sin hacerse paladín del principio jurisdiccional personalista, el profesor Oehler se limita a hacer ver, con acopio de erudición comparatista, la inanidad de semejante acusación. El principio de la personalidad podrá ser y es, sin duda, anticuado, por responder en el fondo a ideas anacrónicas de soberanía absoluta, pero no es antijurídico ni se halla en contradicción con el Derecho Internacional. Tal es su tesis.

A. SCHOENKE: *Gegenwartsfragen des internationalen Strafrechts.*

El nuevo ordenamiento internacional de la trasguerra obliga a plantear de nuevo y considerar, desde puntos de vista antes prácticamente desconocidos, muchos principios estimados como definitivamente establecidos, entre ellos los de la jurisdicción criminal y acción de la ley penal en el espacio. A ello dedica el malogrado profesor de Friburgo sus esfuerzos en este póstumo trabajo.

Según él, los clásicos principios de la territorialidad, personalidad y protección se hallan en obligada crisis, al menos de revisión, notablemente el estimado básico de ellos, es decir, el de la territorialidad. La razón hay que buscarla en diversos fenómenos propios de nuestro tiempo, que hacen incompatible tal principio absoluto con situaciones como las Federaciones de Estados, Comunidades regionales y, sobre todo, con la presencia de ejércitos extranjeros en territorios extraños, no solamente a título de ocupación, sino de permanente ayuda y colaboración interestatal o comunitaria. Situaciones que, como es natural, no pueden ser resueltas conforme a las normas tradicionales, hasta hace poco imperantes, y que reclaman una solución a fondo todavía no lograda, ni siquiera intentada en una dimensión general y doctrinariamente satisfactoria. Estudia a continuación algunas de las más importantes soluciones provisionales, y en cierto modo locales, y antes que nada las previstas en el tratado de la Comunidad Europea. En su art. 24 se sienta la norma de la propia competencia del Estado respecto de las fuerzas armadas destacadas en otro, si bien se reserva a la territorialidad local para los actos perpetrados por sus dependientes y familiares, salvo, expresamente se dice, en materia de delincuencia de menores, en la que ha de seguirse el estatuto personal. Aun respecto a las fuerzas armadas extranjeras destacadas en un país, la competencia de las autoridades judiciales de éste es la preferente en infracciones de tipo predominantemente localista, como son las de tráfico, caza y pesca, reservadas en el párrafo 2.º del artículo 26 del Protocolo judicial.

W. SARKER: *Die beiden Tatbestandsbegriffe.*

Resume el autor algunas de sus conocidas ideas en torno a los presupuestos externos de punibilidad, tendentes a fijar el concepto de lo típico, tan inconsiderablemente ampliado, según él, en la más reciente dogmática alemana. Para ello, no de las consideraciones generales, sino más bien de las formas previstas en la tipología de la parte especial. Ve así la tipicidad como una expresión de lo injusto objetivo, con lo que se facilita la relevancia de dicho concepto frente al de la antijuridicidad. Tiene como primera conveniencia la de deslindar los presu-

puestos de punibilidad (*Strafbarkeitsvoraussetzungen*) de los de mera perseguibilidad (*Prozessvoraussetzungen*), que en muchas ocasiones resulta fácilmente hacedero, por permitirlo la redacción legal, pero que en otros es materia de difícil y aun contradictoria solución. Depende todo, en definitiva, del concepto amplio o estricto que de la tipicidad se posea, lo que ejemplifica con sutiles distinguos basados en la técnica del Código penal alemán.

K. ENGISCH: *Die normativen Tatbestands Elemente im Strafrecht.*

Sitúa el autor el problema en torno a la doble aparición del error de hecho y de derecho, asimilados prácticamente por Kaufmann, Schröder y Lang-Hirrichsen al calor de la concepción mezgeriana de los elementos normativos de la tipicidad. En cambio, Welzel persiste en la diferenciación, en base a que el conocimiento del tipo puede ser descriptivo o normativo y de que es admisible un conocimiento de las circunstancias normativas del tipo que es lo que constituye el perfecto «dolo de hecho» o *Tatvorsatz* que nada tiene que ver en absoluto con los problemas del error de derecho. Discrepancia explicable por Engisch, siempre conciliador en las polémicas de los dos maestros, en la falta de precisión de los conceptos, preguntándose: ¿dónde acaba la tipicidad y dónde comienza la antijuricidad? Cuestión a la que parece vano oponer una construcción unitaria y uniforme. Lo cierto es que, para él, no hay una, sino diversas tipicidades, que resume en cinco posibles grupos de morfología más o menos afines con los elementos de lo injusto. En cada uno de tales grupos conceptuales pueden operar distintas notas normativas que desempeñan, respectivamente, en cada tipo un papel diverso acarreado sus propios problemas. Combate Engisch, en consecuencia, la tesis monista de Erik Wolf, reduciendo todos los elementos de lo típico a la normatividad. Cree preferible la diferenciación, sobre todo en la dual comprensión de elementos descriptivos y normativos, que ha de servir de base útil para apoyar, respectivamente, los conceptos de dolo natural y dolo de culpabilidad.

BUSCH (RICH): *Über die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotswirrtum.*

Glosa el autor la tan discutida sentencia del Tribunal Federal (BGH), de 18 de marzo de 1952, que ha sentado, contra las tradiciones del *Reichsgericht*, la posible relevancia del error de derecho. Se ha basado para ello, según Busch, en una estimativa de la doctrina de la culpabilidad que permitiría eventualmente en el error de derecho la subsistencia del dolo, pero atenuando o exculpando, en su caso, por inexistencia del elemento de culpa subjetiva. Se extiende, a continuación, en el planteamiento de problemas de error en las distintas especies de culpabilidad y de ejecución, haciendo ver las sumas dificultades que ofrece en las omisivas, donde cabe preguntar si el elemento «deber jurídico de obrar» lo es del tipo mismo o un mandato normativo, y, en consecuencia, si el error sobre ello integra una u otra especie de error, de hecho o de derecho.

H. VON WEBER: *Negative Tatbestandsmerkmale.*

Nuevamente se ocupa el maestro de Bonn del asunto de la relevancia del error de derecho, situándolo agudamente en el tema de la estimativa de la culpabilidad. Ya en 1935 el propio Von Weber (en *Zum Aufbau des Strafrechtssystem*) había anticipado esta posible y deseable solución, enseñando cómo el error de derecho excluía necesariamente la perfección del dolo, bien que, en la época, semejante tesis contradecía abiertamente la de la jurisprudencia del *Reichsgericht*, y aun en la científica mayoritaria. En el presente estudio profundiza en otras dimensiones la vasta cuestión y examina con singular acierto las posibilidades del nuevo punto de vista de la jurisprudencia federal. Lo hace con el gran instrumento de trabajo que son los llamados principios negativos de la tipicidad, tal como son los formulados en la doctrina y terminología de Frank y de Mezger, lo que, como es sabido, constituye otro de los puntos polémicos de éste y Welzel. Cada aditamento negativo en el tipo, dice V. Weber, estrecha en proporción correlativa el radio de acción del tipo. En muchas ocasiones esos principios negativos sirven, al no concurrir en el acto, para la justificación ocasional del mismo; por ejemplo, si se formula el tipo con la frase: «el que sin autorización competente realizare tal o tal cosa», que obliga, caso de existir dicha autorización, a destruir en absoluto la criminalidad del acto. La función de la tipicidad legal, dice, es ante todo la de describir una conducta delictiva valorándola como antijurídica. Estando en la práctica, en la mayoría de las ocasiones legislativas, tipificando exactamente el acto positivo integrador del delito de que se trata, su ausencia en el error destruye normalmente el dolo, o, por mejor decir, el dolo de lo injusto, que no es otro, en definitiva, que el antiguo *dolus malus* de los clásicos (el de las acciones u omisiones «maliciosas» de la definición del delito o falta en el artículo primero del Código penal español, pudiéramos añadir).

T. WÜRTENBERGER: *Zur Rechtswidrigkeit der Kriegsverbrechen.*

Tras de un brioso alegato del profesor de Maguncia sobre la precisión del dominio de los grandes temas filosóficos para el Derecho en general y para el penal en particular, emprende su estudio sobre la juridicidad y antijuridicidad en la criminalidad de guerra en una perspectiva filosófica afín a la de los valores. Escapando lo antijurídico, dice, a lo meramente sensorial, es siempre un juicio de valor entre lo justo y lo injusto. Juicio de valor que, como los de su especie, suelen adentrarse en los campos no estrictamente normativos positivos, sino en los axiológicos de índole general e incluso en el Derecho natural. De ahí radican los riesgos y dificultades que se ofrecen, sobre todo, al juez internacional al encararse con la precisión de estimar la antijuridicidad en los crímenes de guerra, habida cuenta, además, de la imprecisión y diversidad de rango de las fuentes con las que está llamado a operar. El acudir a los principios extrapositivos resulta, pues, inevitable, lo que puede realizarse de dos maneras: la iusnaturalista, identificando los principios de Derecho a los del Derecho natural, y la empírico-histórica, que prefiere apoyarse en las realidades culturales dominantes en un momento dado. A la segunda forma pertenecen la sistemática comparatista, que, por el estudio me-

tódico de las realidades positivas vigentes en los distintos Estados de la comunidad civilizada, puede elevarse a los más altos principios de largo tiempo abierto abismo entre las concepciones del Derecho natural idealista y el positivismo historicista, fundiendo armónicamente la idea del Derecho con la realidad del Derecho y deduciendo del *Sein* el *Sein-Sollen*.

E. SEELIG: *Zum problem der Neufassung des par. 51.*

Una reciente publicación del famoso psiquiatra Kurt Schneider (*Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit*, 1948) ha vuelto a poner agudamente sobre el tapete la corrección del texto del párrafo 51 del Código penal alemán, ya reformado en 1933, en el sentido de admitir como eventual causa de inimputabilidad las alteraciones mentales en su doble caracterización morbosa somática y psíquica. En el presente artículo, Seelig examina la postura unilateral de Schneider, que no admite la posibilidad de constatar psiquiátricamente otra anomalía que la de carácter somático, y aun admitiendo que no sea de la competencia estricta del psiquiatra lo meramente psicológico, estima que lo es, y decisivo a veces, para el juez, siendo asunto que atañe, en definitiva, a los últimos fundamentos de la responsabilidad del hombre. Puede y debe hacerse con arreglo a las modernas técnicas de la personalidad total del individuo. Refiriéndose a la redacción del segundo inciso del párrafo 51, insiste en el absurdo que supondría considerar la responsabilidad atenuada como una disminución cuantitativa del estado mental, de conocimiento o voluntad. En su propuesta de modificación del texto considera deseable que se incluya expresamente, también en la modalidad atenuatoria, la presencia de una caracterización personal de génesis morbosa (*krankhafte*).

K. A. HALL: *Über die Leichtfertigkeit.*

Considera el autor en la *Leichtfertigkeit* o irreflexión una posible y deseable forma agravada de la imprudencia (*Fahrlässigkeit*), propinqua al dolo y susceptible, incluso, de equipararse a él, como tan frecuentemente sucede en las infracciones de policía y en lo penal administrativo. Su calificación separada de la imprudencia común resolvería, según él, multitud de problemas, entre ellos el de la valoración del error de hecho y de derecho. Son ambos fácilmente subsumibles en la inculpación de *Leichtfertigkeit*, según ejemplos que cita, como el del leñador que mata a un hombre creyéndole una alimaña del bosque, o la alemana de la zona oriental que se hace abortar en la occidental, pensando que el aborto es, asimismo, lícito en ella. Supuestos posiblemente incurso en la imprudencia irreflexiva por no haber tenido los culpables la reflexión necesaria sobre la trascendencia de sus actos.

H. EINKEL: *Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip.*

Tras de una agotadora exposición de las distintas posibilidades de valoración penal del principio de la imputabilidad, en el plano normativo de la exigibilidad y no en el psíquico (que la expresión indica en la terminología española, donde corresponde mejor a la alemana de la *Zurechnungsfähigkeit*

qué a la de *Zumutbarkeit*), lo considera en el fondo un problema de valoración judicial. Afín, aunque secundario, del de la culpabilidad, tiene especial trascendencia en la apreciación de las causas de exclusión de la responsabilidad, donde la no exigibilidad puede ser decisiva, aun sin aceptar como tesis la de que ésta sea en sí misma una causa eximente *supra* o *extralegal*.

W. GALLAS: *Pflichtenkollision als Schuldausschliessungsgrund*.

Lo primero a decidir en materia de colisión de deberes es, según el profesor de Tubinga, si existe o no antijuridicidad en la elección que ha de realizar el sujeto. Cuestión a resolver sobre dos presupuestos posibles: si hubo o si dejó de haber alternativa en la elección. La doctrina del orden jurídico unitario, hoy prevalente, posibilita en teoría una jerarquía de deberes en cuya colisión, siempre posible, cabe elegir, sin duda, aunque la elección puede resultar errónea, es decir, en desacuerdo con el rango que a cada uno le está conferido. Metodológicamente, divide los conflictos en «solucionables» y «no solucionables», sin aceptar íntegramente la tesis de V. Weber, que asimila los primeros a las por él llamadas «colisiones logísticas» y los segundos a las «colisiones materiales o efectivas». Admite la posibilidad de colisión entre distintos deberes de cualidad diversa, como los de Derecho y de moral; pero en la disyuntiva de poder elegir, la elección debe hacerse en favor de los deberes de superior orden jurídico. Por el contrario, la preferencia por los inferiores, entre los que coloca jurídicamente a los morales, es o puede ser una conducta antijurídica.

En lo que atañe a las colisiones «irresolubles», el acento ha de cargarse en la periferia de los tipos mismos, esto es, en las causas de inimputabilidad o inculpabilidad, según los casos. Quedan por examinar, en fin, las cuestiones del error y de la culpabilidad, íntimamente vinculadas a la anterior, al existir en el sujeto una efectiva convicción de la justicia de su acto electivo.

H. HENKEL: *Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip*.

Trata el autor de una muy interesante cuestión insuficientemente debatida en doctrina y diversamente resuelta en la práctica; a saber: la de la aplicación o no de las normas ordinarias del Derecho penal a los actos delictivos perpetrados por los delincuentes entre ellos. O lo que es igual, si las ventajas de la defensa penal del orden jurídico han de alcanzar o no a sus mismos infractores, tutelando concretamente los bienes mal adquiridos. La afirmativa se impone, sin género de dudas, respecto a los derechos a la vida o a la integridad, pero no con tanta seguridad en lo tocante a otros, singularmente los del patrimonio, en que una solución de protección absoluta llevaría al absurdo de convertir las normas penales en exigibles; por ejemplo, en las cuestiones que afectan al reparto del botín. El asunto se estudia sobre la legislación y jurisprudencia alemanas, no siempre satisfactorias, debiéndose tener presente, como dice el autor, que no solamente las valoraciones económicas y de utilidad social han de ser las prevalentes, sino, sobre y ante todo, las de motivación ético-social. Según éstas, el orden jurídico debe valer también para los infractores de ese mismo orden.

17. BÖCKELMANN: *Die Behandlung unvollkommener Verbindlichkeiten im Vermögensstrafrecht.*

Parecida cuestión a la desarrollada por Bruns en el artículo anterior. plantea Bockelmann en el presente, pero referida a la trascendencia penal de las obligaciones civiles naturales o imperiectas, como las de créditos prescritos, ganancias en el juego, etc. Su no exigibilidad civil no implica, sin embargo, que su realidad material no pueda ser valorada criminalmente y operar sobre ellas las actividades de estafa, hurto o apropiación indebida. En favor de su tesis, el profesor de Gotinga hace ver, contra alguna doctrina jurisprudencial, el absurdo e injusticia que supondría el diferenciar sustantivamente la anti-juridicidad del lucro de la del perjuicio causado, siendo así que la primera es la fuente lógica de la segunda.

R. GOETZLER: *Das Problem Steuermoral und Steuerstrafrecht.*

Constituye el artículo un depurado estudio socio-lógico en torno a la realidad de una moral del impuesto, presupuesto indeclinable para erigir sobre él un Derecho penal fiscal de carácter específicamente criminal y no meramente gubernativo, como se pretende en ciertos círculos. Considera este Derecho penal criminal prematuro y aun contraproducente en la actual situación espiritual de Alemania, en que la confianza y fidelidad del individuo frente al Estado han quedado tan mal paradas después de las terribles experiencias de las dos derrotas, revoluciones e inflaciones sufridas. Circunstancias poco propicias, en efecto, para el florecimiento de una moral fiscal, por parte del ciudadano, sin la que carecería de base el pretendido Derecho penal propiamente dicho.

18. KERN: *Die Busse und die Entschädigung des Verletzten.*

La indemnización a la víctima de un delito, como consecuencia criminal del mismo y no meramente civil o *Entschädigung*, lleva en la terminología y sistema alemanes el nombre tradicional de *Busse*, que difiere de la multa en ser destinado su importe a la reparación del mal material causado por la infracción. Se plantea ahora en la reforma de la legislación penal la conveniencia de su desaparición, tesis a la que se adhiere Kern, en contra del, al parecer, dominante criterio del Ministerio de Justicia federal. La sostiene estimando que la *Busse* constituye una duplicidad de la *Entschädigung*, mera rémora del procedimiento y supervivencia arcaica del derecho germánico, que no tiene razón alguna de ser, con arreglo a las concepciones jurídicas dominantes.

19. SCHROEPER: *Gesetzliche und richterliche Strafzumessung.*

Examinase lá cuestión de a quién debe corresponder, en definitiva, la delimitación última de los tipos, bien a la ley o a la actividad del juzgador; por ejemplo, en la separación del asesinato del simple homicidio. Es éste un problema *de lege ferenda* que interesa tanto al orden constitucional como

al político-criminal y al dogmático, puesto que afecta, en primer término, al principio de la legalidad de delitos y penas, pero también a la construcción del delito en su doble aspecto de tipicidad y antijuridicidad. Considera el autor del trabajo que la cuestión no es susceptible de resolverse de plano en una forma unitaria y apriorística, pues ambas formas de mensuración son en sí lícitas y útiles a los fines de la morfología criminal, radicando el problema en pura técnica legislativa, radicante en la cuidadosa elección de cada caso, dado que a unos resulta más idónea la función descriptiva legal y a otros la estimativa judicial.

V. SROCK: *Das Ziel des Strafverfahrens.*

Propugna el autor, en vistas a un orden jurídico unitario, la correspondencia íntima entre lo material y lo procesal, y a este efecto estudia de los medios más adecuados para que el proceso lleve a cabo las finalidades asignadas a la pena en el Derecho penal sustantivo, y, antes que nada, el fundamental de la retribución, al que pueden y deben añadirse otros de carácter secundario o no esencial y absoluto, como el de resocialización del delincuente.

H. MAYER: *Der Sachverständige im Strafprozess.*

Defiende Hellmuth Mayer la sustancialidad del perito y de la prueba pericial en el proceso criminal frente a la de testigos, en el sentido de ser aquélla o parte de ella una función de auxilio judicial. Esta consideración confiere a la prueba pericial una situación procesalmente privilegiada, pero sin merma de la independencia y soberanía del juicio valorativo último, típico de la prueba judicial.

K. PETERS: *Ein Beitrag zum Fehlurteil.*

Constituye este artículo una contribución a la psicología del testimonio, elaborada en torno a dos casos resueltos en vía de revisión, y que sirven al autor para solicitar una mayor preparación filosófica y psicológica del personal judicial.

F. HARTUNG: *Der Stand der Rehabilitationsfrage in Deutschland.*

Compara el autor la existencia de antecedentes penales en los modernos registros con las antiguas marcas físicas, siendo no menos crueles y contraproducentes que éstas, contradictorias, sobre todo, con los fines de resocialización que tan frecuentemente, más de palabra que de hecho, se asignan a la pena. Critica los preceptos actualmente vigentes en Alemania en materia de registro y hace ver las indeseables concomitancias que el sistema de concesión gubernativa de cancelaciones mantiene con la política, y ello tanto en los regímenes totalitarios como en los parlamentarios. Propugna una reforma

a fondo y una tan radical efectividad de las cancelaciones de antecedentes penales que, una vez acordadas, su mención pueda dar motivo en quien la hace a incriminación de calumnia.

A. Q. R.

GLASER, Stefan: «Introduction a l'étude du Droit international penal».—*Foreword* de A. I. Goodhart.—Sirey.—Bruselas-París, 1954.—207 páginas.

Bien conocido entre los estudiosos del Derecho penal y del internacional el profesor de ambas disciplinas reunidas en su cátedra de Derecho penal internacional, de la Universidad de Lieja, primera en Europa de la especialidad, ha reunido en este volumen una serie de trabajos anteriores dispersos en diversas revistas belgas, francesas y suizas, que ahora aparecen aglutinados en una ordenación sistemática, a modo de introducción de un tratado que todavía falta en la materia. Pues hay que advertir que se trata, no de Derecho penal internacional, en el sentido clásico del vocablo, esto es, de normas penales locales proyectadas en el ámbito extraterritorial, sino de Derecho internacional penal propiamente dicho, el de genética y *telos* supranacionales, vinculando más allá de los lindes territoriales a Estados e individuos, creación típicamente de nuestro tiempo, que nace revolucionariamente en las trascendentales experiencias de Nuremberg y Tokio, pugnando aún por lograr una estructura permanente de tipo institucional, en lo sustantivo como en lo procesal y en lo orgánico.

La labor es ciertamente impropia, dado que la gestación de la nueva disciplina tropieza con obstáculos formidables para su plena realización, en lo teórico y doctrinal como en lo práctico y político. En el primer terreno, con la formación positivista de la ciencia jurídica, tan persistente aún, pese a la crisis filosófica del concepto, obligando a ver en el Estado la fuente única del Derecho, a lo que se añaden las arduas dificultades de un tecnicismo obligado a conjugar las instituciones de índole más diversa. Piénsese, en efecto, en la disparidad de sistemáticas iusinternacionalistas e iuspenalistas, a primera vista inconciliables, puesto que las primeras dimanar de fuentes consuetudinarias y las segundas estrictamente legales, y, en el campo de los sujetos, el Derecho de gentes no conoció tradicionalmente otros que los Estados, en tanto que el penal no parece admitir, por el contrario, más que los individuos físicos, secularmente ausentes de la perspectiva jurídica internacional. Por si ello fuera poco, la política y el sentimiento añaden valedores todavía más poderosos contra la gran innovación, antes que ninguno el de la soberanía nacional absoluta, eterno obstáculo erigido ante el Derecho internacional, que es más visible que en parte alguna en esta su rama punitiva, en la que el voluntarismo contradice por definición sus propias esencias.

El profesor Glaser se enfrenta en esta obra con éstas y otras dificultades, haciendo ver su posible y deseable solución en una instancia armónica y sincrética, no ecléctica, que sirva para algo más que para un alarde de vir-

tuosísimo jurídico, realizando en sí un postulado de justicia, pocas veces tan trascendental y urgente, ya que se trata, en definitiva, de dotar al Derecho internacional, indefenso durante siglos, de un instrumento supremo de coactividad penal, cuya ausencia le hizo tantas veces ilusorio y relegado a las empíreas alturas de la utopía, cuando no a las inmediateces del oportunismo político. Explicado el propósito de la nueva disciplina y su sustantividad frente al Derecho penal internacional clásico, de mero conflicto de leyes, que es materia de las consideraciones preliminares, el autor desarrolla en el capítulo primero la noción de la infracción internacional. Lo hace en su doble faceta de la actividad individual y estatal, estudiando las infracciones que tienen por sujeto activo a las personas físicas y las propias de los Estados, unas y otras en la doble posibilidad dinámica de tiempo de paz y de guerra.

Considera como infracción internacional todo hecho contrario al Derecho internacional, que para ser criminal ha de ostentar, además, un *plus* de trascendencia, el de perjudicar a los intereses internacionales de tal modo que justifique su represión penal. Noción que no es un valor constante e inmutable, sino como toda la normatividad internacional, sujeta a permanente evolución. Tampoco es menester que la norma haya sido confirmada o precisada en un tratado, pues lo internacional penal rebasa, por su propia naturaleza, los angostos límites de lo convencional. De este modo, el profesor de Lieja se coloca decididamente en un plano de consciente antipositivismo, prefiriendo a la exclusividad de las normas formales la variedad de las de índole material, sobre todo las dimanantes de la costumbre. Es esto una concesión normal en lo internacional, pero insólito en lo penal, enfrentándose ya aquí la genuinidad de ambas técnicas, pugna en la que el autor, bien que penalista profesional, no vacila en sacrificar la normatividad propia a la prevalente del Derecho internacional. El tema de las infracciones estatales en tiempo de guerra le obliga seguidamente a tratar la más grave y trascendental de todas: la guerra de agresión. Ve Glaser en la guerra agresiva la infracción-tipo del Estado, en la que la gravedad de la violación es máxima, razón por la cual su ilicitud adquiere sin más la consideración de crimen. Al precisar así, los estatutos de los tribunales militares internacional y la Comisión de Derecho internacional de la O. N. U. no han hecho más que precisar una costumbre perfectamente establecida en este punto, cuyo arranque encuentra precisamente en la alta doctrina iusnaturalista hispánica de los siglos áureos.

Intimamente relacionada con la cuestión tipológica, como complemento subjetivo obligado, es la del sujeto activo de la infracción, desarrollada ampliamente en el capítulo II bajo el triple aspecto del individuo como sujeto de Derecho internacional penal, del Estado delincuente y de la estimativa de la responsabilidad individual en los denominados «actos de Estado». Asunto ya resuelto en la doctrina iusinternacionalista moderna, la personalidad jurídica del individuo, consecuencia de la ideología personalista y democrática de ser el Estado una institución al servicio del hombre, el principal problema lo suscita aún la posibilidad de enjuiciamiento criminal de la personalidad jurídica colectiva que es el Estado mismo. Dificultad radicante, naturalmente, del lado de lo penal, en que la dogmática del individualismo ha sido desde siglos la tónica absolutamente dominante. La necesidad obliga a ello, sin embargo,

dado que multitud de infracciones criminales internacionales, entre ellas la de su tipo básico: la guerra de agresión, imponen como sujeto precisamente al Estado, por lo que pronunciarse por el tradicionalismo penal de la escueta responsabilidad individual equivaldría al impunitismo y a la confesión de imposibilidad de un Derecho internacional penal operante. Reconociendo, empero, la naturaleza artificial de la personalidad jurídica y su inadaptación a los postulados clásicos penales de la culpabilidad, por lo que resulta que la exigencia de una responsabilidad de esta especie ha de ser objetiva y no personal moral, el profesor Glaser armoniza sagazmente las dogmática extremas buscando el sujeto encarnable de la responsabilidad penal estatal en los miembros individuales y efectivamente dirigentes de los gobiernos, culpables de decidir o tolerar los actos criminales perpetrados por la ficticia y nebulosa entidad que se denomina Estado. De este modo se concilian los puntos de vista pragmáticos de la exigencia de la responsabilidad de las colectividades, rechazando, sin embargo, la bárbara concepción de la responsabilidad colectiva propiamente dicha, tan lesiva a los supremos valores ónticos del Derecho, los de justicia y culpa.

La equitativa solución sincrética tan felizmente esbozada por Glaser le obliga, en cambio, a considerar la doctrina de la responsabilidad dimanante del «acto de Estado». Concebido éste como lo hacen Funck-Brentano y Albert Sorel, de mera emanación del concepto de soberanía, como tal, omnipotente e irresponsable, claro es que toda la doctrina de la responsabilidad criminal por infracciones de tipo estatal vendría a tierra, sin beneficio alguno para el derecho; antes bien, en aras de los mejores y más seguros ideales de justicia, sacrificados a una lucubración ficticia y estéril, llamada a periclitarse, cual la de la soberanía absoluta de los Estados. La doctrina del «acto de Estado» y la de la soberanía son solidarias y, por ende, una y otra incompatibles con un Derecho internacional penal, y aun con todo Derecho internacional, pudiéramos decir, sin más aditamentos. Afirma, con razón, que los doctrinarios del «acto de Estado» hacen del Estado mismo un ídolo, opuesto, por tanto, a todos los postulados de responsabilidad y de integración jurídica de cada parte en la comunidad internacional. Afortunadamente, ni los Estatutos de los tribunales militares internacionales ni, ulteriormente, las resoluciones de la ONU han respetado su intangibilidad, haciendo posible, con su atrevida innovación, la realidad de un Derecho internacional penal.

Pese a todas las innovaciones de sistemática que la nueva disciplina impone, ello no quiere decir que la trascendental revolución signifique una total trasmutación de la dogmática jurídica existente. Con la penal tradicional, hasta cierto punto, coinciden los principios generales de la responsabilidad. El estudio de esta materia, a la vez de coordinación y de diferenciación, constituye el tema del capítulo III. En su sección primera se trata del tan debatido extremo de la legalidad de delitos y penas, es decir, la vulneración del aforismo de *nullum crimen (poena) sine lege* en la incriminación de la delincuencia internacional. Sin desconocer el hecho de tal violación la atribuye el autor a la necesaria vinculación de lo internacional penal a lo internacional más efectiva que la debida al penal interno, único espacio en que la dogmática de la legalidad estricta es válida. La posición de Glaser a este respecto es clara y ter-

minante. Estimando que el principio de la legalidad no es de aplicación general en lo internacional, considera, sin embargo, en el plano de *lege ferenda*, que en el futuro dicho derecho debiera conformarse al espíritu de tal principio. Siendo, como es, el Derecho internacional de naturaleza consuetudinaria, es evidente que el principio de legalidad apenas si tiene razón de ser en él, correspondiéndole lógicamente a estructuras de carácter legalista, como no lo es el Derecho de gentes actual, aunque es de desear lo sea el venidero.

Tras de afirmar sin rodeos el principio de la absoluta supremacía del Derecho internacional sobre el interno, conforme al orden jerárquico definitivamente logrado por la poderosa construcción kelseniana, Glaser se ocupa de dos problemas, ya que no únicos, sí de reconocida trascendencia en la especialidad internacional penal: el de la necesidad y el de la obediencia jerárquica, materia de las dos últimas secciones del capítulo.

Reacio, no sin razón, a la estimativa de la idea de la necesidad en lo internacional, por conradercir con tanta frecuencia las superiores de solidaridad, justicia y humanidad, sirviendo, en cambio, a las maquiavélicas de utilitarismo y razón de Estado, la limitación del derecho es el postulado a que debe conducir todo progreso en la materia, sustituyendo al viejo y nefasto autorismo del *omnia licere quae necessaria sunt ad finem belli*. Esto no obstante, la necesidad como excusa puede y debe ser tenida en cuenta, pero sólo reducida a los actos particulares y con las precauciones y requisitos exigibles en la sistemática penal común, es decir, de motivo de exención y nunca de justificación, dejando indeleble el carácter ilegal de la infracción en tanto que violación de las reglas del derecho objetivo.

Camino paralelo al del estado de necesidad ofrece la circunstancia o causa eventualmente eximente de la obediencia debida, que tan importante y, a veces, decisivo papel desempeña en la criminalidad internacional, la guerra notablemente. Rechaza para ella, como para la de necesidad, el privilegio de la justificación, admitiendo excepcionalmente el de inimputabilidad. De otro modo, dice, se contradecirían las esencias democráticas y el espíritu del derecho moderno, dado que una simple orden jerárquicamente acreditada destruiría y justificaría los peores atentados a los derechos individuales más sagrados. Aplauda, por consiguiente, la posición de la jurisprudencia de los tribunales internacionales en esta materia, acorde con los postulados generales del Derecho penal interno, y estima que el solo papel reservado a la obediencia debida es el que le corresponde en éste, es decir, como excepcional motivo de atenuación, o exención de la responsabilidad estrictamente personal, nunca como principio apriorístico general de justificación. Nada objeta contra la fórmula bastante feliz, en efecto, del Proyecto de Código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad, de la Comisión de la ONU, refiriendo el asunto a la eventual facultad moral de poder elegir, lo que, en definitiva, desplaza el problema al campo del estado de necesidad.

Los dos capítulos últimos de la obra, referentes a la codificación del Derecho internacional penal y a la constitución de una jurisdicción de tal especie, son preferentemente informativos, ilustrando sobre los trabajos realizados hasta el día en el seno de los organismos correspondientes, los de la Comisión de la ONU, sobre todo. Exento su estudio de consideraciones críticas,

el autor previene sobre los riesgos de una excesiva formalización de las normas a elaborar en la materia, aconsejando una cierta laxitud y discrecionalidad a la jurisdicción que sirva no solamente para llenar inevitables lagunas, sino para acomodar en su día los preceptos según el espíritu del Derecho internacional y las ideas que a la sazón lo presidan. En cuanto a la institucionalización de la justicia internacional penal, la tiene por inexcusable, siempre en base a un organismo judicial de matiz autoritario que imponga *erga omnes* sus decisiones, aun a trueque de sacrificar con ello la reaccionaria idea de la soberanía del Estado, llamada a reemplazarse por la única absoluta posible y justa: la de la soberanía del Derecho.

Completa el precioso libro del profesor de Lieja, además del corto preámbulo de presentación, del profesor Goodhart, de Oxford, un anejo documental con el texto del Estatuto de Londres, creador de los tribunales militares internacionales, así como un copioso repertorio bibliográfico e índices de materias y autores.

A. Q. R.

JESCHECK, Prof. Dr. Hans-Heinrich: «Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrech. Eine studie zu den Nürenberg Prozessen».—Rohrscheid Verlag.—Bonn, 1952.—420 páginas.

Bien conocida, y no menos explicable, la reluctancia de la ciencia jurídica alemana de primera fila a ocuparse de la temática del Derecho internacional penal ensayado en Nuremberg a expensas de personas e ideales de su pueblo, comienzan ya a aparecer estudios profundos y de voluntad objetiva en torno a tan apasionante y trascendental asunto. El más valioso de todos es, sin duda, el del joven profesor de Derecho penal de la Universidad de Friburgo, i. Br. doctor H. H. Jescheck, especializado en la materia del Derecho internacional penal, a la que ha venido dedicando frecuentes e interesantes artículos de revista y ponencias de Congresos antes y después de la que, hasta ahora, es su obra cumbre. Pese a su título, que parece hacer referencia tan sólo al problema de la responsabilidad internacional penal de los llamados «actos de Estado», se trata en rigor de un efectivo tratado de Derecho internacional penal, visto a través de la dogmática de Nuremberg, no sólo de la constitutiva del Tribunal Militar Internacional, sino del americano, que entendió de los doce procesos subsiguientes al internacional propiamente dicho.

Consta la obra reseñada de tres partes (A, B y C), en las que se desarrolla, sucesivamente, el tema a la luz de la Historia, la Dogmática y la Jurisprudencia de los tribunales norimberguenses, todo ello con el más depurado aparato de erudición, método y objetividad propio de los grandes tratados, y no de las obras de mera circunstancia. Es, ante todo y sobre todo, un estudio jurídico, en que lo político se halla en absoluto descartado, aunque no lo filosófico, imposible e inconveniente de soslayar en estudios de este género, tan indeclinablemente vinculados a las concepciones generales, el sentir y el querer de nuestro tiempo.

En la parte histórica (A) se atribuye a Beling la expresión léxica de Derecho internacional penal en Alemania, la de *Völkerstrafrecht*, diversa a la usual de Derecho penal internacional, siendo el primero parte efectiva del Derecho de gentes, en tanto que el segundo no es más que una proyección internacional de cada ordenamiento penal interno. Admitido el neologismo por gran número de tratadistas, como Von Weber, Boehmer, Sauer, Grewe y tantos más, su sustantividad e independencia respecto a lo penal local es incuestionable en teoría, aunque no lo sea tanto en la realidad, vista la inexistencia de una Comunidad internacional de la cohesión y estructura jurídica apetecible. El autor acepta el nombre, aunque sólo a título de «hipótesis de trabajo», pues se halla muy lejos de pensar que la justicia de Nuremberg haya hecho realidad sus postulados. Lo quiso, sin duda, pero hasta qué punto lo logró y en qué medida fracasó, es el tema constante de este libro, en el que trasciende una honda y generosa simpatía por la «hipótesis» de un *Ius Gentium Criminalis* que sea como la consagración definitiva de la juridicidad del proceso del Derecho de gentes tradicional, acabando con sus insuficiencias e imperfecciones.

Examina el profesor Jescheck la idea del Derecho internacional punitivo como una creación primera del espiritualismo cristiano, esbozándose en San Agustín y Santo Tomás, para adquirir mayores precisiones en los grandes

juristas teólogos españoles de los siglos XVI y XVII, en los que figura como necesaria protección de un orden ideal de comunidad efectivamente obligatorio y trascendental. La visión del príncipe juez y de la guerra como acción de justicia punitiva, ideas constantes en Vitoria y Suárez, son una lógica consecuencia de sus ideologías iusnaturalistas de unidad y universalidad. Persisten éstas a través del racionalismo laico y protestante de las generaciones ulteriores, pero a partir de Grocio tal visión de integral justicialismo que lo penal supone se ve desvanecida hasta desaparecer de la ideología operante en Europa vencida por la contraria de la absoluta soberanía, con la que es totalmente incompatible. Sólo en la mente de algunos utopistas del iluminismo, un Wolf, un Vattel, un Federico el Grande (en su *Antimaquiavelo*) o un Kant, perduran las ideas de la posible y conveniente penalización de las normas internacionales, en función de su obligatoriedad, más allá del imperativo de las singulares soberanías, pero el positivismo ochocentista aporta un nuevo golpe a tal ideología iusnaturalista al hacer del Derecho una creación exclusiva de la omnipotencia del Estado. En su marco, que es el que domina hasta la época actual, no hay espacio para el Derecho internacional penal, por cuanto que fuera del Estado no existe posibilidad alguna de estructura jurídica, y menos todavía la de carácter penal, requiriendo como inexcusable *ratio essendi* la coacción y la existencia de organismos jurisdiccionales por encima de los nacionales. En este clima ideológico y político no es de extrañar que la guerra misma no haya sido puesta en el catálogo de las infracciones criminales, respetándose aún el *ius ad bellum* como atributo indispensable de la soberanía. A lo más que se llegó, en el Reglamento de La Haya de 1907, fué a la limitación de sus prácticas mediante la creación de un *ius in bello*, cuya criminalización quedaba reservada al orden interno de cada Estado, sistema que es el que ha triunfado últimamente en las convenciones humanitarias de Ginebra de 12 de agosto de 1949, aun después de la experiencia falsamente internacionalista de Nuremberg.

La única excepción a tal estado de cosas, rebasando los lindes del estricto nacionalismo penal, fué la doctrina y aun la práctica, a lo largo del siglo XIX, de las llamadas «intervenciones por razón de humanidad», aceptadas incluso por positivistas tan consecuentes como Bluntschli, pero aunque realizadas en forma colectiva y en nombre de la Comunidad de naciones civilizadas, lo cierto es que tales actos no tuvieron nunca ni pretendieron tener carácter judicialista ni estuvieron sujetas a normas de Derecho, tratándose más bien de medidas políticas, con motivación más o menos humanitaria. Cuando en verdad se suscitó en toda su amplitud el problema de la criminalización del Derecho internacional, fué a raíz de la primera guerra mundial, si bien su realidad no se llevó a cabo, en parte por las circunstancias políticas y de hecho bien conocidas (entre ellas la no extradición del emperador alemán por parte de Holanda), pero, asimismo, por la falta de preparación ideológica de los juristas de la época. Así fracasó la estructuración del Derecho internacional penal en la Comisión de Responsabilidades de Versalles, triunfando el punto de vista tradicionalista de un Renault, aunque ya se oyeron voces favorables al contrario revolucionario, sobre todo las proferidas en igual ocasión por Larnaude y Lapradelle.

Por lo que a la guerra respecta, su incriminación, y no sólo su ilicitud,

fué obra de la doctrina y de la práctica de la entreguerra, época en que el *ius ad bellum* se quiebra definitivamente, por lo menos en su aspecto absoluto y de procedimiento normal de dirimir los conflictos internacionales. El autor estudia al detalle este proceso en su doble aspecto doctrinal y positivo, a lo largo de los trabajos de los grandes precursores, Saldaña, Pella, Politis, Bellot, Donnedieu de Vabres, Colayanni, Dumas y Roux, así como de los pactos y convenios internacionales en el seno de la Sociedad de Naciones, notablemente en el de París o Briand-Kellog, de 1929. Lo más logrado, tanto en lo sustantivo como en lo procesal orgánico, fué el Convenio sobre el terrorismo de Ginebra, en 16 de noviembre de 1937, por cuanto que se llegó a un acuerdo en la materia más ardua de todas, a la vez que más inexcusable: la de erección de un Tribunal internacional encargado de llevar a cabo judicialmente sus previsiones. El sobrevenimiento de la segunda guerra mundial impidió la realidad de tal acuerdo, que, por lo demás, sólo afectaba a un sector de la criminalidad internacional, y no a sus puntos verdaderamente esenciales, como el de la incriminación de la guerra o los atentados puramente estatales. Fué a lo largo de las hostilidades de 1939 a 1945 cuando esta decisiva evolución se encarna en normas positivas, aunque unilaterales, que culminan en el Estatuto de Londres, de 8 de agosto de 1945, creador del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y disposiciones concordantes.

La segunda parte del libro (B) se encara con la dogmática del Derecho internacional penal, estudiando sus fundamentos jurídicos a modo de un penalista que examinase no importa qué acto criminal de orden interno. Este es posiblemente el fallo doctrinal de la obra, ya que una tan trascendental y revolucionaria innovación como es la del crimen internacional, interesando a tan diversos ordenamientos jurídicos y aun a políticos y morales, no puede llevarse a cabo con el instrumental y prejuicios de una dogmática determinada, como es la penal local. El sistema seguido por Jescheck de contrastar los resultados de la nueva justicia con la normatividad preexistente, sea en lo internacional sea en lo penal, está forzosamente abocado a proclamar su ilegitimidad, como es ilegítimo, hasta por definición, todo postulado revolucionario. No queda ante éste otra disyuntiva que la de aceptarlo y, partiendo de su realidad, estructurar un orden nuevo, aun perfeccionándolo técnicamente todo lo posible, o rechazarlo de plano en nombre de una tradición preferente. No es esta segunda solución, la única lógica en un jurista de formación positivista, la escogida por el profesor de Friburgo, cuyas simpatías hacia un Derecho internacional penal desvinculado del estatismo se delatan a cada momento, y, por lo mismo, es de extrañar más su crítica de los postulados sentados en Nuremberg en nombre de los positivistas que se quieren superar. La básica cuestión para él es la referente a la jurisdicción que estima debe ser íntegramente internacional y que no lo fué la aliada de la postguerra, por cuanto que correspondía a una voluntad unilateral de cierto número de Estados, sin tener en cuenta la del sujeto pasivo, esto es, la de Alemania (página 177). Estima que tal proceder, al proyectarse en lo internacional, trastrocaría todo el orden existente, por elevar al rango de Derecho de gentes el Derecho elaborado por un grupo estatal determinado. Olvida en su crítica el autor la perfecta internacionalización de las normas de Nuremberg, si quiera fuese *a posteriori*, mediante la unánime resolución de la Asamblea ge-

neral de la ONU de 11 de diciembre de 1946, elevando a la categoría de principios de Derecho internacional los sentados en el Estatuto londinense y en la jurisprudencia de los tribunales militares.

Aparte de la cuestión jurisdiccional, examina por separado la estructura de los nuevos delitos de guerra en su triple dimensión de contra la paz, de guerra estrictos y de contra la Humanidad. Nada objeto en principio a esta tripartición, obra del Estatuto de Londres, si bien hace ver sus intrínsecas diferencias de naturaleza. Los primeros y los últimos son los verdaderamente revolucionarios, y en los que, según el autor, el Estatuto y la jurisprudencia de Nuremberg rebasaron el orden preexistente; los de guerra estrictos, en cambio, respondían a una positividad efectiva, y al incriminarlos se procedió en una correcta sistemática iusinternacionalista. No así, en su opinión, en los delitos contra la paz y contra la Humanidad, en que la incriminación, lejos de ser en nombre del Derecho internacional, lo fué en el de ocupación (*Besatzungsrecht*). Argumenta para ello con la consabida tesis de que la guerra agresiva no era un crimen, por carecer de sanción específica y por referirse su indubitada ilicitud, dentro del marco del derecho gnebrino, a los actos estatales y no a los individuales, que fueron incriminados en Nuremberg sin atender a la justificación de los primeros. Otro tanto opina, aunque no con tanta convicción, respecto a los delitos antihumanitarios, en que la intervención pudiera justificarse por razones morales y de defensa de concepciones comunitarias. Aporta como razón de no ser tampoco Derecho Internacional, sino de ocupación el aplicado en 1945, la de haberse estimado precisa la posterior promulgación de una convención especial, la del Genocidio de 1948, para prestarle efectivamente dicho carácter. En cambio, no tiene inconveniente en afirmar que los crímenes de guerra, propiamente dicho, son de puro Derecho Internacional (pág. 190), ajustados a la legalidad de La Haya, que la jurisprudencia nuremberguense amplió, prestándoles efectividad y calor de vida. Acepta incluso la innovación de estimar delictiva la acción de represalias y la aún más revolucionaria de extender la responsabilidad criminal a los autores morales y mandos que con su voluntaria omisión favorecieron la perpetración de crímenes de guerra, pues aunque sin precedentes en lo internacional, su impunitismo hubiera resultado contradictorio con la conciencia jurídico penal dominante.

En lo que toca a la filosofía y finalidad de la pena en el Derecho Internacional Penal, el autor rechaza como impropia la dogmática defensista y correccionalista, propugnando la que, reposando sobre una base de estricta culpabilidad, realice una educación psicológico-social al vigorizar los valores jurídicos internacionales (pág. 197). En el plano de la construcción técnico-penal, el autor hace ver la conveniencia de situar el delito internacional conforme a la triple estructura de la antijuridicidad, tipicidad y culpabilidad, si bien comprende las dificultades que a ello se oponen y, antes que nada, las dimanantes de la coexistencia del doble ordenamiento: el internacional y el penal local. Dicha coexistencia suscita la ineludible cuestión de rango entre las normas dimanantes de cada ordenamiento, examinándola en la perspectiva monista de Kelsen y en la dualista de von Triepel. Personalmente adopta una especie de monismo templado, en que la primacía del Derecho Internacional es reconocida sobre el local, pero sólo en lo que se refiere a relaciones entre Estados, mientras que para el individuo y para el juez es el Derecho local el primario y directamente vinculante.

La primacía absoluta de la normatividad internacional requeriría la existencia de organismos efectivamente supranacionales y, antes que ningún otro, el de los jurisdiccionales no sujetos a los ordenamientos locales. En cuanto al Derecho Natural, tercera parte en posible discordia, la dificultad fundamental estriba en dificultades de prueba que le imprimen un matiz de subjetivismo pleno de riesgos a la hora de su formulación judicialista.

El tema de la antijuridicidad reclama el examen de las causas excluyentes de la misma, tratadas demasiado someramente en sus clásicas formas de necesidad y legítima defensa, susceptibles de paralelismo con lo penal interno, pero en base a referirse a los supremos órganos del Estado. Sostiene la posibilidad de incluir entre las causas excluyentes de lo antijurídico la práctica de represalias, típicas del Derecho Internacional de guerra, admitiendo su licitud a título tan sólo de leyes imperfectas (pág. 221), sin excluir los graves peligros que tal doctrina entraña.

La cuestión de la tipicidad suscita, a su vez, la tan candente y trascendental de utilizar la dogmática de legalismo o la práctica del judicialismo, según que se prefiera el sistema europeo continental o el anglosajón de la *Common Law*. Cree factible su conciliación en vista de la tendencia marcada en la sistemática anglosajona hacia el legalismo y de la europea hacia la amplitud del arbitrario judicial. Lo que importa, sobre todo—sigue diciendo—es que se respete la esencia de lo delictivo, esto es, la culpabilidad, a lo que estima sirve mejor el tecnicismo de los tipos legalistas. Culpabilidad que, por descontado, ha de ser referida exclusivamente a lo criminal, con exclusión de sus modalidades políticas, tan decisivas en lo internacional y que tan importante papel desempeñaron en la jurisdicción de los Tribunales de la postguerra.

La participación plural en el crimen de la guerra no ofrece peculiaridades en lo internacional, salvo en la modalidad de la conspiración o *conspiracy*, que tan importante lugar ocupó en el Estatuto de Londres, aunque luego fuese disminuida y aún desconocida en la jurisprudencia. Es concepto puramente anglosajón, de vaga contextura que sólo desventajas puede suscitar en la práctica, por lo que es de desaconsejar su introducción en la dogmática internacional penal. A las razones técnicas añade la más decisiva de que su adopción puede restaurar arcaicas modalidades del crimen de «complot», tan propicias a las persecuciones políticas de signo totalitario (pág. 275).

La tercera y última parte de la obra (C), repite los tópicos de la dogmática adaptados a las realidades de la jurisprudencia norimberguense, para deducir su falta de coordinación con la legalidad, a la sazón vigente, y su ausencia de justificación internacional. Insiste en calificar su derecho de «derecho de ocupación», esforzándose en demostrar, ya en este terreno, que sus normas tampoco se ajustaron a las positivas del Reglamento de La Haya, referentes a tal extremo. No deja de ser un tanto espacioso el argumento y paradójica la pretensión de querer sujetar a las potencias ocupantes a un orden formal estricto del Reglamento de guerra terrestre, en tanto que se proclama su no carácter de vinculación, en lo material penal, respecto a los inculpados. No lo es menos el sostener que el presunto «Derecho de ocupación» careció de toda virtualidad de Derecho Internacional, en base a no ser sus órganos los propios de la Comunidad y sí únicamente de cierto número de Estados, los vencedores en la contienda. No tiene para ello en cuenta la ratificación solemne de la ya citada Asamblea Gene-

ral de la O. N. U., y que la ratificación es una forma normal y usual de crear Derecho. En cuanto a la pesimista conclusión de que habiendo sido la justicia de Nuremberg estrictamente *ad hoc*, para y contra Alemania, contradice la confesión del delegado americano Warren R. Austin ante la Asamblea General de la O. N. U. en 30 de octubre de 1946, según la cual los principios de Nuremberg vinculaban para el porvenir a todos. El que no se haya hecho así en los conflictos ulteriores, en Palestina y Corea, no es argumento convincente, constituyendo todo lo más otro alegato del tipo del *tu quoque* que con tan escasa firmeza aduce el autor.

Muy cuidada y rica reseña bibliográfica, aunque se eche de menos el estudio de algunos capitales trabajos de lengua francesa, tales como los de Craven (poco utilizados), de Dautricourt y de Stefan Glaser (en absoluto desconocidos); los de este último profesor de Lieja, sobre todo, hubiesen sido de la mayor utilidad para contrastar las tesis impunitas del de Friburgo respecto a los «actos de Estado».

A. Q. R.

KENSAKU SAITO-HARUO NISHIHARA: «Das Abgeänderte Japanische Strafgesetzbuch». (Sammlung Ausserdeutscher Strafgesetzbücher. Ed. De Gruyter & Co.—Berlín, 1954.—DM. 6,20. 37 páginas.

Como tomo 65 de la famosa Colección de Códigos extranjeros, patrocinada por el Instituto comparatista de la Universidad de Friburgo de Brisgovia, acaba de aparecer la traducción de la edición reformada del Código penal japonés, llevada a cabo con la acostumbrada introducción histórico-doctrinal por dos profesores de la Facultad nipona de Waseda. El cuerpo de dicho cuerpo legal, 25 de abril de 1907, fecha en que se promulgó derogando al primer Código penal imperial de 1880. Así como éste era de neta influencia francesa, habiendo sido redactado inclusive por un jurista francés, M. Boissonade, el de 1907 recogía más bien influencias de la ciencia alemana de la época, que son las que siguen informando su texto refundido a través de las leyes profundamente reformadoras de 12 de marzo de 1941 y 26 de octubre de 1947. La traducción actual acoge ambas reformas e incluso las menos importantes a lo largo de 1953. Según los profesores prologuistas, tales innovaciones obedecen a influjos de la sistemática angloamericana, así superpuesta a la originariamente germánica.

De proporciones extraordinariamente reducidas, de tan solo 264 párrafos (en lo que más bien parecen seguirse los modelos suizos), consta a su vez de una parte primera, dedicada a disposiciones de carácter general (incluyendo trece títulos) y una segunda, referida a infracciones concretas (en cuarenta títulos). Falta en absoluto la tercera parte tradicional, no incluyéndose, pues, la legislación de contravenciones, con lo que parece adscribirse a la novísima técnica de prescindir de éstas en los Códigos penales ordinarios a la que, dicho sea de paso, acaba de adherirse la Comisión de reforma alemana en su Primera Reunión de julio de 1954.

Aparte de las aludidas características, el Código refundido presenta novedades de algún interés. Entre otras, en la parte general, la ampliación del eventual radio de acción de la condena condicional, hasta penas de tres años, tanto de presidio como de prisión (parág. 25), la posibilidad de calificar como delito con-

tinuado la infracción que constituya varios ataques a bienes diversos o que sea medio para la ejecución de otra (parágs. 45 y ss.) y la rehabilitación uniforme a los diez años (parág. 34, a). En la parte especial es de destacar la abolición del delito de adulterio, conforme al sistema inglés de infracción puramente civil, derogándose al efecto el antiguo parágrafo 183.

Persiste en la refundición la pena de muerte, bien que limitada a los más graves atentados contra la seguridad del Estado o la vida de las personas, y nunca como pena única. En los homicidios no se sustantiviza el asesinato, aunque sí el parricidio, sin *nomen* específico, que se limita en el parágrafo 200 a la muerte de ascendientes, tanto en línea consanguínea como de afinidad. Curiosamente se prevé tan sólo una pena de multa (de hasta 1.000 yens) para el homicidio por imprudencia (parág. 210).

A. Q. R.

LEGROS, Robert: «Domain et methode du Droit Pénal International».—Separata de la «Revue de Droit Pénal et de Criminologie».—Bruselas, julio 1954. 15 páginas.

Constituye este trabajo el discurso de apertura del curso de Derecho penal comparado y Elementos de Derecho penal internacional, pronunciado el 8 de febrero de 1954 en la Universidad de Bruselas por su autor, profesor de la misma y magistrado de Namur. En el mismo se registra una actitud de moderación y realismo en un tema propicio cual ninguno a desatar la imaginación de los cielos de la utopía. Comprendiendo la trascendencia de la nueva disciplina y los progresos indudables a que está abocada en un porvenir más o menos próximo, Legros no se decide aún a dar el paso definitivo, salto más bien, del Derecho penal internacional al Internacional penal, y menos aún al interestatal. Y ello, no precisamente por falta de comprensión de la gran idea, sino por un prurito de realismo y reconocimiento de no hallarse aún madura la situación política de la comunidad para innovación de tal radicalismo. Cuando ésta, una vez, se llevó a cabo en la ocasión de Nuremberg, fué, según el autor, por imperativos de tipo de necesidad, que obligaron a improvisaciones en las que son de señalar graves lagunas. Esto no obstante, cree que la obra de Nuremberg debe ser aprobada, habiéndose acreditado como de estricta justicia, con salvaguarda de las garantías básicas a los inculpados. Su tan criticado desconocimiento del dogma del *nullum crimen sine lege* es argumento que pierde vigor si se considera que el mismo responde a un principio típicamente político interno, el del régimen de separación de poderes judicial y ejecutivo, como protección del ciudadano contra los abusos del Estado, función que, como dice muy bien el juez Legros, poco tiene que ver en una dimensión internacional de la justicia.

Prescindiendo de ese aislado ejemplo de la incriminación internacional plena, realizado en Nuremberg, el Derecho penal internacional ha de proponerse otras finalidades ordinarias más modestas, y así se define por el autor cómo la ciencia que se ocupa de resolver los problemas de orden penal que contengan uno o varios elementos de extranjería, sea en cuanto a los jueces llamados a pronunciarse en el asunto, al lugar, a la naturaleza del delito o a la persona

de la víctima o del agente». Condición esencial de dicho derecho es el de dirigirse exclusivamente a individuos, no a Estados, rechazando como demasiado atrevida e impracticable la tesis de Pella del Estado-criminal. Es la condición física individual la que determina la función jurídico penal, proyectada en lo internacional por la adición de la cualidad de extranjería. Aun en este acotado terreno del Derecho penal internacional, correspondiéndose en cierto modo con el Internacional privado, la tarea por hacer es copiosísima, señalando al efecto algunas imperfecciones del sistema belga, notablemente el judicial de no hacer mérito directo de las disposiciones contenidas en los convenios y tratados internacionales. Propugna su perfeccionamiento, por el momento en el marco de lo local, procurando una constante ampliación de las competencias en vistas a asegurar la defensa social, lo más íntegramente posible, contra la criminalidad de signo internacional. En el sistema actualmente dominante, el autor acusa un resultado contrario, puesto que la extensión de la competencia, en virtud de la aparición de un elemento de extranjería, suele llevar consigo un debilitamiento de la represión, así, sobre todo, tratándose de cuestiones extradicionales, en que la ley extranjera no se acostumbra a tomar en cuenta cuándo perjudica los intereses del refugiado, y en otros curiosos casos que cita sacados de la jurisprudencia belga.

A. Q. R.

«Los Fueros de Sepúlveda», con prólogo de Pascual Marín Pérez. Publicaciones históricas de la Excelentísima Diputación Provincial de Segovia, 1953.

El decidido y entusiástico patrocinio del profesor Marín Pérez y la feliz coyuntura de desempeñar éste en la actualidad el Gobierno Civil de Segovia, a cuya demarcación provincial corresponde la villa de Sepúlveda, han dado el enérgico impulso necesario y alcanzado el feliz término de esta inmejorable edición crítica de los fueros sepulvedanos, llevada a cabo por don Emilio Sáez y el catedrático don Rafael Gibert, con la colaboración lexicográfica de don Manuel Alvar y la geográfica y toponímica de don Atilano G. Ruiz-Zórrilla. La obra, sufragada por la Corporación provincial y prologada por el propio gobernador, catedrático de Derecho civil, marca un logro capital en la Historia del Derecho español.

Como pone de relieve el profesor Marín Pérez en el prólogo de la publicación comentada—en la que el tratamiento histórico de las fuentes y el dogmático-jurídico de las instituciones rayan a pareja altura—resultan trascendentales las conclusiones obtenidas sobre la originalidad del Fuero de Sepúlveda, así como su prioridad respecto de otros textos, como el de Cuenca que, habiendo sido considerado durante mucho tiempo fuente inspiradora de aquél, resulta ahora, en opinión de Gibert, fijación tardía y romanizada del Derecho de Sepúlveda; lo que da al presente estudio rango de aportación decisiva para la historia de nuestras fuentes jurídicas medievales.

Tanto el fuero breve latino, del siglo XI, como el extenso romanceado del siglo XIII, recogen notables preceptos penales, de interés para la especialidad de este ANUARIO.

El rudo germanismo de la época impregna los preceptos penales del ordena-

miento de Sepúlveda. Así, la desigualdad racial, religiosa y aún simplemente vecinal se manifiesta en medidas proteccionistas y de práctica impunidad en determinados casos, en favor de los abordados y de responsabilidad agravada para los extraños, exacerbada tratándose de moros y judíos, que—como excepción al sentido privado de la vindicación penal germánica, basada en reparaciones pecunarias y pérdida de la paz en los crímenes más graves—incurren fácilmente y por modo directo en pena capital, sin que sobre las ofensas que ellos recibieren recaiga análoga sanción. Así se aprecia en diversos títulos del Fuero extenso: 2. «De omne de fuera que en término de Sepúlvega caçare o taiare madera»; 3. «De omne de fuera que fiziere o matare al vezino de Sepúlvega», en que se impone pena pecuniaria al forastero que matare a sepulvedano, aun defendiéndose; 4. «Si algún rico omne o cavallero fiziere fuerça en término de Sepúlveda y alguno fiziere o lo matare, sobr' ello non peche por ende calonna ninguna»; 14. «De omne de fuera que matare omne en Sepúlvega... sea despennado o enforcado...»; 38. «Del indio que fiziere al christiano... si lo matare, muera por ello...»; 41. «Del mozo que fiziere al christiano... sil' matare, muera por ello»; 45. «...si algunos omnes de fuera fallaren arando en término de Sepúlvega qualesquier omne de Sepúlvega, que los tomen los bues y lo que les fallaren; et si los quisieren amparar, que los maten, sin callonna ninguna...»; 68. «Del mozo que con christiana fallaren... sea despennado y ella quemada...»; 71. «Del indio que con christiana fallaren... sea despennado y ella quemada...»

Junto a estas rigurosas normas, se halla alguna disposición progresiva, como la que—imponiendo un deber de cooperación—castiga con sanción pecuniaria a los que no ayudaren a sus vecinos (tit. 16) y, por lo general, se exculpa a los que no fueren «de seso» (90, etc.).

Los «delicta carnis» suelen ser descritos con el más crudo y curioso casuismo. Así se lee—en latín medieval—algún pasaje como el del tit. 186: «qui ad mamillan mulieris... vel ad vulvam acceperit, pactet ei dos mrs...»

El estudio histórico-jurídico del profesor Gibert que acompaña a esta edición de los Fueros, dedica una de sus secciones a la cuidadosa exposición sistemática del *Derecho penal* (págs. 499 a 514): Generalidades, prevención del delito; el delito; consecuencias del delito y delitos y penas.

Observa Gibert que el Fuero de Sepúlveda contiene un *Derecho penal popular*, con leves insinuaciones de *Derecho regio*, manifestadas en la típica calofía.

Según el mismo historiador, el factor *voluntad* está asegurado en el concepto del delito, inducido de varias disposiciones que, en su conjunto, integran el principio de irresponsabilidad por la muerte casual.

En materia de *sujetos*, no impera incondicionalmente el principio de *personalidad penal*, ya que se dan supuestos de *solidaridad familiar*, local y también procesal, para los fiadores, y en la zona de expansión del Fuero de Sepúlveda (Ordenes de Santiago) responde de los daños causados por el ganado el dueño del que estuviere más próximo, con la carga de la prueba de haber sido otro ganadero el causante del mal. Advierte Gibert que la mejoría de Sancho IV en el Fuero de Cuenca ordena que en adelante no se observen responsabilidades subsidiarias por hechos ajenos y que cada uno responda por sus propios actos. La condición inferior de *moros* y *judíos* se traduce en la ya aludida mayor gravedad de sus penas.

Existe una serie de *causas de justificación*, y como principal de todas, la muerte del enemigo declarado judicialmente; si lo es del Concejo, podrá ser muerto por cualquiera, y si de una familia, por los miembros de ésta. También el «marido agravado» y los parientes están facultados para dar muerte a la mujer que «fallaren faziendo alev», siempre que se matare a ambos culpables; esta *excusa*—precedente remoto del artículo 428 de nuestro actual Código—figuraba ya en la «Lex Visigothorum» (III, 4, .1) y fué conservada en el Fuero Real (IV, 7, 2) y Ordenamiento de Alcalá (XXI, 1).

La *legítima defensa* no ofrece vigoroso relieve, si bien es expresamente reconocida en algún supuesto particular (K. 79a).

Son conocidas algunas causas de *agravación*, como la *nocturnidad* en determinados delitos y la *habitualidad* y la *reincidencia* («famado por ladrón»), determinante de pena de muerte.

Responsabilidad y penalidad.—Las consecuencias ordinarias del delito son la salida por *enemigo*—que deja al reo expuesto, sin defensa, a la vindicta pública o familiar—y la *pena pecuniaria*, con excepciones, como la pena de muerte, sólo aplicable en contados supuestos, por la gravedad del delito o por incumplimiento de las pecuniarias; como segunda pena corporal, se conmina la *castración*, también por falta de pago de la pecuniaria, cuya central manifestación es el *homicidio* o *caloña*, que importa 100 metros y ha de pagarse no sólo por este delito sino, con el mismo nombre, por otros, repartiéndose por terceras partes entre el querrelloso o los parientes del muerto; los alcaldes y el señor (o rey) y el juez; al moro o judío que matare a cristiano, a más de la pena de muerte y en lugar de la caloña, se le impone la confiscación total de sus bienes. Junto a la caloña por el delito, se da el *resarcimiento*—civil—del daño, si bien ambas nociones no aparecen netamente diferenciadas.

Delitos en particular y sus penas.—El *homicidio simple* da lugar a la salida por *enemigo* y pago de *caloña*; sistema rectificado por el *Ordenamiento de Alcalá* (XXII, 2); «que cualquiera que matare a otro, aunque lo mate en pelea, que muera por ello». Sólo en *dos casos, calificados de homicidio*—cristiano por moro o judío—se impone directamente *pena de muerte*.

Las *lesiones* están sujetas a casuística tarifa pecuniaria.

Como delito contra el *honor de los hombres*, se castiga la *mesadura de la barba*. Los cometidos contra el *honor de las mujeres* cuentan, en primer lugar, el *raptó*, castigado en el Fuero con caloña y enemistad, si bien la Ley del Estilo 122 preceptúa, ya que «el rey enmienda la pena... de quien forzar muger... que muera por ello». Particularidad notable supone en esta materia la regla *Nullus tangat eum*, por la cual no se molesta al hombre que de tierra extraña viene a Sepúlveda con mujer o hija ajenas (Fl. 17); franquicia otorgada por conveniencias de atracción de pobladores que sufre atenuación en fase ulterior del Fuero de Sepúlveda.

Durísimamente, como ya quedó expresado, se pena la *cohabitación de moro o judío con cristiana*.

La *libertad personal* es tomada en consideración en dos preceptos que sancionan, respectivamente, con despeñamiento y muerte por fuego, vender cristiano por moro o darse a vender cristiano por moro.

Se protege la *morada*, castigando el *apedreamiento de casas de noche* y el *incendio de la casa*.

El hurto ordinario acarrea pena dineraria; el cometido por quien «fuere llamado ladrón», muerte en horca (K. 79).

Por último, castiga el Fuero diversas especies de *daños* en cultivos, montes, pastos y ganados.

El régimen penal del Fuero, así como el jurisdiccional y el procesal, tan estrechamente relacionado con él—como las demás secciones del esclarecido ordenamiento—, ha sido objeto del más documentado estudio en esta ejemplar tarea histórico-jurídica, de inestimable valor para historiadores y juristas.

Adolfo de Miguel GARCILÓPEZ

OLESA MUÑIDO, Francisco-Felipe: «Derecho Penal aplicable a indígenas en los Territorios españoles del Golfo de Guinea».—Instituto de Estudios Africanos.—Madrid, 1953.—448 páginas.

El largo título con que el autor se ha visto obligado a rotular su libro, entraña y supone un propósito de situar en su justo ámbito los conceptos desarrollados. Propósito que desenvuelve con claridad ejemplar a lo largo de estos 27 capítulos, en que, ante todo, se plantea los problemas que lo indígena sugiere para luego, como lógica derivación, señalar el derecho aplicable.

El planteamiento así elaborado permite a la tesis general mantenida, un rigor en la exposición y una ordenación en los conceptos que merecen previo e inicial aplauso, porque nunca como en el caso presente mereció una tan especial dedicación la figura, el concepto, del destinatario de la norma; merecimiento que ha dado lugar a este serio trabajo, donde los términos cultura, indígena y personalidad hallan enfoque certero y singular.

Queda así destacado, desde el primer momento, la razón de la especialización normativa, exigida y determinada por la elaboración de los singulares conceptos de relación entre el sujeto y los objetos circundantes, más que por la tutela de los valores jurídicos. He aquí la clave que nos dará, junto con el examen del valor cultural, la solución que precisa el ordenamiento penal para indígenas de nuestras posesiones de la Guinea.

Dejando a salvo la ortodoxa unidad del género humano con sus atributos derivados de la racionalidad conciencia y libertad, sitúa Olesa al indígena de nuestra Guinea inmerso en una cultura, distinta de la nuestra, pero por él sentida como *verdadera*; el indígena así revalorizado, como ser con personalidad y con historia, cobra calidad de sujeto de derecho, de su especial y privativo derecho, con una plenitud incompatible con la frecuente e inexacta asimilación a la figura del niño grande. Esta calificación personal especializará la norma, so pena de incurrir en el error de aplicar el mismo régimen legal a hombres de cultura fundamentalmente diversa. Este carácter de singularidad que el medio y la integración social imprimen, concluyen en la precisión de una ley para el indígena, principio que a lo largo de estas páginas se mantiene como norma orientadora desde la cruz a la data.

El Estatuto de Justicia Indígena de nuestros territorios del Golfo de Guinea, impregnado de un acusado espíritu de adecuación de la norma al ámbito, determinado en su aplicación por la noción legal de indígena, queda or-

denado y sujeto a sistema, y con él las restantes fuentes del derecho para nativos, en este libro excelente cuya necesidad práctica y doctrinal advertíamos. Orden y sistema que, como ya se ha dicho, toman como base y fundamento notas de personalización, de examen y calificación de los supuestos y condiciones que concurren en el hombre indígena, para culminar en una metódica exposición de todo el ordenamiento penal de nuestros territorios, seguramente lo mejor logrado de la obra, y sin duda fundamental a través de la cual se ilustran los capítulos dedicados al examen de las infracciones penales, tanto en sus aspectos y problemas de carácter general como particular.

No se limita a nuestros territorios, sin embargo, la amplia y seleccionada información recogida, que comprende, por el contrario, toda el África Negra, advirtiéndose un profundo conocimiento de los textos legales en ella vigentes y de la jurisprudencia que en su aplicación han motivado, siendo las instituciones analizadas en su propio marco, sin someterlas a un aislamiento territorial estanco, inconcebible ante una cultura y unos problemas que tienen, a no dudar, comunes sus rasgos fundamentales.

La sistemática adoptada corresponde a estas exigencias. La división en tres partes: 1.ª, «El ordenamiento penal»; 2.ª, «La infracción penal en sus problemas generales», y 3.ª, «Las infracciones en particular», se articula en torno a la necesidad de hallar la fuente del *ilícito penal* en el derecho para indígenas; determinar su ser, caracteres y consecuencias e individualizar después en él la estructura de cada una de estas infracciones, siendo todo ello lógica resultancia de la inicial afirmación de la *necesidad actual* de, por razones psicológicas y sociológicas, disciplinar un especial *derecho para el indígena*, que no debe ser identificado con el *derecho indígena*.

Del valor y alcance que la noción de esta *necesidad actual* tuvo en el tiempo, del que tiene hoy en el espacio subsahárico y aún de los ordenamientos jurídico-penales que han sucesivamente regido en los territorios españoles del Golfo de Guinea, obligadamente se deduce el imperativo de estudiar al sujeto que impone, en su respecto y utilidad, tal régimen de especialización jurídica, analizando los supuestos y condiciones de su noción legal, esto es, la *noción legal de indígena*, principio fundamental del derecho que ha de serle aplicable.

La estructura de este ordenamiento y el análisis de sus especiales fuentes legales es objeto de un detenido estudio, tanto en cuanto se refiere a la extensión y límites fijados a la aplicabilidad de la costumbre nativa como al estudio de la función supletoria y progresivamente modeladora del Derecho español metropolitano en el ámbito del Derecho para indígenas, cuyas características señala, sugiriendo la conveniencia del estudio y promulgación de un *Código penal especial para indígenas* con sistemática modelada en la legislación española, que recogiese las instituciones consuetudinarias reconocidas por nuestro ordenamiento, formulando los tipos penales específicamente coloniales y los preceptos derivados de la acción colonial. El paralelo estructural con el código metropolitano debe favorecer la extensión en periódicas revisiones del *Derecho español*, considerando así al derecho de *nuestra cultura*, a la Colonia.

Respecto a las características de tal Código especial, escribe el profesor Olesa «La definición de tipos debiera ser amplia y paralela a la de nuestros

tipos básicos, teniendo especial cuenta de que los más fundamentales problemas se hallan en Derecho penal para indígenas en la llamada *parte general*, en la fijación de la noción de responsabilidad y en su extinción, extensión y límites de las causas de justificación e inimputabilidad, formas de participación y fases de ejecución, pues en ellas es donde más profunda se señala la diferencia entre nuestro derecho y el nativo y más necesario resulta imponer la evolución del indígena.»

Magnífica comprobación de la verdad de este aserto y uno de los capítulos mejor logrados es el estudio criminológico sobre los territorios de Guinea, especialmente en cuanto hace referencia a la delincuencia específicamente nativa. Agil y certeramente son individualizados los factores criminógenos mientras se va perfilando un ambiente que se revela en sí mismo como causa y exponente de criminalidad.

No obstante, y mientras no sea promulgado el deseable Código especial para indígenas, es *norma de derecho aplicable* a éstos, según el capítulo III del Estatuto de Justicia Indígena de 1938, en primer lugar, la *costumbre*, condicionando tal vigencia a su no oposición al orden público; los principios de la moral o a la sección civilizadora del Estado, por lo que el ordenamiento nativo queda, auaque con limitaciones, reconocido, y en tal concepto el *Derecho indígena* es fuente del derecho para indígenas.

Ello exige, y ampliamente queda cumplida en la obra que comentamos tal exigencia, saber que entiende y cómo siente el indígena las nociones de licitud e ilicitud; comprobar si ha estructurado un concepto de infracción penal, y en caso afirmativo compararlo con el que viene dado por nuestra legislación modeladora y deducir su compatibilidad o incompatibilidad con el orden público, la moral y la acción civilizadora del Estado, para concluir si tiene o no el carácter de principio aplicable.

De este análisis, reproducido en cuantos conceptos constituyen la estructura de nuestra noción de infracción penal y de su consecuencia conminada, la pena (es de notar que en Derecho indígena no existe correlación entre conminación y punibilidad), deduce Olesa que las mayores diferencias observadas exceden de lo puramente jurídico, y aún de lo moral, para referirse a los fundamentos ontológicos: es en la distinta concepción del ser y del principio de realidad donde son apreciadas las más irreductibles diferencias que impiden, por ejemplo, aplicar en el derecho para nativos la concepción indígena de la relación de causalidad, la culpabilidad o la autoría, y cuya transcendencia forma el auténtico telón de fondo de la motivación del delito en el nativo.

Por ello, el Derecho penal aplicable a indígenas de nuestros territorios va formándose rechazando unas instituciones indígenas, valorando otras, modelando el conjunto en el Derecho metropolitano y expresando este conflicto en una relativamente copiosa jurisprudencia de su Tribunal Superior, con poder vinculante sobre los de rango inferior explícitamente reconocido en el Estatuto orgánico, que Olesa meticolosamente recoge y comenta por vez primera, mereciendo por este solo hecho toda clase de elogios.

Cierra la segunda parte un estudio penológico sobre la conveniencia de las diversas penas y medidas de seguridad en el derecho que se destina al nativo, partiendo de la naturaleza y fin asignados a la pena en la concepción y Derecho indígena.

La tercera y última parte, destinada al comentario de las infracciones en particular, queda íntimamente vinculada en sus métodos de investigación y exposición a lo ya dicho. Cada infracción viene analizada en la visión nativa y estructurada en el Derecho para indígenas a través de la legislación aplicable y jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia Indígena de nuestros territorios, con amplia referencia a los restantes textos legales y jurisprudencia africanos, destacando las mutaciones producidas en los campos de la normatividad y culpabilidad por la legislación especial y la realidad psicológica y sociológica indígena, siendo de particular interés los problemas que suscitan la acusación y denuncia falsas, la apropiación de cosa perdida, la profanación de cadáveres y las infracciones contra la familia o contra el sentimiento del honor o de la honestidad, y a aquellas otras que como la antropofagia, el homicidio antropofágico o la de artes mágicas son específicamente indígenas o que adquieren en el ámbito criminológico de nuestros territorios especial importancia, como el envenenamiento.

Ha constituido el libro del profesor Olesa Muñido una magistral estructuración sistemática y una singular y valiosa aportación para el conocimiento de la legislación penal aplicable a indígenas; pero, sobre todo, este libro significa el más serio intento de calificación del hombre y de la cultura indígenas con proyección jurídica escrito, por lo menos, en castellano.

Octavio PÉREZ-VITORIA
Catedrático de Derecho Penal en
la Universidad de Barcelona.

PETTOELLO MANTOVANI, Luciano.—«Il concetto ontologico del reato. Struttura generale. La colpa». Dott. A. Giuffré, editore.—Milano, 1954.—248 páginas.

Los grandes problemas metafísicos del Derecho penal sobre el concepto ontológico del delito, concerniente a su estructura general y a la culpabilidad, son vistos y analizados, en todos sus detalles, en un prefacio, que toma como punto de partida, la necesidad de contraponer la afirmación, honradamente meditada, de la real estructura en el modo de actuar el reo, y de desenvolverse el crimen y la delincuencia en sentido ontológico, a la concepción valorativa antigua de la dirección metodológica y disciplina general en las investigaciones tradicionales en materia punitiva, hasta agotar la cuestión planteada que venía cimentándose en el elemento psicológico informador del dolo y de la culpa. Recurre Pettoello Mantovani a precisar y esclarecer, al comienzo de sus investigaciones, que el vocablo *Ontología*, que trata de los entes en general, adquiriendo la categoría de ciencia sustantiva con autonomía propia, no significa *naturalismo*, ni es contraria a la noción mecanizadora causal a que responde el naturalismo, que al ser aportado a las disciplinas penales, viene a reforzar el elemento de valoración, compenetrándose con los conceptos básicos que fundamentan y sostienen las acciones humanas, ya que no se trata de seccionar la voluntad infractora del Derecho como un dato amorfo e inanimado, sino cogerla e introducirla en toda su plenitud, cual única premisa de la indagación jurídica; y en este sentido, los estudios deben ser considerados en

sus múltiples manifestaciones, no sólo en razón de la importancia que revisten, comúnmente conferida a la pura ciencia jurídica, al derecho puro en sí mismo, que sirve de puntal a la constitución de los presupuestos filosóficos, sí que también perfila y da realce a la enseñanza en el curso del trabajo encaminado a la busca psicológica, comprendiendo también el alcance de la crítica respecto de la teoría finalística penal, que sin separarse de la común concepción valorativa lógica, en orden al comportamiento social, conducta criminosa, dolo, culpa o negligencia disperse la propia ontología, fase útil y necesaria en conceptos abstractos filosóficos. Toda indagación en sentido ontológico, sin dejar de apartarse de las reglas filosóficas, representa y constituye una metodología, que tiene por base de su estudio el dato experimental tomado de la naturaleza, apoyando como técnica de las indagaciones la necesidad de contrarrestar las teorías filosóficas que, en nuestro tiempo, elaboran constantemente diversos conceptos doctrinales, y, sobre todo, después de la crisis del idealismo trascendente y del racionalismo; el pensamiento moderno, trastornado por el estudio de la realidad natural e histórica, descuidando hasta el problema de los valores culturales y de los principios que determinan su trascendencia, trae a la mente del autor del libro que leemos, los nombres de Husserl, creador de la fenomenología; Heidegger, del existencialismo, y Hartmann que, destacándose dentro de la escuela fenomenológica, presta a su propia tesis un señalamiento particularísimo. No olvida el papel preponderante que sobre las bases de los principios cristianos, inició la investigación del dato ontológico, y la esencia de un método peculiar que tuvo su enseñanza y aplicación en el Estudio Católico de Milán, que no en vano juntó las doctrinas del espiritualismo cristiano, con el existencialismo de Gabriel Marcel.

En suma, el delito debe ser descrito en su estructura ontológica, como esencia que se presenta y anuncia ante nosotros a modo de *dato* con cualidad propia, y claramente distinto de calificaciones inventadas por los hombres. Los numerosos problemas que plantea, son dilucidados, en la parte primera del libro que anotamos, bajo el título de «Estructura general», dividido en tres capítulos: En el capítulo primero, que se intitula «Indagación crítica de la doctrina tradicional», aborda cuestiones tan capitales como el concepto deontológico del delito, prefiriendo el autor la expresión *deontológica* y *deontología* a la de *normativo* y *normativismo*, con lo cual si designamos una doctrina aceptada, envuelve la teoría completamente diversa de las tendencias que de contrario atribuye a sus adversarios en el terreno científico, y desde luego se vale de semejantes términos para esclarecer las contraposiciones que con relación al concepto ontológico se han sostenido. A continuación analiza los dos aspectos de la tendencia *deontológica*. En su primer aspecto, la restricción del elemento psíquico en sus proximidades con la calificación jurídica. En el segundo aspecto, la objetividad del dolo y de la culpa, para entrar de lleno en la crítica del concepto de la acción, vista en su elemento material (escuela clásica) y en el hecho antijurídico (doctrina alemana). Viene después la fijación acerca de la exactitud e inexactitud sobre el concepto del dolo y de la culpa; esta última apreciada como la no volición de elementos, y el dolo, por el contrario, como la volición del mismo. Termina esta investigación con el examen de la concepción teleológica de Bettiol que, manteniéndose dentro del pensamiento puro en el ámbito de la dogmática de Beling, prescinde de la construcción sistemática del delito, en el que su único

y exclusivo dato psíquico o nota característica reveladora que lo distingue y también en el caso de mostrarse contrario al derecho, presenta una notable importancia como requerimiento primordial al estudio del elemento humano que entra a formar parte integrante del acto antijurídico.

En los capítulos segundo y tercero, se estudian las indagaciones críticas de la teoría finalista y el concepto ontológico del delito, a través de su premisa metodológica; la acción humana voluntaria; naturaleza de la misma desde el punto de vista filosófico y desde el de la psicología experimental; estructura de la acción voluntaria; la acción de reprobación en el dolo y en la culpa, basada en el concepto ontológico del delito.

La segunda parte consta de tres capítulos, dedicados al concepto de la culpa, expuesto en las tesis de Alimena, Brusa y Stoppato y de Engisch. El capítulo segundo de esta parte contiene una acertada crítica del dolo indirecto y de la culpa consciente, sintetizando las doctrinas corrientes que llegan a producir el mismo resultado: en unos casos confundiendo la previsión del evento con el dolo eventual, y en otros, cae de lleno en la culpa inconsciente y entre ambos se interpone la culpa con previsión.

Finaliza el documentado libro con el análisis de la preterintencionalidad, o delito preterintencional, concretado, según varios autores, en mixto de dolo y culpa. Asimismo se estudian la *aberratio ictus ad aberratio delicti*, el delito con doble resultado, y el elemento subjetivo en las contravenciones, problema jurídico este último que guarda estrecha relación con el elemento psicológico en que descansa la punición.

D. M.

SALVAGNO CAMPOS, Doctor Carlos: «Homicidio».—Oficina de Apuntes del Centro de Estudiantes de Derecho.—Montevideo, s. d.—443 páginas.

Es el estudio de la parte especial del Derecho penal terreno notoriamente descuidado por la doctrina, siendo así que en la tipología concreta de los delitos es donde en realidad se llevan a cabo hasta agotarse todas las posibilidades conceptuales genéricas, las que, sin esa referencia, adolecen frecuentemente de esquematismo desvitalizado. Por lo mismo son de apreciar monografías del estilo de la que aquí se reseña, fruto de las lecciones de cátedra en el curso de 1950 del profesor de Derecho penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo, doctor Carlos Salvagno Campos. Siguiendo una orientación constante en la ciencia uruguaya, marcada sobre todo por su maestro Irureta Goyena, enfoca preferentemente sus trabajos sobre la realidad viva de la parte especial. Su nuevo libro, aunque en forma de apuntes y con los inevitables defectos metodológicos de este género de obras, en que el aparato bibliográfico y aún las normas de sistemática han de sacrificarse a la claridad expositiva, constituye una aportación valiosísima al tema. El del homicidio, en su más vasta acepción, es ciertamente uno de los más idóneos para desarrollar, por así decirlo, una integral teoría jurídico-penal en torno suyo. Así lo hizo, en su día, de modo insuperable, el gran Ferri, vista la multitud de facetas de todo orden que el acto escueto de matar a un hombre provoca en el campo del derecho, y en el libro del profesor uruguayo, como en el del italiano, se proyecta asimismo todo el

Derecho penal sobre la indidencia homicida, que es otra vez una feliz disculpa científica para explanar en el terreno firme de la concreción típica sus doctrinas generales, tanto penales como criminológicas.

No es de extrañar, después de lo dicho, que en la multitud de definiciones del homicidio, el doctor Salvagno opte por las de morfología simplista, eludiendo lo que con razón estima círculos viciosos y pleonasmos inútiles, inevitables, por lo demás, en las definiciones que hacen intervenir elementos genéricos de injusticia, intencionalidad, etc. Cuando se define el homicidio—dice—se lo hace en el sentido de delito, y hablar de «delito ilícito» es una redundancia (página 6). En todo caso se pronuncia por el elemento de la inexcusabilidad, preferible al de ilicitud o ilegitimidad, pues la presencia de causas exculpatorias, incluso la de legítima defensa, no atribuye jamás un derecho a matar, aunque excuse al autor de la muerte. La punibilidad queda así caracterizada como esencia jurídica del delito de homicidio, definido como «la muerte legalmente punible de un hombre, causada por un acto del hombre» (pág. 10).

Tras de un distinguo más ingenioso y sutil que convincente, entre derecho de la vida y derecho a la vida, sitúa el bien jurídico tutelado por el homicidio en el primero de tales derechos, y pasa a tratar de la forma más grave y problemática de dicho delito, la de parricidio. Propone para el mismo, vista la extensión objetiva de esta figura, el neologismo un tanto barroco de «parenticidio», y combate con muy buenas razones la prevalencia de la normatividad formal civilista con que se construye el tipo en el artículo 311, pár. 10 del Código penal uruguayo, como en la mayoría de los que, nominada o inominadamente se reconoce la variedad agravada del homicidio parental. Formalismo civil que está en pugna con las realidades de la vida, norma suprema en lo penal, insistiendo el autor en la anomalía que supone, penalmente hablando, la no inclusión en el tipo de la muerte del hijo natural no reconocido, y la de incluir, en cambio, la condición conyugal meramente formal, aunque los cónyuges ni siquiera se conocieron, por haberse casado por poder. Con todo y con eso, su atrevido propósito de *lege condendo*, de recoger en el tipo el concubinato *more uxorio* (pág. 21), parece un tanto excesiva. Más sencillo sería segregarse del parricidio el uxoricidio, modalidad criminal con personalidad genuina y problemática propia en poco o en nada asimilable al parricidio de sangre. En lo que atañe al arduo problema de la comunicabilidad, pronúnciase por ella en un sentido relativo, el de Carrara y del art. 52 del Código uruguayo, esto es, en el supuesto de que el *extraneus* tuviere conocimiento de la condición del agente y la misma facilitare la ejecución del hecho (pág. 36).

El estudio del sujeto pasivo de la infracción homicida obliga al autor a considerar la eventualidad del delito imposible, aceptando la tesis ferriana, recogida en la ley uruguaya, de no ser susceptible de pena, pero sí de medida de seguridad, al denotar el acto una clara peligrosidad por parte del frustrado homicida (pág. 50). El mismo índice de la peligrosidad le sirve para resolver las dificultades dimanantes de la presencia de concausas en el evento (pág. 97).

En sendos densos capítulos trata el autor de otras variedades homicidas, agravadas unas, como el envenenamiento, el de estragos, el premeditado, el alevoso, el reincidente, el motivado por brutal ferocidad o con grave sevicia, y el latrocinio, versión de nuestro delito complejo de robo con homicidio; atenuadas y aún exculpadas otras, como el de en legítima defensa, el pasional en adulterio,

el altruista, el infanticida y el piadoso consentido. En casi todos estos estudios se mantiene una posición original y generosa, notablemente en materia de eutanasia, pero con clara prevalencia de las consideraciones sociológicas y psicológicas sobre las estrictamente jurídicas. En lo tocante a éstas son de destacar las diferenciaciones entre dolo y culpa y la situación de una zona intermedia denominada por el autor, como por la legislación y doctrina de su país, «ultra-intencionalidad» (pág. 146), correspondiente al tipo alemán de las lesiones ocasionantes de muerte, cuestión tan pródiga en problemas cuya complejidad no cabría en los límites de una recensión.

A. Q. R.

SPINA, Doctor Pedro Angel: «La naturaleza de la contravención».—Dirección General de Publicidad de la Universidad Nacional de Córdoba (República Argentina.—1954.—39 páginas.

Constituye esta interesante monografía, debida a la pluma del ilustre vicerrector de la Universidad de Córdoba, una lograda aportación a la búsqueda de un criterio de diferenciación entre el delito y la contravención, tan afanosamente tratado de encontrar por los juristas, ya desde tiempo de Ulpiano.

Comienza el autor examinando la cuestión desde los puntos de vista histórico y doctrinal, dedicando especial atención, desde el último de los aspectos indicados, a las posiciones de Mancini, Zenardelli, Lucchini, Impallomeni, Florián, Carnevale, Manzini, Rocco, Ferri, etc. Sigue un interesante estudio crítico de las distintas teorías propuestas para establecer la distinción (naturaleza del bien jurídico tutelado, resultado, diferente gravedad, etc.), finalizando con la exposición del punto de vista del autor.

Desde un punto de vista ontológico encuentra la diferencia en que, mientras el delito «debe ser una ofensa a un derecho de tal jerarquía que su destrucción, lesión o simple exposición al peligro concreto debe causar un daño social», la contravención, por el contrario, «debe configurarse cuando por debajo del campo de los delitos se cause una ofensa a derechos secundarios o bien a condiciones de protección mediata de derechos primarios o las condiciones que tiendan a procurar la prosperidad». Desde el punto de vista de la ley positiva sostiene que no hay posibilidad de encontrar diferencia alguna entre delito y contravención; pero entiende que el legislador debe atenerse a la diferenciación anteriormente señalada, sin la cual será ontológicamente imposible señalar una diferenciación entre ambas infracciones, al menos válida para todos los casos.

C. C. H.

VALDES SANTO TOMAS, Eduardo: «Elementos de Antropología Penitenciaria».—Ediciones de la Escuela Penitenciaria Nacional.—La Habana, 1954.—239 páginas.

Está escrito este interesante y documentado trabajo con propósitos didácticos y destinado a los alumnos de la «Escuela Penitenciaria Nacional» de la República de Cuba, de la que es profesor el autor.

Cónsta la obra de un prefacio y nueve capítulos, precedidos de un prólogo del Secretario del Consejo de Dirección de la Prisión de La Habana, también profesor de la Escuela Penitenciaria, Miguel A. D'Estéfano.

El capítulo primero está dedicado al estudio de la ejecución de la sanción. En el segundo capítulo se examinan las cuestiones referentes a la dirección de los establecimientos penitenciarios, distinguiendo entre la dirección administrativa y la técnica y dedicando especial atención a los problemas referentes a la individualización y sus diferentes aspectos. Los capítulos tercero, cuarto y quinto están dedicados al estudio del «Expediente técnico» desde los aspectos sociológicos, penal, médico-psicológico, cultural, ocupacional y disciplinario. La «Clasificación penitenciaria» es objeto de estudio en los capítulos sexto (La Agrupación) y séptimo (La graduación). Los dos últimos capítulos, octavo y noveno, están dedicados al «régimen disciplinario», estudiándose en ellos, magníficamente, las recompensas y las acciones.

En resumen, se trata de un moderno y bien meditado manual de Derecho penitenciario, que presencia el especial interés de estar escrito por un médico especializado en estos problemas (ya que además de ser, como ya hemos indicado, profesor de la Escuela Penitenciaria, es presidente del Consejo de Dirección de la prisión de La Habana), que incorpora, con la autoridad de su experiencia, nuevos puntos de vista en algunas de las cuestiones objeto de su trabajo.

Tiene razón el Director de la Escuela Penitenciaria, José M. Rubier Rodríguez, cuando, comentando esta obra, dice que realizando plenamente sus finalidades didácticas, no se limita a cumplir este cometido y «ofrece una ilustración complementaria que la extrabasa del marco limitado de su propósito específico, para llenar otras necesidades en el campo cada vez más complejo de las doctrinas que nutren el penitenciarismo actual».

C. C. H.

VEALE, F. J. P.: «El crimen de Nuremberg».—Abr.—Barcelona, 1954.—403 páginas.

El título del original inglés de esta obra, *Advance to Barbarism*, responde mejor sin duda a su contenido que el de la traducción española. No se limita, en efecto, a tratar del juicio del Tribunal Militar Internacional de 1945, abarcando otras muchas perspectivas de la guerra moderna y antigua que nada tienen que ver con la jurisprudencia nuremberguense. La tesis del autor es que con el enjuiciamiento de los criminales de guerra, en vez de lograrse un primer ensayo de justicia internacional penal, como suele generalmente reconocerse entre los jusinternacionalistas, lo que se hizo fué marcar una regresión hacia las prácticas primitivas de inmoliación de prisioneros. Retroceso súbito y «bárbaro» en un largo camino de humanización que era justo motivo de orgullo para la civilización moderna y que tanto costó lograr para ir despojando al hecho bélico de su crueldad primitiva. No es Nuremberg ciertamente la única muestra de tal fenómeno lamentable de regresión a la barbarie, hallándose sus pródromos más significativos en la llamada «guerra total», cuyo tipo ha sido la de 1939 a 1945 en su climax del bombardeo aéreo de Dresden por las fuerzas aliadas

en la noche de 13 de febrero de 1945. Usando y abusando de los paralelismos históricos más remotos e incongruentes, como son las matanzas de prisioneros por los reyes asirios y los exterminios de las guerras bíblicas, el autor pretende asimilaciones que no ofrecen el más ligero punto de apoyo en su justificación moral o histórica. Para él la «guerra civilizada» es la que responde a normas de caballería pseudo-romántica del tipo de la anglo-francesa en que el príncipe Negro capturó al rey Juan de Francia o de la simbolizada en la famosa y asandereada sonrisa de Spinola en «La rendición de Breda», de Velázquez, cuya reproducción, por cierto, se aporta en la lámina del frontispicio junto a la fotografía del mariscal Jodl, ahorcado en Nuremberg, una y otra bajo los lacónicos y tendenciosos rótulos: «antes» y «ahora». En torno a estos y parecidos tópicos, esgrimidos con apasionada pluma, se olvidan premisas importantísimas sin las cuales es natural que las conclusiones resulten falsas y tendenciosas. Las «guerras civilizadas» añoradas por el autor con una visión romántica y trasnochada de la Historia, a lo Walter Scott, fueron harto más criminales que las totales de hoy, en sus procedimientos al menos, y si no lograron las destrucciones en masa tan deplorables como las de éstas no fué seguramente por humanitarismo, sino por obvias deficiencias técnicas para ello. Las sonrisas y *beau gestes*, de otra parte, quedaban reservadas para los reyes y generales, mientras que a las poblaciones y soldados se reservaba el aniquilamiento o la servidumbre para lucrarse con su rescate. Nada resultaría más aleccionador y justo que añadir a las láminas del libro las de los grabados de Callot sobre la Guerra de los Treinta Años o los de Goya, referentes a la Invasión Napoleónica de España. Lo que sí sucedía es que entonces, y en rigor hasta las últimas guerras mundiales del siglo xx, el guerrear se consideró un modo normal de hacer política, cuando no un noble deporte de los soberanos, adornados sus horrores con las más preciosas y engañosas galas retóricas. Concluido el conflicto y todavía humeantes las ruinas de los pueblos e insepultos los cadáveres de sus víctimas inocentes, los poetas cantaban a los vencedores y éstos, considerados cumplidos sus objetivos, acostumbraban a reunirse con los jefes vencidos celebrando sus proezas en ditirambos y finezas ante la mesa de un Congreso, tan bien provista y lujosa como la del de Viena, prototipo de epílogo a las «civilizadas» guerras napoleónicas. Ello sin perjuicio, naturalmente, de volver a empezar en la primera ocasión propicia, para renovar laureles o conquistarlos nuevos. Todo esto que puede parecer hermoso a espíritus simplistas y cegados por amor al pasado, cuando no al caduco presente totalitarismo vencido en 1945, como parece ser el caso del autor de este libro, ha periclitado definitivamente en las horcas de Nuremberg. Ahora bien, ¿ha de computarse esto como una regresión o como un avance? Prescindiendo de los particularísimos gustos históricos o políticos del juzgador, la innovación de 1945 es incuestionable que responde a una concepción nueva de la juridicidad internacional: la de la «guerra-crímen», sustituyendo a la de «guerra-instrumento político», como ésta, a su vez, había suplantado a la de «guerra-deporte». Profundamente arraigado en el sentir y pensar actuales la idea de la criminalidad de la guerra, que venía gestándose a través de los clásicos conceptos del *bellum iustum* de los mejores teólogos, su corolario inmediato había de ser el de la exigencia de sus responsabilidades en vía criminal, con jueces y con horcas en vez de banquetes y florituras.

Salvado este primer y en cierto modo definitivo escollo crítico del libro de Veale, de carácter, por decirlo así, histórico-sentimental más que jurídico, sucédense en él las bien conocidas diatribas, no muy sistematizadas, contra la gran experiencia de 1945. Adúscense en su contra los ya clásicos argumentos de haber usado de la retroactividad, de no respetar la imparcialidad judicial y, sobre todo, el *del tu quoque*, referido a la presunta culpabilidad de los improvisados juzgadores. Todos ellos, de otra parte, aducidos en un plano más polémico que científico, plenos de pasión y de contextura periodística, que difícilmente pueden hacer mella en juristas de formación suficiente, en lo penal y en lo internacional.

El argumento de la irretroactividad de la ley penal y su paralelo del dogma de *nullum crimen sine lege*, desconoce la realidad sobradamente conocida de la inexistencia de un Derecho Internacional Penal en la coyuntura histórica de 1945, habiendo sido menester forjarlo ante la apremiante necesidad del caso y las exigencias ineludibles de la conciencia universal. En la disyuntiva de oponerse al clamor justicialista del orbe consagrando una vez más el impunitismo de los crímenes perpetrados o vulnerar de momento vagas entelequias jurídicas, válidas, por lo demás, sólo para el orden penal interno, no de todos, sino de algunos sistemas nacionales (el principio del dogmatismo legalista es desconocido en los mundos anglosajón, ruso-soviético y penal eclesástico), los dirigentes de la Comunidad internacional optaron por erigir un nuevo Derecho Internacional Penal en la medida de lo entonces posible, dada la carencia absoluta de dogmática adecuada. Pudo haber y hubo sin duda errores e insuficiencias, inherentes a todo lo improvisado y empírico, pero aun así, la realidad de un Derecho es siempre preferible a su ausencia y plenitud de anarquía, como fué el caso en la tradición ancestral del Derecho de gentes.

En cuanto a la parcialidad dimanante del hecho de erigirse las partes en jueces, la censura es más aparente que real, pues si bien es cierto que juzgaron los vencedores, no lo es menos que ellos son siempre los llamados a juzgar, en lo internacional como en lo interno, imperfección inevitable por ser inherente en cierto modo a la ya sabida imperfecta justicia humana. En todo juicio hay una operación axiológica en nombre de valores triunfantes y en cuya afirmación participa el juez. Así los componentes de un Tribunal que condena al ladrón creen sin duda en la licitud de la propiedad privada, y los que juzgan al bigamo son partidarios de la monogamia y no del amor libre... Toda justicia es de vencedores, y si los que se sientan en el banquillo hubiesen triunfado, es claro que los papeles de juzgador y juzgado quedarían *ipso facto* trastrocados. Hacer de ello un argumento contra Nuremberg vale tanto, en definitiva, como esgrimirlo contra el Derecho Internacional Penal y aún contra el penal interno, reproduciendo las consignas de la más pura acracia.

En el planteamiento de la justicia de Nuremberg, aunque originariamente interviniesen tan sólo de un modo directo e inmediato las cuatro grandes potencias triunfantes, éstas ostentaban una tácita representación de la Comunidad internacional y aun del sentir colectivo universal. La mejor prueba de ello y de que no se usurpó en tal ocasión esa conciencia en favor de concepciones unilaterales, lo constituye el voto unánime de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 11 de diciembre de 1946, elevando a la jerarquía de principios de

Derecho Internacional los sentados en el Estatuto y jurisprudencia norimberguenses.

En lo que atañe al alegato del *tu quoque* clásico o del ¡y *tú más!* arraballero, en esencia idénticos, ofrece únicamente un valor circunstancial. Pudieron algunos de los países a que los jueces pertenecían haber cometido actos criminales semejantes a los inculcados, sobre todo remontándose, como hace el autor del libro a episodios bélicos pretéritos, pero semejantes precedentes no invalidan la rectitud del procedimiento presente. La extensión del mal y su perduración no puede ser motivo de que se prolongue indefinidamente; antes bien debe ser acicate para que, siquiera una vez, se combata y se venza. Por lo demás, en un fenómeno tan complejo y fuente fatal de tantos males como es la guerra, su desencadenamiento es crimen de tal magnitud que todos los horrores dimanantes del mismo deben ser computados a la responsabilidad de los autores principales y primarios del mismo. Por eso es un triste sofisma el tópico tan repetido por Veale de que «es criminal perder una guerra», pues lo que es criminal verdaderamente es desencadenarla, aunque por tristes insuficiencias de la humana justicia sólo sea efectivamente justificable el que habiéndolo hecho así resulte vencido en la contienda. Su frase, pues, para ser justa, habría de completarse por la de que «es criminal desencadenar una guerra y perderla», lo que cambia notablemente el aspecto de la cuestión.

A. Q. R.

REVISTA DE REVISTAS

ALEMANIA

Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft

Berlin. De Gruyter, 1954. Band 66. Heft II.

Se da cuenta en el encabezamiento del número de la composición de la nueva Comisión de reforma del Código penal alemán, figurando entre sus miembros los profesores Bockelmann, Galas, Jescheck, Lange, Mezger, Eb. Schmidt y Welzel.

E. MEZGER HORST-SCHROEDER: «DIE VEREINHEITLICHUNG DER STRAFÉ UND DER SICHERNDEN MASSNAHMEN» («La unificación de las penas y medidas de seguridad»).

Fueron ambos trabajos aportación de sus autores al cuestionario sobre el mismo tema inserto en el VI Congreso de la Asociación Internacional de Derecho penal, celebrado en Roma, en octubre de 1953.

En la ponencia del profesor E. Mezger se fijan de un modo claro y definitivo algunas posiciones doctrinales que no habían tenido ocasión de afirmarse de modo tan rotundo en sus bien conocidos tratados y manuales. La pena, dice, distínguese de la medida de seguridad no sólo en presuponer siempre un delito anterior, sino en ser precisamente una reacción contra él mismo, correspondiéndose íntimamente con él. La naturaleza de la pena, de otra parte, es exclusivamente jurídica (*rechtlich*), tanto si se la atribuye una esencia de retribución como si se prefiere prescindir de tal contenido, pues en todo caso se ha de referir necesariamente a un acaecimiento pasado. En cuanto a la medida de seguridad, aun exigiendo en su aplicación un acto criminal previo, mira siempre su ejecución al futuro, con la finalidad pragmática de precaver nuevas infracciones dimanantes del sujeto a que se aplican.

Situadas así las premisas diferenciales en que se asientan los conceptos dogmáticos de pena y medida de seguridad, la posibilidad de su fusión, pretendidamente fundada en la común finalidad, suscita diversos problemas que Mezger cree son esencialmente de política criminal. No objetando a esa comunidad de fines como punto de partida igualitario, hace ver, sin embargo, que los medios y formas de llevarse a cabo tal objetivo de defensa resultan fundamentalmente diversos en ambos institutos. El de la pena, en efecto, opera sobre postulados de prevención general, sociológicos y penológicos situados comúnmente en un plano de estricta individualidad, con naturaleza específicamente jurídica y, como tal, subordinada a un ideal último de Justicia. La medida de seguridad,

en cambio, toma en consideración valores de humanitarismo que suelen ser de matiz práctico, como el fin utilitario de la resocialización del sujeto.

Pasando de las consideraciones de índole general a las que suscitan las medidas concretas aplicables, el autor pasa sucinta revista a las principales conocidas en la sistemática alemana, pues entiende, con razón, que es imposible dar una solución genérica y apriorística al problema de la unificación, ostentando cada medida de seguridad naturaleza y características singulares que desafían todo intento fructífero de unidad conceptual. En materia de menores (entendiendo por tales a los mayores de catorce años) tiene por prematura y arriesgada la afirmación, por lo demás tan prodigada en Alemania y fuera de ella, que el delincuente infantil o juvenil se haya emancipado del Derecho penal. La mayoría de las llamadas «medidas» que les son aplicables son verdaderas penas, cualesquiera que sea el nombre que se arbitre caprichosamente para designarlas; es más, en sentir del maestro de Munich, no deben de perder el carácter de tales cuando, como es corriente, responden a un acto criminal previamente perpetrado. Pues la pena, dice, no deja de tener ese carácter por asignarla, «además», una finalidad educativa, siendo, por el contrario, un medio educativo insustituible. Ha de servir, ante todo, para hacer ver al culpable que se le aplica por haber delinquido, operando así en la conocida doble proyección de prevención general y especial, como la pena dedicada a los delincuentes mayores de edad. La unificación, por lo tanto, resultaría improcedente en la materia, lo cual no implica que, aun la pena misma, requiera forma específica de aplicación y ejecución tratándose de menores, en los que el sistema de individualización ha de ser sumamente exquisito.

Por lo que respecta a los enfermos mentales (en cuya noción rechaza Mezger, como es bien sabido, las situaciones intermedias, pronunciándose con Kur Schneider por la exigencia de la efectividad de un proceso somáticamente morboso); la unificación entre pena y medida de seguridad es posible y deseable, fundiéndose en verdad la primera en la segunda por el procedimiento, único posible, de tratamiento clínico. La razón de ello es obvia: la ausencia de imputabilidad en el enfermo, que dejaría sin sentido todo propósito de aplicación de penas, dado el significado ético-jurídico que éstas encierran. Tratándose, empero, de psicópatas no calificados corporalmente como enfermos, o de delincuentes alcohólicos con capacidad de comprensión, la función de la pena puede y debe acompañar a la aplicación de las medidas de seguridad, cada una en su propia vía. Idénticas consideraciones valen para los denominados delincuentes por tendencia, en los que habrá que atender fundamentalmente a que la imputabilidad o inimputabilidad del sujeto sea previamente pronunciada, en base siempre a la normalidad o morbosidad de su conducta.

El tratamiento de los delincuentes habituales y profesionales seguido actualmente en Alemania, esto es, el del binarismo de aplicación sucesiva de pena y medidas de seguridad complementarias, satisface a Mezger, que no estima oportuno su cambio y la adopción de un procedimiento ejecutivo monista, fuere de pena únicamente o de medida de seguridad aislada.

La ponencia del profesor Horst Schroeder, de Kiel, considera doctrinalmente el problema de la fusión o diferenciación desde el punto de vista de la plural manera de reaccionar el Estado, para su defensa y la de la sociedad, contra la delincuencia. Obra el mismo con propósitos de expiación, retribución y justicialismo en la reacción cuyo instrumento es la pena, y con los de aseguramiento y corrección en la de la medida de seguridad. Siendo unos y otros propósitos del Estado tendentes a un mismo fin asegurativo, cabe preguntar si esta uniformidad teleológica debe ir acompañada de la técnica propugnada por los partidarios de la asimilación o fusión. Para el ponente de Kiel existen, contestando a esta pregunta, medios de reacción que por su propia naturaleza son siempre medidas de seguridad, como acontece con el comiso o las inhabilitaciones de cargos u oficios, mientras que otros presentan un carácter indeleble de penas, como las de internamiento, y, excusado es decirlo, la de muerte. Entre unos y otros procedimientos inequívocos de reacción existen otros, sin embargo, que son más bien equívocos, cual los de tratamiento por el trabajo y curas de hábitos o taras en establecimientos hospitalarios, educativos o laborales. Únicamente en estos últimos medios es donde le parece aconsejable la sistemática monista, reduciendo el problema a una mera cuestión práctica, de tratamiento adecuado, a resolver en cada medida de que se trate. Combate Schroeder, en cambio, la opinión de muchos criminólogos para los que la pauta para resolver la cuestión, en plano binario o monista, se halla en las tipologías personales o *Tätertypen*. Ello atendería según él, a la labor primordial del legislador y el juez, cuya finalidad ha de ser concreta y no de abstracta metodología de clasificación. Una solución posible, monista en la realidad bien que conservando cada medio de reacción sus propias cualidades, sería la de atribuir a la sanción, en cada caso, una u otra función, cargando el acento en las necesidades de expiación o de prevención, en forma adecuada al caso (*Tatadequanz*). La referencia subjetiva a la imputabilidad la tiene Schroeder, como Mezger, por inexcusable. En cuanto a la autoridad llamada a decidir la aplicación de las medidas de seguridad, insiste en reservarla a la judicial, sobre todo tratándose de casos específicamente criminales.

JESCHECK, Hans Heinrich: «DIE INTERNATIONALE GENOCIDIUM-KONVENTION VON 9 DEZEMBER 1948 UND DIE LEHRE VON VÖLKERSTRAFRECHT» («La Convención internacional sobre el genocidio de 9-XII-1948 y la doctrina del Derecho Internacional penal»).

El nuevo profesor ordinario de la Universidad de Friburgo de Brisgovia, sucesor de Schoenke en la cátedra y en la dirección del Instituto de Derecho extranjero y comparado de dicho centro, es un conocido especialista de la nueva rama del Derecho Internacional penal, a la que ha dedicado uno de los tratados más valiosos y completos (*Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht*, Bonn, 1952), ya reseñado en esta Revista. En su actual trabajo se ocupa de uno de los pocos documen-

tos con entidad efectiva de fuente positiva de tal derecho, esto es, de la Convención sobre el genocidio acordada por la Asamblea General de la O. N. U. en su reunión del palacio Chaillot, de París, en 9 de diciembre de 1948. Entre los cuarenta y tres Estados que originariamente la firmaron, no se hallaba Alemania, no siendo miembro de la Organización; no obstante, lo cual, y a tenor del artículo XI de la Convención, cabía la posibilidad de su adhesión y ratificación ulteriores; lo que, al parecer, es de inminente realidad por lo que a la Alemania federal respecta. El autor del trabajo está especialmente capacitado para tratar del tema, habiendo sido relator de la Comisión nombrada por el Ministerio de Justicia de Bonn para estudiar la forma técnica de llevar a cabo la incorporación del país al orden creado por la Convención de 1948. Rechaza, ante todo, la imputación que por algunos le ha sido hecha en Alemania de que una tal adhesión equivaldría a sancionar el derecho y jurisprudencia de los tribunales militares internacionales de Nuremberg. A este respecto, Jescheck hace ver cómo una cosa es censurar, como él mismo lo ha hecho, la realización histórica de aquel derecho en la forma empírica, unilateral y *ad hoc* de Nuremberg, y otra, muy distinta, la de defender y procurar los debidos y urgentes progresos de la especialidad internacional penal. A este propósito, dice, que la Convención de 1948 progresa notablemente sobre la práctica del Estatuto norimberguense de 1945, en el sentido de extender la defensa penal de los derechos humanos capitales a los tiempos de paz, evento no previsto en Nuremberg, donde únicamente se trataba de exigir responsabilidades a los inculcados de un país determinado, la Alemania nacional-socialista, en virtud de un hecho asimismo concreto, el de la II Guerra Mundial. En cambio, sigue diciendo, la Convención resulta harto menos extensa que el Estatuto en su forma de tutelar los derechos humanos, pues, únicamente comprende las formas más graves de la antigua «delincuencia contra la humanidad».

Para combatir la espaciosa tesis de que la incriminación de los delitos antihumanos haya sido una revolucionaria y arbitraria innovación del Estatuto de Nuremberg, versión bastante frecuente en Alemania, el autor pone de manifiesto el fuerte arraigo de la idea en la más constante línea ideológica occidental, arrancando de los iusnaturalistas españoles del Renacimiento, singularmente del P. Vitoria y de Las Casas, para transmitirse por Gentile y Groccio al iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII, a la Enciclopedia y a la doctrina y práctica de intervención armada *humanitatis causa* de la pasada centuria. En cuanto al genocidio mismo, conforme a la concepción del creador del neologismo, el refugiado polaco Rafael Lemkin, profesor de Yale, considera Jescheck que su singularidad radica en ser el acto dirigido contra individuos, pero no en su capacidad individual que pudiéramos decir personal, sino en la de miembros de grupos determinados. En esta condición positiva del sujeto pasivo, la que caracteriza el tipo frente a las modalidades agresivas ordinarias conocidas de siempre en todas las legislaciones internas, otorgando al genocidio su rango internacional. Hace después historia, sobradamente conocida, de la Convención y de sus términos, así como de las

reservas hechas por los países del bloque soviético, tras de lo cual pasa a examinar la contextura jurídica del documento. Que la Convención se estructura dentro de los límites del Derecho internacional penal y no en el acostumbrado marco del penal internacional; es cuestión que le obliga a encararse con la realidad de aquél y sus posibilidades morfológicas. Con cierta moderación se pronuncia el autor por la afirmativa, siguiendo la opinión de las más altas autoridades progresistas del Derecho internacional, tales como Oppenheim-Lauterpacht, Jessup, Guggenheim, Verdross y Glaser. La opinión contraria, haciendo argumento de lo prematuro de una tal institución, por no haber aún organismos supraestatales efectivos, sólo es aceptable en su dimensión universal por falta de puente de enlace entre los mundos occidental y oriental, pero en cada uno de ellos tal estructura es posible y deseable, aunque fuera *a priori*, procediendo a lo institucional. Menor valor aún atribuye el autor a las objeciones nacidas de los viejos prejuicios de la soberanía absoluta y de la incapacidad de los individuos como sujetos del Derecho internacional, ambos superados en la mejor doctrina y hasta en la práctica jurisprudencial.

No obstante lo dicho, y ya en lo que atañe concretamente a la Convención de 1948, el profesor de Friburgo considera que su redacción no está a la altura de los principios integrales de un Derecho internacional penal digno de tal nombre, acomodándose más bien a los cánones tradicionales de las convenciones sobre criminalidad internacional. El genocidio aparece así como uno de tantos *delicta iuris gentium*, a calificar, sin embargo, por la legislación de cada país, ya que el artículo V remite a éstos la técnica de la verdadera incriminación penal. Por si esto fuera poco «tradicionalismo», la Convención no osa la derogación de la impunidad de los llamados «actos de Estado», como hiciera revolucionariamente el Estatuto de Nuremberg, con lo cual se rinde homenaje, una vez más, a la clásica dogmática del voluntarismo. Sistema que después del acuerdo de Chaillot se repite en los proyectos de codificación de las comisiones de la O. N. U.; no obstante lo cual, no han logrado todavía cristalizar en textos positivos.

En lo que atañe a derecho sustantivo, la definición descriptiva del genocidio en el artículo II aparece mermada en extensión respecto al proyecto original de la comisión redactora, por haberse circunscrito la tutela penal a los grupos nacionales, étnicos, raciales y religiosos, no a los políticos, excluidos del texto proyectado merced a la oposición terminante de la U. R. S. También en la dinámica del acto son de señalar reducciones importantes, puesto que el acto genocida se circunscribe a la lesión o riesgo de la integridad biológico-física de los individuos del grupo, excluyéndose los ataques contra las instituciones culturales, el denominado «genocidio cultural», previsto, asimismo, en la redacción de la comisión. Tiene el autor por oscura la expresión del «atentado contra la integridad mental» (*causing mental harm*, del texto inglés), susceptible de varias interpretaciones. Propone, asimismo, como de dudosa exégesis, la cuestión de si es posible el genocidio como atentado singular de individuo a individuo, dándose, naturalmente, las demás condiciones del tipo.

Se inclina a pensar afirmativamente por entender que lo decisivo es la intención de destruir total o parcialmente un grupo de las especies privilegiadas, independientemente del *quantum* de la acción; no obstante lo cual, el genocidio ha sido ideado como una actividad criminal colectiva. No ha de ser ésta necesariamente estatal, bien que su forma más corriente sea la de autoría o complicidad del Estado, pudiendo perfeccionarse el tipo al margen de dicho factor.

Poco propicio Jescheck, como todos los penalistas europeos continentales, a la introducción de la forma de culpabilidad de la *Conspiracy* anglosajona, que parece haber logrado carta de naturaleza en el Derecho internacional penal, considera perturbadora su introducción en el artículo III del Convenio, donde nada se dice, en cambio, acerca de los grados de ejecución ni de la cooperación criminal, haciendo pensar que también su estimativa queda reservada a la sistemática local. Tiene por probable que la ausencia de previsiones a este respecto se haga sentir en su día como grave laguna, ya tan sensible en la ocasión de Nuremberg, pues al enjuiciarse conductas en un plano internacional faltarán otra vez normas de carácter técnico que de momento se suplen con las internas.

En virtud de la cláusula de remisión constante del tecnicismo penal a los regímenes locales, a lo único que se obligan los países firmantes de la Convención de Chaillot es a tomar medidas incriminatorias de los eventuales actos genocidas. Muchos penalistas consideran esto superfluo por entender que, tratándose de delitos de agresión personal, son suficientes las figuras ordinarias de todos los códigos contra la vida e integridad de las personas. Jescheck, por el contrario, piensa que en el propio Código penal alemán será conveniente crear un nuevo tipo de genocidio, el de *Völkermord*, tal como lo estimó acertadamente la comisión técnica que preparó la fórmula de adhesión de la Alemania Occidental al acuerdo parísino. Conviene en dicho tipo perfeccionar la terminología y estructura usadas en el texto convencional, según él, vago en demasía. Entre otras precauciones a tomar recomienda la de extender algo más el concepto, no circunscrito exclusivamente al exterminio o *Ausrottung*, sino a otras perturbaciones menores, pero siempre graves de las condiciones de vida social del grupo. También pone en guardia contra la tendencia a localizar geográficamente al grupo mismo, con lo que se falsea el claro espíritu de la Convención, tendente a salvaguardar lo humano con independencia del factor local. En cuanto a metodología, la inclusión de la nueva figura delictiva en el Título 16 del Código penal alemán (delitos contra la vida), como está proyectado, parece satisfactorio por atender el genocidio contra intereses de vida e integridad personales; pero el autor preferiría la creación de un título nuevo, bajo el epígrafe de «Delitos contra la humanidad». Nada habría que cambiar, en cambio, en la sistemática ordinaria de grados de ejecución y de concurso de sujetos activos. Tampoco sería menester alteración alguna en las normas procesales vigentes, de extraterritorialidad personal para los ciudadanos alemanes y de estricta territorialidad para los extranjeros.

Conocida la disposición del Convenio de eximir a los inculpados de

genocidio de los beneficios del asilo y no extradición, pero remitido el asunto, prácticamente, a los tratados de esta especie, que suelen ser los decisivos en la materia, el problema se complica algo en presencia del precepto constitucional alemán concediendo asilo a los acusados de infracciones de carácter político. Jeschek no cree, sin embargo, que tal privilegio pueda alcanzar a los delincuentes de genocidio, entre otras razones, por la norma, asimismo constitucional en la Alemania federal, de que los preceptos internacionales tienen primacía sobre los locales. Y es claro que siendo indubitado el carácter internacional del crimen de genocidio, el rango de sus normas parece asegurado, aparte, naturalmente, de ser más que discutible la politicidad de su naturaleza.

VRIJ, M. P.: «ZUM PROBLEM DER STRAFÄUSSETUNG» (Sobre el problema de la suspensión de condena).

Constituye este artículo el texto de una conferencia pronunciada por su autor, profesor de la Universidad de La Haya, en la Facultad Goethe de Frankfurt, y suscitada por la reforma de la ley de condena condicional en la Alemania federal, llevada a cabo en octubre de 1953. Más que de la institución misma se ocupa de su fundamentación filosófica y dogmática, lo que, de rechazo, le sirve para pronunciarse sobre cuestiones relativas a la construcción del delito. Siendo los elementos básicos de éste el físico de la acción o acto injusto (*Unrecht*) y el psíquico de la culpabilidad (*Schuld*), su conjunción la considera absolutamente precisa para la genética del delito. Correlativamente a esta bipolaridad de la infracción, la pena, también en su doble dirección retributiva y repositiva, se corresponde, respectivamente, la primera con la culpabilidad, y la segunda con la injusticia del acto, trastocante del orden jurídico o causador del daño que se trata de reponer. Frente a este doble binomio de «culpabilidad-retribución» y de «acto injusto-reposición», los demás factores operantes en la aplicación de la pena, tales como el oportunismo, el de peligrosidad, utilitarismo y otros son periféricos, al margen de las antedichas funciones constitutivas.

Adentrándose en la naturaleza íntima de la condena condicional, a la luz de tales consideraciones, el autor la presenta como un instituto de carácter aparentemente contradictorio. En él, en efecto, se afirma que el culpable ha merecido la pena, pero que ésta deja de cumplirse en atención a otras premisas totalmente extrañas a las elementales que son constitutivas del delito y de la pena. Para salvar esta falta de armonía, y con ello los postulados de la lógica jurídica, el penalista holandés acude a la ingeniosa teoría de la condicionalidad, cuya esencia es la valoración jurídica de la libertad humana, sin lo cual la condena condicional carecería en absoluto de sentido. Es la libertad, ese valor históricamente radicado en la filosofía cristiana y en nuestro tiempo puesto de manifiesto en la existencialista, tras de su ocaso en la del siglo XIX, donde Vrij sitúa la *ratio essentiali* doctrina de la condena condicional. Con ella se brinda al reo una

posibilidad de escoger entre el bien y el mal, recobrando con ello su condición humana total, en calidad de Ente y de Ser.

Tras de tan interesantes sugerencias filosóficas, las más elevadas y profundas que conozco en torno a un tema generalmente relegado al campo de las consideraciones prácticas, el profesor de La Haya aduce otras también de este tipo. Propugna la precisión de «psicologizar» la institución, coincidente con su tesis de criminologización del Derecho penal, lo cual serviría para privar a la suspensión de ese carácter de automatismo y rutina en que ha ido cayendo en casi todos los sistemas continentales. Otro tanto es aplicable a los institutos paralelos a la, condena condicional propiamente dicha, tales como el perdón o la libertad condicionales, de idénticas características morfológicas. En todos ellos es de destacar la función psicológica operante sobre postulados de libertad humana, los cuales han de servir, en definitiva, a los fines de resocialización tan preferentes en el Derecho penal moderno.

HARDWIG, Werner: «DIE PERSONLICHKEIT DES BESCHULDIGTEN IM STRAFPROZESS» («La personalidad del inculpaado en el proceso penal»).

En justa correspondencia con los principios cardinales de la filosofía existencialista, exaltando la trascendencia suprema del valor del hombre individual, y con la preeminencia lograda en el Derecho penal sustantivo por el llamado «derecho de autor» o *Täterstrafrecht*, Hardwig reclama idéntica atención antropocéntrica en lo procesal. En esta disciplina el viejo logicismo formalista debe, asimismo, abrir paso a las valoraciones de signo humano personalista y psicológico, tan descuidadas secularmente en la materia. Para ello propone el autor una triple consideración del asunto: la situación del inculpaado en el proceso, la influencia de la personalidad del mismo en la constatación judicial de hecho y la trascendencia de esa personalidad en las consecuencias jurídicas últimas del proceso penal. Advierte, con argumentos más copiosos que claros, que su concepto de personalidad no radica primariamente en lo ético, sino en lo jurídico, y puesto que el Derecho protege al individuo, lo hace no por imperativos extrajurídicos, filosóficos o religiosos, sino en su calidad de valor social, por vivir en sociedad. Sólo en esta forma, añade, puede adquirir la personalidad su significación genuina y profunda.

Ya en la aludida trayectoria sociológica, el autor distingue dos estructuras posibles, reflejadas en la sistemática procesal: la autoritaria y la igualitaria, simbólicamente reunidas en la sociedad familiar. Lo autoritario, sin embargo, priva en las estructuras comunitarias amplias y, por descontado, en la procesal, siendo corolario fatal de la imperfección humana y de sus inevitables desigualdades. En lo tocante a valoración, lo autoritario prefiere colocar el acento sobre lo ético y lo igualitario sobre lo jurídico. La trascendencia de la personalidad se verifica, procesalmente hablando, en dos momentos supremos: el de la mensuración cuantitativa

de la pena y el de su ejecución cualitativa, lo que requiere, naturalmente, una técnica legislativa material proyectada sobre el derecho de autor.

* * *

La sección bibliográfica penal del fascículo, de Heinitz, está dedicada al Derecho penal italiano, donde se analizan las últimas obras de Scarano, Pannain y Petrocelli, y al Internacional penal, con el estudio de la de Jescheck, ya reseñada en este ANUARIO. La criminológica la redactan Seelig y Mezger. En el Anejo de Derecho comparado, el Dr. Günter hace una detallada recensión del Tratado de Jiménez de Asúa, Rodholm un estudio del Proyecto de Código penal sueco y A. Munda otro de la nueva Ley de Enjuiciamiento criminal de Yugoslavia, promulgada en 10 de septiembre de 1953.

Antonio QUINTANO RIPOLLES

Goltdammer's Archiv fuer Strafrecht

Año 1954. Cuaderno 6. Junio

BRUNS, D. Hans-Jürgen: «DIE ENTZIEHUNG DER FAHRERLAUBNIS
(§ 42 m StGB, § 111 a StPO) («La privación del carnet de conducir. Artículos 42 m del C. p. y 111 a de la Ley procesal penal»); págs. 161-192.

La prevención de los accidentes automovilísticos, causantes de una enorme cantidad de víctimas entre muertos y heridos, y de incalculables daños, ha preocupado a los legisladores de todos los países, que se han tenido que ocupar de la regulación del tráfico, exigiendo a los conductores de vehículos de motor unas condiciones mínimas de aptitud. En Alemania, la ley de 19 de diciembre de 1952 ha introducido en el campo propio de los derechos penal y procesal penal una medida ya conocida en España, como lo es la retirada del carnet de conducir, pero configurándola con dos facetas muy interesantes, desconocida para nosotros. Por un lado, porque la retirada se aplica a toda clase de delitos, y no solamente a los culposos, como ocurre en nuestro Código penal, y de otra, porque mientras entre nosotros solamente se admite la privación en firme, por medio de la sentencia, en la ley alemana, al lado de ella (encuadrada en el artículo 42 m del Código penal), se recoge también la privación del permiso de conducir de carácter provisional, como medida cautelar durante la instrucción (artículo 111 a de la Ordenanza procesal penal).

La retirada del permiso para conducir regulada en el C. p. alemán es, por su naturaleza, a juicio de Bruns, una verdadera medida de seguridad y corrección que, por consiguiente, no tiende a retribuir la culpa, sino a proteger la sociedad, y así lo demuestra el autor comparándola con otras medidas de seguridad. Obtenida esta conclusión, estudia Bruns la trascendencia que puede tener el que el legislador, al establecer el texto del ar-

tículo 42 m del C. p., a diferencia de lo que hace en otros casos, no haya establecido la condición de que la medida sea necesaria «por exigencias de la seguridad pública», punto que ha suscitado discusión, pues mientras unos piensan que este condicionamiento va implícito en la disposición, otros, y entre ellos el autor de este trabajo, creen que no hay tal, con la consecuencia de que el Tribunal no puede prescindir de la imposición de la medida en los casos señalados, porque la Ley, en éste como en otros casos que cita, establece una presunción irrefragable de ineptitud y peligrosidad del conductor.

A lado de esta forma, está la otra a que hemos hecho referencia, es decir, la privación del carnet de conductor que puede imponerse durante la instrucción del proceso, como medida preventiva o cautelar, condicionada a la apreciación judicial de la necesidad por motivos de seguridad general, basada en la ineptitud, y para cuya imposición ha de tenerse en cuenta la personalidad total del encausado, pero sin dejarse influir por la consideración de las consecuencias que pueda tener para la profesión y la familia del mismo, porque los perjuicios económicos no tienen relieve frente al interés público en la seguridad de la circulación, ya que quienes se atreven a conducir un vehículo en condiciones peligrosas para la vida de otros, no tienen derecho a que se tengan en cuenta sus propios intereses económicos.

La práctica, sin embargo, para limar asperezas, tiende a admitir la posibilidad de que la privación del carnet se limite a los casos o lugares en que sea precisa, estableciendo una privación parcial del permiso. Sirve de ejemplo el caso, reconocido por algún tribunal, de un auxiliar de carnicero, conductor modelo de su camión de reparto durante el trabajo, que se convertía en el terror de la carretera cuando, acabado éste, se encaramaba en su motocicleta. Se le prohibió, sencillamente, conducir vehículos de menos de tres toneladas y media de tara. Y a un lechero, que por las tardes se embriagaba, se le limitó el permiso de conducir a «viajes de transporte de leche dentro del término municipal, desde las seis a las catorce horas de los días laborables». Pero Bruns no se siente muy inclinado a autorizar esta práctica que para él presenta serias dificultades e inconvenientes, sobre todo cuando se trata de la privación en firme, a consecuencia del artículo 42 m del C. p.

Al lado de estas cuestiones fundamentales, estudia también Bruns otras de orden inferior, como la del abono de la privación provisional a efectos de cumplimiento de la firme, la posible concurrencia de medida judiciales y administrativas, etc., resultando su trabajo en extremo interesante y su materia muy digna de tener en cuenta para la adaptación de nuestras leyes a estas modernas exigencias, aún no servidas suficientemente por la ley del automóvil y el Código, en los que se echa de menos la posibilidad expresa de una medida cautelar.

Cuaderno 7.—Julio.

BOCKELMANN, Dr. Paúl: «NOCHMALS UEBER DAS VERHAELTNIS VON TAETERSCHAFT UND TEILNAHME». («Más sobre la relación entre la autoría y la participación»); págs. 193-210.

Entre los numerosos problemas del Derecho penal, no son los de menos importancia teórica o práctica los que plantea la cooperación de varias personas al hecho delictivo. Y dentro de la doctrina de la codeinfluencia, una de las cuestiones a resolver es la de la autonomía o accesoriadad de la participación a efectos de punibilidad, que ha dado lugar a discusión entre los autores. El texto primitivo del C. p. alemán en sus artículos 48 a 50, había sido interpretado (quizá erróneamente a juicio del autor) en el sentido de una accesoriadad máxima, de manera que la punibilidad del partícipe estaba condicionada por la plenitud de la culpabilidad del hecho del autor principal. Pero la Ley fué reformada por la Ordenanza de 29 de mayo de 1943, y la doctrina hubo de reconsiderar el problema, para estimar el alcance de la reforma. El autor expone las diversas conclusiones sentadas, entre las cuales destaca la extrema de H. Meyer, para quien el legislador, dejando intactos los conceptos clásicos de autor, inductor, cómplice, etc., habría introducido una figura nueva, la del «creador» (Urheber), aquél que sin ser autor, inductor o cómplice, ocasiona en forma punible que otro realice el tipo objetivo, para cuyo creador se aplicaría una pena suplementaria. Bóckelman niega esta teoría, y examina las de otros autores, como las de Dahm y Sax, la del Tribunal Federal, y la de Mezger, que es la que considera más próxima a la suya, sosteniendo, en definitiva, que la ley de 1943 ha introducido de manera indudable la accesoriadad mínima o limitada.

KIELWEIN, Dr. G.: «REFORMFRAGEN IM INTERNATIONALEN STRAFRECHT». («Cuestiones para la reforma del Derecho internacional penal»); págs. 211-222.

El C. p. alemán de 1891, concorde con la mayoría de los demás derechos europeos de la época, sentaba como principio básico de aplicación de la Ley penal, el de su territorialidad (artículo 3), complementado (art. 4) por los principios de la defensa, de la personalidad y la universalidad. La Ordenanza de 6 de mayo de 1940, reformando el C. p., estableció el principio de la personalidad activa para los alemanes, y el de la territorialidad para los extranjeros, salvo algunas excepciones. El presente trabajo se encamina a demostrar la necesidad de reformar el precepto en el sentido de que, si bien ha de mantenerse el principio de la personalidad, debe hacerse sin concederle el carácter preeminente y aún desorbitado que tiene ahora, reduciéndolo a ser subsidiario del territorial, estimando insostenible la extensión de la ley penal por el simple principio de la fidelidad nacional, sosteniendo que el acto punible ha de tener una relación mínima de te-

rritorialidad con la ley que lo pena, en el sentido de que solamente debe ser penado por la ley nacional el hecho cometido en el extranjero cuando trasciende al ámbito nacional, por haberse lesionado intereses nacionales o por haberse refugiado el autor en el territorio nacional.

Cuaderno 9.—Septiembre.

HARDWIG, Dr. Werner: «ZUR SYSTEMATIK DER TOETUNGSDELIKTE». («Sobre la sistemática de los delitos de muerte»); págs. 257-262.

El trabajo tiende a demostrar que la rúbrica «sistemática de los delitos de homicidio» alberga una serie de problemas agudos, uno de los cuales, y quizá el más sencillo, sea precisamente el de la propia sistematización. Así, por ejemplo, toma el autor bajo su mirada el problema que parece fundamental, de la búsqueda del tipo fundamental de homicidio. Este problema se ha querido resolver, lisa y llanamente, acudiendo al criterio de la acentuación legal, relacionándolos con los métodos de la adición y sustracción de notas al tipo, lo cual, si son métodos para la formación de los tipos, no sirven para determinar cuál de ellos sea principal respecto de los otros. Y por si esto no es bastante, resulta que el mismo concepto de «tipo fundamental» es discutible, como resulta de que se ha querido determinar a través del *delictum sui generis*, con lo que en definitiva se establece la autonomía de los tipos y se niega la posibilidad de su relación. Y frente a esta teoría del delito sui generis, otra niega la existencia de diferencias típicas entre unas y otras figuras de homicidio, declarando que todas ellas no se diferencian más que en contener reglas de individualización penal. Finalmente, los que estiman que hay diferentes tipos, no se ponen de acuerdo sobre si los elementos diferenciadores son de carácter objetivo o subjetivo, con la natural trascendencia sobre la responsabilidad de los partícipes, en virtud de las doctrinas sobre la accesoriidad y la comunicabilidad de circunstancias. Cuestiones todas que pertenecen a la teoría general del Derecho penal, aunque se mezclen y agudicen en el estudio de los problemas del homicidio.

GEERDS, Dr. Friedrich: «EINWILLIGUNG UND EINVERSTAENDNIS DES VERLETZTEN IM STRAFRECHT». («Consentimiento y asentimiento del ofendido en el Derecho penal»); págs. 262-269.

Este trabajo, cuyo autor comienza declarando que no pretende constituir un estudio exhaustivo sobre la materia, tiene gran interés porque presenta un nuevo modo de enfocar el problema de la trascendencia penal de la voluntad concorde del lesionado, señalando que cumple dos funciones específicamente distintas, ya que en unos casos obra como causa justificante (consentimiento, *Einwilligung*) y en otros como causa de exclusión de la tipicidad (*Einverständnis*, asentimiento), teniendo de común el ser

casos de conformidad del interesado, autorizando una conducta que le afecta.

El consentimiento justificante puede darse en aquellos casos en que no existe interés del Estado, es decir, cuando los portadores del interés tutelado son, exclusivamente, particulares. Su esencia no está en un plano negocial, sino en la consideración de que esa voluntad hace desaparecer la normal inmoralidad del acto; pero para ello es preciso que el consentimiento sea perfecto, lo que sólo tiene lugar cuando el interesado tiene la madurez de juicio proporcionada al caso y conoce la injusticia del acto y la influencia de su voluntad. Este consentimiento ha de ser prestado antes del acto y ser conocido por el agente.

En cambio, el asentimiento excluyente de la tipicidad se refiere a los supuestos en que la conformidad del ofendido impide la consumación del tipo de delito, lo que ocurre siempre que un tipo, expresa o implícitamente, exige que el autor obre objetivamente contra la voluntad del ofendido (p. ej., allanamiento de morada, violación). Para su eficacia jurídica, basta con una voluntad natural, existente al realizarse el acto, pero sin que sea preciso que la conozca el agente.

La distinción tiene consecuencias para distintas cuestiones, como son la de la tentativa imposible, el error, etc., siendo a su vez influida por la inmoralidad del consentimiento y la forma de alcanzarlo.

ARNDT, Dr.: «DIE TEILNAHME AM RAEUBERISCHEN DIEBSTAHL».
(«La participación en el hurto violento»); págs. 269-271.

El artículo 252 del C. p. alemán pena como hurto agravado el supuesto de que, sorprendido el ladrón en flagrante delito de hurto, emplee fuerza o amenaza contra una persona, con peligro actual para la vida o la integridad corporal de la misma, para mantenerse en la posesión de lo hurtado. En el caso de coparticipación, se pregunta si el que sólo toma parte en la violencia, sin haberla tenido en el hurto, debe responder por esta figura compleja, estimando el autor que, efectivamente, así debe ser.

DUENENNEBIER, Dr.: «DIE SUBSIDIARITAETSKLAUSEL». («La cláusula de subsidiariedad»); págs. 271-274.

La Ordenanza de 24 de septiembre de 1953 ha añadido a determinados preceptos penales la llamada cláusula de subsidiariedad, según la cual el acto no es penado con arreglo a ese precepto más que cuando no esté conminado con pena más grave por otro precepto. Expone el autor que esta misma cláusula la había considerado implícita en varias leyes el Tribunal Supremo alemán, y explica brevisimamente su fundamento como criterio de resolución de los casos de conflicto aparente de leyes o concurso ideal.

Cuaderno 10.—Octubre.

CREIFELS, Dr.: «**DIE UNBESTIMMTE STRAFE IM GELTENDEN UND KUENFTIGEN RECHT.**» («La condena indeterminada en el derecho actual y en el futuro»); págs. 289-301. ,

La condena indeterminada existe, según este autor, desde la Constitución Criminalis Carolina, de 1532, y se mantiene en el derecho alemán a través de diversas leyes, hasta la primera mitad del siglo XIX, en el que es combatida, y prácticamente, hecha desaparecer, por influjo del liberalismo legalista. Después, un movimiento doctrinal que se inicia en la última parte del siglo hace resurgir el examen de su conveniencia. En el derecho vigente alemán, la encuentra el autor en las leyes penales para menores (texto último de 4 de agosto de 1953, con algunas limitaciones), y de manera indirecta, en la ley contra delincuentes habituales de 1934, donde la pena propiamente dicha se combina en ciertos casos con una medida de seguridad consistente en la «retención de seguridad» de carácter indeterminado.

A favor de la pena indeterminada se alega la imposibilidad que en ocasiones hay de determinar en el juicio la culpabilidad real y las necesidades de ciertos fines de la pena, como es la corrección. En cambio, están en contra de ella razones políticas contrarias al arbitrio que puede lesionar los derechos individuales relativos a la libertad, razones psicológicas que hacen referencia a la depresión del ánimo del condenado ante la incertidumbre de su suerte, y razones prácticas que se fundan en que la decisión última sobre la duración de la pena depende, en definitiva, de las ideas del organismo inferior de vigilancia que es quien está en contacto directo con el penado.

Sin embargo, el autor estima que podría introducirse la sentencia indeterminada para casos más amplios, aplicándola a los delincuentes jóvenes, a los habituales adultos susceptibles de regeneración y a otros casos, pero siempre con las debidas garantías judiciales para la resolución determinante de la extinción de la pena. ,

MOSER, Dr.: «**ZUR FRAGE DER RECHTLICHEN NATUR DEL STRAFVERFOLGUNGSVERJAEHRUNG §§ 66 FF. St. G. B.**» («Sobre la cuestión de la naturaleza jurídica de la prescripción de la acción penal. Artículos 66 y siguientes del C. p.»); págs. 301-306.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la prescripción del delito, hay dos teorías; una, material, la considera como una causa de cesación de la punibilidad. Otra, mixta, la considera, simultáneamente, como tal y como condición procesal, excluyente del proceso. El Tribunal Federal ha rechazado la consideración de la prescripción desde el punto de vista material, situándola exclusivamente en el procesal, postura que es impug-

naca, con breves razones, por el autor, indicando el más amplio desarrollo de su doctrina en otro trabajo, con el deseo de que nuevos recursos permitieran al Tribunal reconsiderar su opinión.

Fernando ALAMILO CANILLAS

ARGENTINA

Cuadernos Jurisprudenciales

Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Enero-abril, 1954

MALBRAN, Horacio J.: «EL CONCURSO CIVIL DELICTUOSO EN LA LEGISLACION Y LA JURISPRUDENCIA»; pág. 13.

Consta el artículo de los siguientes titulares: I, Nociones preliminares. II, Antecedentes legislativos. III, Relaciones con la quiebra delictuosa. IV, elemento subjetivo. V, Circunstancias relativas a la participación criminal, momento consumativo y prescripción de este delito. VI, Síntesis final.

Las *nociones preliminares* constituyen una acertada crítica del capítulo V, título VI del libro II del Código penal argentino, que bajo el título: «Quebrados y otros deudores punibles», sanciona las conductas delictuosas en que pueden incurrir los deudores, comerciantes o no. Es indudable la diferencia esencial entre el hurto, estafa y usurpación, con, las quiebras; en los primeros, el bien, mueble o inmueble, objeto del delito, es poseído por alguien perfectamente determinado; en los segundos, ha pasado a ser una, universalidad de bienes, por tratarse de la prenda común de los acreedores. susceptible de las medidas legales pertinentes para volver a la normalidad mediante su correcta distribución. Entre los antecedentes legislativos, se recoge la Constitución del 53, proyectos de Tejedor y Villegas. Ugarriza y García, Código de 1887, proyectos de 1891, y 1906 y texto vigente, correspondiendo a la ley comercial todo lo referente a la declaración de quiebra y calificación previa de la conducta del fallido, pero la represión penal de éste sólo será posible si ha cometido alguno de los actos que expresamente se señalan en los artículos 176 y 177 y siguientes del Código penal. Si la analogía de situaciones del deudor comerciante con el no comerciante salta a la vista, es aún mucho más amplia frente a disposiciones legales que rigen la quiebra delictuosa. En ambos casos se trata de dilucidar la situación insostenible del deudor, que al no poder hacer frente a sus compromisos, ofrece sus bienes a sus acreedores, y en ambos casos el juicio respectivo pasa por estadios análogos, hasta llegar a la liquidación y distribución de esos bienes.

A continuación, el profesor Malbran enfoca el problema de la declaración de quiebra y de concurso, determinándose por la ley penal que es necesario que haya mediado declaración de quiebra, ya que las normas pertinentes de la ley penal eran verdaderas normas en blanco, puesto que dejaba supeditada a la ley mercantil, no solamente la designación de los conceptos de comerciante y de quebrado, sino también hasta la calificación de la conducta del deudor. Sigue a continuación el estudio de las acciones reprimidas; el elemento subjetivo o propósito de defraudar, comentando la expresión del artículo 179 del Código penal «para defraudar a sus acreedores», concepto que tiene por finalidad beneficiarse, perjudicando a sus acreedores, quienes en virtud de esa acción cobrarán sus créditos, si es que algo cobran, desde que lo harán en «moneda de concurso» y no en la de curso legal. Las cuestiones relativas a la naturaleza de este delito y la posibilidad de su comisión, en grado de tentativa, se acomodan a las reglas del título VII, libro I del Código penal que rigen para determinar la responsabilidad penal de los partícipes de los delitos de connivencia maliciosa con el deudor o con un tercero, por la cual hubieran estipulado ventajas especiales para el caso de aceptación de concordato, convenio o transacción. Concluye con una síntesis final en elogio de la legislación vigente en la materia que cumple acabadamente su misión en cuanto a la represión de la conducta delictuosa del deudor. Finalmente hace un comentario de estos problemas sobre una Sentencia de 30 de septiembre de 1949, dictada en primera instancia, en su condición de Juez del crimen, por el propio autor del trabajo que acabamos de anotar.

Diego MOSQUETE

La Ley

26 agosto 1954

AFTALION, Enrique: «EL DERECHO PENAL ADMINISTRATIVO COMO DERECHO PENAL ESPECIAL».

Es este artículo del profesor platense una contestación polémica a otro publicado en el mismo periódico por el doctor Roberto Goldschmidt (el 7 de mayo) en defensa de la tesis famosa de su padre James sobre la sustantividad y autonomía del Derecho penal administrativo, tan en boga nuevamente en ciertos círculos jurídico-penales alemanes (Erik Wolf, Eb. Schmidt y Adolf Schoenake, notablemente). La combate Aftalión en nombre del principio contrario, de la unicidad sustancial del Derecho penal y los peligros teóricos y prácticos que el secesionismo pudieran acarrear, no siendo uno de los menores el ya por él denunciado de la inflación penal, consecuencia inmediata de su atomización. Sustenta su punto de vista, contrario al goldschmidtiano, en la no diferenciación cualitativa entre el delito y la falta, cuya pretendida autonomía morfológica es,

a su vez, la base para sentar la doctrina de la sustantividad del Derecho penal administrativo. Pero más que en consideraciones teóricas, gusta el autor de situar el problema en la realidad legislativa y jurisprudencial de nuestro momento histórico, en un alarde de realismo jurídico muy acorde con su postura iusfilosófica del existencialismo egológico. No regatea, en consecuencia, los méritos de James Goldschmidt al formular en su día la doctrina secesionista, perfectamente encuadrada en el Estado de Derecho y en la realidad histórico-política a la sazón vigente, pero en la del día de hoy las condiciones son muy otras que entonces, en la doctrina general del Derecho y, sobre todo, en la vida real. El llamado Derecho penal administrativo ha adquirido en el mundo moderno una tal amplitud y una gravedad imposibles de sospechar en la época de sencillas estructuras político-sociales y de absoluta seguridad jurídica en Goldschmidt *senior* formulara su famosa tesis. He aquí las consecuencias a que actualmente habría de conducir la autonomía administrativa en lo penal: a), desplazamiento del Poder judicial en beneficio del gubernativo; b), sustitución del proceso penal por otro del tipo administrativo más rápido, ejecutivo y expeditivo, y c), pérdida de vigor en los principios de la estricta legalidad, culpabilidad e irretroactividad. Claro es que cabe precaverse contra estos riesgos y estructurar las infracciones administrativas, como se hizo en la doctrina de Goldschmidt y en la realidad alemana actual, en un plano judicialista de esmerado tecnicismo y de rigor jurídico, que salvaguarde los derechos individuales, pero en tal supuesto, que no es e únicamente posible, ciertamente, no se trata tanto de una autonomía como de una especialidad, que son cosas diversas. La experiencia demuestra cómo lo excepcional tiende, por la fuerza misma de las cosas, a extender invenciblemente su radio de acción. De otra parte, el acrecentamiento de las infracciones administrativas y la gravedad de sus sanciones ya no permite su reducción al campo de las «bagatelas», en que la doctrina goldschmidtiana lo enmarcara, ni tolerará, por tanto, su consecuencia de ser su Derecho penal un *aliud* respecto al común. En suma, sostiene el autor de este interesante artículo que la teoría autonómica del Derecho penal administrativo, lejos de ser expresión de la ideología del Estado de Derecho, puede actuar en los hechos como insuperable instrumento teórico para justificar el fenómeno contemporáneo que denomina de «desapoderamiento» del Poder judicial de sus facultades jurisdiccionales.

Del todo conforme con la argumentación y conclusiones del profesor Aftalión, notablemente en el señalamiento de riesgos que el autonomismo puede hoy día suscitar, en un clima como el actual en que la Administración se halla tan propicia a extender sus ya dilatados fueros, en perjuicio de lo judicial, última y suprema salvaguarda de lo humano, no lo estoy tanto, sin embargo, con su crítica de las últimas leyes alemanas en la materia, a saber, la *Wirtschaftsstrafrechtgesetz*, de 26 de julio de 1949, y la de *Ordnungswidrigkeiten*, de 25 de marzo de 1952. Lejos de constituir una deserción de lo penal, como parece esbozarse en la crítica del profesor argentino, suponen en no pocos aspectos un retorno a sus premisas básicas, notablemente a la «juridización»—vága la frase—del Derecho

penal administrativo, el económico en este caso, que hasta ese preciso momento había caminado y sigue caminando fuera de la Alemania Federal, por cauces de pura y simple arbitrariedad gubernativa. Se trata en ellas más de criminalizar el Derecho administrativo que de «administrativizar» el penal, que es lo que se hace, en definitiva, en sistemas represivos de técnica menos depurada. Si no hubiera otros riesgos en la autonomía del Derecho penal administrativo que los de producir leyes como las precitadas de la Alemania Federal, no merecería la pena de alertar las conciencias de los juristas; pero como quiera que sí los hay, las consideraciones del doctor Aftalión no pueden ser más justas y pertinentes. Lo son, antes que ningunas otras, merecedoras de mayor extensión las referentes a la tremenda herejía que supone el divorciar lo penal administrativo de las nociones de justicia y de culpabilidad, sin las que todo Derecho penal, cualquiera que sea su apellido, resulta pura y simple barbarie.

A. Q. R.

Revista Penal y Penitenciaria

Organo de la Dirección Nacional de Institutos Penales

Diciembre 1953

Número extraordinario que constituye un grueso volumen de cerca de 700 páginas, dedicado al «Primer Congreso Penitenciario Justicialista», celebrado en el ciudad de Buenos Aires, en los días 14 al 20 de octubre del pasado año, en el que una vez más se pone de manifiesto la competencia, al par que el entusiasmo, en estas cuestiones, del gran penólogo de la nación hermana, Roberto Pettinato, Director Nacional de Institutos Penales, alma de dicho Congreso.

Se insertan, en primer término, el Reglamento, programa y relación de miembros del Congreso, para recoger, seguidamente, los temas, comentarios y resoluciones del mismo. El temario comprende los siguientes títulos: Tema I, Aportes del penitenciarismo justicialista a la Ley de ejecución de las sanciones penales. Tema II, Consideración y aplicación de las «Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos». Tema III, El problema sexual en el ámbito penitenciario. Tema IV, El personal en el sistema penitenciario justicialista. Vamos a hacer un brevísimo resumen de los trabajos presentados al Congreso, en los diferentes temas antes enunciados.

TEMA I

Aportes del penitenciarismo justicialista a la Ley de ejecución de sanciones penales.

PETTINATO, Roberto: «INFORME DEL RELATOR OFICIAL»; pág. 73.

Nos señala el Director Nacional de Institutos Penales los dos axiomas fundamentales de la doctrina justicialista, a saber: «El pleno reconoci-

miento de la dignidad humana» y «el imperio de la justicia social»; ambos, desenvueltos por una dialéctica viva de hechos, adquieren una particular característica, por lo que, al decir del autor, se enuncian cotidianamente, desde 1946, en realización, porque el justicialismo es esencialmente una filosofía práctica de la vida humana, que, por eso mismo, se traduce en una doctrina de la acción individual y social, en lo cultural, político y económico. La justicia social, con un contenido ético relevante, al definirse la doctrina «como profundamente cristiana», cimentada en el idealismo puro, sobre la base de una afectiva solidaridad, ha transformado la vieja fórmula de la justicia, procurando dar a cada uno lo suyo en función social. Con la reeducación social y la tutela del sancionado, con el amparo de su familia y su orientación post-penitenciaria, se concreta en su persona el postulado de la Justicia Social, que no olvida debilidad y desamparo, y procura rescatarlo de su miseria material o moral para dar a todo hombre un puesto digno en la sociedad, habilitándolo para su desenvolvimiento social, tanto en la esfera económica, como en la cultural, en la esfera de la vida de relación, como en la esfera física.

Estudia Roberto Pettinato la denominada Ley de Ejecución de Sanciones, examinando su ámbito jurisdiccional; contenido: reducción de penas por reeducación social; derechos subjetivos emergentes del trabajo penitenciario; extensión a los sancionados de los beneficios sociales; para terminar con unas conclusiones que se proponen al Congreso, separadas con tres diferentes apartados: I, Declaración de principios doctrinales; II, Aportes del penitenciarismo justicialista a la Ley de Ejecución de Sanciones, y III, Centralización administrativa de los Servicios penitenciarios.

GALLARDO, Eduardo: «UNIDAD DEL REGIMEN CARCELARIO Y DE LA EJECUCION DE LAS SANCIONES PENALES»; pág. 115.

Consta el trabajo del siguiente Sumario: I, La Doctrina Justicialista en materia penitenciaria. II, Tratamiento carcelario. III, Unificación del régimen carcelario en todo el país. IV, Ejecución de las sanciones penales. V, Conclusiones.

Recuerda el autor el artículo 29 de la Constitución Nacional Justicialista que establece: «Las cárceles serán sanas y limpias y adecuadas para la reeducación social de los detenidos en ellas». Resalta el autor las magníficas condiciones de los establecimientos penales como los de Santa Rosa, Rawson, Neuquen, General Roca, etc., según pudo comprobar en las visitas realizadas a los mismos, ejercitando funciones judiciales en su calidad de juez nacional de Primera Instancia. Propugna que en previsión de lo dispuesto por el II Plan Quinquenal, debe sancionarse una Ley que establezca el régimen carcelario en todo el país, en forma unitaria y la ejecución de las sanciones penales, porque ambas materias se complementan y no pueden ser separadas en sendas leyes, que implicarían la pérdida de la unidad de la ma-

teria penológica. La prescripción y aplicación de la terapéutica penal debe estar comprendida en un todo orgánico que responda a una misma estructura jurídica con imperio en todo el suelo patrio.

TEMA II

Consideración y aplicación de las «Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos».

FERNANDEZ, Luís M.: «INFORME DEL RELATOR OFICIAL»; pág. 169.

Se halla dividida esta Ponencia en los siguientes títulos: I, Relación: 1) Síntesis de los trabajos realizados; 2) Propósitos de este relatorio; 3) Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos: a) Ubicación histórico-cultural; b) Concepto y naturaleza; 4) Consideración de las reglas mínimas con miras a su aplicación; 5) Conclusiones y proposiciones. II, Relación complementaria: 1) Instituciones abiertas; 2) Nueva nomenclatura penitenciaria. III, Anejo.

En la imposibilidad, dada la gran extensión del volumen que anotamos, de hacer una recensión más amplia de los diferentes trabajos, a cual más interesantes, resaltaremos de éste únicamente la recomendación que se hace al Congreso, bajo la rúbrica «NUEVA NOMENCLATURA PENITENCIARIA», para que se adopte el término «internos» para designar a los destinatarios del quehacer penitenciario, y las denominaciones de «Institutos de Rehabilitación Social», «Institutos de Reeducción Social» o «Institutos de Readaptación Social» para designar genéricamente a los establecimientos penitenciarios que no tengan otra denominación específica por su naturaleza «especial».

PETTINATO, Roberto: «OBSERVACIONES SOBRE EL CONJUNTO DE REGLAS MINIMAS PARA EL TRATAMIENTO DE LOS RECLUSOS»; página 191.

Tiene por objeto el trabajo, según nos aclara su ilustre autor, dar a conocer en líneas generales su pensamiento con referencia, al Proyecto de Conjunto de Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, preparado por la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria, a solicitud de las Naciones Unidas, por lo que, en este trabajo se reúnen las sugerencias que, sobre el texto elaborado por la Subcomisión de la C. I. P. P., presentó a la Comisión en su carácter de delegado argentino en la reunión de Berna, en julio de 1951, constitutivo de un estudio preliminar acerca del concepto de Regla Mínima y nuevas aportaciones al Conjunto de Reglas, aprobado entonces como contribución a la labor del Seminario latino-americano de Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.

PETTINATO, Roberto: «INSTITUCIONES ABIERTAS Y NUEVA NOMENCLATURA PENITENCIARIA»; pág. 255.

Constituyen, al decir del autor, los establecimientos abiertos, núcleos de recuperación social y moral. Las novísimas corrientes que vivifican el campo de la ciencia criminológica consideran, por esto, conveniente ampliar los beneficios de las instituciones abiertas, y la experiencia argentina, en tal sentido, con la semi-libertad de las colonias penales, ha sido satisfactoria. En consecuencia, se formulan las siguientes conclusiones:

Primera.—En el estado actual de las experiencias, en materia de Instituciones penitenciarias en nuestro país, se considera que sólo en aquellos lugares que han logrado organizar y estabilizar instituciones de seguridad media, se está en condiciones de intentar las de tipo abierto, donde la idiosincrasia de la población penal lo haga viable. En ese sentido se sugiere la posibilidad de crear instituciones del tipo expuesto, siguiendo un riguroso criterio selectivo en cuanto a su población y de acuerdo con los principios de organización establecidos en la Resolución de La Haya, de agosto de 1950, y en el Seminario latino-americano, o bien incorporar como etapa final del tratamiento, el régimen de confianza que ellas suponen en establecimientos de seguridad media (colonias penales).

Segunda.—Como modalidad especial dentro de la organización de la institución abierta, es recomendable el ensayo de un régimen de trabajo de los internos fuera del establecimiento mismo, colocándolos en talleres, granjas, o chacras privadas o públicas.

BENCHETRIT MEDINA, Roberto O.: «REFLEXIONES PARA LA DETERMINACION DE REGLAS MINIMAS PARA EL TRATAMIENTO DE LOS RECLUSOS»; pág. 271.

La pena debe tratar de obtener la readaptación del recluso, y para ello el camino a tomar es la reeducación. En la ejecución de la pena no podemos olvidar que cuando nos referimos al «Hombre», consideramos como tal no sólo al ser físico, sino al ser físico con los atributos propios de ser social, y menos hemos de olvidar que el recluso es ese mismo hombre que por un agente a veces endógeno, a veces externo o a veces por la acción de ambos, ha cometido un acto que atentó contra su semejante, y que por tal causa ha caído bajo la acción de la pena. Por ello el autor entiende que las «reglas mínimas» han de ser reglas de carácter general que actúen sobre la conciencia del recluso, predisponiéndolo favorablemente a la acción de la pena, que lo llevará a su reeducación y a su readaptación. Señala las siguientes «Reglas» de carácter fundamental: 1.º Asegurar al recluso los medios de subsistencia de sus familiares inmediatos: esposa, hijos, ascendientes. 2.º Asegurar al recluso la conservación de la integridad y unidad de su familia. 3.º Asegurar al recluso la competencia del personal penitenciario que controlará y ordenará su vida.

BENAVENTE, Enrique: «**TRABAJO DE RECLUSOS FUERA DEL ESTABLECIMIENTO** (Vida de relación del recluso)»; pág. 275.

Se hace un examen del sistema de trabajo adoptado, con éxito, en la Cárcel Modelo de Salta, en la que 85 penados seleccionados trabajan fuera del establecimiento para la Dirección de Vivienda y Obras Públicas de la provincia, y 14 en una fábrica de bloques de cemento, que está situada a tres kilómetros de la cárcel, sin que se haya registrado ni un solo intento de fuga. ,

TEMA III

El problema sexual en el ámbito penitenciario

MENCHACA, Carlos E.: «**INFORME DEL RELATOR OFICIAL**»; pág. 285.

Se hace un comentario sobre la madurez de los trabajos presentados acerca del régimen de visitas para reclusos casados, sobre el problema sexual penitenciario, para llegar a las siguientes conclusiones: 1.^a Entendemos que se ha superado la etapa de los planteamientos teóricos y nadie duda ya de la existencia del problema sexual en el ámbito penitenciario y de la necesidad de hallarle una solución humana, compatible con las exigencias sociales. 2.^a Es necesario revisar detenidamente el problema planteado ya que la pluralidad de orígenes reclama pluralidad de soluciones. 3.^a Las salidas periódicas, como corolario de un sistema progresivo, aparecen actualmente como la solución que menos conflictos provoca. 4.^a El caso especial que plantean los reclusos casados, dentro de la estructura actual de nuestro sistema penitenciario, es aconsejable sea resuelto mediante un régimen de visitas.

Sobre este problema se recogen en la revista que estamos anotando interesantes aportaciones, en diferentes trabajos, tales como: «Sugestiones sobre el problema sexual penitenciario», por el Dr. Horacio L. Mainard, profesor adjunto de Derecho penal de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, pág. 337; «El problema sexual del recluso soltero», por César Augusto Sosa, pág. 340; «El problema sexual en las cárceles de la provincia de Tucumán», por Doroteo Ceballos, pág. 341; «La humanización del sistema penitenciario argentino», por el Dr. Horacio S. Maldonado, profesor adjunto de Derecho penal de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, página 346; «El problema sexual en los establecimientos penales de la provincia de Buenos Aires», por la Delegación de la provincia de Buenos Aires, integrada por los señores Camperchioli, Mendiberry, Rivero, Toledo, Burgo y Fuentes, pág. 350; «Sobre el problema sexual carcelario», por el Dr. J. Ricardo Colombo, médico legalista de la Cárcel Modelo de Coronda, pág. 371; «Influencia del régimen sexual, fisiológico, en la repersonalización del recluso», por el médico legalista Dr. Juan Nasio, pág. 381; «El problema sexual en el ámbito penitenciario», por el teniente coronel D. Emiliano Rodríguez, director de la Cárcel Penitenciaria de Córdoba, pág. 394, y,

finalmente. otro trabajo, con el mismo título que el anterior, por J. Enrique Benavente, director interino de la Cárcel Penitenciaria de Salta, página 395.

TEMA IV

El personal en el sistema penitenciario justicialista

PINTOS, Edgardo J.: «**INFORME DEL RELATOR OFICIAL**»; pág. 399.

Se refiere esta ponencia al personal en el sistema penitenciario justicialista, cuyo sistema destierra el carácter retributivo de la pena, y ve en ella un medio de rescatar, mediante su reeducación social, los valores humanos transitoriamente perdidos para la colectividad, por lo que no podría estar ausente la consideración de un factor fundamental para alcanzar tales propósitos, cual es el personal penitenciario a quien le está atribuida una función tan delicada como profundamente humana. Es evidente, nos dice el autor de la ponencia, que en la concepción estructural del sistema, la misión del personal penitenciario es fundamental y necesaria, su exacto ejercicio tiene jerarquía institucional en el estado justicialista, y merece la consideración de la comunidad. Por esto, tiene un especial interés la cuestión relativa a las condiciones y aptitudes que dicho personal penitenciario debe reunir, y sin ella puede llegar al fracaso el sistema mejor inspirado. De nada servirán los principios más humanos y adelantados, de nada las instituciones y los edificios más modernos, si los encargados de aplicarlos no poseen la aptitud vocacional y la preparación técnica suficiente.

PETTINATO, Roberto: «**PERSONAL PENITENCIARIO. RECLUTAMIENTO, PREPARACION Y ESTATUTO LEGAL**»; pág. 403.

Se trata de una interesante información relativa a la organización del cuerpo penitenciario de la República argentina, presentada al Seminario latino-americano, sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, organizado por la O. N. U., de la que es autor el Director nacional de Institutos penales y de la Escuela penitenciaria de la nación argentina, que intervino como Delegado oficial de la misma, cuyo trabajo aparece distribuido en la siguiente forma: A) Distintas categorías de personal institucional y funciones de cada uno de ellos. I. Personal supervisor (Jefe de guardianes, guardiacárcel, etc.); personal encargado del orden interno; personal encargado de la vigilancia externa; Servicio de conserjería. II. Personal técnico para la industria penitenciaria (Ingeniero, Jefe de taller, instructores de oficios, capataces y obreros). III. Personal especializado: 1), maestros; 2), asistentes educacionales; 3), instructores de gimnasia y deportes; 4), asistentes sociales; 5), psicólogos y psicotécnicos; 6), médicos, incluso psiquiatras y otros especialistas; 7), enfer-

meros; 8), capellanes, y 9), otros trabajadores religiosos. IV. Personal administrativo (administrador, tesorero, oficinista, etc.). V. Personal ejecutivo (director de la institución, director asistente, director delegado jefe de la unidad residencial). VI. Personal femenino y personal masculino. VII. Actividades educativas y actividades deportivas. VIII. A) Administración central (Director general, Jefes de servicios, inspección, control, servicios técnicos, etc.). B) Estatuto del personal. Organización del servicio. C) Reclutamiento. D) Preparación profesional. Finalmente contiene el trabajo un anexo, con los siguientes titulares: Servicios de vigilancia y custodia; personal técnico de la industria penitenciaria; obra social; régimen privilegiado de previsión social; creación de una escuela penitenciaria.

Se insertan, asimismo, dentro del presente tema, los siguientes trabajos: «Estatuto del personal del servicio penitenciario de la nación», por la Dirección Nacional de Institutos Penales, pág. 460, que es un verdadero proyecto de Ley, y «El personal en el sistema penitenciario-justicialista», por la Delegación oficial de la provincia de Buenos Aires, pág. 473.

Finalmente, se recogen las deliberaciones que tuvieron lugar en las diferentes sesiones, tanto plenarias como reuniones de las distintas Comisiones, así como las diferentes actividades y actos que tuvieron lugar con ocasión del Congreso penitenciario justicialista.

D. M.

BELGICA

Revue de Droit Penal et de Criminologie

Febrero, 1954

JANSSENS, E.: «SYNTHESE DE QUELQUES ASPECTS PRATIQUES D'UNE PROCEDURE PENALE ADAPTEE A UN SYSTEME REPES-SIF SUBJECTIF»; págs. 423.

Contiene la interesante «Memoria», una Introducción y los siguientes titulares: I. Agentes encargados de ejecutar la acción pública. II. La instrucción: A) La instrucción del hecho. B) El estudio de la personalidad del delincuente: a), ¿con qué asuntos y lugares del suceso debe constituirse el cuaderno informativo de la personalidad? b), ¿qué procedimiento es concretamente el que se ha de adoptar desde el momento en que se tratan de constituir los legajos y cuadernos de la personalidad? c), ¿a quién confiar la constitución de estos documentos? d), ¿la instrucción del hecho y constitución del cuaderno pueden ser simultáneas? e), la comunicación del cuaderno de la personalidad. III. Las jurisdicciones de enjuiciamiento: A) La división del procedimiento en dos partes. B) La sede-expresiva. Tres tesis se enfrentan: a), el jurado especial; b), la colegiación de la sede; c), el escabina-

to. IV. Las vías legales de los recursos. V. La ejecución: A) Posición y planteamiento del problema. B) Papel principal del Magistrado en materia de ejecución. C) ¿A que Magistrado confiar esta misión? Derecho penal y procedimiento penal subjetivo.

La necesidad de pensar de nuevo en la reorganización del derecho repressivo, antes de la reforma, induce a muchos juristas a indagar los principios que deben presidir la elaboración de un Código penal, no solamente basado sobre la responsabilidad moral con los problemas metafísicos que ella entraña, sino fundada sobre la observación del delincuente. Una vez integradas en el Derecho penal estas concepciones necesitan una reforma simultánea en el procedimiento penal. No deja de parecer, al autor del trabajo que anotamos, interesante, explicar algunos de estos aspectos prácticos. Nuestras instituciones criminales son en gran parte el producto de una poderosa vegetación y florecimiento social que tiene profundas raíces en una civilización y organización política que en vano sería desconocer. Destinado a regularizar las reacciones individuales que provoca toda acción penal, el proceso judicial, que refleja las costumbres y la cultura de un pueblo, no pueden romper el pasado, sino que debe evolucionar con las mismas. En este orden de ideas, es preciso persuadir a todo aquel que se manifiesta como delincuente, que será objeto de medidas de defensa social. Este principio fundamental no puede ser desconocido, so pena de engendrar la inseguridad. Una intervención preventiva, cualquiera que pudiera colocarse y tomar carta de naturaleza dentro de un sistema repressivo, violaría las garantías necesarias y esenciales de la libertad individual. La aplicación de las medidas de defensa social no pueden por menos de concebirse, sino desde el momento en que una jurisdicción encargada de pronunciar si un individuo ha quebrantado el orden social establecido, debe responder de un modo afirmativo. Teniendo en cuenta estas observaciones, del autor, son precisas reglas nuevas de enjuiciamiento que se impongan para su aplicación por los agentes encargados, a base del Ministerio fiscal, de perseguir las infracciones. Examínanse, asimismo, la instrucción del proceso, las jurisdicciones y los recursos. Y, por último, la ejecución de Sentencias, sujeto y caso de modificación. Un trabajo de índole sumaria, como el presente, no puede revestir una perfecta obra de técnica legislativa, sino atraer únicamente la investigación de principios que permitirán resolver algunos de los nuevos problemas planteados, inherentes a un procedimiento adaptado a un Derecho penal basado en la observación.

UNION BELGE ET LUXEMBOURGEOISE DE DROIT PENAL; pág. 453

La Comisión designada por la Unión Belga y Luxemburguesa de Derecho penal, en su sesión de 24 de octubre de 1953, para elaborar las nuevas disposiciones relativas a la represión de la intoxicación alcohólica de los conductores de vehículos, y para coordinar los diversos textos legales que prevén la privación y caducidad del derecho de conducir, ha terminado

sus trabajos. Dicha Comisión llamó en su ayuda a jueces y abogados que aceptaron su concurso para reforzar las tareas del Secretariado, habiéndose presentado y redactado dos Proyectos de Ley distintos: El primero se titula: «Anteproyecto de Ley relativo a la represión de la intoxicación alcohólica de los conductores de vehículos» para poner remedio a la frecuencia de accidentes de la circulación, que constituye un verdadero peligro y son provocados en gran número de casos, por la intoxicación alcohólica del conductor, cuando aquélla no constituye embriaguez característica. El artículo 1.º determina las condiciones del delito. Es menester que sea constitutivo de infracción, que el conductor circule en un lugar accesible al público, aunque no sea la vía pública propiamente dicha. El artículo 2.º fija las disposiciones que establecen la infracción. El artículo 3.º, alude a ciertas personas que encontrándose en estado de intoxicación alcohólica, por ligera que sea, conducen un automóvil. El 4.º prevé el concurso de infracciones, y el 5.º, determina la competencia de los jueces de paz.

El segundo es un «Anteproyecto de Ley relativo a la caducidad del derecho de conducir», y obedece a medidas urgentes para coordinar, sistematizar y unificar las prescripciones referentes a la pena de caducidad del permiso de conducir, que se encuentran esparcidas en diversos textos legales.

MALLIE, Jean: «L'ACTION DIRECTE DE LA PARTIE LESEE DEVANT LE JUGE D'INSTRUCTION»; pág. 466.

La materia dilucidada en este artículo, consta de las rúbricas siguientes: 1. Generalidades. 2. Legislación. 3. Coadyuvante con el Juez de Instrucción. 4. Intervención del Ministerio Público. 5. Derechos y deberes del Juez de Instrucción. 6. El actor civil en la «Cámara del Consejo». 7. Competencia de esta Instrucción: A) La parte civil ha introducido una acción de reparación ante la jurisdicción civil. B) El delito denunciado es de la competencia del Juez de simple policía. C) El delito de hábito. D) Falso juramento litis-decisorio. 8. Protección de la infancia.

La parte perjudicada por una infracción puede tomar la iniciativa de introducir ante las jurisdicciones represivas una acción que tienda a obtener la reparación del daño experimentado, sin esperar a que el Ministerio público haya emprendido las persecuciones y acusaciones contra el delincuente. Si el hecho infractor es una contravención, una sola vía está abierta para el perjudicado: la citación directa ante el tribunal de policía. En materia de delito, la Ley concede la elección entre dos procedimientos: la citación directa ante el Tribunal correccional, o la demanda constituyéndose la parte civil en las manos del Juez de instrucción. Si el hecho denunciado es calificado de crimen por la Ley, la parte perjudicada no puede constituirse en parte civil ante el Magistrado instructor. En materia de delitos políticos o de prensa, el procedimiento de citación directa está prohibido, porque esas infracciones son de la competencia del Tribunal del Jurado.

LEY, Augusto: «LE REFUS DE MANGER, DIT «GREVE DE LA FAIM» CHEZ LES PRISONNIERS»; pág. 485.

Comienza el autor diciendo que la repulsa a alimentarse entre los reclusos, que impropriamente se denomina «huelga del hambre», ya que más bien sería una huelga de alimentación o de apetito, determina una actitud embarazosa para el personal penitenciario y la conducta observada en estos casos es discutidísima, por lo que está lejos de ser fijada y sometida a reglas. Cita el autor la frase de La Bruyere, que dijo: «El descontento es el arma de las almas débiles y tímidas», y agrega el hecho de que con alguna frecuencia los niños disgustados rechazan la comida para inquietar e impresionar a sus padres, al objeto de obtener la satisfacción de algún capricho. La cuestión reviste importancia, por lo que ha sido objeto de discusión en un reciente Congreso de médicos alienistas y neurólogos de Francia y de países de lengua francesa, celebrado en París, en junio de 1953, al que, por la Revista que anotamos, ya se hizo referencia oportunamente.

La discusión fué motivada como consecuencia de una comunicación del doctor Alam, médico director del Hospital Psiquiátrico de Rouffach (Alsacia), estimando que se puede alimentar a la fuerza a sujetos mentalmente normales que actúan a título de protesta contra su encarcelamiento, toda vez que estos sujetos están sometidos a la vigilancia médica, de preferencia psiquiátrica. El médico alienista está, en efecto, habituado a este género de reacción y posee el método necesario para ejercer la psicoterapia indispensable. Muchas veces ha sido evocado el suceso antiguo del Lord Alcalde irlandés de Cock que se dejó morir de hambre en una prisión, después de 74 días de ayuno voluntario, bajo pretexto del respeto al principio de libertad individual, tan querido del pueblo inglés. La cuestión no ha vuelto a plantearse más que cuando se trataba de enfermos mentales, pero es delicadísima cuando ocurre con sujetos normales. Pudiera pretenderse una actitud que se opusiera a la satisfacción de una necesidad extrema, tan imperiosa como fundamental, del instinto de nutrición que pueda pasar por extravagante, caprichosa y anormal, que pertenece frecuentemente a los sujetos clasicados en el cuadro mórbido, como «idealistas apasionados», que es en definitiva la monomanía con aparente tendencia al suicidio.

Un fisiólogo, el profesor Combemale, recuerda que dos jóvenes profesionales pudieron resistir veinte y treinta días sin tomar alimento, aunque bebiendo agua; el peligro sobreviene cuando el ayunador pierde el 40 por 100 de su peso, cuando los tejidos nobles, corazón, sistema nervioso, comienzan a alterarse, traduciéndose en una baja temperatura por la mañana y una elevación de cantidad de azoe urinario; entonces la inanición se hace cada vez más acentuada y la muerte es fatal.

El artículo contiene curiosos casos prácticos expuestos por Steck Dau-mezon, Bonnaffe, Delcourt y Alliez. Concluye el trabajo anotado diciendo que los sujetos que quieren conseguir la libertad con la huelga de la alimentación, ofrecen una actitud colectiva, concertada con reivindicaciones de orden político y moral, cuyo procedimiento para reducirles consiste en aislar en su celda a cada huelguista.

BRASIL**Revista Brasileira de Criminología e Direito Penal**

Enero-junio, 1954

DE MELLO, Baz. Washington: «REVOLTA E MOTIM»; pág. 3.

La interesante Revista brasileña, que dirige el ilustre profesor Roberto Lyra, comienza en este número con un trabajo que es conclusión del publicado en otro anterior, en donde se hace resaltar el aspecto de gravedad del delito de rebelión en tiempos de guerra, que llega al máximo de dicha gravedad cuando se practica en presencia del enemigo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 277 del Código penal militar de dicho país.

El autor del trabajo, Ministro del Tribunal Superior Militar y Miembro del Consejo Superior de la Sociedad Brasileña de Criminología, nos hace una acertada investigación acerca de lo que debe entenderse por «presencia ante el enemigo», cuando el hecho ocurre en zonas efectivas de operaciones militares o en inminente situación de hostilidad, comentando los artículos 317, 131, 132 y 136, del Cuerpo antes citado, y Resoluciones del Consejo Supremo, especialmente sobre los actos de indisciplina por tierra y mar, naturaleza del acto criminoso, número de partícipes que no podrá ser inferior a cuatro, precisándose el concierto previo o «pactum sceleris», para un fin cierto y positivo, exteriorizado por la unión de voluntades que engendra la responsabilidad penal de todos los participantes, no bastando simples confabulaciones. Examina, asimismo, el modo de restablecer el derecho perturbado en algunos casos sentenciados, que originaron diversas sublevaciones militares con ayuda de elementos civiles, tomando, a veces, visos de guerra civil para estudiar, finalmente, las modalidades que revisten esta clase de delitos colectivos.

LYRA, Roberto: «NOVOS MEIOS DE PROVA DA AUTORIA»; pág. 9.

Interesante trabajo, del profesor Lyra, que aparece distribuido en los siguientes titulares: 1. Introducción. 2. Prehistoria e historia de la prueba. 3. El presente y el futuro. 4. Crítica. 5. Conclusiones.

La Introducción sienta la teoría de que «si la prueba del crimen es cada día más fácil, la de la autoría es cada vez más difícil», porque no basta el elemento indiciario, es indispensable convertir los vestigios, en medios de prueba, para que los hechos puedan ser imputados a un autor, cuyos medios han de ser examinados por la técnica policial y por la ciencia criminalística de los jueces. La prehistoria y la historia de la prueba es vista en el Código de Hammurabi, en el Derecho Romano, en las Ordalías y Juicios de Dios, en el Derecho feudal, en los medios probatorios legales,

políticos y morales, en los antecesores de los científicos, para fallar conforme a lo alegado y probado, teniendo como base los datos positivos experimentales seleccionados e interpretados por el convencimiento de la culpabilidad.

El presente y el futuro de las pruebas, se estudia a través de la Sociología judicial y la Jurisprudencia; se hace un examen de la crisis de la confesión judicial, que perdió su raigambre de «proba probatissima», para ceder la primacía ante los adelantos científicos en orden al interrogatorio del acusado, análisis psiquiátrico, testigos y documentos, encuadrando los elementos de juicio en una crítica serena y elevando conclusiones a los Poderes Públicos, en sentido de que «no hay crímenes, sino hombres».

Este trabajo fué, en principio, una Conferencia dedicada al Ministerio público de Bahía.

LYRA, Roberto: «HEREDITARIEDADE E TENDENCIA CRIMINAL»; página 30.

Consta el ensayo de las siguientes rúbricas: 1. Evolución de las propias ideas de su autor. 2. Crimen hereditario (herencia y criminalidad). 3. Nuevas hipótesis biogénicas. 4. Conclusiones.

La evolución del pensamiento del ilustre profesor Lyra, acerca de la herencia criminógena, como resultado del abandono que mantiene, perpetúa o agrava las taras desde una herencia remota, fué expuesta, según nos dice, en 1953, en su trabajo «Economía y crimen», en «Justicia social y la prevención de la criminalidad», en 1943, y en «Introducción al estudio del derecho criminal en 1946. Las repercusiones de la influencia de lo físico en lo psíquico o de lo que acrecienta la conducta viciosa o criminal, traduciéndose, inclusive, en actos calificados de crímenes o contravenciones, son estudiados en el trabajo que anotamos, en Lombroso y sus precursores: Homero, Salomón, Aristóteles, Avicenna y Della Porta; y el análisis de los elementos de que se compone el carácter típico y de naturaleza constitucional, es dilucidado en el «Manual Teórico y Práctico de Psicología Criminal», de Kretschmer. El concepto biogénico de la herencia, que estudia el autor, constituye una materia que no es independiente del cuerpo, contribuyendo a formar la descendencia y las condiciones de vida, que influyen sobre el organismo, situaciones externas, caracteres adquiridos por la acción del medio y transmitidos, así como los caracteres originarios que pueden ser alterados por la acción dirigida o planificada sobre las condiciones externas, llegándose a la conclusión de que el concepto «primitivo» sea tratado y relacionado con el de civilización, como causa también transmisión de los beneficios adquiridos, a fin de que las tendencias sean domadas, disciplinadas y encauzadas en el hombre. La respuesta a todo ello está en el estado peligroso de la sociedad. Este trabajo fué presentado en el I Congreso Brasileño de Medicina Legal y Criminología, como Ponencia general.

LYRA, Roberto (filho): «DISPERSAO DE VOTOS»; pág. 35.

En los Códigos procesales, civiles y penales brasileños —comienza diciendo el autor—, se reconoce la existencia de votos que disienten de la mayoría, en los fallos de los Tribunales colegiados. A fin de regularlos, varias Ordenes ministeriales consagran el principio de reducción del voto mayor al menor, o sea, el voto medio. La consecuencia del voto medio se orienta en el sentido de obtener una solución que represente la mayoría absoluta del Tribunal. En puridad de términos, como sostiene Joao de Oliveira filho, debería decirse «voto mínimo», pues la minoridad que se procura es que coincidan dos votos para conseguir la mayoría absoluta del Tribunal al objeto de dirimir la discordia surgida.

El asunto ha sido estudiado, sobre todo, en el proceso civil. En cuanto al orden penal, preséntanse aspectos inconfundibles, sobre todo, a fin de que tenga aplicación el principio «in dubius mitius». Circunstancialmente se estudia una Sentencia o acuerdo en revisión, con dos votos, razonando en un sentido que discrepa de la mayoría en criterio favorable a la prescripción, por tres votos contra dos a favor de nulidades alegadas que pudieran determinar la nulidad de lo actuado, es decir, la suspensión del procedimiento, obteniéndose por el voto medio, o sea que la cantidad total comprende la cantidad menor, que en este caso es la prescripción; del mismo modo que si en una causa, vista ante cinco jueces, dos votan por una pena grave, dos por la absolución y otro por la pena menos grave, prevalece la absolución.

MACEDO, Sylvio de: «O DINAMISMO DO CRIME E SUA HISTORICIDADE»; pág. 40.

La gran polémica alrededor del dinamismo del crimen y de su historicidad, en el ámbito de la ciencia jurídico penal, obedece, según Macedo, a un desbarajuste de los elementos de orden lingüístico que entrañan la configuración que caracteriza el delito. Se ha dicho, en diversas ocasiones, por la voz autorizada de los grandes maestros, que existe una proliferación de definiciones meramente tautológicas, en la ciencia jurídica, y que, por cierto, recoge con rigor necesario la lógica. Parece que cada vez gana más en evidencia el principio de que el penalista actual debe estar protegido de una fuerte armadura conceptual, y como el concepto se conecta en capacidad de exteriorizarlo en la lingüística, es responsable para la validez del sistema, llegándose a poder concluir necesariamente que en esta última actividad del jurista se podrá graduar su fuerza en la originalidad y capacidad de pensamiento. Quiere decir que el verdadero jurista que pretenda hacer trabajo honrado, serio y científico, deberá trabajar preliminarmente en la filosofía del lenguaje, unido a un trabajo de depuración semántica. A continuación estudia el dinamismo criminal en su historia a través de los libros de Gomelli y Di Tullio; el primero analizando posiciones clásicas en cuanto a definición del delito y existencia de una tipología del

criminal, y el segundo apoyándose en diagnósticos médico-legales basados en la experiencia.

CLOVIS MEIRA: «ENDOCRINOLOGIA E CRIMINALIDADE»; pág. 42.

Estudio profundo y documentado del origen de la delincuencia mediante los adelantos de la ciencia de la endocrinología, rama de la biología criminal, relativa al funcionamiento de las glándulas de secreción interna, ya que la reproducción del hombre es a consecuencia de dos células, una de origen paterno y otra de origen materno. El desequilibrio del funcionamiento glandular puede motivar grandes y graves trastornos en el carácter y en la conducta del individuo, y ser causa de criminalidad. Las glándulas hipófisis tiroideas, suprarrenales y genitales, producen características morfológicas, funcionales y psicológicas, que diferencian unos sujetos de otros dotados de un temperamento que Krestchmer llamó «esquizotímico», que determina la constitución criminal examinada por el autor de este trabajo en los de Mc. Gavack y Bernard, que demostró el doble papel que desempeña la célula hepática y que abrió nuevos y vastos horizontes que delimitaron Starling y Pende. Del funcionamiento glandular depende la vida de los individuos y sus taras orgánicas. Lombroso, Pende y Krestchmer son los artífices del edificio de la Antropología o Biología criminal, que explica el origen de las anomalías halladas entre los degenerados. En el trabajo que examinamos es destacada, asimismo, la labor del doctor Mараñón, que afirmó la influencia del sistema endócrino de un modo primordial en la morfología humana, y existe una relación evidente que tiende a ser constante y fija entre la morfología del espíritu con el estudio morfológico, en gran parte glandular, de un sujeto determinado que sirve de orientación sobre sus reacciones psíquicas y, por tanto, sociales.

D. M.

ESPAÑA

Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios

Dirección General de Prisiones, Madrid. Número 110

Mayo-Junio 1954

TERUEL CARRALERO, Domingo: «EL ENSAÑAMIENTO EN LA LEGISLACION ESPAÑOLA»; págs. 12 a 19.

Para el ilustre magistrado, autor de este estudio, no ofrece duda que la concurrencia de esta circunstancia de agravación pone de manifiesto una especial perversidad y revela un criminal sumamente peligroso.

Examina seguidamente las distintas fórmulas empleadas en nuestros Códigos penales, y con relación al vigente se detiene particularmente en el

estudio de la cuestión referente a si la circunstancia agravante contenida en el número 5 del artículo 10 («Aumentar deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecución») y la cualificativa del mismo número del artículo 406 («Con ensañamiento aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido») son una, misma circunstancia o dos distintas. Se muestra partidario de la última de las indicadas posiciones por creer que la cualificativa requiere una mayor intensidad. Como consecuencia admite la posibilidad de un homicidio agravado y no cualificado por el ensañamiento.

Termina este interesante trabajo con la exposición de los problemas referentes a la compatibilidad e incompatibilidad del ensañamiento con las demás agravantes (especialmente alevosía y premeditación) y con las atenuantes.

En fin, otro artículo más que añadir a los muchos ya publicados por su culto autor y una muestra más de su reconocida competencia.

LOPEZ RIOCEREZO, P. José María (O. S. A.): «LA PEDAGOGIA SALESIANA. SISTEMA PREVENTIVO CONTRA LA DELINCUENCIA DE LOS MENORES»; págs. 29 a 30.

El ilustre profesor de Derecho penal del Real Colegio de Estudios superiores de El Escorial destaca, entre los distintos problemas que nuestra Patria tiene planteados en la actualidad, el de una amplia e íntegra formación cultural, basada en la infalible verdad católica, que constituirá un excelente preventivo de la delincuencia en general y, en especial, de la de los menores. El punto capital para remediar el mal de la delincuencia juvenil «está en apartar a los jóvenes del ambiente mefítico, inmoral en que viven en los barrios obreros dándoles una educación e instrucción completa religioso-técnica y profesionalmente». Seguidamente destaca el método educativo de San Juan Bosco, contenido en su opúsculo. «El sistema preventivo en la educación de la juventud», que nada tiene que envidiar a los más modernos.

Hace historia de la labor de los Padres salesianos en España hablándonos de los primeros «Oratorios festivos» y termina realizando la actuación del Nuevo Régimen en la materia, que se demuestra con realidades como la creación de institutos y Universidades laborales y de la Institución Sindical de Formación Profesional «Virgen de la Paloma», en la que de la formación moral y religiosa de unos 3.000 alumnos cuidan los Padres salesianos.

MORERA VICENTE, Enrique de la: «PROBLEMA DE LA REDENCION DE LAS PENAS POR EL TRABAJO»; págs. 31 a 43.

El autor, después de un detenido y minucioso estudio de la cuestión, sienta las conclusiones siguientes:

1.^a Es necesario establecer la redención de penas por el trabajo con

carácter general. Quedando establecido en su actual redacción para los que gocen del beneficio por vez primera y ampliar los días de trabajo para conseguir uno de redención a todos aquellos que actualmente se les niega en el apartado 1.º del artículo 100 del Código penal.

2.ª Prescindir de la evasión y de la mala conducta preventiva en estado de reclusión para la aplicación de redención de penas por el trabajo, por considerar estas circunstancias más propias de una sanción disciplinaria que de la negación de un derecho penitenciario.

Si por mala conducta, una vez dentro de la aplicación penitenciaria por gravedad de la misma, hay que recurrir a la modificación de este derecho penitenciario, es conveniente hacerlo como sanción temporal, ampliando los días durante la misma para conseguir uno de redención.

3.ª Considerar la peligrosidad social, no como una agravante penitenciaria, sino como un estado cuando concurre en la sentencia por otro delito en el que es necesario ampliar todos los procedimientos penitenciarios para lograr la corrección, pero nunca disminuirlos.

4.ª Establecer el trabajo penitenciario preventivo en orden a la cesación de la inactividad penitenciaria y el sentido de equidad que supone la acumulación posterior del tiempo trabajado en período preventivo a la aplicación penitenciaria pura.

5.ª Armonizar la legislación penitenciaria en orden al trabajo y establecer un trabajo beneficioso para todos aquellos que, condenados a menos de dos años y un día de aplicación penitenciaria, se encuentran actualmente en situación un tanto indecisa.

Este número, además de los ya señalados, contiene, entre otros interesantes artículos, los siguientes: «El libro y las bibliotecas en cárceles y prisiones», por Javier Lasso de la Vega; «La opinión pública y la prevención criminal», por el doctor C. Guilleran; «El pensar racional y el pensar austístico en el hecho criminoso», por César Calvo, y «La reiteración del arresto gubernativo y sus perniciosas consecuencias en prisión», por Alberto María Izquierdo.

César CAMARGO HERNANDEZ

Revista del Instituto de Derecho Comparado. Barcelona

Número 1. Julio-diciembre 1953

Bajo los auspicios del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, el Instituto de Derecho Comparado, con sede en Barcelona, ha iniciado la publicación de esta nueva revista, primera en España dedicada exclusivamente a tareas de comparatismo, cuya importancia se hace sentir cada día con mayor intensidad en los tiempos de cooperación internacional en que vivimos. Como dijo el maestro Castán, y recoge en sus páginas editoriales de presentación la revista, «España es una excepción en el mundo al no contar con cátedras ni institutos de Derecho comparado»; triste confesión que ahora, venturosamente, al menos por lo que atañe a

su último extremo, puede ya formularse en pretérito. Integran la redacción de la revista el letrado doctor Solá Cañizares, como director de ella y del naciente Instituto; el doctor José Puig Brutau, como subdirector y el doctor Carlos E. Mascareñas, como secretario.

Del formato y rigor científico acostumbrados en las publicaciones del Consejo, la «Revista del Instituto de Derecho comparado» es, por ahora, de tirada semestral con secciones fijas de Doctrina, comentarios comparativos, jurisprudencia comparada, bibliografía e información. En este su primer número no se trata en la sección doctrinal de materia específica de nuestra especialidad. En la de información, en cambio, pensada para dar a conocer en el extranjero las novedades legislativas y doctrinales de nuestro país, la sección de Derecho penal, encomendada al Vicerrector de la Universidad de Valladolid, profesor Del Rosal, se da sucinta y cabal noticia de las disposiciones legales, sentencias jurisprudenciales y publicaciones desde 1952.

Número 2. Enero-junio 1954

Bien que tampoco en este número se acojan estudios de doctrina específicamente penales, tocan indirectamente puntos que atañen a nuestra especialidad los artículos de Marc Ancel sobre «La doctrina universalista en la obra de Levy-Ullman», de von Mehren, sobre «estudio comparativo de la función judicial en Francia y los Estados Unidos», y de Quintano Ripollés sobre «La integración de la República democrática alemana en la órbita formal del Derecho intersoviético». En el interesante resumen bibliográfico alemán de K. H. Neumayer, se citan las publicaciones locales de mayor interés desde el fin de la guerra, tanto en colecciones legislativas y jurisprudenciales como en revistas y libros. Continúa el profesor Del Rosal su valiosa sección de información para extranjeros, con las novedades de Derecho penal español correspondiente al año 1953.

En este número de la Revista se inserta un trabajo bibliográfico de sumo valor, repertorio nutridísimo de trabajos sobre Derecho penal y Ciencias penales, criminológicas notablemente, que constituye una exacta puesta al día de los antiguos repertorios de Amor Neveiro (de 1918) y Jiménez de Asúa (de 1922). Es propósito del Instituto de Derecho comparado realizar tan ímproba labor en los distintos campos de la enciclopedia jurídica, habiendo comenzado por el del Derecho penal, tan rico y complejo por la diversidad de disciplinas que abarca. Se ha encargado de ello a uno de los más jóvenes y seguros valores de la Ciencia penal española, el abogado fiscal de Barcelona, doctor Díaz Palos, cuya labor de comentaristas de jurisprudencia en la «Revista Jurídica de Cataluña», y sobre todo en la «Nueva Enciclopedia Jurídica», de la Editorial Seix, han puesto sobradamente de manifiesto sus altas dotes intelectuales y copiosa erudición. En esta su nueva labor, ingrata como pocas, ha acreditado, además, una laboriosidad sin tasa, pues en el elenco bibliográfico no se hace solamente referencia a libros, sino a artículos de revistas y publicaciones colectivas, como diccionarios y enciclopedias, sin limitación de tiempo y

si únicamente de espacio, por referirse a bibliografía española, publicada en España, si bien se incluyen las traducciones de obras extranjeras. En lugar de adoptar el más cómodo procedimiento de ordenación alfabética por nombres de autores, como suele hacerse en obras de esta naturaleza, aumenta la dificultad de la misma, aunque acrecentando, naturalmente, su valor, con una bien meditada agrupación sistemática, en base a las secciones siguientes: I.—«Obras generales» (con mención de 31 obras); II.—«Comentarios a los códigos penales» (con 41 obras, distribuidas según los diferentes cuerpos legales); III.—«Traducciones y notas de Derecho español» (con 91 obras); IV.—«Monografías y otros trabajos» (con 316 títulos referidos a la parte general y 137 a la especial); V.—«Textos legales y jurisprudencia» (26 obras); VI.—«Revistas penales» (con 21 títulos), y VII.—Otras menciones («casos prácticos y repertorios bibliográficos») (con ocho títulos). Todavía se adicionan ochenta trabajos más en una sección «de alcance», es decir, en total 751 títulos con las referencias bibliográficas más exactas y detalladas, lo que supone por sí un esfuerzo personal ingente, bien premiado, sin duda, por la utilidad inmediata del mismo para quien de ahora en adelante emprenda cualquier tarea de consulta o investigación.

A. Q. R.

Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo

1954, I trimestre. número 68

No se dedica en este número de la prestigiosa revista de la Universidad ovetense artículo alguno a la especialidad penal, si bien en la sección de Bibliografía se reseñan con sumo detalle y tino crítico por el profesor Silva Melero los libros de ciencia penal siguientes: Eb. Schmidt: «Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege»; Battaglini: «L'interruzione del nesso causale»; J. Kimmel: «Lehrbuch des oesterreichischen Strafrechts», y R. Pellegrini: «Sessuologia».

En un anejo de la Revista se da cuenta de la labor desarrollada en el curso de 1953 a 1954 por el Seminario de Derecho Penal y Ciencias Penales, al que nos referimos en las últimas páginas de este ANUARIO, dirigido con tanto entusiasmo como asiduidad y competencia por el catedrático de Derecho Penal de aquella Universidad, doctor Silva Melero. Consagrado preferentemente dicho cursillo a los temas psiquiátricos y médico-legales se pronunciaron las conferencias siguientes: «La Alemania oriental y occidental y el Derecho Penal de la post-guerra» (Silva Melero); «Aborto y anticoncepcionismo» (Rafael Fernández); «Psiquiatría, conceptos fundamentales» (Quirós Isla); «Síndromes carcelarios» (Fernández Vilas); «Peritaje psiquiátrico» (S. Melón); «Intoxicaciones» (Builla Acevedo); «Consideraciones en torno a la autopsia» (L. Peña); «El médico como concausa en el evento» (M. Arnot); «Consideraciones respecto a la causalidad y peligrosidad en el Derecho penal» (R. Fernández). Sería bien de desear que al

menos algunos de estos trabajos, sobre todo los de temática general y jurídica, fuesen publicados en sucesivos números de la revista.

A. Q. R.

Revista de Medicina Legal. Madrid

Números 96 y 97. Marzo-abril 1954

ROYO VILLANOVA, Dr. R.: «SOBRE LA DEFINICION DE LA MEDICINA LEGAL»; págs. 81 a 93.

Partiendo de la base de que definir una cosa es puntualizar, fijar con precisión el objeto, el significado, la naturaleza de dicha cosa, determinarán su ámbito, establecer su contenido, trazar sus límites y fronteras con respecto a las otras cosas que se le parecen, llega a la conclusión, después de examinar las numerosas definiciones que se han dado, de que es casi imposible dar una buena definición; pero siendo un hecho evidente la existencia de la Medicina legal, ¿qué es la Medicina legal? Para contestar a esta pregunta, mejor que dar una definición antes de leer la disciplina es estudiarla concienzudamente, es meditarla detenidamente, de lo cual surgirá y se derivará, natural e inevitablemente, la gran definición, una definición que ya no es necesaria.

No obstante, reconoce la importancia y la necesidad de la definición desde los puntos de vista pedagógico y docente.

Además del artículo del doctor Royo-Villanova, contiene este número los siguientes: «Psicosis tóxicas», por el doctor Manuel Pérez de Petinto; «El Formol: sus aplicaciones en la conservación de cadáveres y piezas cadavéricas», por el doctor Martínez Estrada; «Aborto, infanticidio y otros problemas con los mismos relacionados, vistos en el terreno médico-legal y jurídico», por el doctor Fontán, y «Factología psiquiátrica del niño delincuente», por el doctor Becerra.

C. C. II.

ESTADOS UNIDOS

“The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science”

Editado por la “Northwestern University School of Law”.

Chicago, III, vol. 44, núm. 6.

Marzo-abril 1954

Comienza este número del «Journal» con un artículo de Melvin F. Wingersky sobre el «Report of the Royal Commission on Capital Punishment» (Informe de la Real Comisión—Británica—para la Pena Capital), que por haber sido objeto de reseña suficientemente extensa en nuestro ANUARIO

(tomo VI, fascículo primero, págs. 133 a 144, y tomo VII, fascículo segundo, págs. 340 a 343), justificará nos excusamos de recoger otro nuevo resumen sobre el propio tema, como implica el artículo en cuestión, del que, sin embargo, merece consignarse la cita que el mismo hace al acúmulo de antecedentes legislativos heterogéneos consultado por la Real Comisión informante, para con tal motivo proponer el autor la «codificación de las leyes penales con un criterio de coordinación», en vez de intentarla con técnica de taracea. Siguen después las siguientes aportaciones:

MIHM, Ferd Paúl: «A RE-EXAMINATION OF THE VALIDITY OF OUR SEX PSYCHOPATH STATUTES IN THE LIGHT OF RECENT APPEAL CASES AND EXPERIENCE». (Una revisión acerca del valor de nuestra legislación para psicópatas sexuales a la luz de la práctica y de recursos de alzada recientes); págs. 716 a 736.

Abordada la cuestión desde esas perspectivas que el propio enunciado expresa, afirma el articulista la imperfección del conocimiento actual acerca de la índole y desarrollo de la «psicopatía sexual», como lleno de ambigüedades este concepto, carente de adecuado ajuste en la catalogación de la dinámica, de la Medicina o del Derecho, motivando la consideración de este último aspecto, y más concretamente, dentro de él, la de la legislación norteamericana relativa a dichos «pacientes», que el aludido Mr. Mihm aconseje se proceda en la misma con más cautela, toda vez que, falto como está el respectivo sector científico de criterio objetivo para «comprender» y tratar satisfactoriamente las condiciones mentales de los delincuentes sexuales, puede llegar la legislación referida, por una excesiva o mal orientada preocupación de guarda social, a incurrir en atentado a los derechos individuales amparados por la Constitución Federal.

KASMAN, Saul: «ON HUMAN NATURE FOR INVESTIGATORS» (A propósito de la naturaleza humana: para investigadores); págs. 737 a 745.

El autor, miembro de la «Illinois Public Aid Commission», comienza aquí reconociendo el carácter complejo del fenómeno en que consiste la conducta humana y señalándonos como fines de la Psicología la comprensión y análisis del porqué y trascendencia de las acciones que integran dicha conducta; como principales técnicas de aquella ciencia: la observación, la predicción y el control. (?)

Dentro de la primera, advierte que lo más importante para el observador es conseguir la distinción entre los hechos «innocuos» y los relevantes, atendiendo al efecto al lenguaje, a las expresiones faciales, a las tensiones fisiológicas, apostura, a cualquier atisbo revelador de estados íntimos mentales o emotivos.

También opina que han de tomarse en consideración las sensaciones auditivas, por cuanto el tono de voz, según sea humilde, mordaz o sarcástico, puede mostrar determinados sentimientos de aquel último orden.

De menor valor instrumental que la visión y la audición, la sensibilidad cutánea, como el gusto y el olfato; las «situaciones» conocidas por «expectación» y «atención» tienen empero aún mayor importancia. Como bien conocida reputa la apreciación de que los estados emocionales afectan en sumo grado al proceso reflexivo del investigador; al que en suma recomienda también, con el aliciente de la recompensa, el esfuerzo y la energía, tenacidad, sosiego y fervor en la averiguación de la verdad.

KARPMAN, Ben: «PSYCHOSOMATIC NEUROSIS AS EXPRESSION OF A BARRIER AGAINST INDULGENCE IN CRAVED BUT PROHIBITED SEXUAL DRIVES». (La neurosis psicósomática como obstáculo contra el influjo de tendencias sexuales anheladas, si bien prohibidas); páginas 746 a 751.

En anterior comunicación sobre el particular (reseñada en el propio «Journal». Vol. 44, núm. 1, mayo-junio 1953; bajo el título de «Psychosis as a Defense Against Yielding to Perversive --Paraphiliac-- Sexual Crimes»), trataba Mr. Karpman de fundamentar tesis en cuya virtud existe estrecha relación psicogenética entre el delito y la enajenación mental, usando este último vocablo en sentido tan amplio que incluye cuantas aberraciones de índole mental o emotiva pueden reconocer causa directa psicogenética.

En el presente trabajo se propone justificar análogo criterio, pero ampliado a las neurosis, a cuyo propósito expone un caso clínico de tal anomalía en el que la paciente acusó una constante preocupación mental hacia ciertas conductas antisociales, particularmente incesto y homosexualidad, aunque logrando reprimir tales propensiones de modo que sólo fueron susceptibles de «diagnóstico» a través de síntomas apreciados en la investigación como «símbolos» de propensiones «subsuyacentes».

Para concluir este tema, baste decir, en relación con las conclusiones que el autor deduce —y de las que quizá más importantes (no se dice que segura) es la que afirma el posible tratamiento psicoterapéutico de la delincuencia cuando ésta se halla íntimamente ligada a una modalidad específica de neurosis—, que el caso clínico estudiado por el profesor Karpman reveló el «papel desempeñado por el sentimiento, morboso, de culpabilidad en la inmovilización de la tendencia agresiva»: que, efectivamente, aquella situación patológica «evitó» el «delincuente» que esta última implicaba; pero que todo fué a costa de un padecimiento personal y por ello debe inferir la conveniencia de rehuir el tratamiento «en masa» para emplear el «individualizado», en otro aspecto más propio de las instituciones mentales que de las prisiones.

ILLING, Hans A.: «THE «VISITOR» AND HIS ROLE OF TRANSFERENCE IN GROUP THERAPY» (El papel del «visitante» a propósito de la «transferencia» en la «psicoterapia colectiva»); págs. 753 a 758.

El autor, clínico adscrito al Hospital del Monte Sinaí de Los Angeles (California), remitiéndose previamente a las descripciones freudianas de los procesos de «transferencias» en psicoterapia, y al papel importante asignado por S. R. Slavson a dichos procesos, advierte que hasta fecha muy reciente no se han diferenciado; dentro del susodicho tratamiento las «fases» en que el mismo puede y conviene que se halle dividido, y, a propósito de la misión individual para cada una de esas «fases» describe el papel asignado al «clínico», al «observador» y al «visitante», figura ésta la principal en cuanto motiva el artículo y también porque la considera más adecuada para aprovechar, en un régimen de comprensión o tolerancia, cuantos resortes brinden los pacientes en aras de su propia readaptación a la normalidad y, caso de ser los mismos también delincuentes, a su retorno a la vida común.

Si nos situamos imaginativamente en el ambiente del Instituto de Asistencia Médica que en Los Angeles posee el «California State Department of Correction», con sus 1.200 reclusos, de los que 120 padecían tuberculosis (siendo la razón de su internamiento el haber infringido las disposiciones para prevenir el contagio), y los restantes clasificados como psicópatas o psicóticos; si también, como el autor pretende, aceptamos el criterio de Showtack, quien describe el método psicoterápico como principalmente analítico, y «basado en la existencia de circuitos emotivos inconscientes en la mente del enfermo que, no advertidos por éste, le conducen empero a una conducta anormal»; sobre tales presupuestos acaso nos sea dable el comprender cuál el articulista desea, la importancia atribuida al papel del «visitante» —figura cuya misión ha de comenzar en cada «tratamiento colectivo» por atraerse la confianza de los pacientes que integran el «grupo» que le es asignado—, y que, en resumen, no debe proponerse más que, dotado del preciso conocimiento psiquiátrico y de las condiciones de los sujetos observados, facilitar la atención del clínico principal hacia los «síntomas» que por su intervención, asimismo, se hagan más apreciables en cada una de las sesiones terapéuticas a que sea sometido cada uno de los repetidos grupos.

No pretende Mr. Illing, según manifestación propia, «exponer hechos científicamente sustentados», pues añade que sus comentarios dimanarían de meras impresiones; contentase con matizar una conveniente tercera aportación profesional entre las que requiere la «psicoterapia por grupos».

J. S. O.

FRANCIA

Revue Internationale de Police Criminelle

Mayo, 1954

R. WEBSTER, F. G. A.: «PIERRES PRECIEUSES ET JOAILLERIE»;
página 130.

De la lectura del presente trabajo se desprende que, todo el que participe de la opinión del autor, aplaudirá su propósito —meritorio, por cierto— que no es otro que aportar, a los funcionarios de Policía, rudimentos de «gemología», por lo que la redacción de esta Revista Internacional de Policía Criminal, ha creído, con buen acuerdo, conveniente, añadir al texto original de Webster, una lista bastante completa de las principales piedras preciosas y de sus definiciones en química mineral: diamantes, rubíes, zafiros, esmeraldas, otras piedras preciosas y perlas.

Es indudable que reviste gran interés, para el policía, ciertos conocimientos en joyería y de piedras preciosas, ya que se trata de pequeños objetos fáciles y cómodos de transportar. a la vez que dotados de gran valor, que tientan la codicia de los malhechores. Por otra parte, la Policía ha de tener puesta su atención en cada instante, para no ser sorprendida con las declaraciones de pérdidas o extravíos. El policía encargado de investigar en un proceso de este orden, debe, ante todo, procurarse una descripción, tan exacta como sea posible, de la pieza o piezas en cuestión. La multiplicidad de tareas, tan delicadas, no impide el estudio a fondo de la «gemología», que ha llegado a ser una verdadera ciencia, con ciertos rudimentos que serán, en este campo, muy aprovechables.

En el curso del artículo son analizadas determinadas características de las piedras preciosas más importantes, comparando los principales estilos de talla y montura, con el estudio de los metales generalmente empleados. También se hace preciso comparar las piedras más preciosas —diamantes, rubíes, zafiros, esmeraldas y perlas— con sus imitaciones corrientes. El autor estudia después, sucesivamente, las piedras de menor valor, como son: el topacio, amatista, esmaltes, turmarinas, ópalos, aguasmarinas, granates, ágatas, etc.

NETTO, Amoroso: «LE CRIME DE MAIRIPORA»; pág. 139.

Un estudio sobre el cuerpo del delito, hecho con ocasión de un crimen, que causó gran alarma, cuando en 12 de julio 1952, dos jóvenes que transitaban por un camino desierto en el bosque de «Horto Florestal», del término municipal de «Mairipora», descubrieron el cadáver de una mujer, de 25 a 26 años, que presentaba una fractura parcial de la bóveda craneana y otra lesión sobre el frontal izquierdo. Cerca de la cabeza existía una

enorme piedra manchada de sangre, que pesaba más de 50 kilos. A cinco metros, aproximadamente, una barra de hierro envuelta en periódicos. La autopsia sentó la conclusión de que la muerte sobrevino por consecuencia de lesiones craneoencefálicas, en la región frontal izquierda, y la fractura del segmento encefálico había desfigurado por completo a la víctima, impidiendo su identificación. El descubridor del crimen, autor del trabajo que anotamos, Jefe de Policía y notable publicista, con un método especial reconstituyó con entera fidelidad, el rostro de la víctima, obtuvo las huellas digitales y la ficha odontoscópica, cuyos datos fueron divulgados por la prensa y la radio. Describió, asimismo, minuciosamente, los objetos que la mujer llevaba: una medalla de metal, con la efigie de San Jorge, un pañuelo blanco con la inicial B., calzado, vestido, etc.; se logró identificar al asesino, Joao Vicente de Oliveira Filho, que vivía separado de su mujer, amancebado con la joven Edite Bueno Campos, que hacía pasar por su esposa, y que salió con Joao Vicente el 11 de julio, víspera del descubrimiento del crimen, y que no volvió a aparecer.

SILVER, P. C.: «L'INVASION MARINE EN 1953 ET LE ROLE DE LA POLICE»; pág. 143.

La prensa y la radio, con toda clase de detalles, conmovieron a la opinión mundial al circular la noticia sobre la catástrofe que abatió, principalmente, la parte sudoccidental de los Países Bajos durante el transcurso de la noche del 31 de enero al 1 de febrero de 1953. De este hecho se pusieron en relieve las actividades policiales. Tempestades violentas sacudieron mareas en extremo fortísimas, que hicieron saltar los diques marítimos en muchos sitios y parajes. Las aguas desbordadas invadieron extensas regiones fértiles, situadas por debajo del nivel del mar, arrastrando en su corriente desenfadada, personas, animales y materiales. En el momento de sobrevenir semejantes catástrofes, no era posible dar una idea aproximada de la envergadura del siniestro. El territorio de las islas Zelandas y una parte del continente mismo al sudoeste de los Países Bajos, fueron en casi su totalidad presa de las aguas; los transportes rodados fueron detenidos e inmovilizados, y las intensas y violentas tempestades impidieron en los primeros momentos todo transporte por vía marítima o aérea. La policía estacionada en estas regiones, y compuesta en su mayoría de destacamentos del Cuerpo de Policía del Estado, entró inmediatamente en acción, colaborando con las autoridades, y poniendo en su actividad un esfuerzo denodado para salvar vidas humanas. El artículo describe el impulso de los navíos de policía fluvial en apoyo de los lugares siniestrados, así como la actuación de los servicios de Telecomunicación, resaltando la rapidez en las evacuaciones y, sobre todo, la pronta intervención de un régimen de vigilancia.

WOOLNER, Leonard: «UN SINGULIER OUTIL DE CAMBRIOLAGE»;
página 147.

Nos relata el autor que el día 9 de enero de 1953, un individuo llamado Charles Walter, de 46 años, fué condenado a 10 años de prisión, al que se le encontró un arma corta de fuego en el momento de su detención, la que se verificó por ser sospechoso de haber cometido un crimen. El proceso interesó muchísimo al público, por razón de los útiles para cometer el robo, encontrados en poder del reo, al que además se le ocupó una pistola automática, cargada, un estilete cortante, como una navaja de afeitar, unas pinzas, una lámpara de bolsillo y un par de guantes. En el momento de ser detenido, se paseaba con un bastón muy pesado, que tenía una contera forrada de caucho; como los que emplean las personas inválidas. Del examen del mismo, resultó un bastón desmontable, sumamente ingenioso, compuesto de cinco secciones corredeñas que alcanzaban una longitud de 3,35 m. Las secciones llevaban clavijas plegables, de suerte que el bastón podía transformarse en escalera de mano. El puño del bastón, en forma de cayada, guarnecido de caucho, podía ser enganchado en las ventanas o balcones. También descubrió la Policía que el Carlos Walter llevaba debajo del cuello de su camisa un pedazo de media de seda, que podía ser utilizada como antifaz.

Junio-julio 1952

SICOT, M.: «La CONTREFAÇON EN MATIERE DE HAUTE-COUTURE».

Se trata de un curiosísimo trabajo, del que es autor el Secretario General de la C. I. P. C., que viene a poner de relieve la atención de la Policía, que, a veces, tiene que intervenir a consecuencia de falsificaciones de alta costura, tan numerosas en Francia, como en los demás países. Si estas falsificaciones abundaron en todo tiempo, tienen aún más importancia en nuestra época, donde los elevados precios y alto coste de los modelos parisinos, atraen a un selecto público con sus etiquetas de última moda y única confección. La tentación es grande para imitadores y copistas, y los creadores de modelos suelen acudir ante los Tribunales.

El autor de este trabajo nos dice que un técnico competente en esta materia, el comisario Isnart, Comisario principal de la Dirección de Servicios de Policía Judicial, de la Seguridad Nacional francesa, le confió una documentación, nacional e internacional, interesantísima en esta cuestión con cuyos materiales ha compuesto el artículo en cuestión, en el que se estudia el modo de efectuarse la imitación y la falsificación; represión de la falsificación; condiciones de la falsificación, y, finalmente, un examen de la legislación francesa sobre esta clase de falsificaciones.

SOMERFORD, Albert W.: «LA COMPARAISON DES ENCREs PAR CHROMATOGRAPHIE»; pág. 170.

Los peritos en dictámenes de documentos intervienen frecuentemente para determinar si el texto completo de un documento ha sido escrito con la misma tinta, y también algunas veces si la tinta de cierto tintero es la misma que la de otro. El autor de este trabajo, Director de un Laboratorio de Washington, estima que la aplicación de la cromatografía al experimento de las tintas permite presentar a los Tribunales informes utilísimos, relativamente sencillos y comprensibles en su primera lectura. Nos aclara que durante los siglos XVII y XVIII y gran parte del XIX, era empleada, casi exclusivamente en los Estados Unidos, la tinta de agallas de pescado, disuelta en cortezas de encina. En el siglo XX se operó un importante cambio, con la utilización de los colorantes de anilina, perfeccionándose la fabricación de tintas sometidas a la acción del tanino, de suerte, que hoy el 80 por 100 de las tintas, son de tipo «anilino». Esta variación radical parecía provenir del hecho de que sola una parte de los textos que un individuo había escrito a pluma, era bastante importante para merecer ser conservados; además, las tintas colorantes corrianse más fácilmente y son las preferidas. En el año 1950, Soulder, propuso al autor del trabajo que anotamos un nuevo procedimiento a emplear en la comparación de dos tintas, que suponía habían servido para redactar cierto documento. Sigue el autor del trabajo haciendo una relación detallada de experimentos para aseverar que el éxito de la cromatografía, en el análisis de las tintas, depende de la presencia de colorantes solubles en el agua, y el hecho de que la mayoría de los líquidos utilizables en la escritura son solubles en el agua desde el primer momento. Según él, gracias a la cromatografía se facilita la comparación y examen sin recurrir a otros medios más complicados.

HARBITZ, Francis: «LES CAUSES COMBINEES DE DECES»; pág. 174.

El autor de este trabajo, profesor de Medicina en Oslo, que ya fué publicado en 1946, en la «Nordisk Kriminalteknisk Tidsrift» nos relata algunas experiencias prácticas realizadas por la Comisión de Medicina Legal de su país. Al efecto, nos dice que el objetivo que se persigue desde que procede la práctica de una autopsia es determinar la causa de la muerte, y sobre todo si ha sido violenta o no, con el fin de establecer si fué debida a un delito o a un accidente, y para esto se exige, de la pericia del médico legista, que indique con claridad y precisión la causa del fallecimiento y los medios empleados, y en el informe que emita debe emplear datos exactos y comprensibles, excluyéndose el uso de denominaciones demasiado científicas y extrañas, como «la terminología latina del diagnóstico que los médicos usan a su arbitrio».

ECHALECU Y CANINO: «UN CAS SINGULIER DE NECROMANIE»; página 183.

Se refiere el autor español a un curioso caso de necromanía, refiriéndonos que el año 1945 fué descubierto, en un cementerio madrileño, el cadáver desenterrado de una mujer de sesenta años, no pudiéndose en un principio descubrir los motivos y las razones de semejante acto.

Se trataba de una pobre mujer que no llevaba joyas, ni coronas dentarias de oro, ni otra clase de objetos que revistieran valor. Días más tarde apareció un segundo cadáver, de un hombre de cincuenta años. Después, sucesivamente, se encontraron seis cadáveres más. En total, seis hombres y dos mujeres. El robo no había sido el móvil del acto, ni tampoco la perversión sexual.

La Brigada Criminal comenzó sus investigaciones, que en principio se dirigieron contra las personas que frecuentaban el cementerio, dando resultados infructuosos. En noviembre de dicho año, se practicaron nuevas diligencias en relación con dos obreros de una empresa fúnebre, encontrándose en poder de uno de ellos una llave ordinaria, parecida a las que usan los cerrajeros ambulantes, pudiéndose comprobar que dicha llave era la de su domicilio, pero coincidía exactamente con otra que fué hallada en una de las fosas del cementerio. El obrero fué detenido, y cuando el Comisario de Policía le mostró esta última, reconoció que era el autor de la exhumación, y al ser interrogado sobre el móvil de sus actos, respondió que la conmiseración, agregando que desenterraba a los muertos para «acariciarles» las rodillas y las piernas. El caso de «necromanía» fué sometido a observación clínica y en el artículo anotado, se recoge la exploración neurológica y el estudio analítico.

D. M.

Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé

Julio-septiembre 1954

PATIN, Maurice: «LA REPRESSION DES DELITS DE PRESSE»; página 445.

Comienza el autor diciendo que desde los primeros días de la Revolución francesa, Mirabeau decía «que la primera de las leyes que coronar la libertad de prensa sería la verdadera bandera que uniría a toda la nación». La libertad de prensa, o más bien, la libertad de emisión del pensamiento, escrito u oral, presupone, en efecto, una Ley que fije sus modalidades, y que protegiéndola de la opresión y de la licencia, complete su ejercicio con el respeto de los derechos de otro, ya que la Ley sobre la libertad de prensa sufrió diversas vicisitudes merced a las alternativas de los regímenes políticos de democracia y de oligarquías monárquicas que conoció Francia durante el siglo XIX, y así pasó a la Tercera República que

decidió reformarla. En modo alguno puede considerarse perfecta; lleva fecha de 29 de julio de 1881, y fué objeto de grandes críticas. Sin embargo, los principios generales establecían como punto de partida entre lo que podía expresarse de palabra y por escrito, y lo que no debía decirse, dotando a la represión de bases tan legítimas y legales, que el Gobierno de Vichy no pensó en modificarla, ni introdujo modificaciones, pero habiéndose realizado grandes alteraciones en la estructura legal por el Gobierno de Argelia, puesto que por Ordenanza de 6 de mayo de 1944, se hubo de autorizar con mayor amplitud la prueba de la verdad en las imputaciones difamatorias, que desde ese momento iban dirigidas contra particulares, y, por otra parte, retirada del conocimiento de las infracciones de prensa y cesado en su jurisdicción los Tribunales de Audiencia o de apelación, con intervención del Jurado para confiárselo a los Tribunales correccionales, nace el proceso contra la difamación que había de ser juzgado con rapidez.

El autor del trabajo que anotamos analiza la revolución de la Ley de 1881, que entregando su jurisdicción a la autoridad de los Tribunales Correccionales y a la Magistratura Togada, merece la confianza que la dispensan los legisladores, ya que por su espíritu de independencia reúne mayores garantías para darse cuenta de lo que representan tales procesos, a fin de que las decisiones emanadas de la propia magistratura de carrera, por su consideración y prestigio, ostenten la autoridad verdadera, y en la medida de su competencia procedente de una potestad autónoma y soberana, sin vínculo de ninguna clase con los poderes públicos.

MEZGER, Edmun: «L'ETAT ACTUEL DU DROIT PENAL ALLEMAND»; pág. 457.

El presente trabajo, tan interesante como todos los salidos de la pluma del ilustre profesor de la Universidad de Munich, aparece distribuido en cinco apartados: El primero alude a la tercera ley modificando el Derecho penal, de agosto de 1953 (StRAG, BGBI., 1.735), que motiva y reforma el Derecho penal alemán con una serie de puntos capitales, señalando el autor que un comentario detallado de esta Reglamentación lo hizo el doctor Dreeher en la «Juristenzeitung».

Cita asimismo el autor una nueva ley sobre los Tribunales para niños, de 4 de agosto de 1953, que reforma este Derecho sobre puntos importantes, señalando que M. Lackner, Consejero Superior ministerial, ha publicado unas notas concernientes a esta ley en la «Juristenzeitung». Estas modificaciones legislativas han sido hechas con vista a una reforma total del Derecho penal alemán, con cuyo objeto se prepara la reunión del 6 de abril de 1954, en el Ministerio de Justicia federal, de una numerosa Comisión de Derecho penal, compuesta de 24 miembros. Sus trabajos se realizarán en los años venideros. Mediante la publicación de la tercera ley, modificadora del Derecho penal de 4 de agosto de 1953, se emprenden inmediatamente las reformas más urgentes, evitando que se hagan indi-

vidualmente, en espera de que nuevas reglamentaciones den, durante una época limitada, cierta estabilidad a la legislación penal.

El segundo apartado habla en términos generales de una modificación introducida en el artículo 1.º del Código penal, representativa de una rectificación de la terminología que no contiene nada nuevo en cuanto a los principios. Según el apartado tercero, las nuevas disposiciones tienen únicamente por objeto rectificar el antiguo texto en la medida que corresponda al estado de la legislación penal en la actualidad; así vemos la pena de muerte, que ha sido abolida y eliminada de cierto número de disposiciones que hasta ahora venían conteniéndola; una serie de expresiones, cuya terminología había envejecido, han sido suprimidas o modernizadas; privilegios e inmunidades de los diputados han sido adaptadas al estado actual de cosas; otras disposiciones que no tenían ya razón de ser por hallarse en desuso o por falta de aplicación, han sido eliminadas o modificadas; leyes auxiliares como las de utilización sin autorización de automóviles o bicicletas y las de electricidad, han sido llevadas a la ley penal común. La noción del funcionario ha sido formulada de una manera moderna; por consecuencia, vuelve esencialmente este artículo a su significado técnico. El apartado cuarto establece el principio de la legalidad, reintegrando el viejo problema «nulla poena sine lege»; y el artículo 2.º quedará redactado en la siguiente forma: «Un acto no es punible sino desde el momento que la ley ha reconocido su carácter penal con anterioridad a la comisión del acto». Coexistirán como penas la prisión, el arresto y la detención, desapareciendo la detención en una fortaleza que alternaba al lado de los trabajos forzados. El apartado quinto está dedicado a la Ley sobre Tribunales para niños, e introduce una base esencial y nueva, en la práctica, para enjuiciar a los menores de catorce a dieciocho años. Las penas serán medios educativos y coercitivos de duración indeterminada, conservándose al lado de la pena determinada y estableciendo la suspensión de la misma a título de prueba.

HORROW, Max: «L'EVOLUTION DU DROIT CRIMINEL AUTRICHIEN DEPUIS 1945»; pág. 467.

Comienza el profesor de la Universidad de Graz señalando que la justicia penal austríaca, que en 1768 se separa de la evolución alemana, con su «*Constitutio criminalis teresiana*» introduce después numerosas orientaciones nuevas. Agrega el autor que con frecuencia la legislación extranjera imitó la de Austria: «*nullum crimen sine lege*», tentativa, principio de justicia universal, persecución de la falsificación de moneda extranjera, etcétera, hasta el día en que esta evolución se interrumpe bruscamente en 1938.

Distribuye el autor el estudio de la evolución del derecho criminal austríaco después de 1945 en los siguientes titulares: 1.º El nacional-socialismo y sus efectos sobre el derecho austríaco, 2.º Desenvolvimiento del

Derecho penal material: A) Parte general. B) Innovaciones en la parte especial. 3.º La evolución del procedimiento penal.

Podemos sintetizar al interesante Sumario recogiendo las directrices del estudio que prueba, que a partir de la ocupación alemana la evolución propiamente del Derecho austríaco ha sido considerablemente trabada y retardada en su progreso. Si verdaderamente estaban en vigor el Código penal de 1552 y el de procedimiento penal de 1873, diversas disposiciones de estos Códigos fueron modificadas, y sobre todo fueron introducidas numerosas leyes accesorias, tomadas del Derecho penal del Reich.

Mientras que en otros países, como en Francia, las prescripciones jurídicas dictadas por el Gobierno ilegal de Vichy, fueron declaradas nulas y nulos sus efectos en razón de la continuidad jurídica, la ley fundamental transitoria de 1 de mayo de 1945 del Gobierno Provisional del Estado austríaco (R. U. G.), partiendo desde un punto de vista de la continuidad del derecho, declara solamente como derogadas las disposiciones legales promulgadas después del 13 de marzo de 1938, a saber: a), las que son inconciliables con la existencia de un estado austríaco, libre e independiente; b), las inconciliables con los principios de una verdadera democracia; c), las que se oponen al sentido jurídico del pueblo austríaco, y d), las que tienen un contenido específicamente nacional-socialista.

Se citan, por el autor, las siguientes leyes modernas: 1. Ley sobre el restablecimiento de la amnistía; 2. Ley constitucional sobre extradición. 3. Puesta en vigor de nuevo la interdicción. 4. Ley de abolición y abrogación que suprimió los enjuiciamientos nacional-socialistas, anulando retroactivamente las condenas en materia de alta traición. El desenvolvimiento del Derecho penal material, motivado por nuevas disposiciones sobre reacción social en presencia de delitos que fueron sometidos en estado de embriaguez, son particularmente notables, pudiéndose diferenciar esta reacción según que la embriaguez se estimase culpable o no, dada su intensidad; es decir, el grado del estado de embriaguez; la no culpable suprime o mitiga la responsabilidad, y en el caso del hecho relictual cometido en estado de embriaguez completa no culpable, se aplica el artículo 2.º del Código penal, que motiva la exclusión de responsabilidad. Caso de no excluir de responsabilidad se apreciará como circunstancia atenuante.

En cuanto a las innovaciones en la parte especial destaca el escritor la Ley de 13 de junio de 1949, sobre telecomunicación que conmina con la reclusión, el daño, y perjuicio intencional causado en el telégrafo público y en las instalaciones de telecomunicación.

D. M.

G R E C I A**Revista Penitenciaria****Marzo-junio 1954**

Contiene esta publicación griega, de la que con frecuencia damos una somera noticia, en el presente número, un sumario que comienza con un editorial, que lleva por título: «De la doctrina a la práctica», al que siguen los siguientes estudios: «El examen psicológico de los delincuentes», por M. Bakatsoulas; «La huelga, llamada del hambre, de los presos», por Auguste Ley. Siguen después los siguientes artículos: «La Comisión de la O. N. U.», «El trabajo en las prisiones» y «El movimiento de Tribunales para Menores».

En la Sección «Congresos Internacionales» recoge el IV Congreso Internacional de Jueces de Niños y el III Congreso Internacional de Defensa Social.

En su sección habitual de «Historia de las prisiones helénicas» se publica un estudio titulado «La iluminación de las prisiones hace cincuenta años». Y en la de «Legislación» se recoge la ley número 2.793, sobre organización de un Servicio de Delegados de Protección a la Infancia, cerca de los Tribunales de Menores; la ley número 2.780, que modificó algunas disposiciones del Decreto-ley 1.113/1949 sobre el Hospital de Reclusos, y la ley número 2.779 sobre entrega de asignación por alimentos a los reclusos de las Escuelas Técnicas de la Fundación Nacional. Asimismo se inserta un Decreto real sobre la edad de las personas ingresadas al servicio de las prisiones.

Finalmente, en su «Sección Bibliográfica» se anotan revistas penales y penitenciarias francesas, belgas y suizas.

Julio-agosto 1954

Este número contiene un primer artículo relativo a los sueldos del personal de las prisiones. Seguidamente, con carácter doctrinal, inserta los siguientes trabajos: «La colaboración del público en la lucha contra la criminalidad», del que es autor H. F. Pfenninger; «La casa de reforma C. Beccaria en Milán», que firma F. Mayrommati; «La libertad condicional» y «La lucha contra el crimen en Suiza».

En la sección de «Congresos Internacionales» se examinan el III Congreso Internacional de Defensa Social y el Congreso Mundial de Protección a la Infancia.

En la sección de «Legislación» se inserta un Decreto Real sobre la organización de la Escuela de Formación del Personal de Prisiones, en Grecia, y el Reglamento de Prisiones de Inglaterra. Finalmente contiene la acostumbrada «Sección de Bibliografía», en la que se da cuenta de las publicaciones más recientes de nuestra especialidad.

ITALIA

“Archivio penale”

Julio-agosto 1954

SCARANO, Luigi, profesor ordinario de Derecho penal en la Universidad de Catania: «**PUNTI FERMI NELLA NOZIONE DI TENTATIVO**» (Relación al Congreso de Derecho penal de Trieste, de 10 de abril de 1953); págs. 225 a 240.

El presente trabajo de Scarano —que viene a abundar en su anterior obra más amplia sobre el mismo tema «El tentativo», Nápoles, 1952—, después de pasar revista, para discrepar de ellas, a las más difundidas construcciones técnicojurídicas de la tentativa, como son la de la violación de la norma o «Tatbestand», defendida, entre otros, por Frank, Hippel, Mezger, Massari y Manzini; la que, representada por Mittermaier, distingue sustancialmente entre condición o preparación y causa o ejecución; la que califica como actos ejecutivos a aquéllos que, según la común experiencia, hubieran producido el evento; la de Carrara, centrada en el «ataque» —lesión o peligro— al derecho y, finalmente, la concepción de Feuerbach, dependiente del peligro inminente y efectivo, como índice diagnóstico seguro para distinguir los actos ejecutivos —tentativa incluida— de los preparatorios, llega a conclusiones propias: Debe ser abandonado el criterio de distinción entre actos preparatorios y ejecutivos, como en cierto modo reconoce ya la Relación al último Proyecto preliminar de Código penal; la solución habrá de ser confiada, caso por caso, a la prudente valoración del juez.

En consecuencia, se impone la revisión de la doctrina tradicional que incluye la tentativa en la fase de ejecución; el ámbito de la tentativa es más amplio y podrá afectar, incluso, a la actividad preparatoria, siempre que se muestre como inequívoca, idónea y adecuada al fin propuesto, como viene ya siendo entendido por los congresos internacionales de Derecho penal y modernas tendencias legislativas y aplicado por la práctica judicial, con base no sólo en el artículo 56, sino también en el 49 del vigente Código Rocco; sin que resulte decisivo en contra el recelo de Bettiol en nombre de las garantías políticas de la libertad individual,

PANNAIN, Remo, profesor: «**IL TENTATIVO**». (Relación al mismo Congreso de Derecho penal, de Trieste, de 10 de abril de 1953); págs. 241 a 251.

Incide este estudio de Pannain, también, sobre el tema de la tentativa que, a su juicio, debiera haber sido desarrollado, con suma autoridad, por Petrocelli, tan especializado en la materia.

En lo fundamental y frente a Scarano, Pannain opina que ni siquiera los términos ambiguos de los trabajos preparatorios del texto vigente que, por lo demás, carecen de fuerza legal, autorizan a pensar que la tentativa, como conducta punible, comprenda no sólo actos ejecutivos, sino también preparatorios, que representan sólo una aspiración que queda en el vestíbulo del delito, sin iniciar la agresión del bien jurídico tutelado. Si bien es verdad que esta distinción resulta menos sencilla en los delitos de «forma libre» que en las «figuras rigurosamente vinculadas».

Invoca Pannain, en apoyo de su tesis, decisiones jurisprudenciales recientes de la Casación italiana, que niegan la tentativa en supuestos como los siguientes: En la predisposición de materiales para cometer el delito de falsedad; en la posesión de llaves maestras unidas a la confesión del imputado de proponerse forzar la puerta de un almacén distante para sustraer determinados objetos; la espera del sujeto, armado, para disparar contra otro, ya que este comportamiento, por sí solo no constituye un peligro serio y concreto, puesto que únicamente —dice la Corte Suprema— con el uso del arma asume forma exterior y segura la voluntad homicida.

En cambio, otras decisiones castigan como tentativa de evasión el comportamiento del recluso que, después de haber aprestado y probado una cuerda con ganchos, la esconde con el propósito de utilizarla para fugarse escalando el muro. Y la presencia, de noche, de tres individuos, provistos de instrumentos para forzar cerraduras, parados frente a la puerta de una casa, con el ánimo manifiesto de cometer un hurto; solución censurada por Pannain, por penar —según él— actividades meramente preparatorias, consistentes no en poner en juego actos de ejecución del delito, sino en aprestar simples medios utilizables para iniciar tal ejecución; sólo comenzando a entrar en el edificio empezaría, a juicio de Pannain, a intentarse el delito contra la propiedad.

En cuanto a problemas más particulares, de singular interés, en relación con la tentativa, se ocupa Pannain de la significación jurídico penal de situaciones tan debatidas como la «tentativa imposible», el «delito provocado» por la Autoridad, con fines de descubrimiento y represión, al «previo emplazamiento de la fuerza pública» para sorprender a los esperados malhechores y la inexistencia de objeto. Para Pannain, sólo el supuesto de emplazamiento de la fuerza pública deja subsistente la criminalidad de la tentativa, ya que los delinquentes sorprendidos actúan espontánea y libremente.

GALLO, Ettore: «NATURA GIURIDICA DEL PROVVEDIMENTO DI CONVALIDA DEL FERMO DI POLIZIA GIUDIZIARIA»; pá. 252.

Es clave del tema, eminentemente procesal, sobre medida cautelar, la calificación de la naturaleza jurídica de los acuerdos de detención dictados por los Magistrados del Ministerio Público: jurisdiccional, si se entiende que actúa como órgano de justicia, o administrativa, en cuanto corresponde a la representación del Ministerio Público la Jefatura de la Policía judicial.

PROBLEMAS DE MEDICINA Y CRIMINOLOGIA

Dr. F. INTRONA, asistente al Instituto de Medicina Legal de Padua:
«SULLA NOZIONE DI CADAVERE»; págs. 281 a 288.

Está dedicado este estudio a precisar, a efectos legales, el concepto de «cadáver», en casos dudosos, como el del feto inmaturo, atendiendo a criterios médicojurídicos de madurez y viabilidad.

BIBLIOGRAFIA, pág. 290

Entre otras obras, se informa de la aparición del estudio monográfico de G. Zuccala «Il delitto preterintenzionale», Priulla, Palermo, 1952, concebido por el autor como incriminación del exceso a título de mera responsabilidad objetiva y fuera de todo ligamen culposo; se considera excluida la preterintencionalidad en los delitos agravados por el resultado, condiciones objetivas de punibilidad o mayor punibilidad, concurso formal de delitos y delito complejo.

NOTAS A SENTENCIAS

Destaca un interesante comentario del Dr. G. Guadagno sobre «Concepto giuridico de rissa» (riña), pág. 476, a propósito de sentencia del Tribunal de Roma, en su Sección VI, de 13 de enero de 1954, que deslinda las respectivas figuras jurídicas de «riña» (sancionada como delito de peligro para la incolumidad de las personas y la tranquilidad y el orden públicos, por el artículo 588 C. p.) y el de «tumulto» (previsto por el 562, como perturbación efectiva y no meramente potencial del orden público). La hipótesis de «riña» es diferenciada de la de «agresión» —presupuesto generador de legítima defensa por parte del agredido— y de otros supuestos afines y se contempla la naturaleza jurídica de la muerte o lesiones derivadas de la contienda, en relación con el delito autónomo de riña, como infracción de peligro.

Septiembre-octubre, 1954

Los dos estudios doctrinales de este número vienen consagrados a temas procesales:

Profesor G. BELLAVISTA. «SENTENZA DI CASSAZIONE INESISTENTE»; págs. 301 a 309.

El caso, señalado como único y raro por el autor, aparece recogido en exposición presentada por el mismo, como abogado defensor, al Presidente de la Corte de Casación en 7 de febrero de 1953, por razón de inexistencia

de válida constitución de la relación jurídico-procesal, determinando, a su vez, de inexistencia del fallo dictado por la Sección II de la Corte de Casación en 27 de junio de 1952; si bien, frente a la opinión del profesor recurrente, la Sección llamada a decidir el problema dictó, por falta de concreto remedio legal, un «non liquet», con el consiguiente archivo de la reclamación, fundada en la falta de notificación a la parte recurrente —que quedó así indefensa, con mengua del principio de contradicción— de una resolución, esencial, de impulso.

Profesor abogado G. FOSCHINI: «L'UFFICIO DELL'ACCUSA»; páginas 310 a 324.

Previo un ensayo de construcción técnico-jurídica de la estructura del proceso penal y naturaleza de los sujetos públicos y privados que en él intervienen, Foschini se muestra partidario de la coexistencia de la acusación particular con la oficial y de una mayor diferenciación entre la judicatura y el Ministerio Público, cuyo carácter mixto, administrativo-judicial le parece inconveniente y cuyos poderes estima excesivos y peligrosos para las libertades individuales. Traza un cuadro de las complejas atribuciones de esta Institución, como Magistratura receptora de las iniciativas de acusación privada, dirección de la Policía judicial, persecución procesal, instrucción criminal, órgano requirente, de coerción y de ejecución.

CUESTIONES VARIAS

Profesor M. A. DE DOMINICIS, Titular en la Universidad de Trieste: «IN TEMA DI LIMITI ALL'OBEDIENZA GERARCHICA»; pág. 324.

Comenta De Dominicis, en términos favorables, la sentencia del Tribunal Militar de Padua, de 27 de marzo de 1953, que, interpretando progresivamente los artículos 51 C. P. y 40 C. P. M. P., proclamó la doctrina de que el deber de obediencia militar decae en las hipótesis de orden manifiestamente criminoso, así como siempre que el mandato sea evidentemente ilegítimo; para el comentarista, esta facultad crítica sobre la evidencia de la criminalidad existió ya en la última época del Derecho romano que, en textos, interpolados del Digesto (50, 17, fr. 109 y 157) y también del Código de Justiniano (9, 12, 18) afirmaba que el deber de obediencia jerárquica cesa en presencia de órdenes «atrocitas facinoris»; límite aplicable, también en la actualidad a la obediencia ciega y absoluta, extensiva a órdenes humillantes y ajenas al servicio.

Profesor R. PANNAIN: «POSTILLA IN TEMA DI "OBEDIENZA GERARCHICA»; pág. 327.

Sobre el mismo tema y con criterio opuesto al anterior, Pannain impugna la doctrina de la mencionada sentencia de Padua que —según informa— ha sido revocada en 20 de noviembre de 1953, por el Tribunal Supremo Militar, a virtud de recurso del Ministerio Público.

Dr. M. CESAREO: «ALCUNE PROBLEMI SULLA COLPA PUNIBILE»;
páginas 329 a 334.

Contempla el documentado trabajo de Cesáreo —en cuyos comienzos surge la cita del malogrado Francisco Alimena, en su obra póstuma «La colpa nella teoria generale del reato» —diversos aspectos de esta forma de culpabilidad, cuyo tratamiento, y aun admisibilidad, dentro del área punitiva tanto se discute, hasta el punto de haber basado Carmignani su represión en una sospecha de dolo y haber considerado Mori al delito culposo como una forma excepcional de responsabilidad. No comparte la aventurada y no consolidada tesis de Vannini («Lineamenti di Diritto penale», Florencia, 1932, pág. 84) que asigna a los llamados delitos culposos naturaleza dolosa de peligro, en que el pretendido evento funcionaría como extrínseca condición de punibilidad, y analiza a continuación puntos discutidos, como el papel del error en la culpa y casos límites, como el dolo aventurado y la culpa consciente, para acabar reconociendo la actual crisis del concepto de culpa, definida en el artículo 43 del Código penal italiano de 1930.

PROBLEMAS DE MEDICINA LEGAL Y CRIMINOLOGIA

Profesores C. GERIN, Director y G. FRACIÈ, del I. M. L. de Roma «IL PRELIEVO DI SANGUE COME MEZZO ISTRUTTORIO IN MATERIA PENALE»; págs. 342 a 354.

Trata este estudio —presentado al IV Congreso Internacional de Derecho comparado, celebrado en París 1-7 agosto de 1954—, de diversos temas concernientes al examen médico-legal de la sangre, tanto en cadáveres como en personas vivas y no sólo en cuanto a la determinación de grupos sanguíneos, útiles, en mayor o menor escala, según los casos, para la investigación de la paternidad, sino también en la indagación de elementos celulares, constantes físico-químicas, sustancias tóxicas, gérmenes, parásitos, etc. y, demás pruebas biológicas, de interés forense, como la identificación de cadáveres o personas desconocidas, grado de intoxicación alcohólica o predisposiciones morbosas de sujetos procesales y otras varias.

LEGISLACION

Inserta el presente número de «Archivo penal» el texto del proyecto de Ley presentado por el Ministro de Gracia y Justicia, en 3 de agosto de 1954, sobre «modificaciones al Código de procedimiento penal», que afecta a numerosos artículos del Ordenamiento de 1930 (págs. 355 a 387).

BIBLIOGRAFIA

Entre otras recensiones, aparece la de la «Parte especial» del «Manuale di diritto penale» de Antolisei (Giuffrè, 1954, vols. I y II).

NOTICIAS

Jornadas de Derecho comparado en Munich, julio de 1954; asamblea de penalistas alemanes en Tubinga, junio de 1954, e información sobre el ruidoso proceso Montesi, en curso de instrucción, en Roma.

Adolfo DE MIGUEL

La Scuola Positiva

(Rivista di Criminología e Diritto Criminale)

1954. Fasc. 1-2.

SANTORO, Arturo, profesor: «LA SCIENZA PENALE ITALIANA MANCIPIA DI QUELLA TEDESCA?»; págs. 1 a 10.

Sobre el tema de la subordinación o independenciamiento de la ciencia penal italiana a la alemana, el autor del artículo se refiere a la afirmación del profesor Hoffbauer que mantiene la tesis de la pasiva imitación de los penalistas italianos sin sombra de originalidad y con una fuente única: la doctrina alemana. Este punto de vista, Santoro lo considera denigratorio e inadmisibile, ya que en todo caso, afirma, que la ciencia penal italiana posee una dignidad que corresponde a la autonomía del pensamiento de sus cultivadores con un puesto digno en la doctrina mundial. Para corroborar esta tesis el autor del artículo alude al propio reconocimiento que hace Hoffbauer del mérito que implica la moderna codificación italiana con soluciones calificadas de originales, dando satisfacción no sólo a un tecnicismo jurídico, sino a las tendencias más avanzadas en el orden criminológico, lo que evidencia que siendo un Código no solamente el reflejo del pensamiento de los que en él colaboran, sino también una contribución de la doctrina que previamente había estudiado los problemas y propuesto las soluciones, la opinión del propio Hoffbauer en este aspecto constituye, sin duda, un argumento que viene a desmentir lo que trata de probar.

Santoro asegura que sin negar los contactos con la doctrina germánica, de la que no cabe desestimar el rigor metodológico y la fuerza sistemática, no puede olvidarse el sano realismo de los italianos al desconfiar del abuso del método lógico abstracto y las exageraciones puramente conceptuales.

A continuación se citan nombres de juristas italianos que Santoro cree con mentalidad y cultura jurídica, típicamente italiana como Manzini, Crispigni o Carnelutti que no pueden ser considerados con subordinación a los escritores alemanes dada su originalidad y aún Arturo Rocco tan destacado en la redacción del vigente Código penal italiano y que, sin duda, se inspiró en la ciencia penal germánica, no puede ser considerado como un imitador pasivo de doctrinas extranjeras, ya que muchas de sus obras representan contribuciones doctrinales independientes fundadas sobre el Derecho positivo italiano y orientadas en la doctrina nacional.

MESSINA, Salvatore, profesor: «LA DESISTENZA VOLONTARIA COME CAUSA DI ESCLUSIONE DELLA CAPACITA A DELINQUIRE»; páginas 11 a 38.

Con relación al desistimiento voluntario en el Derecho penal italiano, donde presenta la peculiaridad de actuar como causa de exclusión de una punibilidad ya nacida, el autor de este trabajo plantea una serie de problemas, que se polarizan en torno al artículo 56 del Código penal, que preceptúa que no aparecen sujetos a penas los que habiendo realizado actos idóneos inequívocamente dirigidos a cometer un delito, y que por sí mismos constituyen delito, intentado, desisten voluntariamente de la acción. Este artículo plantea la cuestión de definir la naturaleza y el fundamento de la no punibilidad de una tentativa de la que se desiste voluntariamente, y en este sentido Messina analiza las teorías que reconducen al desistimiento a un elemento del delito intentado: el desistimiento y la concurrencia de circunstancias independientes de la voluntad del agente, como condición resolutoria de punibilidad pasando después a la definición de la no punibilidad como premio del desistimiento, su razón o fundamento, según las tendencias utilitarias, los elementos de la conducta de quien desiste, el problema en los delitos de omisión y en los supuestos de concurso personal, para mantener la tesis del desistimiento como valoración de toda una conducta consiguiente al delito, distinguiéndola del arrepentimiento y analizándola como síntoma de la personalidad del agente.

Messina plantea también el problema del desistimiento en la teoría del delito como circunstancia inherente a la culpabilidad del inculpado y la relaciona con otras hipótesis de no punibilidad que son supuestos de verdaderas excusas absolutorias y no casos de desistimiento en la tentativa, porque se trata ya de delitos consumados. Termina sosteniendo la tesis de que aunque puedan, naturalmente, diferenciarse los casos de atenuación de pena y el arrepentimiento espontáneo y los de no punibilidad por un sucesivo comportamiento del inculpado, tienen desde el punto de vista jurídico, una nota común con el desistimiento: La no punibilidad, que se funda sobre consideraciones que afectan a la personalidad del reo y no inciden en la integridad de los elementos del delito cometido, tratándose de causas especiales de exclusión de la capacidad de delinquir.

RANIERI, Silvio, profesor: «LA PREVENZIONE NELLA ESECUZIONE DELLE PENE»; págs. 53 a 59.

El problema de la prevención en la fase de la ejecución —dice el autor de este artículo—, debía ser sometido a discusión, tanto en relación a las penas como en lo que respecta a las medidas de seguridad.

En relación con el problema que plantea el artículo 27 de la vigente Constitución italiana de si implica o no una notable modificación en el sistema punitivo, al afirmar, como si fuera cosa nueva, que las penas deben tender a la reeducación del condenado, asegura Ranieri que el principio

estaba insito en la exposición de motivos del Código penal vigente, en el ordenamiento penitenciario y en el pensamiento de los tratadistas, aunque haya que reconocer que no todas las disposiciones en el aludido Código y la Reglamentación penitenciaria italiana se mantenían dentro de esta dirección.

El precepto constitucional de referencia es una reafirmación solemne de un criterio, para imponer el futuro legislador, el deber al que no será posible sustraerse, de aplicar las leyes conforme al principio que le inspira, eliminando todo lo que se oponga a la aludida declaración.

Después de analizar los supuestos a que debe limitarse la aplicación de las medidas de seguridad y reafirmar la tesis de que las penas han de adaptarse a la personalidad del culpable a los fines de readaptación a la vida social, sostiene la premisa de que en la lucha contra el crimen la pena debe ser mantenida al mismo tiempo que las medidas de seguridad, considerando absurdo la abolición de las primeras para ser sustituidas por las segundas. Mantiene que la pena no puede considerarse más que como un mal que debe ser sufrido por el delincuente y que ha de tener carácter aflictivo y ser rechazadas todas las direcciones doctrinales tendentes a una excesiva dulcificación, sin prescindir de la nota de reeducación para el cual propugna, entre otros, los principios de separación de la carrera del Juez penal de la del Juez civil, la especialización y selección de los jueces penales, mediante cursos de Derecho penal, Derecho procesal penal, Psicología, Criminología, Medicina legal, Psiquiatría forense y Derecho penitenciario. Propugna, además, la división del proceso penal en dos partes, la primera tendente a la discusión y declaración de la responsabilidad penal, y la segunda, reservada al problema sobre la aplicación de la pena o medida de seguridad.

Termina el profesor Ranieri, señalando los principios que a su juicio han de informar la ejecución penal, la liberación condicional y la asistencia postcarcelaria.

Valentín SIVA MELERO

Ressegna di Studi penitenziari

Año IV - Fasc. III - Mayo-Junio 1954

PATINI, Ettore: «LA TEORIA DELLA GESTALT E LA DISTINZIONE TRASFONDO E FIGURA NELLA PSICOLOGIA DELLA PERCEZIONE»; págs. 297 a 305.

Sobre la teoría de la forma (Gestalt), el autor del artículo, con ocasión de analizar el problema de la capacidad de percepción a propósito de una opinión del Lazzeron, trata de aclarar el contexto del «gestaltismo», que ha surgido en contraposición a la doctrina de la asociación, en el campo de la Psicología en relación al problema de si es necesario o no estimar, aunque sea subconscientemente, los elementos singulares, o si, por el contrario,

basta la percepción de cualquier elemento para el reconocimiento de los objetos. En otros términos podría decirse que equivale a analizar la cuestión de si un objeto concreto tiene una figura propia característica que lo hace identificar, sin recurrir a los varios elementos que la componen. El ejemplo de una caricatura se presta para comprender este fenómeno y corrobora que todo objeto posee una impronta peculiar que nosotros percibimos de un modo inmediato. Esta cuestión se trata a propósito de su aplicación a los TESTS psicológicos y en relación a la reacción de los sujetos.

Después de traducir la palabra alemana «gestalt» de un modo aproximado como forma, figura, y de eludir a la evolución doctrinal del concepto con referencia a las llamadas leyes de semejanza, vecindad, posición, función o destino común, estudia las relaciones entre fondo y figura mediante las cuales obtiene la segregación de esta última del resto del campo de percepción para explicar algunas ilusiones ópticas y las reacciones nerviosas.

Patini alude a la supuesta oposición entre la teoría de la forma y la de la asociación y se refiere a Goethe, que usó por primera vez la palabra «gestalt» para indicar lo que es característico y típico en una planta, en un animal y, en general, en relación a cualquier cosa o situación que baste para poderla individualizar, nota característica por la que se reconoce la belleza y siendo memorable su afirmación de que la bella Elena es la «Gestalt aller Gestalten» (la forma de todas las formas), la belleza de todas las bellezas.

Para terminar, el autor del artículo pone un ejemplo en relación a la impresión que puede producir una mujer bellísima, la cual, en el primer instante, no se funda en los detalles de todos los elementos constitutivos de una figura encantadora. Esto queda para un segundo momento, es decir, cuando se produce la «Gliederung» de los «Gestaltistas» alemanes, es decir, el análisis que sigue a un juicio de conjunto para analizar sus elementos. Cree Patini que el «Gestaltismo» puede corregir algunos errores de la teoría de la asociación, pero no suprimir sus leyes fundamentales, y entiende que ambas doctrinas podrán dividirse fraternalmente el campo de la Psicología.

FRANCHI, Bruno: «IL PROBLEMA PENITENZIARIO DEL SEMINFERRMI DI MENTE»; págs. 306 a 312.

Se estudia en el artículo que anotamos el problema a que se refiere el título, en relación a casos ocurridos en Inglaterra sobre el asesinato por estrangulación de niñas, y al fermento y reacción producida por estos hechos perpetrados indudablemente por semi-enajenados. Este diagnóstico ha sido calificado de absurdo jurídico, excluyéndose de bastantes Códigos y es revelador de la eterna discrepancia entre la Psiquiatría y la justicia penal, como se ha dicho.

Se refiere luego Franchi a las opiniones sobre los semi-enajenados de distintos sectores, a la solución del Código Zanardelli y a un comentario

de Enrico Ferri, para pasar al análisis de los preceptos de las Casas de Reposo y manicomios judiciales, con la adopción de medidas de seguridad, criticando la legislación vigente en Italia,

Después de estudiar las actuales posibilidades terapéuticas y los nuevos horizontes abiertos por la Medicina y la Cirugía a las enfermedades nerviosas y mentales, propugna el perfeccionamiento de los establecimientos psiquiátricos que sirvan al progreso incesante, que está en curso para un tratamiento científico de las enfermedades nerviosas y mentales.

CUSATELLI, Dr. Silvano: «LA PENA PER IL REATO DI EVASIONE».

En torno al problema de la penalidad prevista para el delito de evasión de preoss, el autor de este artículo lamenta lo leve de la sanción en razón a la peligrosidad y a los bienes jurídicos que se lesionan con esta infracción penal.

Propugna la revisión del artículo 385 del Código penal italiano, que tipifica este supuesto, para agravar la pena sin que valga en su opinión la consideración de que la aspiración a la libertad es un derecho natural del individuo, sentimiento primordial y consustancial con la existencia del hombre. Alude a las dificultades de establecer una proporción entre el delito y la pena, pero en cualquier caso, las penas previstas del Código italiano, seis meses para la hipótesis simple y hasta dieciocho meses para las agravadas, las considera irrisorias y cree que una sanción más grave implicaría un freno, que impediría quebrantar la prisión y el personal penitenciario podría realizar su función con mayor serenidad, favoreciendo la readaptación y corrección de los reclusos.

Cusatelli cree que la agravación de la penalidad puede operarse en dos sentidos: aumentando la duración de las penas previstas actualmente conforme al principio de la retribución y, además anulando el tiempo que el recluso hubiera estado privado de libertad hasta el momento de la evasión, imponiéndole el cumplimiento de nuevo del total de la pena impuesta. No olvidemos, termina diciendo el autor, que este delito se presenta siempre acompañado de la agravante de premeditación, y por ello es justa una mayor penalidad, extremos todos que debía de tener en cuenta la Comisión nombrada para la modificación del Código penal italiano.

Año IV, fasc. IV, julio-agosto 1954

DI TULLIO, Profesor Benigno: «I PROGRESSI CRIMINOLOGICI NEL SISTEMA PENITENZIARIO FRANCESE»; págs. 457 a 467.

El autor de este artículo trata sucesivamente de la asistencia higiénica y pedagógica a los reclusos, así como de la preparación técnica de los funcionarios de prisiones. Destaca la exigencia de un conocimiento de la personalidad como base del tratamiento penitenciario y se refiere al via-

je realizado en el año 1953 por 200 jóvenes magistrados franceses que durante diez días visitaron establecimientos penitenciarios, con el fin de conocer todos los aspectos de la vida carcelaria para comprender así mejor las relaciones existentes entre la fase punitiva y la ejecución penal. Este sistema, dice Di Tullio, se presenta como de la máxima importancia, para llegar a la especialización de los jueces, que se viene señalando desde hace largo tiempo como indispensable para la buena marcha de la justicia penal. Después de tratar de la actividad cultural de la administración penitenciaria francesa, alude a los resultados del examen médico-psicológico de 2.005 condenados y del que se llegó a la consecuencia de que el 70 por 100 de los mismos eran anormales, lo que evidencia la necesidad del examen de la personalidad del inculcado, que viene siendo reiterada constantemente, y, una vez más, en 19 de noviembre de 1953 por la Sociedad Romana de Medicina Legal.

Como conclusión, establece Di Tullio la importancia, cada día mayor, que la política penal moderna ha de conceder a los estudios criminológicos, asegurando que el Proceso penal debe de orientarse hacia una investigación antropológica independientemente de la jurídica, dentro del marco de la prevención del delito, corrección del delincuente y defensa de la sociedad.

IZZO, Domenico: «COMMENTO AL REGOLAMENTO PER IL FUNZIONAMENTO DI RIEDUCAZIONE PER MINORENNI»; págs. 468 a 502.

Estudiando el Real Decreto de 4 de abril de 1939, modificado por el de 1 de diciembre de 1952, y que se refiere a la regulación de los Reformatorios para menores delincuentes, se analizan en este artículo las diferentes instituciones, destinadas a la reeducación de los menores, su distinta naturaleza y diferenciación, la exigencia de reformatorios especializados en labores agrícolas, industriales o docentes; los métodos correctivos y reforma; la necesidad de dividir en grupos homogéneos a los acogidos; las relaciones con el Tribunal tutelar, la formación del personal, las orientaciones desde el punto de vista cultural y el trabajo como terapia; las relaciones con los familiares de los menores y la censura epistolar, así como los premios y castigos.

Como conclusión, Domenico Izzo propugna una refundición, y puesta al día, del Reglamento que regula estos Reformatorios, con la urgencia de una distribución tipológica que se funde sobre diagnósticos exactos; distinguir los reformatorios de otras instituciones que se proponen la misma finalidad; una revisión de todas las medidas disciplinarias, el aumento de las consignaciones y, por último, la aspiración de que el Director del establecimiento sea relevado de toda tarea informativa, sobre la conducta de los que han sido liberados, para que pueda dedicarse a su función específica, y dejando esta función en manos de los Tribunales de menores con las colaboraciones policiales y personales que se estimen pertinentes.

Año IV, fasc. V, septiembre-octubre 1954

BERNARDINI, Nicola: «APPUNTI SUGLI ORDINAMENTI GIUDIZIARIO E PENITENZIARIO E SULLA PRACTICA DEL PROCESSO PENALE IN FRANCIA»; págs. 605 a 625.

Con relación a un viaje de estudio que el autor realizó en Francia, en el primer trimestre de 1953, hace resaltar las características de la organización judicial francesa, desde el punto de vista profesional, y de la competencia personal, informando sobre los emolumentos de los Jueces y Magistrados, en relación al número de hijos, a la importancia de la función y al costo de la vida, según la Estadística. Alude a la mujer como Juez; innovación que aparece después de la guerra, destacando como entre los candidatos, las mujeres figuraron en una proporción del cincuenta por ciento, obteniendo plaza el treinta y cinco por ciento; a pesar de lo cual no hay todavía ninguna mujer que ejerza funciones judiciales, por no haber alcanzado hasta ahora el límite de edad en la capital francesa. Por lo que respecta a los resultados, observados hasta ahora en las provincias, se llega a la conclusión que al ingresar en la carrera las mujeres se comportan de modo digno de elogio por su celo y escrupulosidad; pero más tarde, el cuidado de la familia tiende a alejar a la mujer del interés especialísimo por la propia función, que la Magistratura exige con relación a otras actividades.

Después de aludir al Consejo Superior de la Magistratura, analiza lo que llama desenvolvimiento práctico del Proceso penal, en sus fases de Instrucción y Juicio, pasando luego a estudiar la ordenación penitenciaria con su centro nacional de orientación de Fresnes, el sistema progresivo y la corrección de menores inadaptados o delincuentes.

PATINI, Prof. Erorre: «IMPORTANZA DELLA PSICOLOGIA DEL L'ISTINTO DI PROPRIETA»; págs. 626 a 642.

En este interesante artículo se analizan los fenómenos psíquicos del instinto de propiedad, con referencia a los delitos que lesionan este bien jurídico. Patini estudia los instintos en general, en su aspecto fisiológico y psicológico, y con referencia al de propiedad, analiza sucesivamente las primeras manifestaciones de la vida infantil y sus distintas modalidades en el curso de la vida, relacionándolo con el instinto de conservación individual. Considera la avaricia como perversión del instinto de propiedad, para terminar refiriéndose a los conflictos individuales y sociales que el instinto de propiedad plantea, de gran importancia, porque en definitiva habrá que tener en cuenta estas reacciones psicológicas cuando se plantea lo que se llama la cuestión social.

V. S. M.

Revue Internationale de Defense Sociale

Enero-junio 1954

GRAMATICA, Filippo: «LA «CLASSIFICAZIONE» DEGLI ATTI ANTISOCIALI»; pág. 1.

Comienza el ilustre Director de esta revista diciéndonos que la historia muestra, y frecuentemente de manera vejatoria, cuánto varía la apreciación de la conducta humana y social, que es tributaria de una concepción determinada del poder y de las estructuras jurídicas, que concretan esta concepción. Aunque la antisocialidad puede englobar y reunir todo acto contrario al orden social, con referencia al orden privado, administrativo, sanitario, etc., es preciso admitir que su concepto jurídico específico conduce a entender y concebir la noción del mismo como la violación de una norma de defensa social. Importa, desde luego, investigar cuáles son los criterios que permiten explicar el estado de antisocialidad y clasificar los actos antisociales, pero estos criterios serán, sin embargo, siempre relativos, puesto que no constituyen ni representan más que síntomas, cualquiera que sea la manera de concebir la antisocialidad. Su noción unitaria elimina, en primer término, la división clásica en crímenes, delitos y contravenciones. En Derecho penal la clasificación de las diversas infracciones se formula en función del daño o del peligro perpetrado, y la pena proporcionada a la culpabilidad. En defensa social, la determinación de los índices de la antisocialidad, no se funda seguramente en el daño ni en las medidas de aplicación a un sujeto, en razón del acto que hubiera cometido; prácticamente el índice de la antisocialidad se resume en la negación para un sujeto determinado de la necesidad sincrónica entre las aspiraciones hacia la plena libertad de acción y los estreñimientos y coacciones resultantes de su participación social. En suma, «las circunstancias que deben ser exclusivamente subjetivas se transforman en grados de antisocialidad» y la clasificación de los actos se identifica con la clasificación de los sujetos.

LUZATTO, Fabio: «LE INCOGNITE DELLA ANTISOCIALITÀ INDIVIDUALE»; pág. 32.

El artículo póstumo del profesor Luzatto alude a un difícil problema de interpretación fisiopsíquica, que se acentúa entre los llamados delitos privados. Hondamente ha de preocupar la comisión de infracciones contra la libertad sexual y la repetición del adulterio, que además del remordimiento de conciencia, comprende una inmoralidad que hay que reducir a todo trance y combatir, cualquiera que sea el fingimiento con que intente disfrazarse, ya que es necesario defender la institución de la familia, conservar el buen nombre de los cónyuges, y no deben ocultarse los daños que pueden sobrevenir de un hecho perturbador para la sociedad. Lombroso lo asimiló a la prostitución femenina, de la propia manera que es-

tudió la constitución biológica del hombre delincuente. Hay que analizar si la existencia del adulterio proviene de un carácter hereditario congénito o ha sido determinado por el ambiente social que lo origina, y cómo se desarrolla hasta constituir un complejo con otra clase de delitos e indagar los trastornos del juego y abusos del alcoholismo y de los estupefacientes.

MATTIA, Angelo de: «UNITA GIURIDICA E PLURALITA DI TRATTAMENTO NELLA «MISSURA DI DIFESA SOCIALE»; pág. 36.

El fin fundamental del sistema de defensa social consiste en aplicar a cada sujeto un tratamiento capaz de «resocializarlo». Ese tratamiento neutraliza los factores biosociopsicológicos de la antisocialidad y debe adaptarse a las necesidades propias de cada personalidad individual. Importa, pues, que la apreciación de la personalidad no se detenga en la fase judicial del proceso, sino que ella continúe durante el largo período de la aplicación de las medidas de defensa social, aplicación que tiende precisamente a mejorar la condición y cualidad humana del sujeto y a reintegrarle en la comunidad, cuando el mejoramiento social haya sido suficientemente conseguido. Si queremos obtener semejante resultado, es necesario renunciar a nociones psicológicas abstractas, sobre las cuales el legislador actual funde sus normas para adoptar deliberadamente criterios concretos para indagar las características de la personalidad realmente individualizada; y no olvidar en esta materia que la tipología científica no puede aportar más que hipótesis y que las investigaciones de la personalidad deben partir del sujeto individualizado. La identidad de la finalidad que inspiran las medidas de defensa social, dan a aquéllas una unidad jurídica. Sobre un plan práctico de contrario, esas medidas llevan a tratamientos muy diversos, y, por tanto, diversos en la busca y aplicación de los mejores para individualizarlos. A la unidad abstracta de las medidas de defensa social corresponde una pluralidad terapéutica concreta, pluralidad que imponen las diversas necesidades que testimonian los sujetos que reclaman tratamientos de resocialización.

MARCHAIS, P.: «ÉSSAI SUR LA VALEUR SEMEIOLOGIQUE DU TATOUAGE»; pág. 52.

El propósito del escritor, según nos dice, no es descubrir de nuevo el valor sintomático del tatuaje en criminología, sino llamar la atención sobre la propia regresión general y atávica del tatuaje, ya que todavía subsiste entre los delincuentes y se encuentra siempre entre la categoría o condición particularísima de esos sujetos. Constituye un hecho interesante a controvertir en los debates biopsicológicos concernientes a la criminógena, contribuyendo con su valor objetivo a discutir y defender en su favor la existencia de terrenos particulares en la delincuencia, mostrando, ante todo, su carácter indisoluble biológico y social. El investigador no descuida los matices y pronósticos de la delincuencia, que rinden gran utilidad, com-

parándolos con las enseñanzas que arrojan la efectividad y apasionamiento del sujeto. No insiste sobre los múltiples trabajos históricos-clásicos concernientes a los tatuajes, pero sus estudios anteriores le servirán de datos de comparación con las observaciones acerca de la «Persistencia del tatuaje entre cierta clase de delincuentes», que escribió en colaboración con el Doctor Bachet, que constituyó una Comunicación, en el pasado año, a la Sociedad Médico-Psicológica, por lo que, en el presente artículo, se reproducen algunas de las observaciones allí consignadas, que alcanzan su primordial interés al definir el tatuaje como signo objetivo que parece contemporáneo con las transformaciones de la personalidad después de la pubertad, desarrollándose los primeros tatuajes entre los 15 y los 22 años, coincidiendo con la agresividad constitucional, según Madro, Baruk y otros médicos y psicólogos.

INTRONA, Francesco: «CONSIDERAZIONI SUL SIGNIFICATO ANTISOCIALE DEL SUICIDIO»; pág. 61.

El suicidio es, en sí mismo, un acto antisocial, y por esto el suicida al realizarlo, por su incompatibilidad con la sociedad, ha dado lugar a diferentes teorías, que han sido divulgadas tanto en el terreno filosófico como en el literario. Recuerda el artículo, a título de ejemplo, a Durkheim que llamó suicidio a «todo caso de muerte resultante de un acto positivo o negativo ejecutado por la propia víctima, con conciencia de que había de producirse este resultado». Ferri precisó que por suicidio debe entenderse «la muerte dada por sí mismo con un fin exclusivamente egoísta, por la intención de evitar un mal inminente o creyéndolo tal». Morselli considera el suicidio como un hecho social, no menos y no diverso del nacimiento, de la muerte ordinaria o natural, de los delitos y de las enfermedades mentales y como un efecto de la lucha por la existencia y por la selección de la especie humana, según la Ley por la evolución de los pueblos civilizados.

Para Massarotti, a su vez, es suicida sólo «aquél que por desequilibrio permanente y transitorio mental, coadyuvado e influenciado por causas sociales, meteorológicas, familiares, etc., se quita, con medio directo o indirecto, con actos positivos o negativos, a sí mismo la vida». A continuación expone, el autor del artículo que anotamos, las tesis de Durkheim, Kinberg, Blondel, Franchini y la pluralidad de las anomalías emotivas, comentando después el concepto de suicidio en el Código penal italiano que lo exime de pena, por carecer el suicida del espíritu de conservación de la vida, que por la preordenación de los medios empleados y ponderada ejecución, escapa al rigorismo de la Ley, pero sin reconocerle que tenga facultad de disponer del propio interés de la vida para legitimar la acción homicida.

AMELOTTI, G.: «SUL CONCETTO DI MEDICINA SOCIALE»; pág. 76.

No puede negarse que cuando se expresa con abuso, o de un modo impropio, el término «social», no pretendemos vivificar o revitalizar con dicho término una extratificación de nomenclatura de juicios anticuados y opi-

niones momificadas, que acaso hayan olvidado la primitiva sobriedad del vocablo y pudiera inducir a error, cosa que es fácil evitar si nos retrotraemos a su origen. La cualidad clara de «sociales», envuelve la fisonomía intrínseca de la conciencia, que considerada como tal alude al «yo» y al «no yo». Si queremos considerar esquemáticamente, nos dice el autor, el pensamiento «homo hominis lupus», o el de «homo homini deus», la relación de conexidad entre hombre y hombre nos lleva a explicar el fenómeno puro de socialidad. «Socialis» (de socio, compañero) denota un adjetivo que en sentido traslativo significa todo aquello que se refiere a la «societas», que intensamente viene a ser una representación abstracta de la colectividad organizada. En los tiempos antiguos se presumía la evolución humana como un instinto o impulso social que dimanaba según la correspondiente naturaleza humana de la tendencia a la vida social en su totalidad. De aquí el término «social», estrictamente unido a la conciencia, que por su característica manera de desenvolverse, crea un fenómeno de causa a efecto, que traduciéndose en conciencia social originará la sociedad organizada y la legislación social experimentará una evolución en orden a los principios de caridad y beneficencia, que encontrará posibilidad de importarse al campo sanitario bajo la influencia del progreso de la medicina creándose la medicina social, que facilitará el contrato de trabajo, las condiciones de higiene y de bienestar físico y mejoramiento de la vida del pueblo y los seguros sociales.

D. M.

PERU

Perú indígena

Organo del Instituto Indigenista Peruano

Abril 1953

PONCE DE LEON, Francisco: «LA SITUACION JURIDICO-PENAL DE LOS ABORIGENES PERUANOS»; pág. 22.

Se trata de un documentado informe, del catedrático de Derecho penal de la Universidad del Cuzco, que fué presentado al II Congreso Interamericano Indigenista de 1949.

Declara su autor que ha procurado apartarse de toda idea preconcebida, esforzándose en revisar las leyes y los hechos, con la mayor objetividad posible, limitándose a exponerlos llana y simplemente, a veces con ligeras explicaciones y comentarios. Deduce acertadas conclusiones relativas a la legislación sustantiva y procesal peruana, sobre sus aborígenes, frente a la legislación penal vigente, promulgado el Código penal actual, de 11 de enero de 1924, que rige desde 28 de julio de dicho año.

El Ponente del proyecto, D. Víctor Maurtua, introdujo reformas de orden técnico a través de sus cuatro libros: disposiciones generales; de los delitos; de faltas; y de vigencia y aplicación del Código penal y doc-

trinal. El Código penal anterior de 1862, que arranca de las garantías establecidas en la Constitución, ya consagró el principio de legalidad en toda su amplitud, favoreciendo la política de previsión y, por tanto, de prevención contra la delincuencia.

La reforma penal contempla la situación de los aborígenes, su pobreza, su ignorancia e incultura, su sometimiento a las otras clases sociales, y otorga a los jueces el suficiente arbitrio para apreciar dicha situación, al imponer las penas y medidas de seguridad, impulsando la legislación social, reglamentando las seguridades del trabajo industrial y las garantías del mismo, la vida, salud y la higiene. Especializado el profesor Ponce de León en Derecho penal y en estudios históricos, reconoce que los aborígenes y mestizos arrojan los índices más elevados, particularmente en los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud y contra el patrimonio, hecho atribuible a su condición de pobreza, incultura, medio ambiente, falta de vigilancia y de oportunidad y certeza en la Administración de justicia penal. Abundan entre ellos los reincidentes, y la causa principal de la reincidencia, en el Perú, como en todas las partes, es la impunidad, que aconseja modificar las leyes pertinentes. En lo sustantivo es necesario ampliar la definición de la reincidencia, comprendiendo en ella, no sólo a los reos que hayan sufrido condena, sino también a los que hayan merecido sentencia condenatoria firme. Esta reforma implica la de permitir el juicio de reos ausentes, cuando haya suficiente mérito para ello. Igualmente comprobó que los aborígenes son las víctimas propiciatorias de determinar formas de delincuencia, como los abusos de autoridad, las coacciones, las detenciones ilegales, el fraude, la estafa y la usurpación.

Las faltas contravencionales deben segregarse del Código penal para someterlas a las jurisdicciones administrativa, municipal y policial, quedando para el conocimiento de la jurisdicción penal las delictuales, o sea las que atentan contra el cuerpo, la salud y el patrimonio. Las instituciones del Código penal referentes al tratamiento y a la jurisdicción de menores, deben independizarse para atribuir su función tutelar a los Ministerios de Salud Pública y de Educación, segregándola del Ministerio de Justicia. Para que las penas y medidas instituidas por el Código penal logren su eficacia, es indispensable la creación de los correspondientes establecimientos repressivos y correccionales y la implantación en ellos del régimen que prescriben la Ley y los Reglamentos.

D. M.

S U E C I A

“Yearbook of the Northern Associations of Criminalists 1952-53”

Stockholm-Ivar Haeggströms Boktryckeri A. B.—1954.

Tras una dedicatoria, de merecido elogio, al autor de «Basic Problems of Criminology», el ya octogenario profesor Olof Kinberg, el presente «Anuario» recoge las actas de las sesiones celebradas en 1952 por la Asociación No-

ruega de Criminalistas y, en 1953, por la propia Asociación y las correspondientes de Dinamarca, Finlandia, Islandia y Suecia.

«LEGISLATION RELATING TO PENAL PROCEDURE». (Legislación procesal y penal); págs. 2 a 41.

Tal fué el tema escogido por la primera de las mentadas Asociaciones para su reunión de 17 de octubre de 1952, en la que se registran las siguientes intervenciones:

Del Juez de Condado Trygve Leivestad, quien, lamentándose del escaso interés que a su juicio despiertan las cuestiones relativas a la aplicación de la ley penal fuera de los círculos más estrictamente profesionales, hace constar también que las variaciones introducidas en el régimen procesal de dicho orden, sin duda por lo anterior, son tan someras que no han logrado alterar el primitivo carácter de tales normas. Estas, prosigue, deben acoger los aspectos social y criminológico y, en vez de suplir mediante los informes de expertos el desconocimiento posible de un juez respecto a los problemas que la naturaleza humana encierra, ha de dotarse a la Administración de justicia penal de mayor acervo criminológico, psicológico o psiquiátrico.

Ello requiere, además, la especialización de los componentes del órgano jurisdiccional respectivo, que los jueces participen en la ejecución de la sentencia y sean competentes para conocer de posibles alzadas contra decisiones adoptadas a tal efecto por las autoridades penitenciarias.

Si a los Tribunales del orden penal se asigna— prosigue Mr. Leivestad—, tanto la «diagnosia» como la «prognosis» del acusado, ha de dividirse el proceso en dos fases: atenta al problema de la responsabilidad la una, al de las medidas a adoptar, la otra.

En otro aspecto, señala el conferenciante el inconveniente que el sistema actual entrafía respecto a la función múltiple del promotor fiscal: éste no ha de limitarse a lo que originariamente se entendió como su papel peculiar, la acusación, que, por el contrario, debe velar en casos por la procedencia de sobreseimientos, desistir de la acusación, acaso con carácter provisional, mantener el control sobre delinquentes que de una u otra forma se hallan en situación de vigilancia, determinar, en fin, qué medidas deben aplicarse a los que, en vez de una pena, han de estar sujetos a las de «seguridad». Ello parece tan impropio o inconveniente cual el criterio adoptado en Noruega también, desde la legislación que introdujo el jurado, a propósito de la amplitud concedida al acusado para deponer en el sentido que estime conveniente, cuando Mr. Leivestad entiende ha de exigírsele, como deber legal, manifieste la verdad, sobre todo si la infracción imputada es constitutiva de mera falta o de delito leve.

En orden a las declaraciones de testigos y sobre la base de que es del dominio común la mendacidad con que, sin duda por ese frecuente sentido de «dealtad» (!), se suelen producir aquéllas, se concluye este aspecto procesal abundando en pro de que se admita como prueba directa lo manifestado o depuesto fuera del Tribunal, siempre que en ello convengan la acusación y la defensa.

A propósito de la intervención de esta última, se cree debe tener lugar ya desde el momento de la mera detención o incluso desde que se incoe cualquier diligencia preliminar.

No muy propicio, al parecer, nuestro comentado a que el juicio se reproduzca en instancias superiores, concede, como excepción, que la Corte Suprema siga conociendo los casos de casación, y con la facultad para disponer se vea nuevamente la causa ante dicha Corte o por otro Tribunal.

Concluyó su intervención Mr. Leivestad sugiriendo, con referencia al protocolo judicial (autos), se recurra a los medios mecánicos de que ya se dispone para tomar constancia, sobre todo de las declaraciones; con la ventaja también que ello implicaría caso de reproducción de tal clase de pruebas.

Intervinieron a continuación:

Mr. Nils Beckman, miembro de la Corte Suprema de Stockholm, para apoyar el criterio de especialización del juez penal y para hacer constar que en Suecia se vienen celebrando cursos de capacitación en materias criminológicas; que en dicho país se hallan muy restringidos los Tribunales por Jurados: si acaso funcionan cuando la cuestión afectá al régimen legal de Prensa, aunque en los Tribunales de rango inferior data de antiguo la intervención de personas legas en la determinación de la responsabilidad y de las medidas consiguientes.

Por el contrario, Mr. J. B. Hjort, calificó luego de muy importante la participación de aquéllas y su veredicto sobre la responsabilidad; como también propugnó un papel de mayor pasividad en el Juez en el examen del acusado, que ha de confiarse a la sola dirección del Promotor y de la Defensa.

Mr. Jorgen Trolle, Juez del Condado en Copenhagen, mostró su interés por dilucidar acerca de la procedencia del reconocimiento médico-psiquiátrico del acusado, de la selección del método a seguir con él, antes de que haya sido declarado responsable.

El fiscal Karl Lous mostróse partidario de cierta amplitud normativa en cuanto a la prestación y efectos de las declaraciones de testigos, como rotundamente opuesto a que se autorice la utilización de medio alguno coactivo encaminado a forzar una manifestación del acusado.

Mr. Björn Kjellin, Secretario permanente en el Ministerio de Justicia de Stockholm, admitió la conveniencia de dividir el proceso penal en dos etapas, apreciación de la culpabilidad y determinación de la «reacción penal» después, por cuanto así se evitaría la intervención prematura de médicos y otros expertos; si bien reconociendo en sentido contrario el problema de admitir alzadas contra las decisiones que se dicten en cada uno de ambos estadios.

Por último, el Juez Mr. G. B. Nissen, apuntó inconvenientes graves de adoptarse la creación de Tribunales especiales: principalmente la «desaparición de valores esenciales» de que se hallan dotados al presente los órganos de la Jurisdicción. También se opuso a la intervención de Fiscal y defensor en los interrogatorios con exclusión del Juez.

«THE SIGNIFICANCE OF GENERAL AND OF INDIVIDUAL PREVENTION IN COMBATTING CRIME». (Papel de la Prevención, general e individual, en lucha contra el delito); págs. 42 a 71.

Esta fué la cuestión objeto de las deliberaciones mantenidas por la Asociación Finesa de Criminalistas en su reunión de 20 de marzo de 1953.

Abrió los debates Mr. Nils Beckman, resumiendo el aludido problema en el porqué del castigo, reputando insuficiente la prevención individual para justificar el sistema punitivo en vigor con sus condenas de duración predeterminada, mientras que para hallar esa justificación atendiendo a la prevención general se precisa considerar la existencia de unas penas establecidas en los Códigos que, aplicadas regularmente, aparte a los hombres de la delincuencia.

Descartando el problema del libre albedrío, el Sr. Beckman evoca los cincuenta años transcurridos en este campo científico bajo el criterio de la prevención individual, preocupada por luchar contra el delito enmendando al individuo; tesis esta sobre todo fomentada por sectores médico-pedagógicos que recientemente encuentra la reacción opuesta por la prevención general que, viendo en aquel criterio una tendencia propicia al recrudescimiento del mal, ofrece, en cambio, en vez de sembrar el pánico hacia el castigo, el inculcar en la gran masa de ciudadanos hábitos y actitudes mentales que, consciente o inconscientemente, les haga rechazar automáticamente la sola idea de cometer una infracción.

Considerando que el efecto vergonzoso, inherente a la pena, no es razón suficiente para rechazar el empleo de la misma, so pretexto de que aquel sentimiento determina fenómenos de inhibición psíquica; propugna el disertante el planteamiento adecuado del problema, que a su entender radica en la asignación del papel que, respectivamente, deben desempeñar ambas clases de prevención: la individual exigida no sólo en los casos de alienados o cualesquiera que reclamen tratamiento médico, sino también a otras categorías de delinquentes; la general preocupada por la protección social. Demostrados los inconvenientes de las penas de reclusión cortas, motivos procesales propensos a rehuir los arrestos han contribuido también al exceso que supone olvidar el papel que la privación de libertad está llamada a desempeñar: que la pena, para ser efectiva, ha de venir consecutivamente al delito.

Concluye Mr. Beckman, reconociendo el estado confuso de la cuestión, que se impone proseguir la investigación científica, mas sin perder de vista que, sin el concurso del pensamiento, no se llega a nada.

Para el siguiente orador: Bruno A. Salmiala, un sistema de reacciones penales que logre el decrecimiento de la delincuencia, o, por lo menos, que impida su desarrollo, sirve más a la sociedad que cualquier otro desprovisto de acción «profiláctica», aunque este último parezca más idóneo a la enmienda del reo al hacerse efectiva la condena.

Justificó luego su anterior aserto con el propio ejemplo de Finlandia, con sus penas severas para los delinquentes jóvenes a partir de la Ley de 1940: mientras que en la mayoría de los países restantes, obsesionados quizá

por el criterio de la prevención individual, han visto en gran progresión el aumento de su delincuencia.

Mr. Brynolf Honkasalo, profesor en Helsinkfors, resumió su actitud negando deba basarse una política penal en el solo criterio de la prevención individual; pero advirtiendo al propio tiempo que esa idea no ha de repudiarse totalmente, debido, precisamente a que nuestro conocimiento acerca de los métodos para el restablecimiento de la adaptación social es muy incompleto.

El profesor Nillo Salovaara sostuvo que el delito ha de prevenirse mediante el rigor de la Ley, que intimida a las personas propensas a ser tentadas a la comisión de un hecho reprobable. Ello sin perjuicio de evitar la desproporción de las medidas penales: que sólo los castigos adecuados al delito, congruentes con el principio de justicia, pueden asegurar la consecución de la prevención general.

Mr. Reino Ellila calificó de error lógico y psicológico negar importancia a la amenaza del castigo; precisándose, no obstante, de un constante esfuerzo, por parte de médicos, sociólogos y adeptos a otras ramas científicas, para averiguar las causas del crimen.

Mr. Gunnar Marnell, director de la prisión de Hall (Suecia), adujo que lo que intimida al individuo, retrayéndole por tanto de la perpetración del delito, es el riesgo a ser sorprendido e incurrir en la censura de la sociedad. De ahí que propugne una fuerza de policía bien organizada, aunque, para no incurrir en simplicismo, reconoce también la heterogénea pluralidad etiológica de la delincuencia, fruto ésta igualmente de un «proceso gradual».

«CONDITIONAL SENTENCE». (La Condena condicional); págs. 72 a 89.

Tema de la reunión celebrada por la Asociación Islándica de Criminólogos, en Reykjavik, el 24 de abril de 1953.

El Juez Mr. Valdimar Stefansson reseñó el desarrollo de este arbitrio de la justicia penal, tanto en Islandia como en el extranjero. Introducido en dicho país en 1907, responde en términos generales a la equivalente institución danesa, y actualmente se halla regulado por normas promulgadas en 1940. No es susceptible de aplicación cuando la pena respectiva implique reclusión por dos años o trabajos forzados durante una anualidad, salvo circunstancias excepcionales que pueden aconsejar la concesión del beneficio aún en casos de castigos más rigurosos. Por otra parte no hay impedimento legal alguno para que tenga lugar su aplicación a favor de reos reincidentes, variando el período de «prueba» de 2 a 5 años, aunque en la mayoría de las ocasiones se fija entre 2 y 3. Al acordarla, puede hacerse con requisitos especiales relativos a la indemnización, tratamiento médico, lugar de residencia, etc.

Aunque en Islandia es también norma general al respecto que la nueva comisión de delito implica la virtualidad de la pena en suspenso, se hallan facultados los Tribunales para abstenerse de disponer la ejecución de aquélla y hacer extensivo el beneficio a las condenas dimanantes de ambos hechos.

Inquirió también Mr. Stefansson acerca de si la institución que le ocupaba había de reputarse mera suspensión de la condena, o incluso del fallo o de ambas cosas; si debía restringirse su aplicación en razón a la gravedad del delito; sobre la debida duración del período probatorio; acerca de la conveniencia de que sólo parte de la condena fuese la susceptible de suspensión, y así es adecuada la imposición de multas incondicionales junto con penas privativas de libertad de índole condicional.

Mr. Gunnar Jonsson, abogado, previa referencia al desistimiento de la acusación, ejercitado por el propio Ministerio de Justicia, en casos de delitos cometidos por jóvenes en edad de quince a dieciocho años; advirtió, con respecto a la condena condicional, que muchas veces la reincidencia del reo obedece a la ausencia de vigilancia social, que, por lo tanto, debía organizarse seriamente, como también propugnó se estudiase la eficacia de suspender, incluso, la emisión del fallo condenatorio, haciendo extensiva la suspensión del ya pronunciado, aun en casos de pena, a más de dos años de trabajos forzados.

«THE DRAFT SWEDISH PENAL CODE». (El Proyecto de Código penal sueco); págs. 90 a 171.

Tema abordado por la Asociación Sueca de Criminalistas en sus sesiones de 8 y 9 de mayo de 1953, aunque principalmente limitado a ciertos aspectos de dicho Proyecto, ultimado por el Comité de Derecho penal en 27 de abril del propio año.

Aunque vigente en la sustancial la codificación de 1734, en el decurso de los tiempos, ha sido objeto la misma de las naturales alteraciones, implicando algunas hasta la anulación de determinadas secciones, sustituidas por nuevos «códigos» o leyes independientes.

A partir de 1930, la empresa de renovación de la legislación penal se ha venido efectuando a través de dos Comisiones especiales: la «Penal Code Drafting Committee», encargada de revisar todas las sanciones penales establecidas, y el «Penal Law Committee», al que viene confiada tal revisión, si bien particularmente en lo que concierna al enunciado de los preceptos de carácter general y a la descripción de los hechos merecedores de ser reputados como delitos.

A propuesta de esa última Comisión, en 1942 y en 1948 se aprobaron nuevas normas penales sobre delitos contra la propiedad y contra el Estado y Orden público, respectivamente.

Lo atinente a los delitos contra la persona ha sido objeto del Proyecto de Código elaborado en 1953 por el susodicho Comité de Derecho penal; cuyo Proyecto está dividido en 23 capítulos, de los que 20 contienen preceptos relativos a delitos determinados, y los tres restantes se contraen a preceptos de índole general. Los cinco primeros capítulos se dedican a los delitos contra el individuo; los cinco siguientes, a los que atentan contra la propiedad; los tres sucesivos a las infracciones contra el público, y los capítulos 14 a 20, vienen dedicados a los delitos contra el Estado, compren-

diendo los de indole militar y los perpetrados por funcionarios en el ejercicio de su peculiar cometido.

Las deliberaciones mantenidas por la Asociación Sueca al respecto del reiterado Proyecto, abordaron tan sólo tres aspectos del mismo: los artículos dedicados al «asesinato»; cuya ponencia corrió a cargo de Mr. Nils Beckman, con las intervenciones ulteriores del Dr. Hans Thorstedt, del profesor Brynolf Honkasalo, de Mr. Georg Stjernstedt y de Mr. Jorgen Trolle; los preceptos relativos a la «difamación» fueron comentados por el Magistrado Mr. Sten Rudholm, seguido luego del Dr. Hans Welamson, de Mr. Beckman, de Mr. Stjernstedt. Mr. Trolle, profesor Ivar Agge y del también profesor Nelson; por último, la discusión sobre los preceptos «generales» corrió a cargo del Juez Mr. Hugo Digman, de Mr. Ryssdal y del profesor Ragnar Bergendal.

«THE REPORTING OF CRIME». (La publicación del delito); págs. 172 a 193.

A la trascendencia de las noticias que difunden el delito, los detalles de su comisión, principalmente, dedicó una sesión especial el día 13 de noviembre de 1953 la Asociación Finesa de Criminalistas.

En su seno se abordaron al respecto interesantes cuestiones: por el profesor Bruno A. Salmiala, aduciéndose que tal difusión fomenta la criminalidad, dificulta la investigación de la policía, con detrimento del desarrollo del proceso y puede frecuentemente atentar contra los derechos individuales. Se resumió el criterio del expresado profesor en la propuesta, más bien invocación, dirigida a la buena voluntad de los representantes de la Prensa, como más eficaz ello, que meros enunciados legislativos.

Subrayó también alguno de esos inconvenientes Mr. Urho Kiukas, Jefe de las Fuerzas de Policía Nacional, denotando la contraposición en que suelen hallarse los intereses de las empresas publicitarias y los de la investigación criminal, cuya misión puede resultar perjudicada por la peculiar rapidez con que aquellas difunden sus noticias; aunque también reconoce que en ocasión la publicación de diligencias policiales ha llegado a entorpecer y a desbaratar incluso planes delictivos.

El editor Mr. Eino Parikka, partiendo de la idea de cooperación estrecha entre la Policía y la Prensa, sugirió que antes de lanzar ésta referencia alguna, habría de proceder a una discriminación previa y escrupulosa, ello en aras de la efectividad del criterio conforme al cual ambas fuerzas deben compenetrarse en un frente común contra el delito.

«METING OUT OF PUNISHMENT». (Determinación del castigo); páginas 194 a 230.

Tal fué el tema sometido a las deliberaciones de la Asociación de Criminalistas noruegos, en su reunión también de 13 de noviembre de 1953.

Al respecto, el profesor Johs Andenaes glosó los habituales criterios para el logro de tal determinación, considerando hasta cierto punto necesario

el «tariff system», si bien prefiriendo, de ser posible, un método completamente racional, privado de los factores emotivos con los que difícilmente ha podido pugnar la legislación.

«APPRAISEMENT OF EVIDENCE IN CRIMINAL ACTIONS». (Evaluación de la prueba en los procesos penales); págs. 231 a 258.

Fué tratado dicho tema, principalmente, por el profesor Stephan Hurwitz, durante la sesión celebrada por la Asociación Danesa el 4 de diciembre de 1953.

El expresado disertante comenzó recordando que el libre examen de las pruebas fué adoptado en Dinamarca el año 1919, mientras que el mismo databa en Francia del 1791. Tras ello, y refiriéndose a las indispensables premisas de orden lógico y psicológico que aquel examen requiere, advirtió que la congruencia de tales premisas depende de la discreción adecuada, que rebasa el ámbito estricto del análisis lógico; reconociendo también que las actuales decisiones al respecto revelan un carácter más objetivo; debido, a juicio del orador, al perfeccionamiento de los medios técnicos para el descubrimiento de los delinquentes.

A propósito de los posibles errores dimanantes de la prueba fortuita, aludió también al valor de los indicios hematológicos, sin olvidar los antecedentes del acusado, para cuya apreciación aconseja el mayor cuidado.

José SANCHEZ OSES

URUGUAY

Revista de Derecho Público y Privado

Octubre, noviembre y diciembre, 1953

CAMAÑO ROSA, Antonio: «EL DELITO DE ABORTO».

En los tres números, arriba expresados, se publica un interesante trabajo, que constituye una verdadera monografía, del Fiscal del Crimen, en Montevideo, e ilustre colaborador de este ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES.

Se concreta el estudio, en su primera parte, a nociones preliminares desde el punto de vista gramatical y técnico, en el que nos dice que la palabra aborto, procede de la latina *abortus*, que equivale a mal parto, parto anticipado, lo nacido antes de tiempo, lo que no ha podido llegar a su perfecta madurez. En su acepción técnica es la interrupción del embarazo con muerte o dispersión del producto de la concepción. Según las formas de producirse se divide en *externo* e *interno*, y según la época en que se produce, existen varias distinciones; el trabajo cita el punto de vista *teológico, médico* y *jurídico*. Por la causa que lo origina lo divide en *espon-*

táneo y provocado; este último, en justificable o excusable y criminal; y dentro de las varias modalidades del aborto justificable, define el terapéutico, el eugénico, el sentimental, el miserable y el honorable, pero advierte que la expulsión del producto de la concepción no es elemento esencial para el diagnóstico del aborto ni para su incriminación.

Dada la categoría del aborto provocado, es analizado bajo tres aspectos: social, problema influenciado por factores externos, constituyendo uno de los capítulos más importantes de la Sociología criminal; médico, con la serie de cuestiones que suscita, biología del embarazo, secreto profesional, profilaxis del aborto, esterilización y aborto terapéutico, etc.; jurídico, considerándolo como un hecho antinatural, antisocial, intrínsecamente inmoral y físicamente peligroso. Existe completo acuerdo entre los penalistas en esta cuestión. La Iglesia lo condena siempre como un pecado. También existe acuerdo entre los tratadistas en tipificar como un delito especial el aborto cometido *sin el consentimiento de la mujer*. Al efecto cita el autor a Irureta Goyena, que opinaba que esta hipótesis cae en el delito de lesiones personales, aunque no mantuvo este criterio al formular el Código penal. Camacho Rosa sienta la afirmación de que «el jurista nada puede hacer sin la colaboración de la Medicina y de la Política social», y anota la discrepancia que se plantea en torno del aborto provocado consensual, y dentro de un perfecto plan metodológico, reconoce las posiciones extremas: A) Se trata de un hecho antijurídico, penalmente ilícito e incriminable, como el homicidio. B) Se trata de un hecho penalmente indiferente y no incriminable, como el adulterio. C) Posición intermedia.

Las razones que justifican la punibilidad del aborto consensual y sus consecuencias, son: a) El ser humano tiene autonomía biológico-jurídica desde la concepción. b) Existe un complejo de bienes jurídicos tutelables. c) La penalidad del aborto debe mantenerse como expresión de censura social. d) Todo aborto realizado por médicos competentes constituye un grave peligro para la vida y la salud de la embarazada. e) La libertad de abortar originaría un enorme aumento de abortos provocados y el aniquilamiento de la moral sexual, como consecuencia de esta libertad. Examina el autor las razones que justifican la segunda posición, a saber: a) El producto de la concepción forma parte del organismo de la mujer. b) En consecuencia, falta un bien jurídico tutelable. c) La pena es ineficaz para reprimir el aborto debido a la dificultad de la prueba y a la piedad de los jueces. d) La represión vuelve más peligroso el aborto porque conduce a efectuarlo en forma clandestina, por abortadores profesionales. e) No debe confundirse la moral con el Derecho penal.

Entre las dos posiciones extremas, existe una tercera ecléctica: el aborto es un hecho antijurídico, pero su represión debe hacerse sobre las siguientes bases: a) Atenuación de la penalidad, sobre todo en casos de aborto consensual. b) Establecimiento de excepciones justificativas y eximentes. Posición intermedia, según el autor del trabajo que examinamos, adoptada por casi todo el Derecho positivo vigente, después de rectificar Rusia y Uruguay, países donde transitoriamente estuvo exento de represión el aborto consentido.

A continuación, estudia el delito de aborto, que aparece tarde en la legislación y describe una curiosa trayectoria histórica, al evolucionar desde la impunidad a la extrema represión. Luego tiende a restringirse cada vez más la zona de protección penal, culminando, con la crisis abolicionista, en la impunidad del aborto consensual bajo el influjo de las nuevas condiciones sociales y económicas neumalthusianas, para sufrir una nueva reacción punitiva atemperada.

Con todo detalle, y gran competencia, hace el autor un comentario de la legislación de su país relativa a esta figura de delito, en el Código penal de 1889, en el de 1933, en los Decretos de 1934 y 35, en el Manifiesto de la Comisión de Defensa del Código penal, en el proceso de la reforma, en la Ley de 28 de enero de 1938, y en las Resoluciones de 27 de mayo de 1938, y 16 de diciembre de 1941.

En la segunda parte, se comenta y estudian, con la maestría a que nos tiene acostumbrados el autor, las figuras de aborto: Aborto simple; aborto agravado, y aborto atenuado o impune. El bien jurídico. El sujeto activo: 1. Aborto causado por la mujer (art. 325, 1.^a hipótesis). 2. Aborto consentido sobre la mujer (art. 325, 2.^a hipótesis y 325 bis). 3. Aborto no consentido sobre la mujer (art. 325, 3.^a hipótesis). Asimismo, se estudia el sujeto pasivo; elemento material: noción, presupuestos, medios, consecuencias y relación de causalidad; aborto sin expulsión; aborto con expulsión; expulsión sin aborto; consentimiento. Ejecución: 1. Caracteres. 2. Consumación. 3. Tentativa. 4. Concurso de delitos. 5. Concursos de delincuentes. Circunstancias agravantes especiales: 1. Agravación real. 2. Agravación personal. Elemento psíquico. Circunstancias atenuantes y eximentes. 1. Condiciones. 2. Móviles: A) Honorable. B) Sentimental. C) Terapéutico. D) Miserable.

A continuación hace el examen del procedimiento: a) Facultades del Juez, con varias excepciones al procedimiento penal normal: a) Abreviar los procedimientos. b) Clausurar los procedimientos. c) Permite a los jueces de instrucción que puedan clausurar los procedimientos, cuando normalmente esta facultad corresponde a los jueces del plenario. d) Declara inapelable la resolución, siendo la regla normal, la alzada. En cuanto a la penalidad presenta el siguiente esquema: I. No existe vida: a) Anticoncepcionismo. No inculminado. II. Existe un proceso vital: A) Menor de tres meses. Aborto embrionario. Impune o atenuado. B) Mayor de tres meses: a) Aborto consentido por la mujer (3 a 9 meses). b) Aborto consentido tercero (6 a 24 meses). c) Aborto no consentido (2 a 8 años). d) Aborto seguido de muerte o lesión (2 a 12 años). III. Existe vida individualizada: A) Menor de tres días: a) Abandono (2 meses a 3 años y 4 meses). b) Infanticidio (6 meses a 4 años). B) Mayor de tres días: a) Homicidio (20 meses a 12 años). b) Filicidio (10 a 24 años).

Termina el interesante trabajo de Camaño Rosa con una seleccionada bibliografía.

NOTICIARIO

II CONGRESO PENAL Y PENITENCIARIO HISPANO-LUSO-AMERICANO Y FILIPINO

CONVOCATORIA

(Sao Paulo, Brasil, 20-25 de enero de 1955)

El 14 de septiembre último, logrado un acuerdo entre el Consejo Directivo del Instituto Penal y Penitenciario H. L. A. y F. y la Comisión Organizadora Brasileña, se firmó y publicó la convocatoria del II Congreso de dicha entidad, a celebrar en la capital de Sao Paulo (Brasil), entre el 20 y 25 de enero del año próximo. Como programa de trabajo del mismo han sido seleccionados diez temas, la mitad generales y la otra mitad especiales, cuyos títulos y ponentes son los que a continuación se expresan:

1. «El Código penal único. Especial método a seguir para su preparación y redacción». Ponente español: Profesor doctor Juan del Rosal, Vicerrector de la Universidad de Valladolid. Ponente cubano: Doctor José Agustín Martínez Viademonte, Presidente del Instituto Nacional de Criminología de La Habana y del Instituto H. L. A. y F. Ponente brasileño: Profesor doctor Noé Azevedo, de la Facultad de Derecho de Sao Paulo.

2. «Delinquentes habituales». Ponente portugués: Profesor doctor José Beza dos Santos, Decano de la Facultad de Derecho de Coimbra. Ponente brasileño: Magistrado doctor Nelson Hungria, del Tribunal Supremo de Río de Janeiro.

3. «El trabajo penitenciario» (sin ponentes designados, invitándose a informar a los Ministerios de Justicia de España y Portugal).

4. «La prisión escuela». Ponente español: Profesor doctor José M. Stampa Braun, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Granada. Queda por designar el ponente brasileño.

5. «El Patronato penitenciario y Postpenitenciario». Ponente portugués: Profesor doctor Eduardo Correia, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Coimbra y Fiscal doctor José Augusto César Salgado, del Tribunal Supremo de Sao Paulo.

6. «Ampliación de atribuciones de los Tribunales de Menores». Ponente: Profesor doctor Antonio Ferrer Sama, Catedrático y Juez de Menores de Madrid. Ponente brasileña: Profesora doctora Esther Figueiredo Ferraz, de la Facultad de Derecho de Sao Paulo. Ponente filipino: Doctor Guillermo Guevara, de la Comisión de Codificación de Manila.

7. «Estudio jurídico penal y penitenciario del indio». Ponente: Doctor Raúl Calvimonte, Profesor boliviano. Ponente brasileño: Profesor doctor Roberto Lira, Catedrático de la Universidad de Río de Janeiro.

8. «Unificación de la terminología psicológico-psiquiátrica en los Códigos y textos legales de los países participantes en el Congreso». Ponente español: Doctor Bonifacio Piga, Profesor de la Facultad de Medicina de Madrid. Ponente brasileño: Profesor doctor Miaminio Favero, de la Facultad de Medicina de Sao Paulo.

9. «Anteproyecto de acuerdo iberoamericano sobre prevención y represión del delito de moneda falsa». Ponente brasileño: Profesor doctor José Loureiro junior, de Sao Paulo, designado por el *Centre international d'études sur la fause monnaie*.

10. «Formación de una lista de infracciones susceptibles de ser incluidas en los tratados de extradición en el ambiente hispano-luso-americano y filipino». Ponente español: Fiscal doctor Antonio Quintano Ripollés, de la Audiencia de Toledo. Ponente brasileño: Doctor Haroldo Valadao, Ministro del Tribunal Internacional y Presidente de la Orden de Abogados del Brasil.

La Comisión organizadora del II Congreso está presidida por el Profesor Doctor don José Loureiro junior, cuya dirección es Rua 7 Abril, 404, 2-andar, Sao Paulo (Brasil). En lo que toca a la participación española e información general, el organismo permanente, es el Consejo Directivo del Instituto Penal y Penitenciario Hispano-luso-americano y filipino. Edificio de Cultura Hispánica, Avenida de los Reyes Católicos, Ciudad Universitaria, Madrid.

P R O G R A M A

MIÉRCOLES, DÍA 19

15 horas.—Sesión administrativa preparatoria, en el Aula Magna de la Facultad de Derecho, para la designación de la Mesa del Congreso y de las Comisiones.

16 horas.—Asamblea General del Instituto Penal y Penitenciario Hispano-Luso-Americano y Filipino, en la Universidad. Orden del día: El de la Asamblea convocada y suspendida para el 24 de noviembre de 1953 en Coimbra. Modificación de Estatutos: Elección de Mesa del Instituto.

21 horas.—Solemne sesión inaugural en el Salón de Actos de la Facultad de Derecho. Discurso de los Excelentísimos Señores Ministro de Justicia y de los Presidentes del Instituto Penal y Penitenciario y de la Comisión Organizadora Brasileña.

JUEVES, DÍA 20

9 horas.—Reunión de las Comisiones en la Facultad de Derecho.

16 horas.—Reunión de Comisiones en la Facultad de Derecho.

VIERNES, DÍA 21

9 horas.—Sesión plenaria en el Salón de Actos de la Facultad de Derecho.

16 horas.—Reunión de Comisiones en la Facultad de Derecho.

SÁBADO, DÍA 22

9 horas.—Reunión de Comisiones en la Facultad de Derecho.
16 horas.—Reunión de Comisiones en la Facultad de Derecho.

DOMINGO, DÍA 23

Mañana y tarde, libre.

LUNES, DÍA 24

9 horas.—Sesión plenaria en el Salón de Actos de la Facultad de Derecho.

MARTES, DÍA 25

9 horas.—Sesión plenaria en el Salón de Actos de la Facultad de Derecho.
21 horas.—Solemne sesión de clausura en el Aula Magna de la Facultad de Derecho.

Cada Comisión podrá organizar las Subcomisiones que juzgue convenientes para la buena marcha de sus trabajos.

Las visitas a Centros de Estudios y Penitenciarias y las manifestaciones y actos de carácter social del Congreso se anunciarán oportunamente.

IN MEMORIAM. PROF. ROUX

La ciencia penal francesa que no ha mucho sufrió la pérdida del Profesor Donnedieu de Vabres, deplora otra nueva baja entre sus valores de cotización internacional, en la persona del Profesor Jean Roux, acaécida el 14 de julio de 1954, a los ochenta y ocho años de edad, en Crezan (Francia). Profesor de Derecho penal en las universidades de Dijon y de Estrasburgo, había sido designado desde 1931 magistrado del Tribunal de Casación de París. Autor de un muy conocido *Cours de droit criminel français*, en 1920, seguido de otro de *Procedure pénale*, en 1927 y de un *Precis élémentaire*, 1925, fué copiosa su producción en artículos de revistas francesas y extranjeras. Su obra más perdurable, sin embargo, es la de organización de la «Asociación Internacional de Derecho Penal», de la que fué alma desde su fundación en 1924, en calidad de Secretario general de actividad prodigiosa.

INTRODUCCION DEL «HURTO DE USO» EN EL CODIGO PENAL AUSTRIACO

En tanto que prosiguen las labores de nueva codificación penal en Austria, en el seno de la Comisión presidida por el profesor Kadecka, siguen introduciéndose reformas en el viejo cuerpo legal de 1852 mediante el sistema de «Novellen», remozando constantemente su texto. La *Strafgesetznovelle* de 1953, publicada con la *Bundesgesetz* de 1954, introduce algunas innovaciones de in-

terés, entre ellas la de un nuevo artículo 467 b. en el que se configura el llamado delito de «hurto de uso» o *Gebrauchdiebstahl*, configurado sobre la utilización indebida y no autorizada de vehículos velocípedos o de motor. Es punible, como falta, siendo el valor del uso o perjuicio causado hasta 1.500 cheques (*Übertretung*), y como delito rebasando dicha suma (*Vergehen*), castigándose con arresto de tres a seis meses. Se prevé una excusa absolutoria entre cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos, así como en favor de personas a quien el poseedor legítimo hubiere confiado el vehículo. La nueva falta y delito es de naturaleza procesal privada, perseguible solamente a instancia de la parte perjudicada.

NUEVA EXTENSION DEL RADIO DE ACCION DE LA PENA DE MUERTE EN LA URSS

Según información del *Pravda*, de 7 de mayo de 1954, recogida en el *Zeitschrift f. die ges. Strafrechtswissenschaft* (1954, III), la decisión del Presidium del Soviet Supremo de la URSS., de 12 de enero de 1950 restableciendo la pena de muerte para los delitos de traición y espionaje, ha sido extendida a los más graves supuestos de homicidio con circunstancias agravantes.

III CONGRESO INTERNACIONAL DE CRIMINOLOGIA

(Londres, 11-18 septiembre 1955)

Organizado por la Sociedad Internacional de Criminología bajo la Presidencia del Doctor Donis Carroll, tendrá como tema el Recidivismo, para ser estudiado en estos cinco aspectos:

- 1.º Definiciones del Recidivismo y aspectos estadísticos del mismo.
- 2.º Estado y caracteres de las formas del Recidivismo y su evolución.
- 3.º Causas del Recidivismo.
- 4.º Prognosis del Recidivismo.
- 5.º Tratamiento del Recidivismo.

La Delegación española, bajo la presidencia de don Federico Castejón, invita a las personas interesadas en el tema del Congreso, a remitir estudios y datos que crean pertinentes con objeto de incorporarlos a la ponencia nacional española, y ésta sea tenida en cuenta por los Ponentes Generales que han de actuar en el Congreso.

Están admitidas como lenguas oficiales el español, el francés y el inglés.

La Secretaría de la Comisión organizadora se ha establecido en 28 Weymouth Street, London, W. 1. Inglaterra.

CONFERENCIA DEL P. JOSE MARIA LÓPEZ RÍOCEREZO EN EL ESCORIAL

Con ocasión de los actos organizados por los PP. Agustinos para conmemorar el décimosexto centenario del nacimiento de San Agustín, nuestro colaborador, P. José María López Ríocerezo, Profesor de Derecho Penal del Real Colegio de Estudios Superiores de María Cristina, de El Escorial, pronunció una interesante conferencia, sobre el tema: «San Agustín, precursor de la ciencia criminal moderna», en la que, después de estudiar el proceso histórico del Derecho punitivo y rechazar la paternidad del cristianismo en la filiación del Derecho punitivo, aunque reconociendo su valiosa influencia en la humanización de los castigos, hizo resaltar el influjo de San Agustín en la humanización de las penas corporales, haciendo ver que las sanciones promovidas o sustentadas sin módulo moral, como se venían practicando, no eran más que infracciones truculentas del Derecho.

Examinó el conferenciante las nuevas formas de la justicia penal, e hizo un resumen de la humanización de nuestro Derecho punitivo y movimiento penitenciario, poniendo de manifiesto que nuestra patria se adelantó muchísimos años al mundo entero en este sentido, sin que por ello la leyenda negra dejase de degradar nuestra Historia y procedimientos judiciales.

INSTITUTO HISTORICO-JURIDICO «FRANCISCO SUAREZ», DE BURGOS

Don Amancio Tomé Ruiz, Secretario y Profesor de la Escuela de Estudios Penitenciarios de Madrid, pronunció, en los días 23 y 24 de agosto, dos interesantes conferencias: La primera, sobre el tema: «La Psicología de las masas, Métodos y Procedimientos para reajustarlas a la vida normal, como elemento constructivo», en la que, con metódica exposición, destacó la influencia de la masa en la vida política, social, económica y religiosa de los pueblos, haciendo un detallado análisis de los fenómenos de los individuos y las masas, para destacar sus problemas cruciales.

La segunda conferencia del señor Tomé, versó sobre la «Rehabilitación del delincuente», resaltando la importancia del problema y la necesidad que tienen los Gobiernos de atenderle con especial esmero, como, asimismo, la Sociedad, que muchas veces es la verdadera responsable de los delitos. Destacó lo mucho que se ha hecho en España, en este sentido, en los últimos años, e hizo la apología de nuestro sistema penitenciario, que, en su opinión, puede servir de modelo para la reforma de los penados.

SEMINARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO

En el pasado curso 1953-1954, al igual que en los anteriores, continuó sus tareas el Seminario de Derecho Penal y Ciencias Penales, bajo la dirección del Catedrático de Derecho penal, doctor Silva Melero, nuestro ilustre colaborador, que recientemente fué nombrado Rector de dicha Universidad.

Preferentemente dedicó en dicho curso sus actividades al estudio de problemas de medicina legal y psiquiatría forense, interviniendo en sus sesiones, como ponentes, distinguidos especialistas, que desarrollaron con gran brillantez temas que han resultado del agrado de todos los asistentes, entre los que destacaban, al igual que en cursos anteriores, los profesionales del Derecho que, de esta forma, vuelven a estrechar los lazos en unión con la Universidad, contrastando en los coloquios que siguen a la exposición de los temas, sus puntos de vista y criterios personales, con aquellos otros expuestos en el desarrollo de las respectivas ponencias.

Dada la brevedad de las presentes notas informativas, hemos de limitarnos a dar cuenta de las diferentes sesiones celebradas y ponencias estudiadas, así como de los autores de las mismas.

Día 12 de diciembre de 1953: Sesión inaugural del Seminario de Derecho Penal y Ciencias Penales, con una conferencia a cargo del Director del mismo y catedrático de Derecho penal, doctor Silva Melero, que versó acerca de «La Alemania oriental y occidental y el Derecho penal de la postguerra».

Día 13 de enero de 1954: Ponente, don Rafael Fernández Martínez, profesor de la Universidad, secretario del Seminario y abogado fiscal de la Audiencia, que desarrolló el tema «Aborto y anticoncepcionismo: consideraciones médico-legales».

Día 20 de enero de 1954: Ponente, doctor don Pedro Quirós Isla, médico psiquiatra, que expone su ponencia sobre «Psiquiatría; conceptos fundamentales».

Día 27 de enero de 1954: Ponente, don Marcial Fernández Vilas, médico psiquiatra, que desarrolla el tema «Síndromes carcelarios».

Día 10 de febrero de 1954: Ponente, el doctor don Santiago Melón, médico psiquiatra, acerca del tema «Consideraciones respecto al peritaje psiquiátrico».

Día 18 de febrero de 1954: Ponente, el doctor don Arturo Buylla Acevedo, que desarrolla su ponencia sobre «Intoxicaciones: consideraciones médico-legales».

Día 3 de marzo de 1954: Ponente, el doctor don Luis Peña, médico forense del partido judicial de Laviana (Asturias), acerca del tema «Medicina legal: consideraciones en torno a la autopsia».

Día 10 de marzo de 1954: Ponente, el doctor don Manuel Arnot, que se ocupa del tema «El médico como concausa del evento».

Día 25 de marzo de 1954: Ponente, don Rafael Fernández, profesor de la Universidad y abogado fiscal, que desarrolla el tema «Consideraciones respecto a la causalidad y peligrosidad en el Derecho penal», clausurando a continuación las sesiones de este curso el Director del Seminario, doctor Silva Melero.

Aparte de los profesionales del Derecho a que antes nos referimos, y entre los que destacaban figuras del foro, magistrados, fiscales y jueces, también los profesionales de la medicina han concurrido en buen número a las sesiones de este Seminario, y los alumnos de la Facultad de Derecho, especialmente los de Derecho penal.

INDICE GENERAL

Fascículo III

PÁGINAS

SECCION DOCTRINAL

En torno a la Escuela Penal Española, por VALENTÍN SILVA MELERO	439
El elemento psicológico en la alevosía, por ENRIQUE JIMÉNEZ ASEÑO	451
La sanción de las faltas, por DOMINGO TERUEL CARRALERO	469

SECCION LEGISLATIVA

Alemania

La reforma del Derecho Penal en Alemania, por EUGENIO CUELLO CALÓN.	493
--	-----

España

Referencias históricas y de Derecho Comparado sobre la represión de la homosexualidad, por EUGENIO CUELLO CALÓN	498
Ley de 15 de julio de 1954	502
Ley de 30 de marzo de 1954	504
Decreto de 14 de mayo de 1954	507

SECCION DE JURISPRUDENCIA

Del dolo penal y civil en la estafa, por JUAN DEL ROSAL	515
Jurisprudencia penal correspondiente al tercer cuatrimestre de 1953, por JOSÉ M. ^a GONZÁLEZ SERRANO	521

CRONICAS EXTRANJERAS

Lectura y comentario de unas conclusiones. Royal commission on Capital Punishment, 1949-1953, por BONIFACIO DIFERNAN	541
Los trabajos de la Comisión de Reforma del Código Penal Alemán, por ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS	563

REVISTA DE LIBROS

AFTALIÓN, Enrique: «Peligrosidad y existencialismo», Buenos Aires, 1954, por Antonio Quintano Ripollés	569
---	-----

ANGEL HERZOG: «L'individualisation des mesures prises a l'égard du delinquant», París, 1954, por <i>Antonio Quintano Ripollés</i>	570
ANDRZEJEW, LERNELL, SAWICKI: «Das Strafrech der Volksrepublik polen. Grundriss des Allgemeinen Teils», Berlín, 1950, por <i>Antonio Quintano Ripollés</i>	573
CASTÁN TOBEÑAS, José: «Los derechos de la mujer y la solución judicial de los conflictos conyugales», Madrid, 1954, por <i>César Camargo Hernández</i>	574
COLOMBO, Carlos J.: «El Derecho Penal Militar y la Disciplina», Buenos Aires, 1953, por <i>Diego Mosquete</i>	575
«Documentos parlamentarios: Proyectos de reformas del Código de Procedimientos Penales», Lima, 1954, por <i>Diego Mosquete</i>	576
FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Rafael: «Casos prácticos de Derecho Penal», Oviedo, 1954, por <i>César Camargo Hernández</i>	577
FONTÁN BALESTRA, Carlos: «Derecho Penal. Introducción y parte general», Buenos Aires, 1953, por <i>Antonio Quintano Ripollés</i>	577
«Festschrift für Edmund Mezger. Zum. 70. Geburtstag», Munich-Berlín, 1954, por <i>Antonio Quintano Ripollés</i>	581
GLASER, Stefan: «Introduction a l'étude du Droit international penal», Bruselas-París, 1954, por <i>Antonio Quintano Ripollés</i>	591
JESCHKE, Profesor Dr. Hans-Heinrich: «Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Voelker strafrech. Eine studie zu den Nürnberg Prozessen», Bonn 1952, por <i>Antonio Quintano Ripollés</i>	596
KINSAKU SAITO-HARUO NISHIHARA: «Das Abgeanderte Japanische Strafgesetzbuch», Berlín, 1954, por <i>Antonio Quintano Ripollés</i>	601
LEGROS, Robert: «Domain et methode du Droit Ponal International», Bruselas, 1954, por <i>Antonio Quintano Ripollés</i>	602
«Los fueros de Sepúlveda», Segovia, 1953, por <i>Adolfo de Miguel</i>	603
OLESA MUÑOZ, Francisco-Felipe: «Derecho Penal aplicable a indígenas en los territorios españoles del Golfo de Guinea», Madrid, 1953, por <i>Octavio Pérez Vitoria</i>	606
PETTOELLO MANTOVANI, Luciano: «Il concetto ontológico del reato. Struttura generale. La colpa», Milano 1954, por <i>Diego Mosquete</i>	609
SALVAGNO CAMPOS, Dr. Carlos: «Homicidio», Montevideo, por <i>Antonio Quintano Ripollés</i>	611
SPINA, Dr. Pedro-Angel: «La naturaleza de la contravención», República Argentina, 1954, por <i>César Camargo Hernández</i>	613
VALDÉS SANTO TOMÁS, Eduardo: «Elementos de Antropología Penitenciaria», La Habana, 1954, por <i>César Camargo Hernández</i>	613
VEALE, F. J. P.: «El crimen de Nuremberg», Barcelona, 1954, por <i>Antonio Quintano Ripollés</i>	614

REVISTA DE REVISTAS

Alemania

ZEITSCHRIFT FÜR DIE GESAMTE STRAFRECHTSWISSENSCHAFT.—1954, Heft II, por <i>Antonio Quintano Ripollés</i>	621
GOITTDAMMER'S ARCHIV FÜR STRAFRECHT.—Junio, julio, septiembre, octubre, 1954, por <i>Fernando Alamillo Camillas</i>	620

Argentina

CUADERNOS JURISPRUDENCIALES.—Enero-abril, 1954, por <i>Diego Mosquete</i>	635
LA LEY.—Agosto, 1954, por <i>Antonio Quintano Ripollés</i>	636
REVISTA PENAL Y PENITENCIARIA.—Diciembre, 1953, por <i>Diego Mosquete</i>	638

Índice general

PÁGINAS

Bélgica

- REVUE DE DROIT PENAL ET DE CRIMINOLOGIE.—Febrero, 1954, por *Diego Mosquete* 644

Brasil

- REVISTA BRASILEIRA DE CRIMINOLOGIA E DIREITO PENAL.—Enero-junio, 1954, por *Diego Mosquete* 648

España

- REVISTA DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS PENITENCIARIOS. Mayo-junio, 1954, por *César Camargo Hernández* 651
- REVISTA DEL INSTITUTO DE DERECHO COMPARADO.—Barcelona, julio-diciembre 1953, enero-junio, 1954, por *Antonio Quintano Ripollés* 563
- REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO.—Primer trimestre, 1954, por *Antonio Quintano Ripollés* 655
- REVISTA DE MEDICINA LEGAL.—Madrid, marzo-abril, 1954, por *César Camargo Hernández* 656

Estados Unidos

- THE JOURNAL OF CRIMINAL LAW, CRIMINOLOGY AND POLICE SCIENCE.—Marzo-abril, 1954, por *José Sánchez Osés* 656

Francia

- REVUE INTERNATIONALE DE POLICE CRIMINELLE.—Mayo 1954, junio-julio 1952, por *Diego Mosquete* 660
- REVUE DE SCIENCE CRIMINELLE ET DE DROIT PENAL COMPARE.—Julio-septiembre 1954, por *Diego Mosquete* 664

Grecia

- REVISTA PENITENCIARIA.—Marzo-junio, -julio-agosto 1954, por *Diego Mosquete* 668

Italia

- ARCHIVIO PENALE.—Julio-agosto, septiembre-octubre, 1954, por *Adolfo de Miguel* 669
- LA SCUOLA POSITIVA.—1954, Fascículo 1-2, por *Valentín Silva Melero* 674
- RASEGNA DI STUDI PENITENZIARI.—Mayo-junio, julio-agosto, septiembre-octubre 1954, por *Valentín Silva Melero* 676
- REVUE INTERNATIONALE DE DEFENSE SOCIALE.—Enero-junio 1954, por *Diego Mosquete* 681

Perú

- PERU INDIGENA.—Abril 1953, por *Diego Mosquete* 684

Anuario de Derecho penal y Ciencias penales

PÁGINAS

Suecia

YEARBOOK OF THE NORTHERN ASSOCIATIONS OF CRIMINALISTS.—1952-53, por *José Sánchez Osés* 685

Uruguay

REVISTA DE DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO.—Octubre, noviembre y diciembre, 1953, por *Diego Mosquete* 692

NOTICARIO 697