

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO III
FASCICULO I



ENERO-ABRIL
MCML

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Director:

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

Subdirector:

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

Secretario:

DIEGO MOSQUETE

Profesor Adjunto de Derecho penal de
la Universidad de Madrid

ÍNDICE

Páginas

Sección Doctrinal

<i>Los principios de la legalidad, de la analogía y de la interpretación y su aplicación en el Derecho penal suizo, por Jean Graven.....</i>	9
<i>Algunos datos para el estudio psicológico de la circunstancia de «miedo insuperable», por A. Piga.....</i>	44
<i>El secreto médico profesional, por F. Alamillo.....</i>	75

Sección Legislativa

<i>El proyecto preliminar del Código penal italiano, por José M. Stampa Braum....</i>	93
<i>Sobre la parte general del proyecto de Código penal para indígenas de Mozambique, por Francisco-Felipe Olesa Muñido.....</i>	113
<i>Venezuela. Proyecto de Ley sobre sujetos peligrosos, por Joaquín Bastero.....</i>	122

Sección de Jurisprudencia

<i>De la premeditación condicionada en el parricidio, por Juan del Rosal.....</i>	127
<i>Jurisprudencia penal correspondiente al tercer cuatrimestre de 1949, por José María González Serrano.....</i>	136

Revista de libros

ALEXANDER, Fran, y STAUB, Hugo: "Il delinquente e suo giudici.— Uno sguardo psicanalitico nel campo del Diritto penale", Milán, 1948, por Domingo Teruel Carralero; ANTOLISEI, Francesco: "Manuale di Diritto penale. Parte generale", Milano, 1949, por Juan del Rosal; BERNIA, Juan: "Historia del Palacio de Santa Cruz", Madrid, 1949, por César Camargo Hernández; BUSCH, Richard: "Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre", Tübingen, 1949, por Antonio Quintano Ripollés; Dr. FRECFRICK BERG: "El proceso de Nuremberg", Buenos Aires, 1947, por Juan del Rosal; CUELLO CALON, Eugenio: "Código penal y Leyes penales especiales", Barcelona, 1950, por Juan del Rosal; DIDIER, Lazar: "Le procès de	161
--	-----

**ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES**

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.^a

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 3

**ANUARIO DE DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES**



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

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

TOMO III
FASCICULO I



ENERO-ABRIL
MCML

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

SECCION DOCTRINAL

JEAN GRAVEN

LOS PRINCIPIOS DE LA LEGALIDAD, DE LA ANALOGIA Y DE LA INTERPRETACION Y SU APLICACION EN EL DERECHO PENAL SUIZO

A. PIGA

ALGUNOS DATOS PARA EL ESTUDIO PSICOLOGICO DE LA CIRCUNSTANCIA DE "MIEDO INSUPERABLE"

F. ALAMILLO

EL SECRETO MEDICO PROFESIONAL

Los principios de la legalidad, de la analogía y de la interpretación y su aplicación en el Derecho penal suizo¹

JEAN GRAVEN

Profesor de Derecho penal y de Procedimiento en la Universidad y Presidente de la Corte de Casación, de Ginebra, Director científico de la Revista de Criminología y de Policía Técnica.

La oposición existente entre los penalistas sobre el alcance de la Ley penal ha entrado en un estado agudo desde hace algunos años. Las doctrinas, y las legislaciones penales contrarias se han opuesto unas a otras y continúan haciéndolo. Esta oposición es consecuencia de la oposición fundamental que, en la lucha ideológica que divide el mundo de hoy día, se tiene del Derecho mismo, de su significación, de sus fines y del respeto que se le debe. Esta nueva forma de lucha por el Derecho participa del drama de nuestro tiempo.

1) Para la tradición occidental y cristiana, el Derecho—y esto se puede decir particularmente del Derecho penal—es el arte del bien y de la equidad, la ciencia de lo justo y de lo injusto; no es una creación ocasional del hombre, sino que es superior a éste, permanente, intangible, que se impone a todos los hombres y aun al legislador mismo en primer término. Debe asegurar una especie de justicia moral, «eterna» o «natural», dentro del justo equilibrio de los derechos y de los deberes del Estado y del individuo, del respeto por el Estado y por sus órganos legislativos y judiciales de las normas que le obligan a sí mismo y de las legítimas libertades del individuo. Esta concepción del Derecho está representada por el ideal del que habla Tarde en su «Filosofía penal», para el que «la pena que sobrepase aún en un *átomo* a la gravedad del crimen, es injusta» y para el que la doble escala, en cierto modo sagrada, de los delitos y de las penas—freno del Estado, baluarte del individuo—expresa «algo tan eternamente verdadero como el axioma de Euclides sobre las líneas paralelas». La Revolución francesa, en su Declaración de los derechos del hombre

1. Traducido del francés por Joaquín de Aguilera y Gamoneda, Recario de la Sección de Derecho penal del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

de 1789, ha proclamado solemnemente los principios de la justicia como fin moral opuesto al antiguo régimen de la arbitrariedad y de la violencia y se ha esforzado en organizar por medio de la Ley las garantías capaces de asegurar la libertad de cada uno y la seguridad de todos.

2) Pero después de la primera guerra mundial, uno de los hechos culminantes de la historia, de lo que nos apercibimos hoy día, la Revolución rusa de octubre de 1917, ha visto surgir y ha llevado a su apogeo la idea opuesta de una especie de *Declaración de los derechos del Estado* o de la colectividad contra el individuo, rechazando aquella noción tradicional de una especie de «justicia» absoluta (la *Dikè* de los filósofos griegos), para sustituirla por la de una justicia puramente utilitaria y positivista de defensa, ya no del «Derecho», al que niega, sino del régimen político y económico nuevo que ella instituya. Los «Principios directivos de la República Socialista Federativa de los Soviets de Rusia» publicados por el Comisario popular de justicia el 12 de diciembre de 1919, han revelado que con el aparato—religioso, político, militar, económico y judicial—del antiguo régimen toda la legislación establecida para sostenerle debía desaparecer y ser barrida y que ya no había más que «abandonar los Códigos burgueses del tiempo pasado en los archivos de la historia». El primer fin del Derecho penal debía ser «la lucha contra los violadores de las nuevas condiciones de vida común», en espera de que el régimen en toda su perfección «destruyese el Estado, esa organización de la violencia, y el Derecho que es su función».

El Derecho, para la concepción marxista, es «la organización de las relaciones sociales que responde a los intereses de la clase dominante, protegida por el poder que ella misma instituye». El Derecho penal debe, por lo tanto, «contener las reglas que defiendan contra toda lesión al sistema de relaciones que interesan a la clase dominante, por medio de la represión», comprendiendo también la «medida suprema» en caso de necesidad. Según los teóricos y los juristas soviéticos, el Derecho no tiene, por lo tanto, nada que ver con la antigua imagen de la justicia moral, esa «fantasía brillante que seguramente ha alcanzado en la época capitalista el punto culminante de su desarrollo». Esta es para ellos una concepción no solamente falsa e irrisoria, sino nociva. El Derecho penal no es más que un instrumento de dominación y de defensa política y social, un «mal necesario», relativo y temporal además, destinado a desaparecer con el delito mismo, resultado de una mala organización de la sociedad. Sería más exacto hablar de «reglas de organización» o de «instrucciones técnicas» que dar a las disposiciones del Código penal el nombre poco halagador de Derecho².

2. Ver a este respecto GRAVEN, *Le droit pénal soviétique*, en la «Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé», París, Sirey, 1948, núm. 2, página 236. Entre las publicaciones dedicadas a esta materia no recordaremos más que aquella del señor CUELLO CALÓN, *El Derecho penal de la Rusia actual*.

3) Se ve, por lo tanto, la importancia de estos principios y de esta cposición fundamental, de este nuevo aspecto de las «Transformaciones del Derecho»³. Ellas revelan, como decía el profesor Berend en un reciente artículo, «la influencia de la organización del Estado sobre el Derecho penal»⁴.

Se podía estudiar antiguamente el problema de la legalidad del Derecho penal, sobre todo desde un punto de vista histórico y doctrinal, como uno de los temas que se prestan a los desarrollos más ingeniosos o más brillantes. Así en la época en que el malogrado maestro del Derecho suizo, el profesor Hafter, consagraba a ello su discurso de rectorado de la Universidad de Zurich en 1922⁵.

• Pero después este mismo problema ha aparecido de forma directa y casi dramática en la aplicación diaria. Ha amenazado con hacer saltar los marcos del Derecho tradicional. Bajo el impulso de las circunstancias, y en presencia de la evolución de las concepciones del Derecho, de la que somos testigos, innumeros estudios han renovado este debate. El IV Congreso Internacional de Derecho penal, celebrado en París en 1937, lo ha discutido basándose en profundos estudios de criminalistas muy competentes; estos estudios representan, todavía hoy, la «Summa» indispensabie de consulta⁶. Después, la controversia ha perdido algo de la agudeza que le confería el conflicto directo de las concepciones en la época del impulso vigoroso del Derecho y de la política criminal de los «Estados autoritarios», a la que el profesor Donnedieu de Vabres ha dedicado un libro ya clásico con este mismo título⁷. Estas cuestiones no han dejado de ser estudiadas, sin embargo⁸, y no han perdido nada de su actualidad, ya que los princ-

en la «Revista de Legislación y Jurisprudencia», Madrid, 1932, y el del señor QUINTANO RIPOLLÉS, *Filosofía y Ciencia del Derecho soviéticas*, en la misma revista, 1950. Todo el mundo conoce también la introducción del profesor J. DE ASÚA para el *Nuevo Código penal de la Rusia soviética*, Madrid, 1927.

3. Título del conocido libro de GABRIEL TARDE, publicado por Alcan, París, 1894, del que todavía son válidos los principios.

4. BELA BEREND, Profesor de Budapest; véase la «Revue International de Droit Pénal», París, 1949, núm. 1, pág. 23.

5. Profesor E. HAFTER. *Keine Strafe ohne Gesetz*, Zurich, 1922.

6. Estos estudios provienen de los señores Altavilla, Ancel, De Asúa, Barret, Caldi, Constant, Dolaptchieff, Donnedieu de Vabres, Gaphos, Givanovitch, Glaser, Gorphe, Karanikas, Lilar y Bekaert, Magnol, Mogilnicki, Palazzo, Petrich, Puglia, Solnar, Vasilin, Wolter, Yotis. Todos dicen lo esencial sobre la materia. Véase la «Revue International de Droit Pénal», París, 1937.

7. H. DONNEDIEU DE VABRES. Profesor de la Universidad de París, *La politique criminelle des Etat autoritaires*, París, 1938.

8. Nos limitamos a citar los artículos siguientes, aparecidos en la «Revue Pénal Suisse»: Profesor GERMAN, *Zum sogenannten Analogie.—Verbot nach schweizer Strafrecht*, 1946, pág. 119; Ch. GILLIERON, *Notes sur l'interprétation des lois pénales*, 1947, pág. 115; Profesor MITTERMAIER, *Über Analogie im Strafrecht*, 1948, pág. 403; profesor CLERC, *Les travaux préparatoires et l'interprétation de la loi pénale*, 1949, pág. 1. El Profesor O. A. GERMAN ha reunido una serie de estudios importantes sobre este tema general en su obra *Methodische Grundfragen*, número 1 de la colección de los *Etudes de Droit criminel suisse*, Basilea, 1946.

pios que las dirigen son permanentes. Importantes artículos recientes dan fe de ello⁹.

Parece haber llegado el momento de sacar serenamente la consecuencia con la perspectiva necesaria. Ningún legislador, ningún juez puede pasarse sin ellos, lo mismo en el campo del Derecho racional que en el del Derecho internacional, ya que estos principios constituyen necesariamente la base de toda ley penal y de su aplicación. Su estudio se ciñe de una forma natural en torno a los problemas: 1) de la *legalidad* del Derecho penal; es decir, de la estricta aplicación por el juez de las únicas disposiciones establecidas por el legislador; 2) de la *creación analógica* del Derecho penal por el juez, para suplir sus lagunas o extender su ámbito; 3) y, por último, de la necesaria o legítima *interpretación* de la Ley penal por el juez y de la medida de este poder.

Estos son los tres problemas que vamos a examinar sucesivamente. No repetiremos lo que ha sido dicho con tanta autoridad por tan gran número de autores de diversos países y principalmente en España por nuestros eminentes colegas los profesores Cuello Calón¹⁰ y del Rosal¹¹, así como por Quintano Ripollés¹².

Nos limitaremos a recordar los principios generales que nos han de servir de punto de partida y a confrontarlos con el Derecho suizo para mostrar su solución y hacer aparecer la útil lección que puede que este último nos ofrezca.

CAPITULO PRIMERO

EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD

I. *El principio en general.*

1) Se sabe que en Derecho *civil* el juez puede recurrir, y recurre más o menos frecuentemente, a la costumbre, a la analogía y a la equidad. La ley no es la única fuente del Derecho; ya que en virtud de lo que se ha llamado el principio de la «plenitud hermética del Derecho», «el Derecho no tiene lagunas, aunque la ley

9. Hemos tomado particularmente en consideración los artículos del Profesor AD. SCHÖNKE, *Interpretación, analogía y Derecho constitucional en el Derecho penal*, en el «Anuario del Derecho penal y Ciencias penales», Madrid, tomo I, fasc. II, 1948, pág. 222, y del Profesor J. DE ASÚA, *L'analogie en Droit pénal*, en la «Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé», París, 1949, núm. 2, pág. 187; este último estudio comprende una bibliografía muy completa, a la que nos remitimos, págs. 238-240.

10. *Derecho penal*, parte general, Ed. Bosch, Barcelona, 9.^a edición, 1948, páginas 169, 182, 193.

11. *Principios de Derecho penal*, tomo II, vol. I, Valladolid, 1948, pág. 110.

12. *Comentarios al Código penal*, vol. I, Ed. «Revista de Derecho Privado», Madrid, 1946, pág. 26.

las tenga necesariamente». El Código civil suizo, en la célebre regla de su artículo 1.^o (al. 2 y 3), consagra expresamente que «a falta de una disposición legal aplicable, el juez dictamina de acuerdo con el Derecho consuetudinario y a falta de una costumbre, de acuerdo con las reglas que él mismo establecería si tuviese que actuar como legislador», inspirándose en las soluciones consagradas por la doctrina y por la jurisprudencia.

En Derecho penal no es ésta la regla habitual en los países de Derecho escrito y singularmente en nuestro continente. En el Derecho anglosajón, que es ante todo de formación consuetudinaria (*common law*), la *letra* de la ley, el texto legislativo, como en Derecho civil, constituye sólo en parte la base de la sentencia del juez; las normas no escritas y los principios de la «justicia natural», de la «equidad» le guían a menudo. «El Derecho escrito es simplemente declarativo de un Derecho no escrito mucho más amplio», Derecho consuetudinario y Derecho natural, fundado sobre las nociones universales de justicia, sobre los principios morales comunes a todas las naciones respetuosas con la ley moral. Con este mismo espíritu el Código penal militar americano de 1940 declara, por ejemplo (art. 5.^o), que las reglas de Derecho no escrito son obligatorias para todos los países civilizados, y todo el Derecho americano está de acuerdo con esta doctrina. Los Tribunales militares, reconociendo su valor, no han dudado en aplicar la pena de muerte por los actos de canibalismo de los militares japoneses, aunque no se haya pensado nunca en introducir este delito en el Derecho penal. La acusación británica y americana en el «Proceso de los grandes criminales de guerra» ante el Tribunal militar internacional de Nuremberg, ha hecho igualmente suyos, por medio de los procuradores Hartley Shawcross y Jackson, estos principios superiores de la justicia, del Derecho natural y de las exigencias de la conciencia universal.

En el sistema anglosajón el juez no dispone en ningún caso de un poder arbitrario. Está ligado, y estrictamente ligado, por los precedentes judiciales, los «casos», «obligatorios para cada elemento de la infracción», como enseña Stephen, si no estuviese ya ligado por un principio restrictivo general. Pero puede interpretar libremente los estatutos criminales, como lo ha demostrado Marc Ancel en un estudio muy citado sobre «La règle nulla poena sine lege dans les législations modernes». Un cierto número de delitos son incluso creación jurisprudencial. El juez penal conserva, por lo tanto, un cierto poder autónomo de represión, el Derecho está en cierto modo creado por él (*Judge made*), dentro del cuadro general y de los límites indicados¹³.

Esta concepción puede ser comprendida muy claramente; ha sido en particular la de la antigua República de Ginebra, hasta

13. *Annales de l'Institut de Droit comparé* de la Universidad de París, 1936, II, pág. 245. Véase también ANCEL. *La création judiciaire des infractions pénales en Droit anglais et en Droit français*, en «Bulletin de la Société de Législation comparée», París, 1931, 60, pág. 91.

la publicación del primer Código penal ginebrino de 1791. El Pequeño Consejo ha considerado siempre la ausencia de ley penal «como una circunstancia sabia y feliz», en todo aquello que permitiese la indulgencia y la equidad; es lo que se enseñaba también en nuestra Academia¹⁴.

2) Por el contrario, en los tiempos modernos y en nuestros países de Derecho escrito, la *ley penal* es la única fuente del Derecho penal. El principio *nulla poena sine lege*, instituido como reacción contra los excesos de la arbitrariedad judicial en el antiguo régimen, ha sido proclamado por la Declaración francesa de los Derechos del hombre: «Nadie puede ser castigado más que en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito legalmente aplicada» (art. 8.). Como se ha recordado muchas veces, la regla ha sido recogida por la Constitución de 1793 (artículo 14) y consagrada por el Código penal de 1810, tantas veces imitado (art. 4.). Ya había sido recogida por el Código penal austriaco de José II en 1787, como lo fué también por el Código penal bávaro de 1813, que correspondió al Código francés por su influencia profunda en los países de lengua alemana. Su autor, Feuerbach, fué el que en su célebre «Lehrbuch» ha hecho resaltar las máximas universalmente conocidas: *nulla poena sine lege*; *nulla poena sine crimen*; *nullum crimen sine poena legali*.

Todos los Códigos penales clásicos se han fundado sobre este principio y la mayoría de los Códigos actuales lo han conservado. En Suiza también ha sido admitido por todas las legislaciones cantonales antes de la adopción del Código penal federal de 1937, que entró en vigor el 1.º de enero de 1942 (con la excepción de los tres pequeños cantones o semicantones de Nidwald, Uri y Appenzell Rh. Int., que habían conservado un Derecho penal consuetudinario). Ha sido incluido formalmente en diversas Constituciones cantonales, principalmente en la de Ginebra del 7 de junio de 1842. Lo fué también en la legislación federal, y especialmente en la primera ley sobre el procedimiento federal de 1851 (art. 1.º); además deriva, como lo ha reconocido el Tribunal federal, del artículo 4.º de la Constitución federal, que garantiza la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley. El Código penal federal de 1937 lo ha inscrito formalmente a la cabeza de sus disposiciones: «Na-

14. El procurador general TRONCHIN, en sus *Lettres écrites de la campagne*, contestación a los ataques de J. J. ROUSSEAU en sus *Lettres écrites de la montagne*, lo demostraba al decir: «Si tuviésemos leyes penales precisas, obligarían al juez en todos los casos, aun en aquellos en que las circunstancias particulares reclaman su aplicación. Haced que no sean bien determinadas y veréis que la indulgencia se convertiría, para un Gobierno parecido al nuestro, en una especie de necesidad, ya que la severidad parecería su obra y no la obra de la ley. Por lo tanto, como la severidad es naturalmente odiosa y cada juez, si no estuviese agitado por pasiones, se inclinaría a la dulzura y buscaría el bien público, esta libertad en la dispensa de las penas les volvería siempre muy dulces, puede ser que demasiado: pero a mí me gusta mucho, lo confieso, que los hombres sean conducidos con dulzura.» Véase A. FLAMMER, *Lois pénales du Canton de Génève*, Ginebra, 1862, introducción, pág. XVI.

que puede ser castigado si no ha cometido un acto expresamente determinado por la ley» (art. 1.º).

3) La regla de la legalidad parte del principio de que la situación, los métodos y el fin son completamente diferentes en materia civil y en materia penal. El juicio civil implica intereses privados, mientras que el juicio penal implica el interés general y trata los derechos más preciosos. La ley penal es, por lo tanto, particularmente importante y debe ser minuciosamente establecida y respetada. Es y debe ser, como se ha dicho desde Montesquieu y Beccaria, «la regla de los ciudadanos». Debe limitar exactamente sus derechos, sus deberes y sus obligaciones, así como las sanciones a las que se exponen al violarla. El Código debe ser la «tabla de la ley», llevando grabados los preceptos y las prohibiciones limitativas completos del Derecho penal c, para decirlo con las conocidas palabras de von Listz, la «Carta Magna» de las libertades del delinquiente. Según las fórmulas nacidas en Francia y que se han hecho célebres, todo lo que ella no prohíbe formalmente, está considerado como permitido; a nadie se le reprochará el ignorarla y cada uno podrá regular su conducta con acuerdo a ella. Los casos ausentes de la ley penal no lo están solamente porque el legislador no los haya previsto, sino porque no haya querido incluirlos en ella y castigarlos. Es necesario, por lo tanto, ajustarse estrictamente a la ley y el juez no tiene el derecho de sobrepasarla o de completarla, aunque sea para mejorarl.

No se admite, por lo tanto, en los países que han conservado el principio de la legalidad, que el juez pueda perseguir y castigar no solamente el «mal prohibido» (*malum quia prohibitum*), sino también el «mal en sí mismo» (*malum in se*); ya que se dice que si no «cesa de ser un juez para convertirse en justiciero». No se ha seguido la teoría desarrollada en particular por el profesor Salvagno Campos¹⁵, según la cual importa menos la violación de un *texto* legislativo que el ataque efectuado al *derecho* de la comunidad y, por lo tanto, a una *norma* jurídica consagrada de algún modo en la jurisdicción represiva; ataque que constituiría un *delito innominado*, que merecería también una represión.

La idea, sin embargo, es muy antigua. Es la idea de Antígona proclamando que existen leyes no escritas, hechas por el cielo y superiores a las de los hombres. Así como puede ser justo el desobedecer un acto injusto ordenado por la ley, así también existen acciones no previstas por la ley, inadmisibles para la razón y para el derecho y que es justo castigar. Esta concepción espiritual es también, desde el siglo VII, la del Derecho chino. Es, además, también la del Derecho eclesiástico: el *codex juris canonici*, aunque imponiendo el principio de la interpretación estricta de las leyes punitivas (cánones 19 y 2.219, 3), autoriza también la justa pena impuesta por el superior, aun sin previa amenaza de la ley,

15. CARLOS SALVAGNO CAMPOS, *Le délit innommé*, en «Revue Internationale de l'ordre Pénal», 1933, págs. 162 y sigs.

en diversas ocasiones (cánones 2.222, 2.223 y 2.231)¹⁶. Se sabe también que el rey Amanullah del Afganistán no ha conseguido incluir en su Código moderno el principio occidental, ya que los sacerdotes musulmanes se han levantado contra el abandono del sistema de las penas «tazir», dejadas a la libre apreciación del juez. Se puede decir, empleando una expresión conocida, que este principio traduce, en parte y en algunos casos, la «sublevación del Derecho contra el Código».

Si, a pesar de todo, el principio de la «legalidad», que quiere que nadie pueda ser castigado por un acto que ha podido creer legítimo ni con una pena que no pudiese esperar legítimamente, ha prevalecido generalmente, es porque se le ha considerado como «el fundamento mismo de la libertad individual» y la «garantía de los ciudadanos». No se ha querido exponer al reo al riesgo, siempre renaciente, de ver convertirse la justicia penal en una justicia parcial o de ocasión, abandonada a las pasiones individuales o a las influencias políticas. Se han recordado los axiomas de Montesquieu, según el cual «de la bondad de las leyes criminales es de lo que depende principalmente la libertad del ciudadano... En los estados despóticos no existen las leyes, el juez es al mismo tiempo su propia regla»; se ha querido que no sea más que «la boca que pronuncia las palabras de la ley»¹⁷.

4) De todas maneras, este principio supone evidentemente, para que se le pueda aplicar de manera absoluta, un sistema en el cual el Estado haya determinado de manera precisa y completa en un Código escrito su «catálogo de los delitos y de las penas»; ya que tiene por fin el de ligar al juez a esta lista exhaustiva, de asegurar su obediencia a la ley escrupulosamente determinada, de hacer de él «el guardián imparcial de la ley escrita» para proteger a cada uno contra las incriminaciones y las sanciones, que el legislador ha mostrado precisamente no quererlas, al no admitirlas en su ley.

Pero es erróneo el querer aplicar el principio a los dominios en que el derecho no esté fijado, bien porque se encuentre en plena formación, como en el Derecho internacional; bien porque tenga una base consuetudinaria y judicial, como en la práctica anglosajona; es decir, allí donde no exista Código de los delitos y de las penas, previsto con criterio limitativo. A causa de no haber tenido esto en cuenta, es por lo que el proceso de Nuremberg ha sido criticado tan vivamente por lo que respecta a la persecución del «crimen contra la paz» y especialmente por la ausencia de una regla represiva anterior que lo previese y que amenazase con una sanción. Nosotros lo hemos indicado desde 1946, en una discusión de la «Hora Universitaria» en la radio de Ginebra: «La aplicación

16. Véase P. PELLE, *Le droit pénal de l'Eglise*, París, 1939, y CH. LEFEBRE, *Les pouvoirs du juge en droit canonique*, París, Siery, 1938.

17. Véase GRAVEN, *Les conceptions pénales et l'actualité de Montesquieu*, en la «Revue de Droit Pénal et de Criminologie», Bruselas, noviembre 1949, número 2, pág. 161.

automática y sin discriminación del principio de la legalidad en materia internacional vuelve a cambiar totalmente su sentido. No tiene ya como fin el de asegurar el reinado del Derecho y la protección de los inocentes contra las condenas injustificadas—que es a lo que tiende la regla—, sino el de poner el Derecho en evidencia y el de sustraer a los culpables a las condenas justificadas»¹⁸. Este es igualmente el parecer del profesor Pella en su autorizada obra sobre «La guerre-crime et les criminels de guerre»¹⁹, y el del profesor Donnedieu de Vabres en su curso de 1948 en la Academia de Derecho Internacional de La Haya²⁰: «La máxima *nulla poena sine lege* no es más que el coronamiento de una legislación desarrollada, codificada y llegada a su estado de fijeza, ya que el Derecho penal interestatal es todavía un Derecho consuetudinario, no escrito, en vía de formación y al que se trata de definir y de codificar.»

II. *El alcance del principio.*

El alcance del principio ha sido estudiado muchas veces por la doctrina. Lo han definido obras bien conocidas, como la del profesor Julliot de la Morandiére, actual Decano de la Facultad de Derecho de París, sobre «La règle nulla poena sine lege»²¹. Se sabe que esta regla liga al juez con la ley en un doble sentido: por lo que respecta a los *actos* que pueden ser castigados, a las incriminaciones, y por lo que respecta a las *penas* que les pueden ser aplicadas, a las sanciones. Formularemos, por lo que concierne al Derecho suizo²², las siguientes precisiones:

Está claro que el término de *ley*, que constituye el límite de

18. Véase en la revista universitaria «Alma Mater», Ginebra, 1946, año III, página 250. Cfr. en la misma revista GRAVEN, *Le châtiment des crimes de guerre*, 1947, núm. 31, pág. 147, así como nuestro estudio *De la justice internationale à la paix. Les enseignements de Nuremberg*, en la «Revue de Droit International, de Sciences Diplomatiques et Politiques», Ginebra, 1946, núm. 4, páginas 183 y sigs.. y 1947, núm. 1, págs. 7 y sigs.

19. Ginebra y París, 1946, págs. 93 y sigs.

20. *Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international*, extracto del sumario de los cursos, París, Sirey, 1947, págs. 496 y sigs. Véase también *Le jugement de Nuremberg et le principe de la légalité des délits et des peines*, en la «Revue de Droit Pénal et de Criminologie», Bruselas, 1947, pág. 813. Sobre el problema, pero en sentido estricto, véase en particular el artículo del Profesor St. GLASER, *Le Principe de la légalité des délits et des peines dans les procès des criminels de guerre*, en la misma revista, página 813.

21. Tesis, París, 1910. Véase después, por ejemplo, A. DUPRÉ, *La règle pénale légaliste, son application actuelle en droit comparé*, tesis, Grenoble, 1938; CL. MAURHOFER, *Der Grundzustz nulla poena sine lege*, tesis, Zurich, 1926; A. PICOT, *L'Etat fondé sur le droit et le droit pénal*, «Actes de la Société Suisse des Juristes», Basilea, 1944, etc.

22. El respeto del principio *nulla poena sine lege* está asegurado en Suiza por el recurso de nulidad ante la Corte de Casación del Tribunal federal (artículo 12 de la Ley federal sobre procedimiento penal de 1934). Las sentencias del Tribunal federal a las que nos referimos están sacadas del «Recueil officiel» de su jurisprudencia en materia de Derecho penal, y citadas en ATF, IV.

las incriminaciones y de las penas, debe entenderse en sentido amplio; no se trata únicamente del «Código penal» (ordinario y militar) y de la legislación penal especial complementaria, sino de todas las disposiciones penales escritas y regularmente editadas por la autoridad competente, tanto de la Confederación como de los cantones que tienen amplias competencias en el dominio del procedimiento y de la ejecución, que les está reservado por la Constitución federal (art. 64 bis) y por el Código penal federal (artículos 343, 345, 365, 369, 371, 374, 379, 382, ss; 394 lit. b., etc.). Esta autoridad competente no tiene que ser necesariamente la autoridad legislativa con inclusión de cualquier otra, puede ser también la autoridad ejecutiva o la autoridad administrativa, dentro del límite de sus poderes regulares y especialmente cuando la ley les confía la tutela de un reglamento, de un decreto o de una ordenanza de aplicación o de ejecución, como, por ejemplo, lo hace el artículo 364 del Código penal que encarga al Consejo federal de establecer las prescripciones reglamentarias sobre el registro penal.

1) Por un lado el juez no puede pronunciar una condena penal sobre un *hecho* o un acto que la ley no haya «expresamente previsto», por ejemplo por el hecho de inducir a una persona a efectuar un falso testimonio sin que se dé cuenta (ATF 71, IV. 132), por la simple prostitución (ATF 68, IV, 40), por la simple vida immoral (ATF 68, IV, 110), que el Código no ha previsto, y que por su silencio—llamado «calificado»—ha entendido no someter a la pena. Los actos punibles que el Código quiere reprimir, sea por comisión, cuando los prohíbe, sea por omisión, cuando los ordena, están *definidos*, la mayor parte de las veces, en sus elementos constitutivos por la parte especial del Código, como el asesinato, el robo, el abuso de confianza, la estafa y la mayoría de las infracciones. Más raramente aparecen *nombrados* simplemente, como la violación, la castración, el infanticidio, la riña o el duelo; el legislador estima las nociónes suficientemente claras y deja al juez el cuidado de reconocerlas, teniendo en cuenta el sentido corriente y la doctrina.

2) Por otra parte el juez no puede imponer una *pena* que no esté—expresamente también—prevista por la ley en su naturaleza, su tipo o su duración. Es necesario en buena lógica unir a ello los sustitutivos de la pena, es decir, las *medidas de seguridad*, represivas, curativas o preventivas (art. 14 a 16, 42 a 45, 57 y siguientes del Código penal suizo). El juez no tiene el derecho de inventar o de introducir castigos de su invención (esto se admitía aún en el antiguo Derecho); por otro lado, para una infracción dada no puede aplicar más que la pena prevista por la ley para esta infracción en el cuadro que ella misma estableció. Se puede, según los sistemas, prever penas fijas, «absolutamente determinadas», como lo hacia el Código penal francés de 1791 y como todavía se encuentran algunas en el Código de 1810. Pero los Códigos modernos, habiendo reconocido el valor de la individualización de la sanción, dejar al juez, la mayor parte de las ve-

ces un poder de apreciación más o menos amplio, previendo penas «relativamente determinadas», en su naturaleza o en su duración, y esto de forma cuantitativa o cualitativamente o de ambas formas a la vez.

Este es el sistema ordinario del Código penal suizo; no prevé más que una sola pena absolutamente determinada, la del asesinato (cadena perpetua, art. 112) y además con reservas por las posibles circunstancias atenuantes legales (art. 64), y por otros motivos de reducción posible (art. 21, 25, 100, chif. 1), o por la liberación condicional (art. 38, chif. 1). En todos los otros casos admite márgenes o combinación de penas (alternadas o acumuladas) más o menos amplios, y es el juez el que fija la pena y la individualiza legalmente «según la culpabilidad del delincuente teniendo en cuenta los móviles, los antecedentes y la situación personal de este último» (art. 63).

En ciertos casos, en que la protección social exige la eliminación, la corrección individual o la hospitalización se admitirá también la sentencia «relativamente indeterminada» o incluso «absolutamente indeterminada» en su duración, según lo exigía principalmente la escuela positivista y según lo ha consagrado la Ley francesa del 27 de mayo de 1885 sobre la deportación de los reincidentes. El Código penal suizo ha admitido el internamiento y la hospitalización de duración relativamente indeterminada para los delincuentes irresponsables o de responsabilidad restringida (art. 17), para los delincuentes por mala conducta u holgazanería enviados a una casa de educación por medio del trabajo (art. 43) y para los delincuentes alcohólicos o toxicómanos enviados a un establecimiento especial (arts. 44 y 45); no ha admitido el internamiento de duración indeterminada más que para los delincuentes habituales y reincidentes (art. 42, chif. 1 y 6), y esto también bajo reserva de la posible liberación condicional si la conducta del condenado hace pensar que la medida de eliminación no es ya necesaria.

3) El principio de la legalidad no se aplica más que con respecto a las *incriminaciones y sanciones* y trata únicamente de evitar la creación de delitos y de penas no previstos por la ley *de fondo*. Las otras fuentes de formación del Derecho, sea la costumbre, el uso judicial o la analogía, pueden ser aplicadas a otras materias del Derecho penal. Esta es la causa por la que se admite notoriamente la costumbre según la cual los diplomáticos extranjeros que cometiesen un delito en el país en que están acreditados, escaparían a la persecución y a la represión de ese país a causa de su inmunidad diplomática. Y es también la causa por la que la exclusión del principio de la analogía no se aplica al Derecho penal *formal*, al procedimiento: El Código de procedimiento de Neuchâtel de 1945 lo ha consagrado formalmente en una disposición destacada (art. 308 al. 2). Ha determinado que rija «todas las materias a las que se refieran la letra o el espíritu de sus disposiciones», y que a falta de una disposición legal aplica-

ble «la autoridad proceda según las reglas que ella establecería si tuviese que actuar de legislador, inspirándose en las soluciones consagradas por la doctrina, la jurisprudencia y los usos judiciales». Esto es réplica del artículo 1.º del Código civil suizo y su inspiración es idéntica.

III. *Las consecuencias del principio.*

La admisión del principio de la legalidad llevará como corolario las siguientes proposiciones:

1) Primeramente, que la Ley penal *no es retroactiva*. Como no se aplica más que a los hechos que trata y define, no puede serlo más que a aquellos que han sido cometidos bajo su imperio; no puede de ninguna manera «volverse atrás y alcanzar los hechos cometidos antes de su promulgación»; entonces no existían ni ella ni su amenaza²³. La Declaración de los derechos del hombre ha enunciado este principio tutelar al mismo tiempo y en la misma frase que el de la legalidad, y la constitución francesa de 1793 lo ha expresado de una manera particularmente energética y ampliamente citada: «la ley que castigue los delitos cometidos antes de que ella exista será una tiranía; el efecto retroactivo dado a esta ley, un crimen»²⁴. La mayoría de los Códigos han aplicado este principio, bajo la reserva naturalmente de dar carácter retroactivo a la ley si es más suave (*lex mitior*). Como decía también Binding en sus *Normes*: ¿Cómo el que comete una acción antes de que ésta esté prohibida puede cometer un delito? Es por lo que una «ley despótica» que pretendiese extender sus efectos a tales actos todavía no erigidos en delitos, le parecía nula, al faltar una condición esencial de validez (I, p. 173). Se sabe qué reproches han sido hechos también a la carta constitutiva de 8 de agosto de 1945, a la jurisdicción y a las condenas del Tribunal internacional de Nuremberg, que no respetaron este principio en modo alguno.

El Código penal suizo propone, aquí también, la regla formal en su artículo 2, aplicado siempre estrictamente, y al que la Corte de Casación federal ha asegurado el respeto por medio de una firme influencia durante la época de transición de los derechos cantonales al Derecho federal unificado en 1942 y 1943 (Cfn. ATF 68, IV, p. 1, 33, 65, 129 y 148, 69, IV, p. 71, 147 y 226).

Bajo la influencia de las necesidades políticas nuestra época ha seguido la tendencia de olvidar este principio, estableciendo disposiciones «ex post facto» que permitiesen al Estado hacer fren-

23. Véase principalmente sobre esta materia A. CHAUVEAU y F. HELIE, *Théorie du code pénal*, 5.ª edición, París, 1872, tomo I, pág. 39.

24. Sobre el mismo principio se puede consultar siempre con provecho la obra del Profesor P. ROUBIER, *Des conflits des lois dans le temps*, dos volúmenes, París, 1929-1933. Véase también A. VITU, *Des conflits des lois dans le temps en droit pénal*, tesis, Nancy, 1945.

te a las necesidades de ciertas «depuraciones». En su reciente libro, tan digno de atención, sobre «El Ocaso del Derecho»²⁵, el profesor Georges Ripert demuestra su peligro. Refiriéndose en particular a la ordenanza francesa del 26 de agosto de 1944, que ha creado el crimen de «indignidad nacional» y la pena de la «degradación nacional», se queja de que «la pasión política haya hecho olvidar el principio más seguro de la ley penal» decidiendo que estas disposiciones sean retroactivas; y observa que la gran agudeza de razonamiento por medio de la cual se ha tratado de justificar este hecho «es la mejor prueba de la molestia que experimentan los verdaderos juristas al leer la exposición de motivos de la ordenanza de 1944. Cuando en tiempos de revuelta o de revolución se imponen algunas medidas de policía, concluye el autor, es necesario admitirlas, pero no se debe tratar de hacerlas pasar por medidas de justicia».

2) Por otra parte tiene el juez el deber de *calificar el hecho* según lo sea en la ley penal. No tiene el derecho de sustituir por otra calificación la de la ley penal, y, por lo tanto, ni aún el de desnaturalizar, desvirtuar y cambiar el hecho punible y su sanción legal. No tiene el derecho, por ejemplo, de bautizar de simple hurto un robo cualificado, de quiebra simple una quiebra fraudulenta, de atentado a las buenas costumbres un atentado al pudor, de «supresión» de un niño un infanticidio, ni el de desestimar el Tribunal competente en beneficio de otro Tribunal, es decir, actuar según la práctica francesa conocida con el nombre de «correccionalización», y que consiste en hacer de un crimen un delito para disminuir una pena legalmente prevista y corregir la severidad de la ley. Siendo los hechos claros y la ley formal, el juez no puede hacer más que aplicarla. No se encuentra aquí ante un caso de los llamados de analogía «per bonam partem», es decir, ante la aplicación de una excusa legal de un caso a otro, que criminalistas tan calificados y autorizados como Carrara y Binding y el profesor Haftner, en Suiza, consentían y justificaban; la severidad excesiva de la ley no puede ser assimilada a una excusa que la ley no hubiese previsto, porque ésta no puede prever todas las causas de atenuación de la pena.

Esto es en realidad retorcer y violar la ley, lo mismo que si el juez procediese inversamente e hiciese de una infracción calificada como delito por el legislador, un crimen, al aplicar una pena criminal. La práctica de tal abuso daría la razón al principio extremo de Beccaria en su libro *Dei delitti e delle pene* según el cual se dejaría entonces de ver a los ciudadanos expuestos «al despotismo de una muchedumbre de pequeños tiranos (los jueces) cuando las disposiciones de un Código fijo, cuya observación literal sería de rigor, no dejases al juez más que la facultad de examinar si

25. *Déclin du droit*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1949, págs. 177 y sigs. Véase en el mismo sentido el artículo de Louis ROUGIER, *La France est-elle un Etat de droit?* en la revista «Ecrit de Paris», febrero 1950, págs. 77 y sigs.

ías infracciones de las que debe conocer son o no conformes con la ley escrita, en otros términos, cuando la regla de lo justo o de lo injusto no fuese ya un asunto de apreciación, sino de hecho».

El Derecho moderno, en oposición al Código francés de 1791, ha evitado justamente tal estrechez del principio; pero si el texto sin ambigüedad de la ley parece malo o anticuado, es misión del legislador la de corregirle y no del juez por medio de un subterfugio para detener una calificación en contradicción directa con los términos y la voluntad de la ley. Nosotros no lo toleraríamos. No existe más que un remedio y que es la modificación de la ley que asegurase en lo sucesivo el respeto al principio de la legalidad, como lo ha hecho Francia sucesivamente para el infanticidio, el aborto, la bigamia y la usura²⁶.

3) Resulta finalmente del principio de la legalidad que el juez no tiene el derecho de perseguir y de castigar hechos por *analogía*, saliéndose del marco que le ha impuesto la ley escrita. En lo civil el razonamiento por analogía está admitido. En Francia se han aplicado, por ejemplo, al contrato de seguro, no regulado por la ley, los elementos tomados de los contratos afines de mandato y de sociedad.

Por el contrario, en Derecho penal tal práctica es incompatible con el principio fundamental de la legalidad. El juez no puede, fundándose sobre la identidad latente de dos situaciones jurídicas o sobre la similitud de una regla legal susceptible de regular una situación de hecho afín, aplicar a otros hechos no tratados por la ley una disposición que trate y que pene ciertos hechos determinados. No puede hacerlo aunque estos hechos le parezcan tan punibles, incluso más punibles todavía, que los previstos por la ley y aunque al principio de una disposición general le parezca que puede abarcálos. Si, por ejemplo, la ley penal reprime, bajo la definición de robo, la «sustracción fraudulenta de una cosa mueble de otro para procurarse un enriquecimiento indebido», como lo hace el Código suizo (art. 137), no se podrá perseguir y castigar, en virtud de esta disposición, la sustracción de energía eléctrica que no puede ser asimilada a un objeto mueble, ni lo que se llama habitualmente hurto de uso ya que el autor no trata de apropiárselo para enriquecerse, sino simplemente para servirse de ello, como por ejemplo el libro o la bicicleta sustraídos a su propietario; no se podrá tampoco extender la disposición y su pena a la sustracción de un objeto por simple maldad o para causar un daño. La única solución legítima en buena doctrina, si no se quiere que tales hechos permanezcan impunes, es la de convertirlos en *delitos especiales*, tratados por una disposición particular de la ley. Y esto es lo que ha hecho precisamente nuestro Código, tan pro-

26. A este respecto véase principalmente el artículo de M. PATIN, Consejero de la Corte de Casación de Francia, *La correctionalisation législative des crimes*, con una proposición de ley, en la «Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé», París, 1948, núm. 2, pág. 187.

fundamente preocupado por el principio de la legalidad, con las calificaciones especiales, entre otras disposiciones complementarias, de sustracción sin ánimo de enriquecimiento (art. 143), de sustracción de energía (art. 146) y de daño a la propiedad (artículo 145) ²⁷.

CAPITULO II

EL PRINCIPIO DE LA ANALOGÍA

I. *El principio en general.*

1) El principio estricto de la legalidad, instituido para proteger al individuo, parecía ir sacrificando poco a poco la protección de la sociedad. Ha terminado por conducir a una reacción contraria a aquella que lo había hecho adoptar a causa del antiguo despotismo.

Efectivamente, la ley se encuentra en la imposibilidad absoluta de prever todos los casos y de castigar a todos los delincuentes, a pesar de la multiplicidad de las disposiciones y del cuidado de las definiciones y de las enumeraciones legales, como lo ha demostrado en particular el sistema tan minucioso, y a pesar de todo tan estrecho, del Código penal francés. No puede regular todo, ni prever con antelación todas las modalidades posibles, todas las formas particulares y nuevas de un delito, en especial en materia de infracciones contra el patrimonio, de hurto, de abuso de confianza, de gestión desleal o de estafa, este «delito variable» como lo ha llamado Garraud, o, por ejemplo, en materia de atentados al honor por medios modernos tales como el cinematógrafo, los discos o la radio. «Siempre queda un espacio libre entre los artículos de la Ley penal». No se puede evitar que el malhechor astuto, que permanece en las fronteras de la criminalidad, «pase a través de las mallas de la red», en virtud del principio de que todo lo que no está expresamente prohibido por el Código penal, está permitido: son precisamente los malhechores los que mejor conocen el Código penal y los que más se ingenian para retorcerlo. Esto es lo que explica que en la misma Francia, país clásico del sistema de la legalidad en Derecho penal, haya sido necesario extender en un cierto número de casos las disposiciones del Código a hechos que él no había tratado y que no podía tratar directamente, ya que el estado de los conocimientos no permitía preverlos en el momento de la redacción del texto legal. Las disposiciones sobre robo

27. Por una justa aplicación del mismo principio es por lo que en Francia ciertas infracciones han sido previstas y penadas por una *disposición expresa* que completa el Código penal, como los provechos ilícitos por la Ley de 26 de julio de 1873, que completa el artículo 401, o la malversación de cotizaciones de seguros sociales por el patrono por la Ordenanza de 4 de octubre de 1945, que completa el artículo 408.

(diferentes a las del Código suizo) han sido así reconocidas como aplicables a la substracción de electricidad; la disposición que trata de los atentados a la propiedad literaria y artística ha sido aplicada a la radiodifusión; y el delito de difamación por medio de proyecciones cinematográficas ha sido considerado punible en virtud de la Ley sobre Prensa, de 20 de julio de 1881, anterior al cinematógrafo.

Tales incriminaciones, generalmente llamadas por *interpretación analógica* (*intra legem*), de las que se podría multiplicar los ejemplos, constituyen el límite entre la interpretación extensiva de un texto existente, del cual hablaremos más tarde, y la creación analógica de un delito fuera del texto legal (*extra legem*). La interpretación analógica no es en sí misma contraria al principio de la legalidad, si no se la encierra, como lo habían hecho los clásicos, dentro de los límites más estrechos, y no hay en ello nada que pueda realmente extrañar al criminalista de nuestra época, sobre todo con las definiciones generales y elásticas, no enumerativas y limitativas, que el legislador tiene tendencia a admitir, como lo ha hecho de manera tan clara y tan notable el legislador suizo. A veces está también prevista y determinada por el texto mismo de la Ley. Es lo que hace nuestro Código cuando formula la pena que corresponde a aquel que hubiese detenido a una persona, la hubiese retenido prisionera o «de cualquier otra manera» la hubiese privado de su libertad (art. 182); a aquel que hubiese cometido un atentado al pudor usando de la violencia o de grave amenaza contra una persona o «después de haberla colocado de cualquier otra manera en la imposibilidad de resistir» (art. 188); a aquel que hubiese hecho padecer a un niño menor de diecisés años el acto sexual u «otro acto análogo» (art. 191); o también a aquel que hubiese cometido un acto contra natura o abusado de una mujer, debido al estado de impotencia de la víctima o a la autoridad que sobre ella le concede la función, la cualidad de patrón u «otra cualquiera relación análoga» del autor (arts. 194 y 197); finalmente a aquel que hubiese intencionadamente provocado una explosión criminal por medio del gas, del petróleo o «de sustancias análogas» (art. 223).

Es evidente que el juez debe interpretar en este caso estas disposiciones para extenderlas y aplicarlas por analogía y que se sustaría a su deber si no lo hiciese; lo mismo que faltaría a éste al crear delitos y castigar por analogía cuando la ley no lo prevé. El Código muestra esto más claramente todavía cuando prescribe al juez que las disposiciones relativas al envío de los alcohólicos delincuentes a un asilo apropiado (art. 44), «son aplicables por analogía a las personas dadas al uso de estupefacientes» (artículo 45).

2) Pero hay que distinguir la interpretación analógica de la *creación analógica* o de la *analogía propiamente dicha*. Esta sale del marco de la disposición legislativa, mientras que la primera.

sí lo trata de llenarlo. La analogía consistirá en resolver una especie penal sin caer directamente bajo el peso de la Ley, sea partiendo de su espíritu latente (analogía juris), sea partiendo de la similitud de una disposición dada (analogía legis); trata de traducir y afirmar la «voluntad no expresa» de la Ley, pero de la que se admite que el legislador la hubiese ciertamente expresado, si hubiese podido tener en cuenta la situación que se le presenta al juez. No pertenece, por lo tanto, al dominio de la interpretación, sino que se remonta a la fuente de la norma penal para derivar de ella una incriminación y una sanción paralelas, no formuladas.

El Derecho penal clásico que repudiaban enérgicamente aún la interpretación de la ley penal, como más tarde veremos, lo ha hecho todavía con mayor razón para la analogía, que se aparta totalmente de esta Ley, para prolongarla y extenderla fuera de su campo de aplicación. Ha reconocido siempre que al admitir la analogía para evitar la consecuencia molesta de dejar quizás un delito sin castigar, pondría en peligro incluso a la Ley y a las garantías de la libertad, ya que permite crear delitos y penas. «El remedio sería peor que el mal».

Sin embargo, la escuela positivista, dando más importancia al principio utilitario de la defensa social que al principio de la justicia fundado sobre la responsabilidad moral tradicional, y sustituyendo por éste el criterio de la responsabilidad social del autor de un acto socialmente peligroso, debía refutar naturalmente la máxima de la «legalidad» y de su aplicación de un modo que paralizase las exigencias de la política criminal realista y eficaz que se proponía. Le ha parecido útil y legítimo, para la sociedad que se defiende en virtud de la ley de conservación universal, no ser de tanta importancia el multiplicar las garantías en favor de los criminales que la atacan, como el mantenerles a raya. Ya que la doctrina admite que existen «criminales natos» o «criminales por tendencia» que su constitución, su herencia, sus taras o su naturaleza particularmente maligna predisponen o conducen fatalmente a la criminalidad, y que estos criminales en potencia pueden ser designados sin peligro de error, debía admitir y pedir también, lógicamente, protección contra ellos y su eliminación aún antes de que hubiesen cometido su primer delito, o cuando lo hubiesen intentado y hubiesen fallado en su intento o aun cuando hubiesen efectuado un acto peligroso y reprobable que manifestase su criminalidad aun cuando este acto no encajase en una disposición precisa de la Ley penal.

El Código penal italiano de 1930 que trata del «delincuente por tendencia» (art. 108) ha previsto de una manera general que las medidas de seguridad pueden ser aplicadas únicamente a las personas declaradas como socialmente peligrosas y que hayan cometido un hecho previsto y castigado por la Ley como delito (art. 202); pero admite, sin embargo, medidas de eliminación y de segregación con relación al autor peligroso de un delito imposible o de individuos peligrosos que hayan participado en una conjura.

para tratar un delito que no haya sido ejecutado (artículos 49 y 115)²⁸. Italia, sin embargo, ni aun bajo el régimen autoritario fascista, ha abandonado jamás el principio de la legalidad y admitido que se pueda castigar con una pena, por aplicación analógica, un acto no previsto por la Ley, contrariamente a los regímenes totalitarios soviético e hitleriano, que según las palabras del presidente Amelio, han inaugurado el período de «crepúsculo de los Códigos» con la admisión de la analogía pura.

II. *La aplicación del principio analógico.*

La aplicación analógica del Derecho a una situación no prevista por el legislador puede proceder, sea del deseo de una justicia lo más perfecta posible que venga a colmar las lagunas técnicas de la Ley, en el sentido que hemos destacado desde el principio, sea del deseo de una defensa política y social lo más cerrada posible, en el sentido que acabamos de indicar.

1) La primera forma—llamada de *analogía técnica*—ha sido realizada en Dinamarca²⁹; representa el desarrollo del principio de la libre apreciación de los poderes del juez, al que parece que se puede confiar sin miedo este poder de llenar una laguna de la Ley, a causa de su valor y de las garantías que ofrece en un régimen liberal. El Código penal de 1930, que entró en vigor en 1933, propone el principio (art. 1) de que caerá bajo el ámbito de la Ley penal el acto «cuyo carácter punible esté previsto por la legislación danesa o un acto completamente asimilable a éste». Este principio que reposa sobre la «analogía legis» absoluta, ha consagrado simplemente la práctica judicial danesa, que existía ya en el viejo Código de 1866, y es, por lo tanto, erróneo el unirse, como se ha hecho, al movimiento contemporáneo del Derecho autoritario y positivista que ha encontrado su expresión en la práctica soviética y nacionalsocialista.

2) La segunda forma—llamada de *analogía política*—procede de un espíritu completamente diferente y va mucho más lejos. Ha renegado completamente del principio de la legalidad y ha pretendido darle de lado.

a) En Rusia, la pena por aplicación analógica de una disposición existente ya se conocía en la legislación de Pedro el Grande (1722) y aun anteriormente. Pero el Código soviético de 1926-1927 la ha convertido deliberadamente en sistema, como lo hemos demostrado en nuestro estudio general sobre el Derecho penal de

28. Véase principalmente a este respecto V. V. STANCIU, *Les délinquants par tendance dans le code italien*, en la «Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé», 1948, 3, pág. 521.

29. Véase a este propósito el artículo del Profesor ST. HURWITZ, de Copenhague, en la «Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé», 1950, núm. 1, pág. 1.

la U. R. S. S.³⁰. Ha desterrado la regla *nulla poena, nullum crimen sine lege*. Es un «principio burgués», ha dicho Krassíkov, «un gran peligro en materia de política criminal». El Derecho soviético no se propone, en efecto, ser de ningún modo la regla o «el escudo de los ciudadanos», la salvaguarda del individuo y de sus libertades, siguiendo la concepción base de nuestros Códigos, sino el arma del Estado para la protección del régimen colectivista. No es por otra parte, el instrumento de defensa de un orden «estático», considerado como definitivamente establecido, sino un instrumento de la lucha continua y siempre renovada contra todo aquello que comprometa al régimen estatal en la evolución. Hasta 1922, durante el período de «comunismo de guerra» (período de Lenin) al que siguió el de la «legalidad revolucionaria», se suprimió y se negó todo «Derecho legal» para reemplazarle por un «derecho libre», inspirado al juez y al «pueblo» por la necesidad y por su «conciencia socialista»; no había Código penal, los delitos y las penas no estaban ni catalogados ni definidos, era el juez quien los reconocía y no la Ley. Está claro como lo ha dicho la revista «El Derecho soviético» en 1924, cuando se estableció el «Derecho nuevo», que «en un Estado en el que la dictadura se define formalmente como un poder que no está ligado a ninguna clase de leyes, todo fetichismo de la Ley y de la legalidad es imposible, a menos de desechar los principios básicos de este Estado». También el Código de 1926 de la República socialista federativa de los Soviets de Rusia ha consagrado en su artículo 16 la regla general de la analogía conforme a los «principios fundamentales de la legislación penal de la U. R. S. S. y de las repúblicas federadas», aparecidos en 1924 (art. 3). «El Derecho penal de la defensa social tiene una continuidad que no admite lagunas», ha dicho el jurista Anosov. La analogía no es «un elemento accidental del Derecho soviético», sino que está «inamillablemente ligada a su espíritu» y a su estructura; constituye «una parte integrante del sistema del Código soviético»³¹.

El artículo 16 del Código de 1926 dispone en efecto que «si tal o tal acto socialmente peligroso no está previsto por el Código, el fundamento y los límites de la responsabilidad en que se incurra por este motivo se determinan conforme a los artículos del Código».

30. «Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé», 1948, página 247.

31. Sobre las ideas de Anosov se pueden consultar los artículos ya citados y aparecidos en la revista «Scuola Positiva», de octubre-noviembre de 1930, en la «Monatstchrift für Kriminalpsychologie», de 1930, pág. 427, y en la revista «Giustiza Penale», 1934, I, pág. 171; 1935, I, pág. 201; 1936, II, pág. 781. Como se sabe, según la lógica perfecta de este sistema, el proyecto de Código de KRYLENKO (más tarde caído en desgracia), proponía en 1930 el suprimir pura y simplemente toda parte espacial del Código penal que previese y regulase los delitos y las penas y su «dosimetría». Solamente el Código de la época transitoria debía todavía necesitar el dar «directrices» a los jueces y consagrar la analogía en espera de la llegada del «derecho libre», aplicado por el juez. Esta es también la doctrina mantenida por Anosov, y la del artículo citado del Profesor DE ASÚA. «Revue de Science Criminelle», 1949, núm. 2, pág. 212.

que prevén los delitos cuya naturaleza les sea lo más afin posible». Por lo tanto, la noción del estado o del acto socialmente peligroso va muy lejos. Se considera como socialmente peligrosa «toda acción u omisión dirigida contra el régimen soviético o que atente al orden jurídico establecido por el poder obrero y campesino para el período de transición al régimen comunista» (art. 6). Y las «medidas de defensa social» se aplican no sólo a las personas que hayan cometido actos socialmente peligrosos según esta definición vaga y extensible, sino también a aquellas que simplemente «constituyan un peligro por sus relaciones con un medio peligroso o por su pasado» (art. 7). Por lo tanto se puede ser castigado no sólo por lo que se ha hecho, sino por lo que se es o se considera que se es ("explotador", "koulak", "kontrik"); el estado socialmente peligroso se asimila al acto socialmente peligroso; las medidas de prevención antes del delito se confunden con las medidas de represión o de eliminación después del delito, como lo criticaba Ferri mismo, del que se habían tomado las doctrinas positivistas como base parcial; la función administrativa y policial se confunde por esto con la función judicial.

La doctrina discute hoy día el alcance del artículo 16. Ciertos autores (los más importantes, como Vichinsky y Paschukanis) estiman que el principio de la analogía debe ser interpretado y aplicado ampliamente; para otros (Sargorodsky) la analogía sería aplicable «sola y excepcionalmente cuando la Corte de Casación pueda establecer de forma evidente que el hecho es peligroso para el orden público»³². Todo ciudadano estaría a la merced del juez si se admitiese que los delitos mencionados en la ley no están allí más que a título de ejemplo.

b) La disposición del 28 de junio de 1935, en tiempos del *III Reich alemán*, ha seguido la misma vía, y según algunos autores ha llegado todavía más lejos que el derecho soviético, pues ha hecho "tabla rasa de la legalidad"³³. Decidía, por disposición introducida en el artículo 2 del Código penal, que se castigaría a «cualquiera que cometiese un acto que la ley declare punible o que mereciese ser castigado en virtud de los principios fundamentales de la Ley penal y según la sana apreciación popular; si ningún texto legal se refiriese al caso en cuestión, el acto sería castigado conforme al texto cuya ley fundamental se le aproxime lo más posible».

Los autores alemanes se han esforzado en justificar y en explicar esta disposición y en encontrarle límites: exigencia de un parecido entre el acto pretendido por la ley y el acto a castigar; exclusión en los casos que van al encuentro de la voluntad cierta

32. Véase el artículo del Profesor DE ASÚA en la «Revue de Science Criminelle», 1949, núm. 2, pág. 214.

33. Véase también a este respecto DE ASÚA, pág. 219. El Profesor MITTER-MAIER se ha levantado contra esta manera de ver y ha recordado también «los lados buenos» de la ley alemana; artículo citado, «Revue Pénale Suisse», 1948, páginas 425 y sigs.

del legislador, especialmente en el caso de determinación de una edad límite para los menores ; extensión conforme a la «sana apreciación popular» c a la «conciencia ilustrada de la comunidad popular». La doctrina nacional-socialista estimaba en efecto que el juez es el intérprete de esta conciencia popular (*gesunde Volksempfinden, gesunde Volksanschauung*) ; el derecho no proviene solamente de la ley, sino del pueblo, es «una emanación de la comunidad de raza y de sangre». Es necesario, por lo tanto, extraer las sanciones del pensamiento jurídico de la ley penal escrita, desgajar de ella el principio de la represión no escrita, pero querida por el derecho, y esto sin perder de vista el Código, sin tener el derecho de crear «tipos» de infracciones nuevos (principio llamado de la «tipicidad») para reemplazar la regla falsa o por lo menos incompleta *nullum crimen sine lege*, por la regla justa conforme a la tendencia del derecho subjetivo o «voluntario» (que castiga la voluntad culpable) y a la conciencia jurídica «popular» : *nullum crimen sine culpa*. Se ha querido oponer, como ha dicho el profesor Mezger, el «punto de vista del derecho vivo» al «punto de vista del derecho legal», inanimado. Se había concedido al Ministerio público, en interés de la ley, un recurso especial de casación ante el Tribunal Supremo, a fin de asegurar la aplicación conforme a estas disposiciones y de examinar si el principio de analogía había sido aplicado de manera errónea, o bien injustamente omitido.

La ley número 11 del Consejo de Control, de 30 de enero de 1946, ha puesto fin a este estado de cosas y restablecido el sistema de legalidad que había consagrado la Constitución de Weimar (art. 116) al revocar la obra efímera del nacional-socialismo, recogida en el párrafo segundo del Código penal alemán³⁴.

III. *La reacción contra el principio de analogía; su remedio.*

1) La regla recientemente afirmada de la aplicación analógica, que destruye de manera tan peligrosa la regla tutelar de la legalidad, había sido discutida a fondo principalmente en el IV Congreso de la Asociación Internacional de Derecho penal en París en julio de 1937, como ya hemos indicado ; en el III Congreso Internacional de Derecho Comparado de La Haya, en agosto de 1937, y en el I Congreso de Criminología Latino-americano de Buenos Aires, en 1938. Se puede decir que casi la totalidad de las comunicaciones ha rechazado el principio analógico (que el alemán Dahm había venido a defender al Congreso de La Haya, donde «la oposición fué ruidosa»). El Congreso Internacional de Derecho penal de París ha afirmado por unanimidad que «el principio de la legalidad de los delitos y de las penas, garantía nece-

34. Sobre la disposición alemana, su sentido y su abolición, véase particularmente SCHÖNKE, «Anuario de Derecho penal y Ciencias penales», 1948, tomo I, fasc. II, pág. 221.

saria del derecho individual, tiene por consecuencia la exclusión del método analógico en la interpretación de las leyes penales» (o más exactamente en su aplicación).

Y ha expresado el deseo de que las disposiciones de la ley penal que definan las infracciones, sean «concebidas en términos lo bastante generales como para facilitar la adaptación de la jurisprudencia a las necesidades sociales».

2) Esta es en efecto la vía preferible y normal, la que habían escogido en particular el Código penal noruego y el Código penal suizo, cuyas amplias definiciones del asesinato (art. 112), de las lesiones corporales (arts. 122 y 123), del robo (art. 137), del abuso de confianza (art. 140), de la estafa (art. 148), de la gestión desleal (art. 159), de la violencia (art. 181), etc., son típicas. La Sociedad Suiza de Juristas ha llegado a conclusiones de esta misma naturaleza al examinar en su Asamblea de 1944 en St. Gall el problema del «Estado fundado sobre el Derecho (Rechtsstaat) y sobre el Derecho penal» presentado ante ella por una comunicación del Consejero de Estado A. Picot, de Ginebra ³⁵. La preocupación por la seguridad jurídica es esencial para nosotros. Como lo ha destacado nuestro colega el profesor Germann en sus importantes artículos sobre este aspecto ³⁶, la limitación de la persecución penal a los casos «expresamente» pretendidos por la ley, nos parecería la garantía de que nos encontramos en presencia de un Estado fundado sobre el Derecho y no de un Estado fundado sobre la fuerza policiaca o sobre el despotismo político y judicial.

La Corte de Casación federal vigila escrupulosamente para evitar toda creación analógica del derecho y toda represión no querida por la ley, incluso de actos considerados por ciertos Códigos cantonales anteriores como delitos y castigados como tales, y especialmente la vida inmoral (ATF 68, IV, 110), la prostitución como tal (ATF 69, IV, 7) y fuera del reclutamiento público (69, IV, 199), las molestias causadas a la vecindad por la prostitución, la tolerancia del proxenetismo profesional en los locales en arrendamiento y la publicidad dada a las ocasiones de vida inmoral formalmente tratadas por la ley (arts. 206, 207, 209 y 210 CP). El Tribunal federal no ha reconocido a los cantones el derecho de castigar tales actos en su legislación particular (para evitar precisamente una sanción por vía analógica y no fundada sobre un texto legal preciso). Y por lo que respecta a la aplicación propiamente dicha, la Corte de Casación federal, al tener que revisar una sentencia en la que la jurisdicción de Vaud había admitido que el encubrimiento del producto de la cosa proveniente de una infracción (y no de la cosa misma) caía bajo el peso de las disposiciones del Código penal (art. 144), ha condenado for-

35. Comunicación publicada, junto con la discusión, en las Actas de la Sociedad, «Revue de Droit Suisse» (Zeitschrift für Schweizer Recht), Basilea, 1944, pág. 256.

36. *Methodische Grundfragen*, colección de los *Etudes de droit criminel suisse*, Basilea, 1946.

zialmente esta interpretación o más bien esta aplicación analógica (ATF 68, IV, 1938). Sea cual sea la amplia interpretación de la que ha admitido el principio en la materia concreta del encuñamiento (ATF 69, IV, 71), el Tribunal federal ha revelado claramente que el problema no había escapado a los redactores de nuestra ley y que el Código penal suizo lo había resuelto en el sentido restrictivo, sabiéndolo y queriéndolo, como lo demostraba su génesis y la interpretación histórica de esta disposición³⁷.

CAPITULO III

EL PRINCIPIO DE LA INTERPRETACIÓN

I. *El principio en general.*

1) La interpretación, y especialmente la interpretación extensiva y la interpretación analógica efectuadas dentro del marco de la ley (*intra legem*), se distinguen de la analogía, por la que el juez sale de este marco, va más allá de la ley (*extra legem*), la aplica a los casos que no ha previsto, pero que estima afines, para colmar las lagunas del texto legal. La interpretación trata simplemente de determinar su sentido o de darle todo su sentido. Si bien el principio de la legalidad, como aparece en el artículo 1.^o del Código penal suizo, excluye la creación del Derecho por razonamiento o aplicación analógica, sin embargo, no excluye la interpretación de la ley. Por el contrario, la ordena. Ya que la infracción y la pena deben ser, según el principio general, definidas o indicadas en la ley penal, el juez, después de haberse asegurado de la existencia de la ley o de la disposición penal en un caso determinado, debe comprobar de oficio si los hechos imputados a un sospechoso caen dentro del ámbito de esta ley. Como ésta no puede prever y regularlo todo en detalle, ya hemos dicho que a menudo será necesario el precisar el sentido e interpretarlo. La cuestión fué, y es todavía, la de saber en qué medida esta interpretación es compatible con el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

No nos ocupamos aquí más que de la interpretación *judicial*, la que incumbe al juez, y no de la interpretación *auténtica*, efectuada por el legislador mismo en un texto interpretativo ulterior. Es evidente que en este caso la interpretación liga al juez y que éste debe plegarse estrictamente a ello. Una simple circular o una

37. Esta cuestión ha sido recogida para su estudio en la última Asamblea de la Sociedad Suiza de Derecho Penal el 13 de mayo de 1950, de acuerdo con una comunicación de B. Voeg Buren, abogado de Zurich.

ordenanza administrativa no podría pretender tener la autoridad de una ley interpretativa.

2) La *interpretación* de un texto jurídico por el juez es una de las tesis más controvertidas en Derecho penal, y esta controversia se remonta a épocas muy antiguas. Como lo han recordado varios autores, continúa la discusión que dividía en Roma a las dos escuelas de Próculo y de Sabino: la primera no admitía, según una doctrina antigua, más que la interpretación literal o grammatical; la segunda, dominada por la regla de la equidad y colocando el espíritu, la razón de la ley por encima de la letra, admitía la interpretación lógica y la encontraba preferible. En el antiguo Derecho los canonistas habían consagrado el adagio: *odiosa*—y, por lo tanto, también *poenalia*—*sunt restringenda*; en materia penal, la aplicación y la interpretación de textos aflictivos debe ser restrictiva. Los legistas y jurisconsultos del derecho laico admitían, por el contrario, la regla de la interpretación amplia—lógica—y sin ningún escrúpulo en virtud del principio: *cum agitur de delicto puniendo, lata interpretatio sumi debet*. La regla fundamental es para ellos la de que los crímenes no deben quedar jamás sin castigar y que las leyes que quieran este castigo, deben ser tomadas en su sentido más amplio.

Desde la época del movimiento de reforma y de reacción contra el antiguo derecho, que se generaliza a partir del siglo XVIII, los abusos de la interpretación conducen naturalmente al extremo opuesto. Montesquieu, en sus *Cartas persas*, se levanta con ironía implacable contra la manía de las glosas y de las interpretaciones que lo complica todo según su gusto y hace el derecho ininteligible; y en *El espíritu de las Leyes* proclama que no hay «ningún ciudadano contra el que se pueda interpretar una ley cuando se trata de sus bienes, de su honor o de su vida». Voltaire se queja de que haya «tantas jurisprudencias como ciudades» y que en un Parlamento la máxima de una Cámara no sea la misma que la de la Cámara vecina. Beccaria, en su tratado, quiere que en materia penal la interpretación sea siempre literal: «El derecho de interpretar las leyes penales no puede pertenecer a los jueces de lo criminal, por la sola razón de que no son legisladores.» Para él nada es más peligroso que el axioma «hay que consultar el espíritu de la ley», porque ésta es la razón para que se vea «la suerte de un ciudadano sometida a los azares de una jurisprudencia incierta y a los malaventurados pagar con su vida los falsos razonamientos de un Magistrado mal dispuesto y que utiliza para la interpretación legítima de la ley el resultado vago de confusas nociones que turban su espíritu». Portalis estima también que en materia criminal «se necesitan leyes precisas y no jurisprudencia». La tendencia es la misma en la época de la reacción «ilustrada» en los países germánicos, contra este «inmenso», este «espantoso despotismo» anterior del que hablaba Boitard³⁸. Este ideal es tam-

38. *Leçons de Droit criminel*, París, 1880, pág. 2.

Lién el del Código austriaco de José II de 1787 y el del Código prusiano de Federico de 1791-1794, así como el del Código penal francés de 1791 y el del Código penal bávaro de 1813: explica por qué los dos primeros de estos Códigos prohíben, bajo amenaza de pena grave, todo comentario a la ley penal por miedo a traicionar su espíritu y su letra; explica también por qué el Código bávaro ordena a los jueces y a los profesores el limitarse exclusivamente al texto del Código y a sus notas y prohíbe todo comentario, lo que hizo que no apareciese ni uno solo durante toda su existencia, pese a la importancia y gran valor de esta ley reputada como «una de las glorias de la legislación germánica».

Así es cómo se forma la *doctrina* clásica del siglo XIX, que no admite en materia penal más que una interpretación *estrecha, estricta, restrictiva*; prohíbe al juez penal el razonar y el aplicar textos, lo mismo por interpretación que por analogía. Se estima que pertenece a la naturaleza de toda defensa el estar «encerrada estrictamente en sus propios términos»: «en el límite en que la defensa legal expira, existe un derecho que comienza». La misión del juez consiste, por lo tanto, únicamente en la estricta aplicación de la ley, «no debe en ningún caso ir más allá, «confundir los deberes que derivan de la conciencia y los que derivan de la ley»³⁹. Todavía hoy rige a menudo esta idea de la prohibición de una interpretación llamada extensiva, como ha dicho el profesor Hafter en un reciente artículo sobre «las lagunas en el Código penal»⁴⁰, y la fórmula todavía se sigue repitiendo.

3) Sin embargo, esta doctrina de la interpretación necesariamente restrictiva de la ley penal ha sido combatida y ha ido perdiendo terreno desde fines del siglo último; no se la puede ya considerar en vigor y hoy nosotros la rechazamos. En efecto, nadie niega que la interpretación puramente literal conducía a resultados poco satisfactorios y aun a veces inadmisibles de todo punto. Es imposible que una ley penal cualquiera esté tan perfectamente establecida que regule no solamente todos los casos que caen dentro del marco de la represión conforme a la intención del legislador, sino que cada uno de sus términos deba ser tomado al pie de la letra y en un sentido absoluto; siempre se encontrará una palabra o una frase que ocasione dificultades y sería extraño el aceptar en un texto no el sentido real y verdadero, sino el sentido accidental o ilógico que le puedan dar una impropiedad, un error, una oscuridad o una contradicción en la redacción. Porque no es, hablando con propiedad, la ley la que se aplica, sino una versión deformada de la ley.

39. Véase principalmente CHAUVEAU y HELIE, *Théorie du Code pénal*, 5.^a edición, vol. I, pág. 42.

40. «Revue Pénale Suisse», 1947, pág. 133, *Lucken im Strafgesetzbuch; Luckenausfüllung*.

II. *Las reglas modernas y el alcance del principio de interpretación.*

1) Con esto se ha llegado a admitir en general la siguiente posición fundamental que Faustin Helie ha expuesto excelentemente, cuyas ideas y términos han sido adoptados y repetidos después por la mayoría de los autores⁴¹: «Como toda otra ley, la ley penal tiene principios generales, disposiciones que se coordinan; es la expresión de una doctrina (como ya hemos visto), de una razón que la domina.» La interpretación lógica que se funda precisamente sobre esta «razón de la ley», sobre la *ratio legis*; es decir, sobre la *voluntad declarada o presumida del legislador*, debe, por lo tanto, aplicarse lo mismo a la ley penal que a la ley civil. No existe mayor razón ahora que antes para ser esclavo de la letra cuando su aplicación servil traicionaría el espíritu de la ley. Si la razón de aplicación es la misma, no se hace más que conformarse con la ley, al extenderla del caso cierto a los casos dudosos. El juez no debe evidentemente apartarse de un texto cuyo sentido puede ser claramente definido y refleja la intención del legislador; pero en la duda no debe adoptar por sistema la solución más favorable, aplicando el dicho corriente *in dubio mitius*, sino buscar y seguir la verdadera intención del legislador. Debe descubrir la voluntad de la ley, ya que no puede crear ni suplir esta ley.

La interpretación debe ser *declarativa*; es decir, limitarse a declarar el verdadero sentido del texto a aplicar, todo su sentido, sin añadir ni quitar nada. Y para esto tiene que ser a la vez literal y lógica—e incluso teológica e histórica—para traducir exactamente el sentido del *texto legal*, y al mismo tiempo remontarse a la *razón* de la ley, a su *fin*, y en caso necesario, a su génesis para deducir su pensamiento y verificar su aplicación al caso específico.

A esta conclusión es a la que ha llegado en Suiza la Corte de Casación federal y en principios semejantes es en los que ésta se ha inspirado para la interpretación del nuevo Código penal federal en estos últimos años.

Antiguamente, cuando el Tribunal federal tenía que aplicar un texto no perfectamente claro, seguía más bien una tendencia *extensiva* cuando se trataba de proteger los intereses generales y los del Estado, y una tendencia *restrictiva* cuando el texto trataba de la libertad individual era desfavorable al individuo. Estimaba que la interpretación debía ser en principio benevolente para el culpable, en aplicación de la regla fundamental de que la ley o la regla más suave debe prevalecer en Derecho penal. Así su-

41. Introducción a las *Leçons de droit criminel* de BOITARD. París, 1880, página XII.

cedía que en caso de *divergencia* entre los textos alemán, francés italiano de las leyes federales (ya que los tres textos de nuestras lenguas nacionales tienen el mismo valor oficial), la Corte de Casación aplicaba el texto más favorable al acusado, lo mismo en materia de incriminación que de pena (ATF 48, I, 443; 51, I, 161, *Journal des Tribunaux*, 1925, I, 637). Admitía, por una parte, que un ciudadano no podía ser castigado por un acto que la ley penal redactada en su lengua materna no la mostrase como prohibido, y por otra parte, que la ley federal debería ser aplicada de una manera uniforme en toda Suiza y tendría que ser, por lo tanto, la más suave, ya que son posibles diversas interpretaciones.

Estos últimos principios, completamente razonables en apariencia, condujeron, sin embargo, a resultados cuestionables y peligrosos para la represión de los atentados contra la seguridad del Estado, razón por la cual el Tribunal federal decidió primeramente que se debía conservar el texto más conforme con la intención del legislador (ATF 65, I, 334). Más tarde, a partir de 1943 y 1944, al tener que aplicar el nuevo Código penal federal, la Corte de Casación federal ha precisado y aplicado, en el sentido moderno anteriormente resumido, las reglas de interpretación sobre las que ha debido pronunciarse muy a menudo.

a) La jurisdicción federal ha precisado que lo que importa es el determinar el sentido *correcto*, el sentido *justo* del texto legal, y que las reglas de la interpretación son las mismas en Derecho penal que en los otros dominios del Derecho, a menos de prescripción legal contraria y siempre que se respete al artículo fundamental del Código penal que prohíbe castigar un acto que no esté expresamente previsto por la ley. El poder del juez no está limitado más que por el respeto al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Habiendo respetado esta disposición fundamental nada impide que el juez «interprete la ley según su sentido original»; toda interpretación que corresponda con el sentido de la ley es admisible. El juez puede, y aun debe, recurrir a una interpretación extensiva; es decir, dar a un texto un alcance que no parece tener en un primer momento, cada vez que lo exija su sentido verdadero y que sea necesaria para alcanzar el fin propugnado por el legislador: la interpretación extensiva, o más exactamente, que concede todo su campo de aplicación a la ley, no está excluida ni aun en Derecho penal, desde el momento en que no va más allá de la ley. Las definiciones voluntariamente amplias del Código penal federal permiten precisamente, mucho mejor que las fórmulas estrechas de los Códigos clásicos, tal interpretación sana y correspondiente a la intención real del legislador. Puede suceder, evidentemente, que el *lmitie* entre la interpretación extensiva y el método analógico sea difícil de trazar: al juez toca el mostrarse prudente si quiere evitar la casación por la jurisdicción federal, encargada de velar por el respeto de la ley (ATF 71, I, 3; 72, IV, 101).

b) La Corte de Casación federal ha reconocido que en el caso

de *divergencia* entre los textos redactados en las tres lenguas nacionales no es en el texto más favorable, sino en el texto justo en el que la ley está contenida; así, por ejemplo, en el caso de divergencia sobre las condiciones de la seducción del artículo 196 del Código penal y sobre la violación de una obligación de alimentos que re refiera al cónyuge divorciado que no pueda contarse entre los "parientes" del artículo 219. Si un acto es punible en virtud del texto que parece debe hacer ley, la Corte federal ha precisado que, aunque no lo fuese en virtud del texto redactado en otra lengua, la aplicación del texto que debe hacer ley no es contraria al principio de la legalidad consagrada en el artículo 1.º del Código penal. Y el hecho de que el delincuente no hubiese tenido conocimiento de este texto y hubiese creído—fundándose en otra versión—que su acto no era punible, esto no tiene importancia para su castigo; no tiene mayor importancia que la ignorancia de la misma ley, que no impide que el autor sea castigado, pero no la tiene más que con respecto a la *culpabilidad*, siendo desde este punto de vista desde donde podrá enfocarlo el juez (ATF 69, IV, 178; 70, IV, 81; 71, IV, 38).

c) Por lo que respecta a los *casos ordinarios* de interpretación de un texto incontestable en su forma, pero dudoso en su sentido, la Corte de Casación federal no ha dudado en admitir las interpretaciones claramente extensivas y aun analógicas. Ha reconocido, por ejemplo, que la disposición que prevé la posibilidad de exención de toda pena cuando el injuriado contesta inmediatamente a la injuria por medio de otra injuria o por vías de hecho (artículo, 177, al. 3, CP), es también aplicable, aunque la ley haya omitido el decirlo, cuando el acto que venga o del cual se venga el delincuente consistiese no en una injuria, sino en vías de hecho en el sentido del artículo 126 del Código penal (ATF 72, IV, 20). Además, ha reconocido que aquel que a sabiendas ayuda a alguien a gastar el dinero proviniente de una infracción, en viajes o en albergues, cae bajo el peso de la disposición que castiga el encubrimiento (art. 144, CP), por el hecho de que «ayuda a negociar» o dar salida (*absetzen*) a una cosa de la que conocía, o debía presumir, el origen delictivo (ATF 69, IV, 71). La interpretación de la Corte federal suprema ha sido todavía mucho más amplia en la adopción de ciertos casos de interrupción de la prescripción, que se consideran como que dispensan del artículo 72, CP (ATF 69, IV, 156; 71, IV, 233), efectuada por una asimilación muy audaz y cuestionable, que tenía visiblemente a corregir una disposición legal demasiado estrecha, que ha habido necesidad de modificar y ampliar expresamente después en el proyecto de revisión actualmente sometido por el Consejo federal a las Cámaras federales, según mensaje del 20 de junio de 1949 ⁴².

42. Véase GRAVEN, *Chronique suisse*, VIII, *La revision partielle du Code pénal suisse*, en la «*Revue Internationale de Droit Pénal*», París, 1949, núm. 3-4, página 495.

En oposición a esto, la jurisdicción federal ha decidido que **si** bien nadie puede ser «condenado», en virtud del principio de la legalidad inscrito en el artículo 1.º del Código penal, por un acto cuyo carácter punible no se deduce de los términos de la ley, sin embargo, la cuestión inversa es posible, el juez puede *eximir* de su pena al autor que debería ser castigado según la letra de la ley si las circunstancias lo justificasen. Esta es la razón por la cual los actos contrarios al pudor que un niño menor de diecisésis años cometía con otro de la misma edad, en especial hermano o hermana, no caen dentro del ámbito del Código penal y no serán castigados más que si denotan una mentalidad criminal, lo que no sucede en este caso, ya que se trata de actos reprobables a los cuales se han abandonado dos niños igualmente responsables y en los que ninguno ha sido la víctima del otro (ATF 69, IV, 174).

III. *El método de interpretación.*

Si la interpretación es lícita y viene así definida, ¿cómo debe ejercerse? No nos pararemos en los principios generales de la interpretación en sí misma, que todos los autores desde Geny a Pange y Gégout han desarrollado⁴³; no examinaremos más que su aplicación.

1) Primeramente, debe fundarse sobre *la ley misma*, y cuando esté clara, el juez debe aplicarla sin restricción, aun cuando estime que existan buenas razones para restringir el texto (ATF 69, IV, 10 y 180; 71, IV, 155). Se tratará de aclararla por el análisis de su texto, por su comparación con los principios generales y con las otras disposiciones de la misma naturaleza, imaginándose el fin que se proponía el legislador y recurriendo a todos los datos del razonamiento.

2) Si la ley no está clara y no puede aclararse de esta manera; es decir, gracias a la interpretación literal y lógica de su disposición, se podrá recurrir a la interpretación histórica; es decir, a los *trabajos preparatorios* de la ley; se tratará, por medio del estudio de los proyectos, de los mensajes y de la exposición de motivos, de las actas de las deliberaciones de los técnicos y de las comisiones, del boletín taquigráfico de la Asamblea legislativa, de determinar el sentido más probable o, en caso de conflicto

43. Véase sobre todo la obra tan citada de GENY, *Méthode d'interprétation et source de droit privé positif*, París, 1919, dos vols. En Suiza este tema ha sido tratado y agotado por los estudios reunidos por el Profesor GERMAN en sus *Méthodische Grundfragen*, Basilea, 1916. En Francia, consultense especialmente los artículos de J. MAGNOL, *Portée de la méthode dite restrictive de l'interprétation des lois pénales*, y de COSTE-FLORET, *L'interprétation des lois pénales*, en la «Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé», 1936, pág. 231, y 1937, pág. 4. En España se puede consultar con provecho la síntesis ampliamente documentada del Profesor CUELLO CALÓN en su *Derecho penal*, tomo I, capítulo XII, pág. 182.

entre los textos, el sentido más probablemente justo y conforme con la voluntad de legislador.

Nuestros Tribunales suizos, y el mismo Tribunal federal, consultan frecuentemente los trabajos preparatorios, pero lo hacen menos veces para interpretar la ley que para encontrar una *confirmación*, una justificación y motivos de apoyo para sus decisiones, y para sentar sólidamente la jurisprudencia, lo que es muy natural, sobre todo desde la introducción de un Derecho enteramente nuevo. Ejemplo de esto son las sentencias del Tribunal federal sobre el alcance del artículo 59 del Código penal que trata de la devolución al Estado de los beneficios y donaciones que hubiesen servido o debieran servir para decidir o recompensar al autor de una infracción (ATF 72, IV, p. 101), o también sobre la prohibición de castigar la simple prostitución (ATF 68, IV, p. 40). El profesor Clerc lo ha hecho destacar y lo ha demostrado en un estudio sobre este aspecto⁴⁴.

Por lo que respecta a la *interpretación*, solamente en el caso de que el sentido de la ley permanezca *dudoso*, a pesar de los procedimientos de interpretación ordinarios del texto mismo, podrán servir para determinarlo los «materiales legislativos» (ATF 69, IV, p. 10: 70, IV, p. 175). La interpretación histórica no debe ser más que subsidiaria. El Tribunal federal ha recurrido a ella más de una vez, como ejemplo para determinar si la «denuncia» prevista en el artículo 28 del Código penal es una simple condición formal de la persecución o, por el contrario, una condición fundamental de la punibilidad misma del acto determinado por la ley (ATF 69, IV, p. 69). Además, hace falta recurrir a ella con cierta prudencia, a título indicativo no imperativo: ya que los datos de la preparación legal no están siempre perfectamente claros o no son decisivos. No se debe olvidar en la interpretación del Código penal suizo, pues su primer proyecto data de 1893-1894, que las ideas morales y sociales, las doctrinas jurídicas y políticas, van evolucionando durante el transcurso de las discusiones y deliberaciones y que hasta su adopción definitiva la intención real del legislador no aparece en todos los casos, que puede aparecer variable y aun contradictoria y que sucede que incluso el texto que aparece como texto principal (como el texto alemán del artículo 196, CP), consagra un sentido diferente del que ciertamente pretendía darle el legislador (ATF 70, IV, p. 81).

La práctica reciente de la Corte de casación federal ha mostrado qué peligrosa y qué poco segura podía ser la interpretación histórica: en efecto, la Corte federal había fundado principalmente sobre ella su jurisprudencia afirmando, en oposición a diversas decisiones cantonales, que el legislador, al elaborar el artículo 119 del Código penal, no había querido castigar como delito imposible la tentativa del aborto practicada en una mujer no encinta

44. *Les travaux préparatoires et l'interprétation de la loi pénale*, en la «Revue Pénale Suisse», 1949, pág. 1.

(ATF 70, IV, 9 y 152), interpretación que había sido rechazada con muy buenos argumentos por la doctrina⁴⁵. Pero, en 1948, el Tribunal federal ha tenido que revocar su jurisprudencia después de un nuevo y profundo examen del conjunto de la cuestión y declarar punible según los términos de la Ley (art. 23) y conforme a la voluntad real del legislador (pese al empleo de las palabras «persona encinta» en los artículos 118 y 119 CP, fuente de las dificultades y de las controversias), al tercero que ejecute maniobras abortivas en una persona no encinta (ATF 74, IV, 65).

Este ejemplo de independencia y de libertad de espíritu, de búsqueda serena y honesta de la solución más conforme con el ideal del derecho y de la legalidad que el legislador ha pretendido consagrar por definición, nos parece, a punto ya de terminar nuestro trabajo, resumir todo el esfuerzo de nuestras jurisdicciones. Mejor que todas las consideraciones y conclusiones ampliamente desarrolladas, nos parece que los hechos que acabamos de citar indicarán dentro de qué espíritu superior de justicia se ha esforzado nuestro país, fiel a su tradición jurídica y política humana, liberal, respetuosa del derecho de cada uno y de la personalidad de todos, por resolver, por medio de aquellos que él llama para crear sus leyes y para aplicarlas, los difíciles problemas que aparecen en la base de todo sistema represivo, y cómo ha pretendido demostrar que, contra todas las tendencias contrarias que asaltan nuestro mundo en desorden, todavía existe un «Estado fundado sobre el Derecho».

RÉSUMÉ

Depuis plusieurs années, l'opposition des criminalistes sur la portée de la loi pénale est entrée dans un stade aigu. La raison doit en être cherchée avant tout dans la différence de conception qu'on se fait du droit même, de sa signification, des ses buts, et du respect qui lui est dû.

Pour la tradition juridique occidentale et chrétienne, le droit—en particulier le droit pénal—supérieur à l'homme, permanent, intangible, s'impose à tous, et naturellement aussi au législateur et au juge. Il tend à faire régner la justice morale, dans le respect, par l'Etat et ses organes, des normes qui l'obligent lui-même, et des libertés légitimes de l'individu.

Pour le droit de caractère politique et de tendance positiviste, tel qu'on l'a vu se développer entre les deux guerres mondiales, dans la

45. Véase en particular el trabajo del Profesor O. A. GERMANN, *Die Rechtsprechung über den Versuch nach Schweizer Strafgesetzbuch*, y el de Fr. COMTESE, *Juristische Beurachtungen zum Abtreibungsversuch*, en la «Revue Pénale Suisse», 1946, fasc. 60, pág. 1, y 61, pág. 213 (volumen de homenaje al Profesor Haftner).

conception étatique ou "totalitaire", les intérêts de l'État ou de la collectivité prennent ceux de l'individu; la législation et la justice pénales sont un instrument ayant simplement pour but d'assurer la défense sociale, le régime ou les intérêts reconnus les plus dignes de protection par l'État.

La "crise aiguë" s'étant apaisée, il est possible aujourd'hui de "faire le point" de cet antagonisme et de cette évolution, qui se marque essentiellement dans les trois principes de la légalité ou de la création analogique du droit pénal, et dans celui de l'interprétation de la loi pénale et sa mesure. La confrontation des principes généraux avec l'application qu'en a fait le droit suisse peut être intéressante et dégager une leçon utile.

1) Tous les codes pénaux classiques des pays de droit écrit sont fondés sur le principe strict de la légalité des délits et des peines, par réaction contre le système ancien de l'arbitraire. Le juge est lié à la loi, catalogue exhaustif des incriminations et de leur sanction (peine ou mesure). C'est aussi le principe fondamental du code pénal suisse. Il doit assurer la sécurité du droit et garantir les citoyens. Le principe ainsi compris—qui suppose nécessairement un code complet et un droit ayant abouti à son développement normal, ce qui n'est pas le cas du droit international—ne permet ni d'appliquer rétroactivement la loi pénale, sauf si elle est plus favorable à l'inculpé, ni de qualifier les faits autrement qu'ils ne le sont dans la loi, ni évidemment d'incriminer et de punir par analogie des faits non prévus par la loi.

2) L'analogie semble pourtant avoir son utilité, puisque la loi ne peut tout prévoir et régler. Si le droit classique, fidèle à ses principes, la répudie sous toutes ses formes, certaines législations au contraire l'admettent, pour "combler les lacunes de la loi". Elles peuvent le faire sous la forme de l'"analogie technique" (comme au Danemark), afin d'assurer une justice aussi parfaite que possible, ou sous la forme de l'analogie dite "politique" (pratiquée par le régime soviétique et la législation national-socialiste allemande), afin d'assurer une défense étatique et sociale et une répression aussi serrées que possible.

Le principe en est apparu comme dangereux et a été contesté par la majorité de la doctrine et des pays. Les insuffisances de la loi doivent être corrigées par le législateur même, et non par le juge. Et, pour que la loi ne risque pas d'être à tout instant dépassée par l'évolution du droit et des circonstances auxquelles il doit s'appliquer, il convient d'abandonner les dispositions étroites des anciens codes, et de les remplacer par des dispositions formulées en termes assez généraux pour que la jurisprudence puisse s'adapter aux nécessités sociales. C'est précisément le système du code pénal suisse, protégé et maintenu par la juridiction stricte de la Cour de cassation fédérale.

3) Mais si l'analogie, qui sort du cadre de la loi, n'est pas admise, convient-il d'admettre l'interprétation dans le cadre de la loi? Si

l'interprétation dite "analogique", souvent très proche de la création analogique du droit, est discutable, le système large des définitions légales modernes suppose au contraire l'interprétation proprement dite, qui doit leur donner leur sens véritable et tout leur sens. L'ancien principe de l'interdiction de toute interprétation, qui devait lier strictement le juge à la loi par méfiance envers ses anciens pouvoirs excessifs, n'est plus défendable. Et le principe classique, selon lequel, en matière pénale, l'interprétation doit toujours être étroite et restrictive, n'est plus conforme à l'esprit et aux exigences d'un droit moderne, tel que le droit suisse, où la difficulté est du reste accrue par la coexistence d'un texte legal dans trois langues officielles différentes, mais ayant même valeur. Dans un tel système, la jurisprudence de la Cour fédérale a confirmé que l'interprétation de la loi est non seulement légitime et nécessaire, mais qu'elle peut être large, c'est-à-dire, donner au texte legal tout son champ, pour qu'il atteigne le but visé par le législateur. Ce qui importe c'est de trouver le sens juste, correct, de la loi, par les méthodes habituelles de l'interprétation littérale et logique du texte legal même, tout d'abord, et au besoin par l'interprétation historique, soit la consultation des matériaux législatifs. C'est au juge—and à l'autorité suprême de cassation, s'il y faillit—to veiller que cette interprétation ne dépasse pas le cadre de la loi et ne tombe pas dans l'analogie.

Le système suisse et son application, telle qu'elle ressort des exemples cités, démontrent, en conclusion, le souci de la recherche de la justice et de la légalité dans un esprit de loyauté et de sérénité, de manière à assurer une répression juste et individuellement nuancée, tout en respectant les règles dont s'honore un "Etat fondé sur le droit".

SUMMARY

Since several years ago the opposition among the criminalists about the reache of the Penal Law has entered an acute state. The reason must be searched principally in the difference of conception that we have of the Law itself. of its signification, of its ends and of the respect that we owe it.

For the western, christian juridical tradition, the Law—principally the Penal Law—superior to man, permanent, intangible, imposes itself upon everybody and naturally upon the legislator and the judge too. It trends towards making the moral Justice rule everywhere in the respect by the State and by its organs of the norms which oblige itself and in the respect of the individual legitimate liberties.

For the Law of political character and of positivist tendency, like the one we have seen grow between the two World Wars, in the "totalitarian" conception or the one of the State, the interest of the State surpass those of the man; Penal Legislation and Law are only instru-

ments with the purpose of assuring the Social defense, the regime or the interests which the State thinks more worthy of protection.

The "acute crisis" having been settled, it is possible today to study this antagonism and this evolution, which is to be seen principally in the three principles of legality, of the analogical creation of Penal Law and in that of the interpretation of the Penal Law and of its measure. The confrontation of the general principles with their application, as done by the Swiss Law, can be very interesting and supply us with a very useful lesson.

1. All the classical Penal Codes of the countries with a written Law are founded on the strict principle of the legality of crimes and penalties, as a reaction against the ancient system of the despotism. The judge is bound to the Law, that exhaustive catalogue of incriminations and their sanctions (penalty or measure). It is too, the fundamental principle of the Swiss Penal Code. It must assure the security of the Law and guarantee the citizens. The principle thus understood, which supposes necessarily a complete Code and Law that has arrived to its normal development, which is not the case of International Law, does not allow to apply the Penal Law retroactively, except when it is more favourable for the accused, nor to qualify the facts in a different form as they have been in the Law, nor, certainly to incriminate and to punish by analogy facts that the Law has not foreseen.

2. Analogy seems therefore to have its utility, as the Law is not able to foresee and to regulate everything. Even if the classical Law, loyal to its principles, rejects it in all its forms, some other legislations do accept it to "fill gaps of the Law". They can do it under the form of "technical analogy" (as in Denmark), to assure a justice as perfect as possible, or under the form of the so called "political analogy" (used by the Soviet régime and the German National-socialist legislation), to assure a social defense, and of the State too, and a repression as closed as possible.

The principle seemed dangerous and has been rejected by the greatest part of the doctrine and of the countries. The deficiencies of the Law must be corrected by the legislator himself and not by the judge. And to avoid that the Justice could be surpassed by the evolution of the Law and of the circumstances to which it should be applied, it is advisable to abandon the narrow dispositions of the ancient Codes and to replace them by dispositions expressed in such general terms that the Jurisprudence can adopt itself to the social necessities. That is exactly the system of the Swiss Penal Code, which is protected and supported by the strict jurisdiction of the Federal Court of Abrogations (Cour de cassation fédérale).

3. But if analogy, which surpass the limits of the Law, is not admitted, is it advisable to admit the interpretation within the limits of the Law? Even if the so called "analogical" interpretation, that is very often too similar to the analogical creation of the Law, is debatable, the ample system of modern legal definitions represents the

real interpretation, that must give them their real and complete meaning. The ancient principle of interdiction of every interpretation, which should strictly bind the judge to the Law, mistrusting his past excessive powers, cannot be maintained anylonger. Besides the classical principle, according to which the interpretation in Penal matters must always be narrow and restrictive, does not accomodate itself anymore to the spirit and the exigences of a modern Law, as the Swiss one, in which the difficulty, is still greater due to the coexistence of a legal text in three different languages, but which have the same value. The jurisprudence of the Federal Court has confirmed that in such a system the interpretation of the Law is not only legitimate but necessary, but that it can be ample, i. e. that it can give all its ground to the legal text, in order to attein the end that the legislator intended. What really matters is to find out the correct, exact meaning of the Law, first through the customary methodes of literal and logical interpretation of the legal text, and if necessary, through the historical interpretation or the consultation of the legislative materials. It is the task of the judge — and of the supreme authority of abrogation when the judge fails — to watch that the interpretation does not surpass the limits of the Law and that it does not become analogy.

The Swiss system and its application, as it can be seen through these examples, finally prove its preoccupation with the search of the justice and the legality with a spirit of loyalty and serenity, in order to assure a lawful and individually applied repression, always respecting the norms which honour a "State established on the Law".

Algunos datos para el estudio psicológico de la circunstancia de «miedo insuperable»

A. PIGA

Catedrático de la Universidad y Director de la Escuela de Medicina Legal de Madrid

El presente trabajo no aspira a constituir un estudio exhaustivo del tema que desarrolla. Equivaldría semejante pretensión a no estar orientado sobre su magnitud y dificultades.

Con esperanza de compensar la parquedad del propósito—limitado a una visión de conjunto de los principales problemas psicológicos y otros que con el llamado miedo insuperable se relacionan—, conviene apostillar su probable utilidad para el Derecho penal que, con toda razón, se ufana en moverse actualmente en la esfera de un quehacer científico. El que ahora yo, o más tarde otro autor, acierte o no con ideas dignas de ser estimadas por la Jurisprudencia, no empece para admitir desde este mismo momento su interés doctrinal. Contemplamos la cuestión y admitimos su trascendental importancia. Lo demás vendrá de manera obligada, acaso con rapidez.

He prescindido de gran parte de notas bibliográficas que gravitarían sobre la paciencia del lector sin aclarar los asuntos tratados. Hay, sí, las fundamentales, y sobre todo quedan en su sitio los surcos abiertos por una honda meditación en espera de la fructuosa semilla que los demás depositen en ellos. Insisto en que el presente trabajo es, simplemente, poco más que una nota provisional sobre el estudio psicológico de la circunstancia de «miedo insuperable».

* * *

Según A. Comte, el desenvolvimiento de las sociedades se habría hecho en conformidad a una Ley, la de los tres estados: el teológico o ficticio, el metafísico o abstracto y el científico o positivo.

En el primero de dichos estados, el hombre encontró la explicación de los fenómenos en el influjo de fuerzas sobrenaturales, ocultas y amenazadoras. Protegido o perseguido por falsas deidades, el hombre primitivo vivió envuelto en las más torpes supersticiones. Y el hecho de la muerte accidental, devorado por

las fieras, víctima del rayo, de aguas desbordadas, del frío, del calor o del viento huracanado, debió ser causa de reacciones psíquicas de las que, dicho sea en verdad, apenas podemos hoy formarnos un acertado juicio. Todo son hipótesis y deducciones lógicas basadas en interesantes hallazgos prehistóricos. Nada definitivamente claro. Nada, en suma, que nos permita categóricas afirmaciones científicas.

Se ha dicho que las falsas religiones primitivas no tuvieron sentido filosófico. Su móvil sería el interés y su guía la superstición (J. de Morgan). Nos parece que así fué, puesto que el hombre, por ser «hombre», tuvo desde el principio no sólo «percepto» sino también «concepto». De esto estamos seguros. Sería, si así se quiere, una conciencia prelógica (Levy Bruhl) la que le llevaría a buscar el medio de defenderse de los peligros, pero es innegable que lo buscó y creyó encontrarlo en el *totem*, en las representaciones colectivas, en la protección de seres tutelares, a los que dedicaron culto. Las prácticas mágicas totémicas han sido demostradas por sabios como Reinach, Frazer, Dechelette y otros muchos. Cada fenómeno natural tenía su dios, cada tribu su *totem*¹. Más adelante, panteones diversos y de variada morfolo-

1. «El hombre primitivo—ha escrito Lecomte du Nouÿ—se diferenciaba radicalmente del animal por el hecho de que su terror no constituía el límite de su reacción psicológica. Sólo él contaba con un cerebro que le permitía ir más lejos. Habiendo logrado dominar el fuego, le inventó un origen que sólo podía ser sobrenatural, fuera de los límites de su experiencia, y confirió a ese origen una personalidad real. Creó un nuevo ser ficticio y poderoso, al que atribuyó todas las pasiones humanas: ira, odio y rivalidades. Este fué tal vez el primer dios. Mediante un esfuerzo inconsciente que de un solo golpe lo acercó a su Creador y gracias a sus dotes intelectuales superiores a la maravillosa chispa que más tarde le permitió colaborar con el Autor de todas las cosas hacia la evolución, el mismo hombre creó así no una realidad, sino una formidable ficción. Cuando reflexionamos que en aquella época no existía una apreciable diferencia entre la vida que llevaban el oso, el mastodonte o el tigre y el hombre, no podemos menos de sentirnos profundamente impresionados por esta brecha imprevista que desde entonces se ha ahondado día a día. Todas las tentativas destinadas a hacer de la inteligencia nada más que la promulgación del instinto animal tropiezan con barreras insuperables que, honestamente, no pueden ser ignoradas en la época actual.» (Lecomte du Nouÿ, *El destino humano*.)

Creemos que antes de llegar a la creación de falsos dioses, de deidades protectoras de su miedo, sólo tuvo disarmonías entre los estímulos y las reacciones sensoperceptivas subsiguientes, esto es, lo que hoy llamamos susto, sorpresa ante disonancias producidas por luces deslumbradoras, ruidos atronadores, etc. La vida sólo permite restringidas oscilaciones dentro de su equilibrio dinámico. Las tendencias y actitudes de no pocos seres son provocadas por radiaciones luminosas imperceptibles para el ojo humano. Respecto del sonido, conocemos la gradación de intensidades y agudeza de los órganos receptores que convienen, digámoslo así, a cada animal. No sólo en la intensidad, sino en el tono, hay variaciones adecuadas o no a los aparatos de percepción. El estudio actual de las radiaciones ultrasonoras ha permitido conocer hecho tan asombroso como el de la habilidad de los murciélagos para atrapar presas en plena oscuridad. Nuestro ilustre amigo el sabio biólogo peruano Prof. Morales Maceo dice que el fenómeno a que hacemos referencia tiene el mismo mecanismo que el modernísimo radar.

gía coincidirán en parecidos simbolismos. El sol, la tierra y el océano tienen hijos como Acheloo, que sabía transformarse en dragón, bravo toro, o disforme gigante, y como las Harpias. Aun los ríos permitían el poder taumatúrgico de engendrar seres como Narciso, desdeñoso de dueñas y ninfas. En la Theogonía de Hesiodo aprendieron los antiguos que Aurora, hermana de la Luna y del Sol, fué hija de Titano y de la Tierra. El hombre arcaico estaba tan convencido de lo misterioso como nosotros de las causas naturales.

He recordado las ideas de A. Comte sin otra finalidad que la de tomar un punto de partida para el desarrollo de la cuestión que pretendo esbozar en este trabajo. No es este el momento de analizarlas. Y he recordado, también, algunos datos de la evolución de la humanidad para alcanzar pronto la ruta que he de seguir a lo largo de algunas ideas personales sobre la filogenia del miedo. Está ya claro, a mi entender, el porqué de cuanto llevodicho y de las consideraciones previas al estudio médico-legal del «miedo insuperable». Y dejemos sentado que el hombre primitivo debió experimentar o sentir la impresión del «susto» antes, mucho antes, de que pudiera experimentar o sentir la impresión del «miedo».

* * *

El hombre de más templado ánimo no puede tener la seguridad de no asustarse en cualquier momento de su existencia. Porque en el susto hay una impresión repentina, refleja, que aunque otra cosa se diga no está causada por miedo, espanto o pavor. Nuestros aparatos receptores sensoriales hállanse regulados para determinados estímulos. Percibimos solamente determinadas longitudes de onda del espectro lumínico. Tenemos umbrales actinicos bien definidos. Nuestra vida se desarrolla entre límites físico-químicos y energéticos, que transcendidos la ponen en peligro o la anulan. Hay una constante absorción expresiva de la dependencia de ésta a la concentración de la sustancia absorbida. Para una superficie dada, al aumentar la concentración, crece la cantidad de la sustancia que se absorbe. Pero sólo hasta cierto límite. Pasado esto, la superficie está «ocupada». (E. Lehnartz.)

Por el momento nos basta con estas livianas indicaciones, dejando para después el señalar el hecho importantísimo de que, no sólo precisa el organismo humano colocarse en un estado de equilibrio bioquímico para vivir y crecer, sino que está demostrado que en el recién nacido se coordinan necesariamente una serie de factores mecánicos respiratorios, tono muscular, niveles metabólicos (Himwich). Mas, repito, para proceder con método basta por ahora con dejar indicado que la vida es una maravillosa armonía de estímulos y reacciones, sostenidas—estas últimas—entre límites cuyos valores son variable, pero no dema-

siado amplios. Ni las oscilaciones térmicas, ni las fluctuaciones de las constantes químicas, por ejemplo la glucemia; ni los altibajos de la tensión circulatoria pueden sobrepasar límites que son incompatibles con la vida del recién nacido. DURANTE EL PERIODO DE ADAPTACION DEL NUEVO SER A SU PERIMUNDO, SI LOS ESTIMULOS NO SON ADECUADOS, SI HAY DESEQUILIBRIO, EL NEONATO ESTARA IRRITABLE, INQUIETO Y CON FRECUENCIA SOBRESALTADO. Este último signo, el del sobresalto, lo considero de trascendental interés porque, en mi opinión, representa la expresión psicogenética del susto, del *estar asustado*, que no tiene sino muy flojas conexiones esenciales con lo que significa el miedo.

Comprendido lo que acabamos de decir, aparece menos confuso el problema de conocer lo que es «miedo» en su aspecto biológico. Pero al mismo tiempo, surgen entrelazados una serie de cuestiones sobre las que en mi opinión se ha fijado muy poco la atención de los psicólogos y juristas.

Comenzaremos por tomar nota del léxico relativo al miedo y por analizar el valor y precisión de las palabras que lo integran. Hacerlo así facilitará, creemos, la ulterior tarea. Y, desde luego, nos servirá para darnos cuenta de que la expresión «miedo insuperable» necesita ser considerada ante nuestros conocimientos científicos, si queremos que la Jurisprudencia sobre la cuestión sea algo más que la buena voluntad de los jurisperitos ante términos carentes de unívoca significación, verdaderos trampolines de caprichosos arbitrismos.

Veamos lo que se entiende con las palabras miedo, susto, pavor, terror, espanto, desánimo, desaliento, cobardía, amilanamiento, achicamiento, medrosidad y otras.

En realidad se trata de una serie de vocablos que giran enrededor de uno fundamental: el miedo. No obstante, tienen, o pretenden tener, caracteres diferenciales que matizan estados de ánimo diferentes y, sobre todo, manifestaciones distintas en relación con el cuadro fenómenológico que se ofrece al observar como consecuencia de lo que siente, expresa o manifiesta el observado.

Por miedo, se entiende, en castellano, una «perturbación angustiosa del ánimo, por un riesgo o mal real o aparente» y, también, en otra acepción, el recelo de que suceda una cosa contraria a lo que uno desea. La palabra miendo se deriva de la latina *metus*. Miedoso, en sentido familiar, es el medroso, el temeroso o pusilánime.

Como se ve, en el miedo, ateniéndose al idioma, se exige que haya una perturbación que angustie al amedrantado, pero no que el riesgo determinante del miedo sea real. Basta con la apariencia de la realidad del riesgo. Familiarmente, al que tiene miedo se le califica de medroso o pusilánime. De la palabra miedo y de las restantes haremos la oportuna transposición al len-

guaje científico, en el que el jurista, a nuestro modo de ver, ha de encontrar las sólidas bases que necesita para elaborar el Derecho.

Susto (del latín *subsultus, saltito*), es impresión repentina causada en el ánimo por miedo, espanto o pavor. Aquí el Diccionario de la Lengua Española parece querer expresar que miedo, espanto y pavor son cosas diferentes. Pero, de manera taxativa, hace hincapié en el carácter repentino de la impresión. Además, habríamos de admitir que el susto es efecto del miedo, pero no el miedo en sí, y por lo tanto la impropiedad de decir: «se asustó sin motivo», esto es, tuvo miedo inmotivadamente. Porque, según hemos indicado, se puede tener miedo sin deber tenerlo, por falta de realidad en el riesgo o mal que nos acecha—que creemos nos acecha—, pero no habría susto sin miedo anterior y sin que la impresión fuese repentina. Todo ello teniendo en cuenta el valor gramatical de las palabras, faltó por completo de una base defendible con criterio científico.

Veamos ahora la palabra «espanto». Espantar, de *expavens, expaventis*, de *expavere*, espantarse es causar o recibir espanto, susto o miedo, pero también admirarse o maravillarse. Y «espanto» es terror, asombro o consternación, y amenaza o demostración con la que se infunde miedo. El Cancerbero espantaba con sus grandes ladridos a cuantos pretendían salir de los infiernos.

También espantaba las ánimas. En cambio, Medusa es «tomada de sobresalto» cuando la ataca Perseo, porque no es igual a él en fuerzas y armas. Cuando se sentía más fuerte que los enemigos los convertía en piedras, «porque el espanto hace al espantado inmóvil como una piedra y casi fuera de sentido» (Pérez de Moya). Sobre este mismo extremo, San Fulgencio (*Mitología, Lib. I*) dice que las tres Gorgonas significaban los tres grados de espanto, el de la *Astenia*—flaqueza de ánimo—, el del *Euriale*—hondura ancha—, que es cuando el temor entra en el corazón, y del tercero *Medusa*, que vale como cosa que no se puede ver, siendo tanto el temor que sólo resta morir, de tal modo que falta la vista y hay privación de los sentidos. Hay, pues, un sentido del espanto que no se especifica hoy como en tiempos pretéritos. Después veremos que estaban más cerca de la verdad los antiguos que los modernos.

Refiriéndose a la Mitología, dijeron los poetas que las furias infernales molestaban a Orestes, rey de Grecia, haciéndole caminar tras ellas que llevaban hachas encendidas, por lo que andaba siempre con temor. Estas furias o Euménides perturbaban el ánimo, pero no espantaban. Eran severas y crueles. Castigaban la ira, la codicia y la lujuria sin producir el espanto, acaso porque si el espantado se privaba de sentido el castigo sería menor. Y, cuando nuestro Juan de Mena, en su «generosa musa», conforme escribió Menéndez y Pelayo crea un Don Juan II poético

y fantástico y habla de sus andanzas por la vega granadina, no habla del espanto de la morisma, sino que canta:

«Tomando castillos, ganando lugares,
haciendo con miedo de tanta mesnada
con toda su tierra temblar a Granada.»

Repite que todo cuanto ahora digo es la simple recogida de significados de la serie de voces expresivas de los estados psíquicos relativos al temor, al susto, al espanto, etc. Examinamos el aspecto filológico del problema, no el psicológico ni el psicosomático. Por lo tanto, sería erróneo atribuirme conformidad o rechazamiento del valor de esta o la otra palabra. Será más tarde cuando tendrá ocasión de exponer mi modesto criterio. Entre tanto, cúmpleme sólo el documentar debidamente mi afirmación de que el idioma castellano, pese a su magnífica riqueza en palabras que matizan los giros y sentido de nuestras ideas, es, por lo que al miedo atañe, asaz impreciso y se presta a grandes errores en la esfera del Derecho y de la Psicología médica.

Por lo que al espanto se refiere, en sus variadas acepciones, no puede olvidarse la maravillosa fábula de Aretusa y Alfeo. La ficción poética es, simplemente, encantadora. Entre grandes y espesos árboles corre un claro río mansamente. Aretusa es cazadora, y un día caluroso en que después de haber cazado está cansada ve el limpio caudal y busca en sus aguas plácido deleite. Estaba, dice, segura de nada recelarme, oí un ruido debajo del agua «que me espantó» y salí a la ribera. El ruido lo producía Alfeo. En esta fábula se observa la justa significación del espanto, como efecto de algo sorprendente, inexplicable. El ruido se truca en una aparición humana que habla y corre tras la ninfa y que después se convierte en agua. Por eso, por lo sobrenatural, Aretusa siente «espanto» y a la hora de haberlo sentido comenzó a temblar fuertemente y al poco rato la tomaron sudores por todas las partes de su cuerpo. El mito tiene una base real sobre las de San Isidoro, Séneca, Ovidio y Virgilio escribieron bellas páginas que no hay por qué recordar. Baste con tener presente cómo el espanto tiene sus grados y adjudicar al de Aretusa el que en verdad le conviene.

Las malas artes de Circe, que infeccionaba la fuente donde se bañaba Escila, hacen que ésta se convierta en disforme figura. Cuando Escila se contempla en su hórrida deformidad se despeña en el mar, pero, por obra de su enamorado Glauco, conviértese en espantosa deesa con seis cabezas, doce pies y voz de perro. Cada cabeza tiene una grande boca con tres órdenes de dientes; ojos de fuego. De medio cuerpo abajo, como serpiente. ¡Fácil es comprender que el aspecto de Escila era espantoso! Fácil, también, que pereciesen los que cerca de ella pasaban al contemplar «tan espantosa cosa».

Tratemos ahora de una forma del miedo que por múltiples causas puede ser causa de incalculables daños, lo mismo en actos de guerra, que en catástrofes acaecidas en masas humanas, enloquecidas por el terror sin fundamento racional adecuado al riesgo que lo determina.

Se habla vulgarmente de un miedo pánico o de un terror pánico y, por lo tanto, de acuerdo con los filólogos se usa la palabra pánico como adjetivo, pero no como sustantivo. Así empleado tendría como caracteres el de ser extremado, incoercible, irreflexivo e inmotivado o, mejor dicho, sin relación racional entre el estímulo y la reacción.

Es corriente explicar la etimología de la palabra—de Pan, dios de los pastores y de los ejercicios rústicos y campesinos—, recordando que el hijo de Eter, o del Cielo y el Día, Pan, el amante de Siringa, el que, según Virgilio, fué el primero en juntar cañas con cera para tñir—*Pan pñrus calamos cera coniungere plures instituit*—, fué, además, un ladino y temible guerrero que supo infundir terror a los enemigos de Grecia. No está muy claro que fuese por su atuendo y figura, en verdad poco atrayente, pues tenía la cara bermeja, la cabeza con dos cuernos que miraban al cielo, larga barba que le colgaba por el pecho y un cuero de pantera por vestido. Más fácil es aceptar la leyenda de que fuese el primero en tocar, además de las flautas, la caracola como señal de guerra, haciendo que su ronco sonido retumbase por montes y valles como aterrador signo de cruel batalla. Dícese que alguna vez se transformó en gigante y así animó a los griegos en Maratón.

En verdad, ya los sumerios entre ellos llevaban barba, moño y hasta cuatro pares de cuernos. Los dioses sumerios eran barbudos. Pero esto no quiere decir que lo fuese para aparecer como seres feroces, pues algunos de ellos gustaron de llevar a las espaldas los útiles de albañil, demostrando sus pacíficas intenciones. La barba de Sargón de Siria es, sencillamente, majestuosa. En cambio, los guerreros hititas, en muchos relieves, aparecen sin barba. Y cuando llevan tiara, los cuernos de la misma aparecen en miniatura.

Nos apartaría de nuestro tema el insistir sobre estos extremos, cuya única consecuencia es la de presumir porque Pan produjo pánico, ya que de la conjectura podría salir algo útil para explicarnos la razón psicológica del mismo. Pero no podemos por menos de asegurar que es muy dudoso que los griegos tuviesen pánico de Pan. Baste, además, con decir que primitivamente se entendió que Pan era el sol o todo el universo, que en el regazo de la Naturaleza está concluso; y que si Pan era como se le representaba en el relieve de Pan y las tres Gracias, firmado

Kalimaco hizo no debió aterrorizar a nadie, ni aun a los más pusiláñimes².

En cuanto al desánimo, desaliento, cobardía, amilanamiento, achicamiento, medrana y pavor no seremos muy extensos en la descripción de sus respectivos significados porque carecen de la importancia de los vocablos acabados de analizar. Amilanarse es acobardarse, achicamiento es acción y efecto de achicarse y en sentido figurado vale como acobardamiento y acaso humillación; desanimarse es desalentarse o acobardarse; cobardía, falta de ánimo o valor; medrana, en sentido familiar, es igual a miedo—de un riesgo o mal—a comportarse medrosamente, temerosamente, con miedo. Pavor, del l. *pavor*, terror con espanto o sobresalto. Si reproducimos aquí estas conocidas palabras es porque aunque tienen significados harto sabidos por todos, hay, sin embargo, finos matices de separación entre ellas que no conviene echar en olvido. Y, sobre todo, porque las definiciones dadas de las mismas en el Diccionario de la Lengua Española; no siempre resultan válidas ni aun útiles para determinar el tipo o modo de reacción psíquica de una persona ante un riesgo por accidente o por agresión contra su víctima.

No seríamos completos si no añadiésemos un vocablo, el de *miedo originario*, debido a Walter Schubart. Este pensador con-

2. El terror pánico anula por completo el razonamiento de manera momentánea; pero no podemos asegurar que, al cabo de un tiempo mayor o menor, el afecto de pánico no recobre la razón y pueda obrar cueradamente en relación con las exigencias de la situación pánica.

Recientemente, en la Oficina Nacional de Incendios norteamericana, se han expuesto casos de alto valor para comprender lo que decimos. Así, durante la ceremonia en una iglesia de Michigan, uno de los fieles pide agua, y una mujer que escucha la palabra «agua» cree que hay fuego y empieza a gritar. Cunde el pánico, y 71 mujeres mueren por aplastamiento al querer salir. No había fuego, y el agua la había pedido una persona sedenta.

El gritar «fuego» bastó en Boston para que en una sala de fiestas se precipitase hacia la salida un millar de personas. El «incendio» consistía en que una pequeña planta artificial se había incendiado con el pitillo de un joven. Nada más. El resultado fué de 492 muertos y 175 heridos.

En Yonkers, en un incendio, una madre está con sus hijitos en un piso quinto de un edificio. Hay un fuego en verdad, pero la situación no es apremiante. Varias personas dicen a la madre, que está en estado de pánico, que los bomberos se acercan, que llegan... Pero ella desoye lo que se le dice, tira a los chicos y se lanza ella al espacio.

En un manicomio incendiado, en Springfield, el de Bella Vista, muchas alienadas querían abandonar el edificio precisamente por donde estaban las llamas. Sobre la situación psíquica de los desgraciados enfermos, cayó la engendrada por el pánico, produciéndose un dantesco espectáculo.

Es muy interesante lo ocurrido en el incendio del Hotel «Winecoff», en Atlanta, en 1946. Una señora, en pleno pánico, quiere imitar a otros huéspedes que se tiran por los balcones. Pero, súbitamente, razona serenamente, se dirige al cuarto de baño, empapa una manta de lana, cubre con ella la puerta, empapa un colchón y lo sitúa tras la puerta, sujetándolo con ingenio mediante una silla y un armario, se tapa la cabeza con una alfombra mojada, entreabre ligeramente la ventana y... a las cuatro horas, los bomberos la recogen viva.

sidera que el miedo originario es antagónico de la confianza originaria y que el primero nada tiene que ver con la cobardía, ni la segunda con el valor. Por el contrario, dice, el heroísmo no sería la falta de miedo, sino el triunfo sobre el miedo. El héroe se estremece ante el peligro, pero se mantiene firme. Esta afirmación, en verdad, es muy vieja y se ha traducido en anécdotas, como la del capitán del ejército de Napoleón que nadie ignora. Por el contrario, el concepto del miedo originario es digno de tener en cuenta. La cultura prometeica parte del miedo originario y quien posee aquélla tiende a vencer «su miedo», convirtiéndose en héroe. Personalmente, niego en absoluto de esta opinión, aunque la consigno porque se presta a consideraciones plenas de interés.

* * *

Entremos ahora en el campo psicológico con el objeto de recoger los datos de mayor exactitud que la Psicología nos ofrezca sobre el problema del miedo. Es natural, por otra parte, que si pretendemos hacer un estudio sobre el «miedo insuperable» nos interese saber cómo piensan los psicólogos acerca de lo que debe entenderse por «miedo» y sus distintas formas, sobre sus causas y manifestaciones somáticas, sobre su valor teleológico. Por todo cuanto, en suma, al miedo se refiere desde su particular punto de vista.

En la documentadísima obra de J. Frobes, S. J.—*Lehrbuch der Experimentekken Psychologie*, Freiburg im Breisgau, 1929—, cuya tercera edición española actualizada por el autor vió la luz en 1944, siendo, por lo tanto, un tratado de Psicología que recoge ideas modernas, incluso en el aspecto de la psiquiatría contemporánea, se dedica al miedo un corto espacio y, dicho sea en verdad, apenas si J. Frobes se permite dar su opinión personal sobre la materia.

Basándose en las investigaciones y análisis de Mosso, Giessler, P. Plaut y otros, define el miedo diciendo que «es—en su desarrollo ulterior (*sic*)—el conocido sentimiento de desagrado ante la perspectiva de un mal, unido al impulso a librarse del peligro, no a combatirlo». «Susto» sería la emoción que produce toda impresión fuerte que se presentase de repente, y que en sus grados superiores se llama pavor, horror. Y la manifestación del espanto es un violento estremecimiento.

La causa del susto—dice J. Frobes refiriéndose a las experiencias de Giessler—sería a menudo un ruido intenso o fuerte, o un ruido débil muy próximo, una sima que se presenta de repente; pérdida del equilibrio, hundirse. Como se puede observar, no hay demasiada profundidad científica en lo dicho por los referidos autores y poco o nada podríamos sacar en limpio para ampliar los vulgares conocimientos puestos al alcance de cualquiera, sin ser psicólogo. «Amicus Plato...»

Deberíamos distinguir entre miedos instintivos y normales. Estos últimos corresponderían a formas conscientes, sociales.

El miedo instintivo puede darse—dicen—sin conocimiento de peligro alguno. Un ruido repentino atemorizará un niño. McDougall sentía miedo de los saltos de un tigre encerrado en jaula bien segura. Se tiene miedo a lo desconocido, a la oscuridad (Frances). En los casos de gran peligro, la atención se concentra y no se perciben sensaciones que de ordinario serían sentidas, por ejemplo, el roce con superficies agudas en casos de difíciles ascensos a rocas elevadas. Tampoco en este punto hay nada de particular y acaso no siempre se pueden aceptar los hechos indicados por Beck, de la concentración de la atención en el riesgo que se corre, pues también sucede—caso personal—que quien se despeña se agarre a ramas espinosas y sienta el dolor de los pinchazos. Es evidente, en cambio, que al pasar el peligro se siente uno libre de un gran peso, «como si hubiera recibido de nuevo la vida».

Plaut, refiriéndose al «miedo normal», al de los peligros conocidos, ha descrito el «bautismo de fuego». Según dicho autor, callando y con gran excitación ocuparíamos el puesto designado. Nos agacharíamos cuando viéramos brillar algo. No habría clara idea de las cosas, y corriendo hacia adelante se haría fuego como en sueños, sin pensar, en el vacío de conciencia, con opresión e incapacidad de pensar. El combatiente tendría el sentimiento de formar parte de un grupo, de ser un elemento de algo complejo y también el de necesidad de socorro. En las pausas, según W. Ludwig, se volvería en sí, despertando como de un pesado sueño. Para Dreiling, la disposición general de los soldados en el frente sería la seriedad, fortaleciéndose la voluntad por la constante disposición a la lucha y el peligro de morir en la lucha. Además se tendría en cuenta el amor a la patria, el sentimiento del deber, la idea religiosa y el honor.

En cuanto al valor teleológico del miedo, sería claro en el sentido de la conservación de la vida, aunque el miedo demasiado grande es a veces nocivo al individuo.

Sin perjuicio de analizar más tarde estas nociones psicológicas, anotemos de momento el que su contenido científico es asaz pequeño para explicarnos el cuadro polimorfo de los estados de temor. No encontramos la prueba de una clara diferenciación de miedos instintivos y miedos normales o conscientes. Tampoco la de que el pavor, el horror y el espanto sean grados superiores del susto.

Sin salirnos del terreno psicológico y con el deseo de hallar las mayores enseñanzas posibles sobre la naturaleza y morfología de lo llamado miedo, examinaremos diversas opiniones de reconocidas autoridades científicas. Adelantamos nuestra creencia, acaso equivocada, de que nos hallamos lejos de haber vencido el confusionismo de doctrinas y suposiciones. Algo queda, sin embargo, de apreciable valor, y entre ello lo que a continuación exponemos.

En primer lugar se ha puntualizado la repercusión secundaria en la conciencia de lo corporal, tanto periférico como visceral, que constituye el acompañante obligado de cada emoción o, más concretamente, de cada clase de emoción. Creemos saber firmemente que lo corporal no es ni causal ni primario, como no hace muchos años fué sostenido por sabios investigadores. Pero no estamos convencidos muchos de que los fenómenos motores circulatorios, endocrinos, nerviosos, etc., se den en las emociones como resultante obligada del acto psíquico emocional, con independencia de la disposición emotiva de la persona. Vislumbramos con bastante claridad que la emotividad es una disposición energética con su umbral de excitación, su tono, su tensión y su intensidad. De todos modos, admitida por milenaria experiencia la correlación de lo psíquico y lo somático, queda en firme que aunque lo psíquico escapa al examen científico experimental, quedaría lo somático como factor determinable por la experimentación³.

Sabemos, por ejemplo, en la escala animal, que la secreción de tinta negra en la jibia permite al molusco defenderse de enemigos provistos de fuertes mandíbulas, y que diversos hemípteros y lepidópteros emiten líquidos de olor nauseabundo cuando son atacados. Hay miriápodos que segregan ácido prúsico con fines defensivos, y el *polyzonium* observado por Kook fabrica alcancías como arma defensiva (Nicolai). El que esto pase demuestra que esos animales *se sienten* en peligro y tratan de evitarlo con los medios de que disponen, evidentemente somato-psíquicos.

El *alerta* psíquico humano contra un peligro consiste en el estremecimiento. Someto mi opinión a cuantos les interese este asunto. Pero el estremecimiento no es el miedo, es el «susto», que vale por fase inicial de cualquier emoción asténica, aunque no desarro-

3. No sólo en el miedo, sino también en otras emociones, como la ira, hay alteraciones somáticas. En la ira se produce aumento de la secreción del sudor, del jugo pancreático y adrenalinemia. Tras una fase inicial de sequedad de la boca, aumento de la presión vascular. Tiemblan las manos y los labios, rechinan los dientes, hay una ira pálida, por adrenalinemia, pero también puede darse una ira con enrojecimiento cuando por el aumento del impulso cardíaco se determina una vaso-dilatación periférica. Ha habido casos de colecistitis debidos a la ira. Puede igualmente determinarse una hemorragia cerebral. Existen *equivalentes de ira*, como los impulsos psico-motores en los raptus epilépticos. Pero la verdadera ira sólo tiene un significado de reacción de defensa y que posee una expresión dinámica bien estudiada en obras científicas y admirablemente descrita, por lo general en magníficas obras de la literatura universal (V) sobre este punto.

Compréndese la extraordinaria importancia de distinguir el miedo insuperable como circunstancia eximiente de responsabilidad criminal de un acceso de ira, constitucional, morbosa en los sujetos heréticos, a un acto sexual, a la intoxición etílica, etc. Es interesante que el Código penal italiano, en su artículo 62, hable de estado de ira y no de ira. La ira puede tener cierto estado de cronicidad y exacerbarse por evocaciones de imágenes mentales. Por eso, hoy se admite la coexistencia de la ira con la premeditación. Sería esto en casos de *ira fría*, algo así como la llamada *guerra fría* que sufre la humanidad en la época contemporánea. V. R. Pellegrini. «La práctica médico-legale per i giuristi Padova Cedam. Casa editriza Dott Antonio Milani 1948».

lle ulteriormente ni miedo, ni pavor. Ahora bien, el estremecimiento está ligado indudablemente a la fórmula temperamental endocrina de cada individuo y es de raigambre filogénica.

La emoción, etimológicamente, es conmoción, sacudida, del *l. emotus*. Si admitimos un tono normal de la afectividad, la emoción sería una sacudida más o menos violenta de ese tono, acompañadas de fenómenos corporales de resonancia. Emocional equivale a sentimental, a hipertónico afectivo. Se cree que no son las emociones meras respuestas reflejas ante un estímulo, sino una reacción total de la personalidad psicofísica íntegra. Por lo tanto, el mismo susto sería de naturaleza emotiva. No lo negamos, y sólo queremos reiterar que la emoción del susto no es la emoción del miedo, y que éste puede no darse en aquél, precisamente porque la conciencia del acto determinante del susto informa al sujeto de que la *calidad vital* del acto psíquico desencadenado no es importante para su ser.

Hay en estas consideraciones un mundo de incógnitas, pero también un caudal inagotable de enseñanzas y de saber. Lo que se sabe permitió a Bleuler sus dos famosas frases: «En Psicología, lo único efectivo es lo afectivo», y «Casi sólo por la afectividad se determina el carácter de un hombre.»

Los modernos trabajos de Medicina psicosomática han puesto de manifiesto importantes problemas que la Psicología no había logrado aclarar suficientemente. En parte los han resuelto, o por lo menos encauzado. Hoy sabemos que el proceso afectivo, totalizador, está en íntima conexión con los *ejecutores* de la tendencia: sistema neurovegetativo, centros diencefálicos, con todo el mecanismo endocrino, humoral y psíquico-motor. La fuerza y calidad de los sentimientos es influída por el estado biológico, pero también existe un afecto de repercusión corporal de las emociones. Son los términos de una ecuación que permiten obtener, en parte, la solución de la misma. Nos parece pueril recordar el que en el binomio «estímulo-reacción» hay un factor, el alma, que hace inútil cualquier presunción. Porque lo anímico *está* con sus facultades es en todos los actos del hombre; pero éste es, en lo material, de diferente modo, y tampoco puede negarse su influencia en la resultante fenoménica del acto psíquico ni en sus consecuencias biosociales en su más amplio sentido.

Es trascendente a los fines de nuestro estudio el concepto de que todo proceso afectivo, y por ende el miedo, es bifronte, esto es, psíquico y somático y, por lo tanto, analizable en ambos aspectos.

Se distinguen cuatro clases de sentimientos: sensibles, vitales, anímicos y espirituales. La división, naturalmente, es arbitraria. Está basada en el conceptualismo de Klages, para quien sería vital lo relacionado con la sensación y el movimiento, espiritual lo intelectual y volitivo y anímico lo creador de formas. En mi opinión, éstas y otras clasificaciones complican y confunden la de

por sí complicada y confusa cuestión. De aquí la conveniencia de englobar aquéllos en dos grandes unidades, cuya diferenciación consistiría en la presencia o no de factores ideológicos de carácter abstracto. Cada uno de ellos, a su vez, podría tener un nivel asténico o esténico. Con un ejemplo aclararemos nuestra idea.

Un hombre siente en peligro su existencia ante la amenaza de una agresión a su persona. Excitado, colérico, con sus fuerzas aumentadas, confiado en su ímpetu, se defiende y lucha. O por el contrario, abatido, relajado, desconfiado de su energía, huye amilanado. En ambos, la persona se ha debido dar cuenta de su estado sentimental, y por lo tanto, éste ha sido sensible y vital al mismo tiempo. Dividir el estado sentimental colocando la excitación y la tensión en el sector de los sentimientos vitales no tiene fundamento lógico. En cambio, el que el hecho realizado lo consideremos como heroísmo o cobardía, desesperación o beatitud, fe o desconfianza, entusiasmo o abatimiento, es pura abstracción o sublimación independiente de lo vital y sensible. Justifícase, pues, el no admitir más que los dos grupos, el *vital simple* y el *vital intelectualizado*. Ambos son sensibles y anímicos, pero en el primero no hay un factor de abstracción que cualifica el acto sentimental de justo o injusto, de bello o feo, de sublime o vil, de odio o de amor, de abnegación o vileza, etc. El que así es se demuestra porque el mismo sentimiento, el mismo fenómeno sentimental, al intelectualizarse adquiere diferentes valores según quien lo intelectualiza y mientras para unos es expresión, acaso de sublime heroísmo, para otros es un acto criminal y bochornoso. Es inmutable, en cambio, lo que el sentimiento tiene de vital y su natural carácter asténico o esténico que irá unido a inevitables reacciones corporales.

Aún podemos añadir algún otro conocimiento fundamental sobre los estados sentimentales—emocionales—que guarda relación con el modo que pretendemos solucionar la norma preferible en la interpretación científica de la circunstancia «miedo insuperable». Nos referimos a la indiferencia del contenido intelectual que llena el sentimiento respecto del efecto biológico inmediato. Como es natural esto nada tiene que ver con la sublimación o intelectualización de los sentimientos.

Queremos decir que la emoción del miedo, por ejemplo, es igualmente emoción de temor si el ingrediente determinativo es el de temor a la muerte, al infierno, al deshonor, o al contagio de la lepra. Por lo menos no es distinto cualitativamente. Hay quien se ha batido gallardamente en el campo de batalla y rehuye amedrentado el entrar en un hospital de coléricos. Hay quien aguanta impávido el fuego enemigo y se desmaya al ver los preparativos para una pequeña intervención quirúrgica⁴. El temor a Dios

4. No es único el caso que a continuación menciono, pero sí altamente demostrativo de que el ingrediente determinante del temor es variable, aunque la emoción del temor sea la misma.

Me refiero al curioso ejemplo de un héroe del aire, del paracaidismo, Sauro-

puede ser el único miedo de un hombre valiente en difíciles situaciones de peligro vital. Pero sea cualquiera el tipo de temor se podrán observar tanto en las formas aparentes como en las larvadas los siguientes efectos fisiológicos cuya enumeración tomamos de Zeno y Pizarro en su *Clinica psico-somática*, Buenos Aires, 1945, que entendemos de excepcional interés para ulteriores consideraciones. Son éstos: «Hiperexcitabilidad neuro muscular, hipoinhibición refleja y voluntaria, aumento de la cronaxia, hipercrinia tirohipofisariasurrenal, simpaticomia, hipertensión sanguínea cerebral y abdominal con hipotensión periférica, taquicardia, apnea o hiperapnea (a veces tetania epileptiforme por «hiperventilación» de Foerster), alcalosis, hipocalcemia, hiperglicemia, glicosuria, isquemia intestinal y diarreas, hiperquinesias, temblores, hipersoduración, leucopenia, etc.». De estas manifestaciones unas son aparentes a la simple observación de cualquier persona, mientras que otras han de resolverse tras detenida observación en el laboratorio⁵.

Los psicólogos puros describen las manifestaciones somáticas del miedo con cierta parquedad y sin ahondar, por lo general, en sus mecanismos bioquímicos. Nos parece natural, dada la especial naturaleza de sus difíciles conocimientos. Pero, en verdad, conviene llenar las lagunas. En psicología animal se menciona el que muchos irracionales cuando sienten el peligro «se hacen el muerto» y que al grito de alerta algunas aves se enmudecen. Y refiriéndose concretamente a las manifestaciones orgánicas en el hombre, Berger cree haber demostrado que un fuerte susto contrae instantáneamente los vasos del cerebro, que después se dilatan. El efecto del miedo sobre la vejiga urinaria dependería de la contracción de ésta y no de una parálisis del esfínter, sucediendo lo mismo en el intestino. En fin, W. Ludwig ha dicho que cuando el miedo dura

Rinaldi, que se lanza desde un avión desde 600 metros de altura y abre el paracaídas a 150 metros de tierra. Parece ser que el examen médico no ha permitido encontrar en el héroe italiano la más pequeña alteración funcional como consecuencia de tan peligrosa y difícil proeza. Ahora bien, «el loco de Guidonia» tiembla auténticamente, según un correspolosal de un diario español, demostrando un pavor casi infantil, cuando tenía que ir al dentista para arreglarse un diente roto con ocasión de una caída de motocicleta.

5. Para que formemos idea de las posibilidades que la técnica posee en relación con la precisión de las relaciones psicosomáticas en los estados de emoción, recordaremos que sólo, en lo que afecta a la acetil-colina puede consultarse la siguiente bibliografía:

- N. SCHOORL: *Pharm Weekbl.* 55, 363 (1918).
- A. FLORENCE: *Arch. d'anthropologie* 10, 11 (1896).
- V. STANER: *Z. physiol. Chem.* 18, 334 (1906).
- E. KAHANE UND J. LÉVY: *Helv. Chim. Acta* 29, 1322 (1946).
- BRIE, med. J. 1906, II, 1788. W. L. CHANG Y JADDUM.
- J. PHYSIOL. 79, 255 (1933). *Biochem. J.* 29, 2278 (1935).
- B. SURE: *J. Nutrition*, 19, 17 (1940).
- E. KAHANE J. *Pharm. Chim.* 22, 254 (1935). *Z. f. physiol. Chem.* 245, 11 (1936/37). *J. Biol. Chém.* 138, 571 (1941).
- Y así de otras sustancias, como la adrenalina, etc.

largo tiempo la piel del rostro se vuelve amarilla, los ojos se ponen saltones, la mirada vidriosa, la respiración es sonora y los dientes castañetean.

Todavía queda por referir las frases con las que el vulgo expresa la repercusión orgánica de estados anímicos. Tales, entre otras, las de «amarillo como la cera», «palidez mortal», por miedo; o rojo de ira; o encendido de pasión, etc. Las carátulas de los hechiceros, la litúrgia de los sacerdotes de Amón, no son sino medios de desarrollar sentimientos que a su vez influyen sobre las funciones vitales de los que, acaso encuentren, por pura taumaturgia un beneficio para su salud comprometida por cualquier enfermedad.

Constituye para nosotros, para cuantos no tenemos palabras diferenciativas del sentir —sentimiento— y del sentir —sensación—, una evidente dificultad evidente en la expresión de nuestras ideas sobre el particular. Pero, precisamente porque en nuestro idioma tanto vale la palabra sentimiento, como impresión o movimiento producido por las cosas espirituales, o estado de ánimo afligido por sucesos tristes o dolorosos, y de una manera amplia, la acción de sentir, con lo que se hace equivalente en la expresión fonética el sentir frío o la muerte de una persona querida, tener el sentimiento por una contrariedad cualquiera que tener el de que estamos entrenados para un deporte; es por lo que estamos obligados a precisar las palabras y su sentido, el que tengan o les otorguemos en cada caso particular.

Desde luego, es admisible hacer sinónimos afectos y sentimientos. Unos y otros constituyen la reacción psíquica a un estímulo interno—evocación—o externo, sensopercepción de intensidad variable según la disposición reactiva del sujeto. En la emoción hay un potencial, una tensión individualizada que se exterioriza más o menos rápidamente y que tiene estrecha conexión y necesaria conexión con la fórmula temperamental. Por eso los factores constitucionales y temperamentales colorean con diversidad cromática cada caso particular, sin que esto eluda la precisión de admitir influencias ambientales⁶.

6. No es indiferente el tener o no un taxativo concepto de lo que en Psiquiatría forense admitimos con las palabras *pasión* y *emoción*. Llamamos emoción—dice el eminentísimo profesor R. PELLEGRINI—«un perturbamento fugace, particularmente cardio-vascolare e respiratorio (da momenti esterni o rievocati) cui instantaneamente sucede un perturbamento psíquico di solito di breve durata». Por lo demás, estas emociones son esténicas y asténicas, lo que en verdad quiere decir que están por bajo o por encima de la tonalidad emotiva normal—propia—del sujeto emocionado. Si el estado afectivo es de larga duración, particularmente intenso y concentrado en una determinada dirección, le denominamos «pasión». No creemos necesario el insistir, dada la claridad diferencial entre emoción y pasión. Una *emozione fugace*, sea cualquiera su intensidad y su tonalidad, depresiva o de excitación, de ira o de terror, jamás será, en nuestro concepto una verdadera pasión, pero no debe olvidarse que los signos de estados emocionales, se dan en las pasiones porque estas, en suma, son emociones prolongadas, de desarrollo rectilíneo por lo unívoco de su motivación. En la pasión no cabe poner una vela a Dios y otra a Satán. O delicias

El «humor» triste o alegre es ejemplo de los matices afectivos del carácter, que en el léxico de todas las lenguas poseen innumerables modos de expresión verbal. Algunas de éstas deben ser conocidas por juristas y médicos legistas para valorarlas rectamente. Así, por ejemplo, «lunático» vale por persona de rápidas e injustificadas variaciones afectivas. Los italianos llaman «cyclonopático» al que cambia de humor en consonancia con las variaciones atmosféricas, lo que entre nosotros expresamos con la locución, en personas que están tan contentas o tristes «según el viento que sopla».

La inclinación afectiva y el acto sentimental tiene un umbral, el de excitación, lo que yo llamo reóbasis afectiva, y un máximo que guarda a su vez relación con la sintonización perceptiva del afectado y con sus valores liminares endocrinos y neuro-vegetativos. Ni el placer ni el dolor son indefinidos, aunque sí muy variables según los casos. Hay grados, muchos grados, en la ira y en el miedo, pero necesariamente tienen valores limitados por la resistencia orgánica del iracundo o el afecto por el miedo. Los poetas, como es su deber, idealizan la realidad, pero ésta se impone. Y pese a los idealismos ocasiona a veces la muerte instantánea de un emocionado, no por la emoción en sí que a otros puede de no afectarles tan hondamente, sino por haber sobrepasado las posibilidades de regulación neuroendocrina que son los soportes biológicos definidores de la emocionabilidad. No verlo así será bello, pero no científico, ni en Derecho, ni en Medicina, ni en Literatura.

Ahora bien, el hecho psíquico no es medible directamente porque su dimensión espiritual carece de adecuado sistema métrico. Es determinable indirectamente, cuando se puede hacerlo. Lo que no contraría a lo antes dicho, puesto que el hecho psíquico no se da aislado, sino en unión de una serie de modificaciones neurovegetativas; que si son o pueden ser con frecuencia a mediaciones de relativa exactitud.

Hay que cuidar del sentido de las palabras, como antes dije, so pena de llegar a un babelismo insoportable. Así, hay quien como P. Sopollier cree que la conciencia o sentimiento de que existimos, la cenestesia y lo que algunos llaman «sentimiento de la vida o sentimiento vital», es lo mismo. Esta idea no la compartimos muchos, pues aun admitiendo que la conciencia fuese la cenestesia habría que tener en cuenta al *conscienziado*, esto es,

paradisiacas o castigos eternales. Este firme concepto sirve para diferenciar las simulaciones de los estados de apasionamiento genuino, en el amor, en la política, etc.

Sabido es que Santo Tomás distinguía pasiones debidas al apetito concupiscente y al apetito irascible. El primero tenía un doble sentido, refiriéndose al deseo de los bienes terrenales o de los placeres sexuales. El irascible a la indignación, enojo o deseo de venganza. También a la reiteración de actos de saña.

a quien tuviese conciencia de su conciencia. No cabe negar que las sensaciones internas tienen valor afectivo, pero no puede excluirse en el sentimiento vital la sensibilidad sensorial o externa. Esto tiene importancia, a nuestro entender, porque explica muchas cosas relativas a la impresión de miedo, al propósito de aterrorizar a las personas con sensaciones visuales, auditivas, etc., adecuadas. Recuérdese el empleo de la música que es excitante o deprime, como en las marchas fúnebres, el como la percepción de un aroma puede evocar imágenes placenteras o tristes, la influencia del aparato escénico en dramas y tragedias.

Los afectos o sentimientos en su más amplia significación biosocial son «inclinaciones hacia» tendencias que apartan o separan del objeto de estímulo de la afectividad. El enamorado tiende a unirse a la amada y por algo se dice del matrimonio «unión matrimonial». Quien odia, tiende a apartarse del odiado. En el miedo se procura poner «tierra por medio» y para ello nada mejor que correr velozmente tanto como lo permitan nuestras fuerzas. En todas estas acciones la sublimación de los sentimientos puede modificar el resultado de la reacción primitiva hasta cierto punto, pero no por razones, sino por corrientes afectivas de signo contrario, esto es anulador del estímulo sentimental despertante del acto psíquico emocional. Sentimientos de amor a la patria, sentimientos religiosos, etc., ocasionan a veces hondas transformaciones en el resultado de una situación afectiva, pero no siempre. Porque dígase lo que se diga, hay algo que no puede vencerse por estar fuera de la órbita de la voluntad. Este «algo» está en conexión con un vasto sistema de relaciones neuroendocrinas bien conocidas en muchos casos. No somos dueños de variar dichas relaciones.

La excitación del sistema nervioso neurovegetativo puede recaer en el vago o en el simpático. En las terminaciones de las fibras excitadas del vago aparece una sustancia, la *acetilcolina*, mientras que en las del simpático aparece la *simpatina*, análoga a la adrenalina. Acetilcolina y simpatina son antagonistas, como el vago y el simpático. El equilibrio químico y el nervioso son cosas inseparables (N. Pende).

Ahora bien, en la «reacción emotiva» hay un desequilibrio que en el fondo es químico-nervioso y... psíquico, desequilibrio en la reacción emotiva —movimiento expresivo de la emoción— es excesiva o insuficiente (Fr. A. Gemelli).

La llamada «constitución emotiva» sería la de personas que reaccionasen anormalmente a los estímulos afectivos. Esto se comprende con facilidad.

Así como existe una hipersensibilidad sensorial, existe una hiperreflectividad emotiva. El resultado somático es el de un desequilibrio dinámico, por exaltación o por retardo.

El eretismo cardio-vascular palpitaciones, taquicardia, el temblor, los espasmos, las reacciones pilomotrices y térmicas, así

como los desequilibrios del sistema simpático glandular y sensorial, constituyen manifestaciones somáticas de las perturbaciones afectivas. Y cuando la emotividad se hace morbosa aparecerán dos síntomas: la *ansiedad* y la *angustia*.

La constitución perversa sería la antagónica de la emotiva (Daniel Andía).

Se deduce, pues, con toda claridad la necesidad de un examen de la capacidad inhibitoria individual de los estados afectivos (Fr. Agostino Gemelli).

* * *

Todo cuanto llevamos dicho en el aspecto biológico, psicológico, psiquiátrico, etc., del miedo, carecería de interés en cuanto al tema que nos ocupa, si no tratásemos de relacionarlo con lo que en Códigos penales se considera sobre el llamado «miedo insuperable». He querido presentar la faceta psico-somática del fenómeno, al que se concede la cualidad de circunstancia eximente de responsabilidad, por entender que es ella la única que permite obrar en justicia al evitar groseros errores interpretativos, y la probabilidad de situaciones de evidente simulación, desconocidas por quienes tienen la alta responsabilidad de aplicar las leyes.

El caso es que las autoridades científicas del Derecho penal han entrevisto desde el primer momento, y en sus variados aspectos, lo que nosotros queremos que se tenga en cuenta científicamente: la personalidad afectiva del sujeto agente que, por miedo insuperable, realiza un acto de naturaleza delictiva sin esa circunstancia. La coacción determinada por el miedo, escriben, es psicológica y no material. Cabe siempre la eventualidad de una conducta distinta en el coaccionado. Esto, naturalmente, parece ilógico si el miedo es «insuperable».

El hombre afecto de terror, de pánico, etc., no hace lo que quiere, sino lo que puede en razón de su voluntad coaccionada por la situación psíquica sobrevenida. Pero está demostrando que no es valorable o medible psicológicamente el resultado de la coacción volitiva y sí únicamente previsible en términos generales. Hasta ahí llega el juicio humano de puro tipo lógico y deductivo. Comparamos el sujeto de observación con nosotros o con los demás colocándonos mentalmente en analogía de circunstancias y juzgamos de lo que debió ser. Esto no es científico y se presta a lamentables equivocaciones.

Una posición doctrinal estrictamente jurídica haría inútil a priori cualquier intento de acoplar en el criterio estimativo del juzgador, cuestión que resultase ajena al propio Derecho. A mí entender no es éste el caso, y no cabe comparar lo que nosotros sostengamos con el problema del libre arbitrio y del determinismo, «que en opinión de eminentes tratadistas tiene un sentido ético y religioso ajeno al derecho expresivo» cuya misión no es resolver

problemas de esta índole, sino estudiar las normas jurídicas que regulan la represión de los delitos» (Cuello Calón). Este sería el criterio de muchos penalistas ilustres como Alimena, Manzini, Mezger, etc. Creo, por el contrario, que al estudiar psicológicamente el miedo no hacemos más que proporcionar al juez elementos de juicio sobre la naturaleza de lo que en el Código penal se postula sobre el «miedo insuperable». No es la nuestra una posición ante el derecho, sino más bien una posición *en el derecho*, cuya finalidad no afecta a la interpretación de la ley ni en el aspecto lógico ni en el gramatical. En todo caso podría aspirar a una interpretación doctrinal ofrecida a los juristas, para sus trabajos científicos, mediante puntos de vista particulares nacidos de nuevas concepciones psicosomáticas en el inmenso campo de las manifestaciones afectivas encuadradas entre las emociones asténicas, esto es, entre lo que vulgarmente se llama «miedo». No desconocemos, pues, la improcedencia de penetrar en terrenos que consideramos justamente vedados a nuestra formación cultural.

En muchas legislaciones extranjeras la coacción o fuerza genérica sobre la voluntad no está desdoblada, como en nuestro Código, y en aquéllas comprende la fuerza física y la moral (A. Q. Ripollés, *Comentarios al Código penal*, 1946). Dicho comentarista añade que en el Código de 1822, artículo 21, también se mantenía la unión, ignorando por qué motivo los legisladores del cuarenta y ocho disgregaron «desconociendo los tan admirados procedimientos napoleónicos y brasileños». Pero no es esto lo que demuestra con toda seguridad de juicio que el penalista se vea perplejo para considerar exento de graves reparos lo que la ley dispone, sino el siguiente razonamiento que copiamos a la letra: «Mas lo mismo—dice Q. Ripollés—en el caso de que se exija la igualdad a la mayor gravedad del mal, es claro que todas las valoraciones de este género, hechas «a priori» están abocadas al fracaso. El propio Pacheco, tan propicio siempre a quemar incienso en loor del Código, que en gran parte era obra suya, critica con firmes razones este sistema de cómputo y medida en una situación en que forzosamente han de estar disminuidas las facultades normales del raciocinio. Lo contrario supondría una frialdad de ánimo incompatible psicológicamente con el estado pasional del momento que, aunque no sea el determinante de la exención, suele indefectiblemente concurrir con ella. Pero aparte de la dificultad objetiva de valorar y graduar los males, que es muchas veces imposibilidad, sobre todo en los casos de heterogeneidad entre ellos, hay la subjetiva, no menos ardua, que radica en el muy diverso grado personal de valor para soportar coacciones de esta naturaleza. La diversidad no radica tan sólo en las condiciones de edad, sexo y condición, sino en las personalísimas y de lugar y tiempo que escapan a toda tentativa de previsión. Con razón echaba de menos Pacheco algo que corresponde en este punto a «lo racional» con que se califica el miedo».

exigible en la legítima defensa, máxime que en toda situación de miedo hay una especie de defensa «en potencia».

Nos creemos obligados a considerar nuestro enfoque del problema del miedo insuperable en relación con el aspecto jurídico del mismo en sentido estricto. Y como no podríamos, sin torpe manoseo de palabras y claras tautologías, exponer en la forma debida el referido aspecto jurídico del miedo insuperable como lo hacen quienes doctos en cuestiones penales han comentado brillantemente tan interesante cuestión, considero justo transcribir sus palabras y juicios, sobre los que proyectaré la propia opinión, el punto de vista ligado con la psicología o más explícitamente con la psicología vista en sus relaciones con las ciencias naturales, con la *persona humana*, que no es sólo espíritu, ni sólo materia, sino un agregado, una simbiosis de lo anímico y lo material, cuerpo y alma. Por lo tanto, recurro a la ciencia de los penalistas comentadores de los Códigos y entre ellos a quienes por haber estudiado la cuestión más recientemente y poseer la autoridad que les confiere su saber pueden servirme para una imprescindible orientación. Igualmente entiendo necesario exponer el criterio de maestros que poseen la máxima autoridad en Derecho penal, como nuestro Cuello Calón.

Comentando el miedo insuperable ha escrito recientemente el Profesor Ferrer Sama:

«Cuando un sujeto se cree amenazado por un daño, aunque éste provenga, v. gr., de la broma que le quieran dar unos amigos, y, por tanto, no exista de hecho el peligro, debe quedar amparado por la eximente a que nos referimos si concurren las restantes circunstancias que examinaremos, tanto más cuando la apreciación de la situación de hecho nos lleve a afirmar disculpable el error en que incurrió aquella persona al estimar como peligro lo que en realidad no era sino mera fricción.

Supongamos el caso del sujeto a quien se presentan en una carretera, y a altas horas de la noche, varios individuos con el rostro cubierto que, armados, le conminan con amenazas de muerte a que penetre en casa de la que fué su prometida, cediendo éste a las amenazas y penetrando de tal forma en domicilio ajeno. Denunciado por el propietario de la casa como autor de un allanamiento de morada, se demuestra en el juicio que los sujetos que le amenazaron y obligaron fueron los propios hermanos del acusado, en unión de varios amigos, con ánimo de chancearse del mismo y sin que en ningún momento hubieran pensado en cumplir sus amenazas. Así, pues, las cosas, tenemos un caso evidente de acción delictiva (allanamiento de mo-

rada), ejecutada en una verdadera situación de miedo insuperable, no obstante quedar posteriormente demostrado que el mal con que se amenazó al sujeto fué ficticio en absoluto. ¿Podría desecharse en tal supuesto la existencia de la eximente, no obstante quedar demostrado que el mal que produjo el miedo no era real?

Es preciso, además, tener en cuenta que cuando el legislador ha querido exigir la realidad del mal en situaciones análogas a las que nos ofrece el miedo insuperable, lo ha hecho de manera expresa. Así en el Código de 1870 figuraba como primer requisito del estado de necesidad, que tan íntima relación guarda con el miedo insuperable a la manera que hemos visto, la «realidad del mal que se trata de evitar». En ese mismo Código no se hacía referencia alguna a la realidad del mal que provocase el miedo insuperable cuando se definió esta situación. La supresión por parte de la reforma de 1932 del requisito de la realidad del mal, como condición legal del estado de necesidad, viene a demostrarlos, a través de un criterio de interpretación análoga (siempre admisible, a diferencia de la analogía pura) que es indiferente la existencia real y efectiva del mal que causa el miedo, siéndolo determinante el hecho de que tal miedo existe.

En ejemplo como el citado no dudamos en afirmar la procedencia de la aplicación de la eximente de un miedo insuperable.

La mayor dificultad puede presentarse respecto a aquellos supuestos en los que el sujeto ha creído en la existencia de un mal amenazante de naturaleza igual o mayor que el que él causa por impulso del miedo, siendo así que el error en que incurre es de naturaleza vencible o, lo que es lo mismo, que cualquier persona medianamente previsora hubiera podido descubrir la ficción de tal mal; v. gr., un individuo a quien amenaza a otro vestido de manera que aparente ser un fantasma, ejecuta un hecho delictivo ante tal amenaza burda. Aun en tales casos, como lo determinante es la situación de miedo, si ésta aparece probada, la eximente subsiste a nuestro entender, tanto más si se tiene en cuenta que al apreciar el fenómeno de la vencibilidad o invencibilidad del error deben tenerse en cuenta las especiales condiciones personales del sujeto que lo sufrió».

Con singular maestría, después de enumerar las circunstancias que deben concurrir en la eximente de

«miedo insuperable», hace mención el Profesor Cuello Calón de todo lo que el penalista debe tener en cuenta si es que pretende conocer a fondo la cuestión que nos ocupa.

Recuerda, entre otras cosas, que el miedo puede constituir, a veces, un síntoma de perturbación mental. Pocos son los tratadistas que fijan su atención en esta posibilidad, no obstante haber escrito sobre el particular varios psiquiatras, entre ellos Hoche. No se trata aquí de las conocidas fobias, sino de un desequilibrio emotivo que «ante un estímulo» responde desadecuadamente, dando la sensación de un «miedo insuperable», cuando, en verdad, significa un mero síntoma de un trastorno mental. Esto es, un loco miedoso, un demente con delirio alucinatorio de imágenes terroríficas, un toxicómano alcohólico con zoopsia, etc. Si el juez no tiene presente que aquello que, al parecer, es un caso de miedo es, en verdad, un caso de alienación, podrá seguir un equivocado rumbo en sus diligencias sumariales.

Hace mención, también, de algo tan importante como el hecho de que nuestra antigua legislación conociese la fuerza eximente del miedo, si bien en las Partidas se considerase sólo como eximente al miedo grave⁷.

Y después de indicar la distinta manera con que el T. S. ha apreciado la referida circunstancia—causa cierta, injusta, inminente, etc.—advierte que la jurisprudencia concibe la eximente como un estado de intensísima emoción que anula las facultades psíquicas por lo que en algún caso no será fácil distinguirla del trastorno mental transitorio.

Las apreciaciones del Profesor Cuello Calón son, en mi opinión, de singular interés y merecen el analizarlas con todo cuidado. Porque se conexionan estrechamente con las realidades que puede ofrecernos la casuística de hechos delictivos, respecto de los que se invoca la circunstancia eximente que estudiamos. Y, por otra parte, aún queda por añadir que el maestro español pone de relieve que la noción de violencia moral, *la vis cumpulsiva*, que antes era amplísima, pierde volumen por causa de la evolución científica que ha segregado diferentes especies que constituyen eximentes completamente autónomas (Carrara). Esto es, que se repite en Derecho penal algo de lo que ha sucedido con las llamadas neurosis, con especies noso-

lógicas que sólo de manera provisional se incluían dentro de un grupo de trastornos patológicos faltos de un perfecto conocimiento de su verdadera naturaleza.

* * *

No puede extrañar a los médicos, incluso psiquiatras y forenses, que en no pocas ocasiones, pese a las más exquisitas cortesías y al debido respeto a la ciencia del perito, no pueda el magistrado sacar de nuestros informes las conclusiones que aclaren totalmente una cuestión de Derecho. No nos colocamos en el mismo plano de exigencias legales y culturales. Y, acaso, en uno de los asuntos en que más diáfanamente puede verse el porqué de la referida divergencia es la que se refiere al «miedo insuperable».

Veamos lo que en una Psiquiatría forense moderna y de alto valor científico como la de Jacob Wyrsch se dice respecto a las reacciones anormales, etc.

(7)

das las otras armas con q los omes lidian: mas aun los palos, e las piedras.
 Otros dezimos, q metus^k en latin tan-
 to quiere dezir en româce como mie-
 dode muerte, o de torméto d' cuerpo,
 o de perdimiento de miébro, o de per-
 der libertad, o las caitas, porque la po-
 dría amparar, o d' recibir desonrra por
 q fincaría enfamado, e de tal miedo co-
 mo este, o de otro semejante, fablâ las le-
 yes' de este nuestro libro quâdo dizen q
 pleyto, o postura q ome faze por mie-
 do nô deue valer. Capo tal miedo, nô
 tâ lo lamete le mueve a prometer, o fa-
 zet algúas cosas los omes q son flacos:
 mas aun los fuertes. Mas en otro mie-
 do, q nô fuese de tal natura, a q dizen
 vano^m nô escusaria al que se obligasse
 por el. Otros dezimos, que maestros
 son llamados aquellos a quien señala-
 damente pertenece la guarda, e la fe-
 mencia de las cosas sobre q son puestos,
 e son dichos maestros " porq muestrâ
 los saberes, o cabdillan caualteria.

“Pleyto o postura q ome faze por miedo no deue valer...”

Dice el ilustre psiquiatra suizo: «Con este excelente calificativo—reacciones primitivas—denomina Kretschmer las reacciones afectivas extremas repentinas, entre otras, como el gritar, los accesos de furia, el estupor afectivo, la huída sin sentido, con o sin perturbación de la conciencia. Las observamos en forma idéntica como tempestad de movimientos o como reflejo de inmovilización de los animales asustados o espantados. En las circunstancias corrientes de la vida se observan reiteradamente en los imbeciles y, en este caso, representan una descarga afectiva o una reacción de corto circuito ante una situación que al enfermo le parece insopportable y de la cual quiere huir, sea como sea. En el pánico y en las catástrofes, sin embargo, pueden presentarse estos estados, también, en sujetos intelectualmente de grado elevado y psíquicamente equilibrados. Desde el punto de vista forense, por regla general, dice, carecen de importancia».

Al magistrado le interesa determinar si el miedo, si el susto o espanto de una persona ha sido «insuperable» y por esta causa ha anulado la voluntad del asustado. Es un punto de vista y a él debemos atenernos. ¿Qué logramos con indicar que se trata de una «reacción primitiva», cuyo sentido dista mucho de estar más claro que si dijésemos con palabras vulgares que se trataba de un acto instintivo o, metafóricamente, de una especie de reflejo psíquico? En verdad, muy poca cosa. Porque, en el primer supuesto, nuestra pericia es innecesaria por su carencia de valor científico y en el segundo habríamos de añadir, sin demora, que jamás el reflejo psíquico es algo «natural y necesario e inevitable como el reflejo somático», pues todo individuo puede educarse de modo que no actúe en forma refleja (J. Wyrsch).

Un examen psico-somático, correctamente realizado, puede dar magníficos resultados para una buena interpretación de la personalidad de quien, por haber cometido un acto antisocial o criminoso está sometido al juicio de los tribunales de justicia. Pero la cuestión es demasiado seria para tolerar verdaderas parodias de lo que dicho examen debe ser. En el manicomio criminal de Aversal, oficialmente, *Casa di cura e di custodia*, se practica, como en otros varios de Italia y de distintos países, un estudio completo, examinándose los datos generales, los anamnésicos, los antropométricos, estatura, peso, anomalías adquiridas, vida vegetativa, sensibilidad, motilidad, dinamometría, reacciones eléctricas neuro-musculares, palabra, escritura autógrafa, etcétera, y las funciones psíquicas en las esferas, volitiva, afectiva e intelectiva. En la esfera volitiva es objeto de especial atención el examen de los instintos, tendencias, *capacidad inhibitoria*, con-

No necesito hacer comentarios sobre la importancia que un examen de este tipo tiene en consonancia con un caso de supuesto «miedo insuperable». Me limito a decir que es algo análogo entre una estimación arbitraria, todo lo más intuitiva y otra estimación técnica razonable y científica, susceptible de aquilatar hasta donde el saber humano alcanza.

Entiendo indispensable, o por lo menos saturado de razón, el propósito de que juristas y médicos psicólogos lleguemos a una comprensión recíproca de nuestros particulares puntos de vista. La verdad es una, pero el enfoque es distinto. El aseverar que si el agente sobre el cual obre el estímulo fuese un héroe y pudiera obrar con libertad volitiva no podemos entenderlo del todo quienes nos hallamos convencidos hasta la evidencia del componente neuro-vegetativo de la personalidad. El miedo insuperable para unos no será insuperable para otros y aún cabe añadir que en muchos casos el nivel de diferenciación será muy pequeño, en tanto que en otros alcanzará niveles elevados. Lo anímico está unido a un componente somático y esta verdad es inútil al pretender borrarla con bellas palabras. No negamos, naturalmente, el espíritu de sacrificio, abnegación que llega a cumbres poco menos que innaccesibles al juicio del hombre, el heroísmo, etc., pero, sobre todo, es valorable, explicable psicológicamente y, desde luego, se refiere a casos excepcionales que registran la historia. Por lo común—de ahí las arengas béticas—, cuando un hombre va a poner la vida en peligro necesita el poderoso estímulo del ideal, la promesa de premio imperecedero. En el poema de Trifiodoro, Atenea dice a los que ya tienen categoría de héroes:

«Cual primera virtud, brille en vosotros
ingénito el honor ; que nadie empañe
su gloria con vergüenza ; de tal suerte
todos y cada cual se muestren dignos
de recibir el premio a sus hazañas».

Puede arguirse, es cierto, que se busca lógicamente un tipo medio que es pura teoría. Equivale al hallazgo de «lo normal» concepto puramente arbitrario e indefinible. Recuérdese la famosa definición lombrosiana de «hombre normal».

La definición de miedo insuperable es práctica, pero no indiscutible en pura doctrina. Si el miedo es insuperable es que no existe posibilidad de su curación. ¿Cómo se demuestra esto? En verdad, la razón no alcanza a tanto y según el modo de razonar es posible llegar a muy opuestos resultados.

Lo científico es individualizar cada caso en relación con sus específicas condiciones y circunstancias. Así, como no hay heridas grandes ni pequeñas, sino heridas de tantos o cuantos centímetros y una, «pequeña herida» puede ser infinitamente más grave que una «herida grande», por cuyo motivo se rechaza en Medicina le-

gal el empleo de esas vulgares denominaciones ; así también debe rechazarse el adjetivo «insuperable» en relación con el miedo y dejar al juez en libertad de valorar los hechos con criterio científico, con los asesoramientos técnicos que pueda ofrecérsele por medio de la prueba pericial.

Ahora bien. ¿ Podríamos contestar categóricamente, en un caso dado, si el homicida obró con anulación de voluntad, indispensable para no ser imputable y demostrar nuestra opinión objetivamente en la misma forma que aseguramos que una mancha es de sangre, y aún más que es sangre humana ? O en otros términos, ¿ tiene hoy la Medicina legal recursos técnicos suficientes para determinar el grado de la emoción del afectado por una impresión determinante de terror pánico o de pavor anulador de la libertad volitiva ?

Antes de exponer mi pensamiento y contestar las cuestiones planteadas, permítase el respiro de un pequeño preámbulo. Porque me interesa dejar consignado que así como en Criminología debe tenerse siempre presente la juiciosa advertencia de Papillaut, que nos aconseja buscar y precisar las concomitancias entre los hechos délictuosos y las secreciones internas *senza cadere nel redicolo* ; así también podemos fijar los términos de nuestro problema, sin alcanzar las cimas de petulancia. Si criticamos el injustificado dogmatismo que sobre el miedo insuperable se pretende ejercer con simples pruebas de inducción y deducción, criticaríamos también sobrepassar la raya de nuestras actuales posibilidades psiquis-cópicas y clínico-somáticas.

* * *

¿ Puede la Ciencia resolver de manera categórica las reacciones psíquicas de los seres humanos ante determinados estímulos ? Creemos que sólo en parte. Pero, de igual manera que sería presuntuoso e inmoral el aseverar que nuestros conocimientos de química fisiológica son suficientes para explicar, sin más, lo que sucede en cada caso y llegar a la rotundidad en el afirmar o en el negar en cuanto al problema señalado, también sería desdeñable el encerrarse en un despectivo criterio de incomprendición para lo que se ha conseguido saber positivamente y que, conforme a las exigencias de las ciencias experimentales podemos demostrar cuantas veces se exija la demostración a los fines oportunos. La posición ante este problema nos parece a la par lógica y moral. Lógica, porque no es posible rechazar lo que la experiencia enseña y la razón no contradice ; moral, porque sirve a la verdad, apartándonos del error y de inexplicables contumacias.

Mas por lo mismo que nos proponemos servir a la verdad, la que consideramos como tal, nos apresuramos a sostener la tesis siguiente : Los fenómenos *psíquicos* son *apreciables*, pero no *medibles*. Los métodos psicométricos, sin excepción, tienen hasta hoy

un carácter transitorio, cuyo valor debe admitirse pragmáticamente, pero no como expresión categórica de valores numéricos absolutos.

No se trata, naturalmente, de negar la diferencia entre el oligofrénico y el superdotado, ni entre éste y el tipo de inteligencia media; de negar que sean evidentes los rasgos que separan al débil de ánimo del esforzado y valeroso, el abúlico del enérgico. Decimos, sí, que el fenómeno psíquico es anímico inseparable en sus facultades. Cabe apreciar éstas con normas de comparación respecto de un módulo arbitrario inaplicable a todos los hombres e igualmente inaplicable a normas invariables en el tiempo y en el espacio. Un factor histórico, cultural, etnográfico, e incluso político, interpolará variantes de estimación en los resultados obtenidos.

No hay distinción, en nuestro modo de ver, entre las dificultades de medida, con exactitud física en la medida del hecho psíquico, sea cualquiera nuestra finalidad. Lo mismo si nos proponemos determinar preferentemente el contenido llamado «intelectivo» que si nos interesa hallar solución a las reacciones de tipo afectivo. Tendríamos que conocer lo *normal* y esto es simplemente un producto de la imaginación humana.

En cambio, sí creemos posible orientar con un método riguroso el juicio de los jurisperitos y jueces sobre las probables consecuencias y manifestaciones psico-somáticas de «este hombre» ante «este estímulo emocional»⁸.

8. Como este trabajo no tiene la menor intención de situarse en el plano jurídico de la circunstancia eximiente «miedo insuperable», y si sólo analizar el punto de vista psicológico en su relación con el Derecho penal, no se ha recogido nada de legislación comparada. Queremos, sin embargo, hacer una excepción respecto del Código penal mexicano vigente, que cataloga como causa de inimputabilidad *el miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor* (art. 15, fr. IV, C. p.).

La calidad de «grave» la aprecia el juzgador según el sujeto y la violencia moral ejercitada. El temor es pasión del ánimo que hace rehusar lo considerado peligroso.

El miedo se tendrá como grave—dice Reúl Carranca y Trujillo, ilustre profesor de Derecho penal de la Universidad de México, *De Derecho penal mexicano*, Parte general, pág. 279—«cuando represente una profunda perturbación psicológica con raíces en la naturaleza psíquica del sujeto»—el subrayado es nuestro—y hasta de real independencia de una causa concreta que en forma de amenaza de un mal haya de producirlo; y por su parte, el temor ha de representar también una profunda perturbación psicológica, pero con causa real que lo ocasione en forma de amenaza irresistible, grave e inminente de un daño».

Fácilmente se comprende el interés despertado en nosotros por la opinión del eminentísimo penalista mexicano, dado que coincidimos en la valoración psicológica del sujeto. Completamente de acuerdo.

No indica, en cambio, Carranca cómo determinará el juzgador el fondo psíquico del contraventor: si por puro empirismo, como intuición psicológica o científicamente. Claro está que no tiene por qué hacerlo de manera concreta. De todas suertes, consideramos de positiva trascendencia la orientación personalística del jurista mexicano.

Las legislaciones penales de los Estados—ver la obra citada del Prof. Carranca y Trujillo—son todas de sumo interés jurídico y penal. Sobresale la del

Para ello disponemos de dos medios: el psicológico y el bioquímico. Ambos deben ponerse en juego, pues de no hacerlo así incurriremos en un pseudocientificismo propio de las exageraciones de los que no ven la unidad del espíritu.

Consideramos útil el recoger algunas de las sentencias del Tribunal Supremo sobre el miedo insuperable:

«El mal ha de ser real y conocido». (Sentencia de 9 de enero de 1889).

«Debe apreciarse si los procesados obraron poseídos de temor y con riesgo de ser muertos por acción del interfector». (Sentencia de 14 de mayo de 1893).

«Para que pueda estimarse esta circunstancia se requiere la realidad de un miedo que provenga de causa cierta e inminente, la cual sea el móvil de la acción que como delito resulta cometida, miedo que, cohibiendo la voluntad del agente, le colocará en la alternativa de sufrir un daño o inferirlo, todo lo cual exige términos de comparación conocidos que puedan servir de base al juicio que se forme». (Sentencia de 9 de enero de 1903).

«Debe apreciarse cuando el procesado mató porque otro con amenazas de muerte le obligó a seguirle y vagar por los montes donde intentaba robar». (Sentencia de 13 de julio de 1904).

«El mal ha de ser plenamente probado, así como que produjo en el ánimo del agente tan honda y perturbadora impresión que cohibió su voluntad». (Sentencia de 24 de diciembre de 1905).

«No es de apreciar cuando la culpable de infanticidio fué meramente amenazada de muerte por su padre la víspera del delito para el caso que fuera cierta su deshonra». (Sentencia de 1 de marzo de 1916).

«No es de apreciar en el mero hecho de echarse mano a la cintura como para sacar un arma». (Sentencia de 5 de marzo de 1923).

«El mal ha de sobrepasar los límites del temor corriente ante cualquier peligro o amenaza». (Sentencia de 6 de marzo de 1923).

«No es de apreciar en la que injuria presa de fuerte excitación nerviosa y ante el temor de ser maltratada por la persona injuriada». (Sentencia de 17 de marzo de 1930).

«Debe apreciarse si el interfector que repetidamente le había amenazado y agredió le insultó mientras metía mano en el bolsillo del pantalón, lo que determinó en el procesado un miedo imposible de vencer y la firme convicción de que peligraba su vida». (Sentencia de 24 de octubre de 1932).

derogado Código de Guajanato (1871), que definía la excluyente en esta fórmula: «El miedo grave que cae a varón constante» (art. 18, fr. IX).

«El peligro que amenaza el derecho de necesidad ha de ser real, grave e inminente» (pág. 328).

También sobre este punto el tratadista que comentamos dice que el requisito de la gravedad «permite ser interpretado en atención al sujeto y a la especie de circunstancia en que se encontraba».

Insisto sobre la coincidencia estimativa a que llegamos un legista y un biólogo, mirando cada uno el problema desde distintas atalayas.

«No es de apreciar cuando se reconoce que el procesado tuvo intención de matar y anteriormente había manifestado al interfecto su propósito de evitar que se casase con su novia y que llegaría a quitarle la vida». (Sentencia de 7 de abril de 1933).

«Consiste en la falta momentánea de condiciones de imputabilidad producida por una fuerte coacción exterior, y esta situación excepcional es el elemento de hecho que debe reconocerse explícitamente en la sentencia, sin que quepa suponerla por la simple circunstancia de tomar parte en una riña y de estar en el suelo, junto a los contendientes, una guadaña con la cual la víctima había pretendido parar la mula que montaba el procesado». (Sentencia de 24 de enero de 1934).

«El miedo consiste en una coacción «o choque psíquico» proveniente de un riesgo inminente e inevitable». (Sentencia de 28 de enero de 1934).

«Violencia moral en que se encuentra el agente ante la posibilidad de recibir un daño grave e injusto». (Sentencia de 13 de marzo de 1934).

«Ha de provenir—el miedo insuperable—de un mal real conocido, cierto e inadmisible, sin que pueda basarse el temor, por fundado que fuere, de sufrir males de carácter inconcreto que no constituyan un atentado a su integridad». (Sentencia de 17 de diciembre de 1934).

«Violencia moral producida por el acto de otra persona». (Sentencia de 4 de octubre de 1935).

«No es dable en riña aceptada». (Sentencia de 28 de enero de 1936).

«Para que el miedo sea insuperable hace falta que pase del límite de lo corriente y llegue a producir un estado de excepción que anule las facultades, determinando una verdadera inhibición mental, un miedo que dominando al agente constituya el único móvil de su actuación, certidumbre de un mal inminente e inevitable por los medios normales que la realidad del momento ofrezca». (Sentencia de 4 de julio de 1940).

«Las simples afirmaciones relativas a la ofuscación de la inteligencia y a la excitación del ánimo no constituyen base suficiente para la eximente». (Sentencia de 9 de marzo de 1945).

RÉSUMÉ

L'auteur fait une étude psychologique et psycho-pathologique de la peur insurmontable comme circonstance qui excuse de la responsabilité criminelle. Il commence par une analyse de la peur dans son aspect étymologique tâchant de démontrer l'importance d'estimer la signification des paroles qui expriment les formes différentes de la peur, en ajoutant des exemples choisis de la Mytho-

logie et de la Littérature. Il n'oublie pas le sens vulgaire de beaucoup de voix qui expriment ce sentiment asthénique. Dans la partie psychologique il établit une différence essentielle entre la peur et les formes différentes de la crainte. La peur serait donc une réaction psycho-somatique réflexe à cause d'une dissonance sensoriales entre le receveur et la stimulation. S'effrayer n'est pas avoir peur, mais l'alarme de la peur possible par suite de la frayeur.

La peur, émotion asthénique, a une corrélation somatique, comme la colère, émotion esthénique. Dans les deux cas il y a une possibilité scientifique et technique de démontrer par les experts la réalité de l'état des émotions. Le fait de réaliser cette expérience est aussi nécessaire que celui de rapporter sur la normalité ou l'anormalité psychique d'un présumé aliéné.

Le Droit pénal dans sa phase scientifique, doit s'accomoder à des normes qui ne sécartent pas de celles que la Psychologie est arrivée à signaler comme valides dans son développement doctrinal perpétuel.

Il pourrait être convenable d'étudier quelques unes des circonstances qui excusent de la responsabilité criminelle selon ces points de vue, et parmi elles, celles que le Code pénal espagnol signale pour "la peur insurmontable".

L'auteur croit qu'il soit possible d'orienter la réaction sentimentale possible de "cet homme" devant "ce stimulus" par une méthode rigoureusement scientifique. On a pour cela deux moyens, le psychologique et le biochimique.

SUMMARY

The author does a psychological and psycho-pathological study of the insuperable fear as an exempting circumstance of criminal responsibility. He begins with an analysis of fear in its etymological aspect and he tries to demonstrate the importance of valuing the meaning of the words which express the different forms of fear by adducing some examples chosen from Mythology and from Literature. He does not forget the common meaning of many terms which express that asthenic sentiment. In the psychological part he establishes an essential difference between the fright and the different forms of fear. The fright would therefore be a psycho-somatic reflected reaction caused by a sensorial dissonance between the receiver and the stimulus. To be frightened is not to fear, but the alarm of the possible fear due to the fright.

Fear, asthenic emotion, has a somatic correlation like anger, asthenic emotion. In both cases there is the scientific and technical possibility of demonstrating by experts the reality of the emotional state. The fulfilment of that experience is as necessary as

the opinion about the normality or the lack of normality of a supposed mental alienated.

The Penal Law, in its present scientifical phase, must adjust itself to the norms which do not separate themselves from those that Psychology has arrived to signalise in its perpetual doctrinal development as the only valid ones.

It would be convenient to study some of the circumstances which exempt from criminal responsability according to these points of view, and among them those which in the Spanish Penal Code are established for the "insuperable fear".

The author thinks that it would be possible to orientate the possible sentimental reaction of "this man" before "that stimulus" by a rigorous scientifical method. For this purpose we have two means, the psychological and the biochemical one.

APÉNDICE

La indole de este trabajo no nos ha permitido diluir su concreto contenido y su definida orientación entre digresiones, sin duda alguna interesantes, pero, indudablemente, inoportunas. Por ello no hemos recordado los viejos problemas planteados por los estoicos que consideraban los sentimientos como «conocimientos imprecisos» ni las ideas de Hegel, Volkmar y Kant, etc. Sobre este punto y sobre la delimitación del concepto de afectividad puede quien lo desee conocer otras tan importantes como las de E. Bleuler, *Afectividad sugestibilidad paranoia*; Nicola Pende, *La Scienza moderna della persona humana*; Henry Claude, *Psiquiatría médico-legal*; E. Mouchet, *Percepción, instinto y razón*; y así como las teorías de los psicofisiólogos Lange, W. James, Sergi, en sus respectivas obras clásicas. El estudio bibliográfico de la psicología de los sentimientos es poco menos que inagotable. Merecen recordarse Ribot, Manganazza, Th. Ziehen. En otro aspecto merecen la atención del estudioso libros como el de Henrique de Vilhema, *A expressão física da cólera na literatura*, y los trabajos de investigación científica de nuestro Marañón.

Otras fuentes de información, algunas de ellas de vulgar recuerdo, no nos sirven para conocer lo que en nuestro modesto criterio debe ser conocido y aclarado. Pudieron en su época cumplir un papel cultural y merecen el más profundo respeto. Pero en realidad están desplazadas con el adelanto científico contemporáneo.

El secreto médico profesional

F. ALAMILLO

Teniente Fiscal en Salamanca

En toda comunidad política se precisa de un mínimo de seguridad, tanto a favor del Estado como a favor de los particulares; seguridad que proporciona el ordenamiento jurídico mediante la regulación de los derechos y deberes de cada uno, y que se garantiza mediante las leyes penales y su cumplimiento. Sin esta seguridad jurídica sería imposible que ni el Estado ni los individuos pudiesen cumplir sus fines propios.

Tal seguridad o tal protección, si se quiere, alcanza y debe alcanzar a muy diversos bienes: A la vida, a la propiedad, a la fama, etc., tanto de la comunidad como de los individuos. Al principio, el derecho penal sólo protegía estos bienes contra los ataques claros y directos. Pero a medida que han ido avanzando los tiempos se ha podido apreciar que la mayor parte de los bienes jurídicos son susceptibles de ser atacados por medios indirectos y sutiles que, aunque al parecer son inocentes, dan lugar a graves daños. Entre otras conductas de este tipo aparece la revelación o descubrimiento de secretos. A la patria no sólo se la ataca con cañones, aviones, soldados; se la ataca también, y quizás se le pueda causar más daño, revelando al enemigo los secretos militares. Al individuo no sólo se le perjudica mediante el robo, o la estafa, o los daños materiales, sino también entregando al competidor un secreto de fabricación.

De aquí ya se desprendería la necesidad de proteger fuertemente el secreto, es decir, el derecho al mantenimiento del secreto, como medio de proteger esos derechos fundamentales. Y aun sin recurrir a la necesidad de defender tales derechos, se podría decir lo mismo respecto de otros (llamémoslos, si queremos, menores, por cuanto parecen menos visibles, y, a veces, menos apreciados), como la buena fama, el crédito, etc., que podrían ser muy perjudicados por la inoportuna revelación de algo que no debió conocerse.

Y si esto puede decirse en términos generales, ¿qué no decir cuando la revelación del secreto se hace por las personas a quienes se ha confiado, no por libre voluntad, sino por necesidad? Entonces, la conclusión es que la protección debe de ser mucho más fuerte. Y aquí ya entramos, con todas las legislaciones, en el terreno de lo penal.

El secreto en el Código penal

El Código penal vigente, igual que los anteriores, dedica una serie de preceptos que condenan el quebrantamiento o violación de secretos. Tales preceptos, dispersos a lo largo del articulado del Código, pueden sintetizarse así:

Constituye delito de traición el descubrimiento y la revelación de secretos políticos, militares o de otro género que interesen a la seguridad del Estado (art. 122, núm. 6.º).

Es delito de prevaricación el descubrimiento de secretos conocidos por razón del cargo de Abogado o Procurador, con abuso malicioso del mismo (art. 360).

Se integra la figura de «violación de secreto», público o privado, cuando los descubre un funcionario que los conoció por razón de su cargo (arts. 367 y 368).

Se configura como «descubrimiento y revelación de secretos» la conducta de ciertos particulares, regulada en los artículos 497 y siguientes.

En cierto modo, también puede considerarse como delito de este género el definido en el artículo 192, puesto que el Estado garantiza el secreto epistolar.

Examinando todos estos preceptos, vemos que en la definición legal del delito representan papel importantísimo dos factores: el carácter del sujeto activo (funcionario o particular) y el del secreto violado (público o privado).

De la combinación de ambos elementos resulta la siguiente clasificación de los actos penados por la Ley:

a) Cuando el agente es funcionario público y revela secretos de carácter público, en todo caso, y de carácter particular cuando tenga conocimiento de ellos por razón de su cargo.

b) Cuando el agente es particular y revela secretos de carácter público que afectan a la seguridad del Estado.

c) Cuando el agente es particular y el secreto también privado y se quebranta con alguna de las circunstancias siguientes: 1.º Que se haya descubierto mediante el ilícito apoderamiento de cartas, papeles, etc. 2.º Que el secreto haya sido confiado como Abogado o Procurador y se revele abusando de estas profesiones. 3.º Que se haya conocido como consecuencia de una relación de dependencia o trabajo especificada por la Ley, en fábrica o establecimiento industrial.

De todo se deduce:

A) Que los secretos del Estado están bien protegidos en todo caso, máxime si se tiene en cuenta el rigor del Código de Justicia militar.

B) Que los secretos de los particulares sólo están protegidos cuando el depositario es funcionario público que los conoce por

razón de su cargo; cuando hay un acto inicial ilícito de apoderamiento, y cuando entre el dueño o titular del secreto y el depositario existe un especial deber de fidelidad que se quebranta y que está específicamente reconocido por el Código.

Y la cuestión que surge es lógica: ¿Están previstos todos los casos en que es necesario proteger ese especial deber de fidelidad? Una simple ojeada a nuestro Derecho y a los Códigos extranjeros nos lleva de manera inevitable a dar una contestación negativa.

Prescindiendo de los Códigos que establecen una fórmula general, como el argentino¹ y el italiano², dentro de la cual caben todo género de profesiones y oficios, dejando la determinación concreta a la doctrina, podemos señalar los modelos del Código penal alemán³, que establece penas de multa para «los abogados, procuradores, notarios, defensores en asuntos penales, médicos, cirujanos, comadrones, farmacéuticos y los auxiliares de tales personas...», «cuando sin autorización revelan secretos privados que les han sido confiados por razón de su cargo, estado o industria»; y del Código penal suizo⁴, que pena a «los eclesiásticos, abogados, defensores, notarios, inspectores, atenidos al secreto profesional en virtud del Código de Obligaciones, los médicos, dentistas, farmacéuticos, comadrones, y sus auxiliares, que revelen..., y los estudiantes que revelaren un secreto que descubren durante su estudio».

En ellos vemos una regulación mucho más amplia que la de nuestro Código penal, que se ha olvidado de proteger contra las violaciones del secreto profesional, salvo la excepción que hace «en beneficio de la Curia».

Necesidad de tutelar el secreto profesional

Dice con razón Manzini⁵ que la falta o deficiencia de conocimientos técnicos, la peligrosidad, la imposibilidad natural o la prohibición jurídica de proveer por sí mismo a un determinado cuidado, la necesidad de someterse a ciertos controles, los deberes de un culto religioso, ponen al hombre en la necesidad absoluta o relativa de recurrir a los servicios o consejo de otras personas que no los prestan por simpatía personal (amigos, bienhechores), ni en atención a la soberanía estatal (funcionarios públicos), sino que intervienen como portadores de conocimientos especializados, de un tecnicismo particular, más o menos arduo y elevado, pero cul-

1. Artículo 156.

2. Artículo 622.

3. Artículo 300.

4. Artículo 321.

5. MANZINI: *Trattato di Diritto penale italiano*. Vol. VIII, pág. 817.

tivado y ejercido por círculos restringidos de personas, profesionales en sentido amplio.

Cuando estos servicios necesarios se prestan por el poder público, cuando son servicios públicos, los encargados de prestarlos quedan encuadrados en el concepto amplio de funcionarios públicos del artículo 119 del Código penal, y los secretos que se les confieren en el ejercicio de sus cargos estarán suficientemente protegidos contra la indiscreción.

Pero otras muchas veces, la mayor parte, tales servicios, necesarios por las razones antes apuntadas, no son prestados con tal carácter público; el Estado se reduce a establecer los límites de su prestación, o las condiciones que han de reunir las personas que hayan de prestarlos, y la prestación efectiva queda en manos de los particulares. Es el caso del médico, del abogado, del gestor de negocios, del comadrón y comadrona, del farmacéutico y de tantos y tantos profesionales a quienes el particular tiene que acudir en la vida cotidiana y a los cuales tiene que poner en conocimiento de detalles íntimos, de verdaderos secretos, desconocidos de todos y destinados a mantenerse ocultos a todos, pero sin cuyo conocimiento no puede prestársele el consejo o auxilio solicitado.

Pues bien, contra la indiscreción de tales profesionales, no está en nuestro Derecho protegido el cliente, si se hace omisión del abogado y del procurador; sin embargo, piénsese en la trascendencia que en la fortuna, e incluso en el curso de la vida, puede tener la revelación de ciertos secretos, y se llegará a la conclusión de la necesidad de una fuerte protección del secreto. Porque como dice Finger⁶, la lesión existente por la propagación de los secretos confiados, es amenazada penalmente porque a ello obliga la índole de las relaciones en virtud de las cuales fueron confiados y hasta lo exigen ciertos intereses generales cuya realización sólo puede esperarse cuando hay garantías de que el círculo de aquellos que conozcan el secreto y hayan de conocerlo por fuerza de la realidad, quede estrechamente delimitado, ya que⁷ los necesitados de consejo se deciden fácilmente a buscarlo cuando pueden contar con la seguridad de que las circunstancias que les determinaron a ello no pasarán a un círculo más amplio de personas. Y como⁸ la necesidad o quasi necesidad es general, de todos y cada uno, es decir, como se trata de un interés público, puede y debe intervenir el Derecho imponiendo el secreto a determinados grupos de personas, y el Derecho penal estableciendo sanciones contra los que lo quebranten.

Sin que sea obstáculo para ello la libertad de elección del cliente, porque, aun siendo cierta, es una libertad muy relativa, ya

6. FINGER: *Verletzung fremder Geheimnisse*. En «Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts», parte especial, tomo VIII, página 345.

7. FINGER, o. c. pág. 354.

8. MANZINI, o. c. VIII, pág. 818.

que se concreta siempre a un número determinado y reducido de personas, a las cuales, probablemente, ni se conoce más que por propio anuncio.

Por consiguiente, se hace precisa la tutela penal del secreto profesional, de una manera general, comprensiva de todas las profesiones de necesidad pública; sin embargo, nuestro trabajo se limita a la configuración penal del secreto profesional médico, por ser, seguramente, el que más apremia en la vida social. Y que no tiene en nuestro Derecho más reconocimiento que el que le presta la Orden de 8 de septiembre de 1945, aprobatoria del Reglamento para la Organización Médica Colegial, en cuyo apéndice de normas deontológicas, y bajo el número 23, figura el deber de secreto con ciertas excepciones.

El sujeto

Algunas legislaciones, como hemos indicado⁹, establecen el delito de revelación de secreto profesional de una forma tan amplia que abarca a cualquier profesión, siendo necesario que después la doctrina delimite con mayor precisión el verdadero ámbito de aplicación de la Ley. Medida aconsejable, para que no pueda decirse que la previsión del legislador en esta materia no puede abarcar las innumerables facetas de la vida, pero que puede dar lugar a que la doctrina incluya una serie, quizás excesiva, de profesiones, oficios o artes entre las sujetas a guardar el secreto profesional. Por ejemplo, en relación con el Derecho italiano, incluye Manzini, aparte de las profesiones jurídicas y médicas, a los bañeros, los barberos, peinadoras, domésticos, factores, cargadores, artesanos, etc.¹⁰.

Por ello parece más acertada la postura de las otras legislaciones que señalan concretamente los sujetos del delito.

Limitando nuestras averiguaciones, como hemos dicho, al campo médico, vemos, en primer lugar, que en todas las legislaciones, según todos los autores, se incluye entre los obligados al secreto médico, como es natural, al propio médico, es decir, al que ejerce directamente la profesión médica con título principal: al que en España se conoce como Licenciado o Doctor en Medicina. Y bajo este título de médico, ha de comprenderse a todos, cualquiera que sea la denominación especializada que adopten.

Dentro de ello, se han presentado a los autores ciertos problemas relativos a la inclusión en tal concepto de ciertas profesiones médicas o sanitarias. Así, se ha discutido el carácter médico del dentista, médico y cirujano en una pieza; la discusión estaría, no lo dudamos, justificada en aquellos tiempos (no muy lejanos aún) en que su oficio se limitaba a «tirar fuerte y sin miedo» de un

9. Código penal argentino, art. 156; Código penal italiano, art. 622

10. MANZINI, o. c. 824.

hueso que, a lo peor, ni siquiera era el enfermo. Pero modernamente, esa profesión ha cambiado mucho; se ha elevado extraordinariamente su importancia, al descubrirse la etiología dental de numerosas enfermedades, y al estudiarse las enfermedades propiamente dentarias, con lo que se ha formado una relevante rama de la Medicina; y no menos importancia adquiere su aspecto cirujano y sobre todo en cuanto a cirugía estética. Comprendiéndolo así, los autores modernos¹¹ afirman la consideración del dentista como médico a estos efectos. Y expresamente los cita el Código penal suizo¹².

Ya es otro cantar el de los veterinarios, aunque también se discutió su inclusión en el grupo médico, puesto que aplican ciertos conocimientos médicos o sanitarios al tratamiento de las enfermedades de los animales. Sin perjuicio de que estén obligados a guardar el secreto profesional general, ya nadie los considera incluidos en el grupo médico a tales efectos¹³.

También se incluye generalmente en el grupo de los obligados a guardar secreto médico profesional a las personas que con carácter facultativo asisten a los partos. Es decir, los (o las) comadronas o parteros. Los incluyen Finger, Hartman, Manzini, Frank, el Código penal suizo, el alemán, etc.

También los farmacéuticos se incluyen entre los obligados y posibles sujetos de delito por su intervención en el suministro de medicinas que ordinariamente les hace conocer, por confidencia o deducción, el proceso de una enfermedad y aun de su causa¹⁴.

Y al lado de todos ellos, se incluyen en el mismo grupo a sus auxiliares, considerando como tales, fundamentalmente, a los practicantes y enfermeras. Con un carácter amplio, suelen indicar los autores que para que exista obligación de secreto es necesario que actúen con carácter profesional¹⁵. Así, por ejemplo, Finger¹⁶, para quien es indiferente la naturaleza o importancia del servicio que los auxiliares prestan al profesional, así como su carácter permanente o temporal; pero, en cambio, exige como condición que los auxiliares sean llamados por el sujeto médico, quedando excluidos cuando los llama el paciente. En consecuencia de ello, no deben considerarse como auxiliares todos aquellos que a causa de su situación de servicio se hallan en condiciones de llegar a conocer hechos que gustosamente se les mantendrían secretos. El criado del médico, la muchacha de servicio de la partera, que abren

11. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18.^a ed., Tübinga, 1931, pág. 701; FINGER, o. c., pág. 354; MANZINI, o. c., VIII, página 824, etc.

12. Artículo 321.

13. FINGER, o. c., pág. 354.

14. Orden del Ministerio de la Gobernación, de 8 de septiembre de 1945; FINGER, o. c., pág. 354; MANZINI, o. c., VIII, pág. 824.

15. SCHMIDT: *Der Arzt im Strafrecht*, Leipzig, 1939, pág. 14; MANZINI, o. c., VIII, 1.^a pág. 817; FINGER, o. c., pág. 355.

16. O. c., pág. 355.

la puerta y observan durante repetidas visitas al paciente, consultante, etc., no pertenecen al ámbito de los auxiliares. Sólo Schmidt¹⁷ incluye en este grupo a los domésticos, y aun esto sólo en contadas ocasiones.

Aún se añade otro grupo de personas obligadas a guardar el secreto médico: los estudiantes que, sin haber obtenido aún el título, hacen prácticas bajo la dirección de un titulado¹⁸. A su inclusión, sin embargo, se opone Finger¹⁹ y no los menciona Schmidt.

La Orden ya citada de 8 de noviembre de 1945 incluye también a los jefes o encargados de servicios de alguna Sociedad o Compañía aseguradora, que reciba los peritajes médicos o fichas de los enfermos, siempre que, según las condiciones del contrato, el cliente se haya obligado a consentir estas comunicaciones.

En cambio, se presenta con mucha duda el caso de aquellas personas que sin título alguno practican la Medicina, recibiendo clientes en consulta o tratamiento (intrusos). Frank, y con él otros autores, les niegan la inclusión en el grupo médico a los efectos de aplicarles el derecho especial sobre revelación de secretos. Sin embargo, parece que debiera equipárselas, ya que de otra manera serían de peor condición los profesionales autorizados que los intrusos; sin perjuicio, claro es, de aplicar a estos últimos las normas ordinarias de represión del intrusismo.

Finalmente, se discute también si pueden ser sujetos del delito los terceros que no están incluidos en ninguno de los casos anteriores. Frank estima que los terceros pueden ser copartícipes. Lo mismo sostiene Manzini²⁰. Este mismo autor y Schmidt²¹ entienden que en todo caso pueden ser sujetos del delito los herederos del profesional que, tras la muerte de éste, publiquen los secretos que hubieren conocido por el muerto o por su herencia. En cambio, se estima por los mismos que el recipiendario de la revelación ilegal no está obligado a guardar el secreto si no hubiere inducido al revelador para el quebrantamiento del sigilo.

El objeto

El concepto de secreto ha dado lugar a proljas disquisiciones, por la dificultad que se suele encontrar en su fijación, ya que, como dice Finger, para llegar a él no se puede utilizar un proceso deductivo ordinario; el concepto de secreto es, por el contrario, un conjunto de notas, recopiladas arbitrariamente, sobre el que no puede decirse nada absoluto, ya que el uso o costumbre de de-

17. O. c., pág. 14; también MANZINI, o. c., VIII, pág. 821, habla de los *dependientes y convivientes* con el profesional.

18. FRANK, MANZINI, *Código penal suizo*.

19. O. c., pág. 355.

20. FRANK, o. c., pág. 701; MANZINI, o. c., VIII, pág. 817.

21. MANZINI, o. c., VIII, pág. 821; SCHMIDT, o. c., pág. 14.

terminadas clases o grupos puede fundir en esta unidad cosas y características muy diversas²²; pero, en todo caso, se parte de una esencia de hecho: su desconocimiento por los demás.

Dice así Manzini que el secreto es un concepto de relación que «indica el límite puesto por una voluntad jurídicamente autorizada a la cognoscibilidad de un hecho o una cosa, de modo que estén destinados a permanecer ocultos a toda persona distinta del depositario, o al menos de aquéllos a quienes no lo revele el que tiene el poder de hacer desaparecer las limitaciones»²³.

Aplicando el concepto al caso médico, dice que ha de ser de naturaleza íntima, es decir, que ha de tratarse de un hecho o relación que afecte a la esfera íntima de la persona; pero que no importa que sea anterior o posterior a la relación de clientela. E incluso es indiferente que lo sepa o no el sujeto interesado, el propio cliente, titular del derecho al secreto, por cuanto, a veces, el médico, en sus averiguaciones, ve cosas que el paciente ignora y puede considerar preferible callárselas al paciente para evitar un estado de ánimo que dificultaría la curación²⁴. Igual afirmación hace Schmidt, quien por ello dice que el objeto de delito lo constituye «la revelación de secreto ajeno que se ha confiado al médico o éste ha averiguado durante el ejercicio de la profesión»²⁵.

Concretando el concepto de secreto, dice Hartman que son «hechos privados desconocidos del público, cuya reserva corresponde al interés del titular o a su voluntad expresamente manifestada»; y Finger define que secreto es «lo que no es conocido generalmente o por un círculo indeterminado de personas, sino solamente por alguno o algunos determinados», señalando que la amplitud de la esfera de lo que es secreto puede ser influída por la voluntad en cuanto muchas veces depende de la voluntad del individuo dar o no a conocer su vida íntima; y otras, por la posibilidad de suprimirse voluntariamente las circunstancias que acarrearían la publicidad del proceso y el consiguiente conocimiento del mismo, por un círculo más o menos amplio de personas²⁶.

Y no debemos pasar por alto la disposición deontológica²⁷ de las anexas a la citada Orden del Ministerio de la Gobernación de 1945, que establece que «se entiende por secreto médico o secreto profesional médico aquellas confidencias que por razón de profesión el médico reciba de sus clientes, conducentes a recibir a cambio un consejo o un servicio correspondiente a su profesión», añadiendo que «este concepto no queda restringido tan sólo a aquellas manifestaciones que el enfermo hace, sino a todas aque-

22. FINGER, o. c., pág. 203.

23. MANZINI, o. c., IV, pág. 173.

24. MANZINI, o. c., VIII, pág. 825; FINGER, o. c., pág. 360.

25. O. c., pág. 14.

26. HARTMANN: *Das Berufsgheimnis und ihre Verletzung*. Tesis doctoral, página 8; FINGER, o. c., pág. 205.

llas (¿circunstancias?) que el médico observe y conozca relacionadas con la enfermedad».

En síntesis, de la doctrina vemos la precisión de las siguientes notas para construir el concepto de secreto:

a) El carácter oculto del hecho, es decir, su desconocimiento por la generalidad de las personas. Sobre este punto, como dice Rodríguez Muñoz²⁷, existe discrepancia entre los autores, pues mientras algunos exigen que las personas que lo conocen sean individualmente determinadas (v. Liszt), otros niegan toda importancia al número de personas que son conocedoras del secreto (Overbeck), y otros, por fin, admiten la existencia del secreto aunque exista gran número de personas que lo conozcan, especialmente cuando en ellas concurren ciertas circunstancias como parentesco, relaciones íntimas, etc. En todo caso, no se puede pasar por alto algo importantísimo hecho notar por Finger²⁸: que una cosa es percibir el hecho y otra sacar sus consecuencias. El hecho será público, pero las consecuencias obtenidas o averiguadas en virtud del saber nomológico, son secretas.

b) El estar destinado a permanecer oculto. Esto lo interpretan algunos autores en el sentido de que el titular debe tener algún interés en que no sea conocido por la generalidad; así Rodríguez Muñoz, Frank y Manzini, quien exige que el secreto ha de estar basado en un interés legítimo y jurídicamente relevante. En cambio, Binding, Finger y Hartman estiman que basta con que el titular manifieste su voluntad de mantenerlo oculto. De tal modo, dice, que, existiendo un interés serio, debe guardarse aun cuando no se pida expresamente; y que también ha de guardarse aunque no haya ningún interés, cuando se ha manifestado expresamente la voluntad de reserva. Posición intermedia ocupa Schmidt, para quien tiene que haber un interés legítimo o legal en mantener el secreto; pero admite que este interés pueda ser puramente subjetivo y libremente apreciado por el titular.

c) Que el hecho se haya conocido por razón de la profesión médica, tanto por manifestación del paciente o persona que le acompañe o represente, como por observación directa del propio médico.

La conducta

Presupuesto el secreto en las condiciones dichas, la conducta delictiva está integrada por la revelación injustificada del mismo a tercera persona. Son, pues, dos, sus elementos.

El primero, la comunicación a un tercero, ajeno a la relación entre médico y paciente, que no conoce el hecho ni tiene por qué

^{27.} RODRÍGUEZ MUÑOZ Y ANTÓN ONECA: *Derecho penal. parte especial*, Madrid, 1949, pág. 325.

^{28.} O. c., pág. 297.

conocerlo. No es, sin embargo, necesaria la «publicación», es decir, la comunicación del secreto a un círculo o grupo indeterminado o ilimitado de personas. Aunque naturalmente, la publicación del mismo en tales términos no sólo estaría incluida en el concepto delictivo, sino que, además, podría considerarse agravado, según la técnica ordinaria de nuestro Código penal.

El segundo requisito es la no justificación de la revelación. Este ha presentado interesantes cuestiones que vamos a reseñar brevemente :

Causas de justificación

En primer lugar, de todo lo que llevamos dicho se desprende que la antijuridicidad de la revelación cesa cuando el titular del derecho a la reserva consiente expresamente la divulgación, ya que de él depende la misma, y entonces no puede encontrarse la necesidad de la tutela penal. Por la misma razón que el hurto, por ejemplo, queda excluido por el ejercicio del poder dispositivo del titular. Sería un caso de los muchos admitidos por los autores del consentimiento como causa de justificación²⁹. Frank, sin embargo, excluye la fuerza justificadora del consentimiento dado por el que confió el secreto cuando el secreto afecta a un tercero distinto del que lo reveló o confió al profesional médico³⁰.

Tampoco ofrece duda la licitud del descubrimiento del secreto, aparte de los casos de autorización expresa, cuando resulte ajustada a Derecho la revelación, como puede ocurrir, según dice Frank, en el supuesto de colisión de deberes, conflicto de derechos o intereses y en el especial supuesto del deber de testimonio procesal³¹. Entre los casos de colisión de deberes, colocan los autores los siguientes :

a) Cuando se trate de enfermedades contagiosas de peligro común, como la lepra, la peste bubónica, septicémica o pulmonar, y cualquier otra contagiosa o transmisible o los casos de enfermedades epidémicas declaradas, en cuyos supuestos el médico no sólo puede, sino que, por el superior interés de la salud pública, debe, y así lo establecen las disposiciones sanitarias de todos los países, comunicar el caso a la autoridad pública encargada especialmente de adoptar las medidas conducentes a la eliminación del peligro³².

b) Por razones semejantes, tampoco sería ilícita la revelación del secreto hecha a los directores de colegios u otros establecimien-

29. SCHMIDT, o. c., pág. 14; SCHÖNKE, *Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 2.ª ed., Munich y Berlin, 1944, pág. 639; FINGER, o. c., pág. 362; MANZINI, o. c., VIII, pág. 827; *Código penal suizo*, art. 321, p.º II.

30. FRANK, o. c., pág. 699; SCHÖNKE, o. c., pág. 639.

31. FRANK, o. c., pág. 700.

32. BOUQUET: *Código penal concordado*. Buenos Aires, 1942, tomo II, página 36; FINGER, o. c., pág. 362: Orden 8-IX-1945.

tos donde, en régimen colectivo, convivan numerosas personas, si la enfermedad pudiere provocar algún peligro para los demás³³.

c) Ordinariamente, también estaría justificada la revelación a los padres o parientes próximos del enfermo encargados de su asistencia, para promover, mediante el conocimiento de causa, los cuidados más oportunos en el tratamiento de la enfermedad, o para que adopten las medidas más indicadas en orden a la evitación de peligros derivados de la misma. Así lo establece también la Orden citada de 8 de septiembre de 1945.

Por razones derivadas más directamente del conflicto de intereses, señala Bouquet³⁴ el caso en que el médico haya de indicar la enfermedad tratada para fundamentar su petición de honorarios, siempre que el obligado al pago se niegue a ello o tache los honorarios de excesivos.

Y, finalmente, se presenta el caso de la revelación del secreto cuando tiene lugar dentro de procedimientos judiciales donde interviene el médico como testigo o denunciante. Finger³⁵, cautamente, se remite a lo que sobre la materia establezcan las Leyes procesales y militares, absteniéndose de comprometer su propia opinión.

Manzini³⁶ estima que la revelación del secreto sería ilícita desde el momento en que el artículo 351 del Código de procedimiento penal exime a los sanitarios del deber general de testificar en juicio sobre lo que les fué confiado o llegó a su conocimiento por razón de la propia profesión. Sin que ello sea obstáculo para que el médico cumpla el deber también general de denunciar a la Autoridad judicial los hechos delictivos que conozca por razón de su profesión, porque dice que una cosa es presentar la denuncia y otra prestar testimonio, y porque al derecho-deber relativo al secreto profesional se sustituye la obligación general de denuncia establecida por las Leyes, y si la omisión de denuncia puede estar justificada cuando la misma exponga a la persona asistida a sufrir un procedimiento penal en su contra, como reconoce el artículo 365 del Código penal italiano, no puede decirse lo mismo cuando ya no se trata exclusivamente de las relaciones entre el cliente y el sanitario, sino entre éste y los terceros que no entraron con él en relación directa y que, por consiguiente, no crearon el vínculo fiduciario susceptible de ser violado; ya que no pueden considerarse como secretos meritorios de protección jurídica los intereses inmorales o excesivamente egoistas que la persona asistida pueda tener en que no sea denunciado un hecho comprometedor para un tercero (por ejemplo, solidaridad entre criminales, temor a la venganza, etc.).

33. Orden 8-IX-1945: FINGER. o. c., pág. 366.

34. O. c., pág. 36.

35. O. c., pág. 366.

36. MANZINI, o. c., VIII, pág. 824 y V, pág. 601 y sigte.

Schönke³⁷ dice, sosteniendo una opinión ecléctica, que la revelación del secreto no se convierte en lícita por el mero hecho de producirse dentro de una declaración judicial, si no hay un deber superior que obligue a ella; y

Frank³⁸, pasando al otro extremo de la doctrina, sostiene que el deber de testimoniar en causas judiciales justifica la revelación del secreto profesional. Siendo aun más extremado Bouquet³⁹, pues establece la justificación, «declarando a requisición judicial, aunque pueda negarse a declarar».

En el supuesto de que en nuestra legislación se introdujese este tipo delictivo de la violación del secreto médico, mientras no se modificasen las leyes procesales habría que estimar que el deber de declarar en juicio eximiría de guardar el secreto, ya que la Ley de Enjuiciamiento criminal solamente reconoce el derecho a negarse a declarar sobre hechos conocidos por razón profesional a los abogados, eclesiásticos y funcionarios públicos (arts. 416 y 417). Y aun de la sistemática de estos preceptos parece deducirse que la dispensa concedida al abogado no se basa tanto en la razón profesional como en la razón de necesaria compenetración con el cliente, que le coloca en un plano semejante, por lo que tiene de protección bien entendida, a la de los familiares a quienes dispensa el artículo 416 en su número primero. En definitiva, el médico estaría obligado a declarar aun cuando la declaración implicara la revelación del secreto.

Y mucho más, estaría obligado a revelarlo mediante la denuncia, ya que el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento criminal impone el deber de denunciar los delitos públicos de que se tenga conocimiento, por razón profesional, especialmente a los médicos, cuando se trata de delitos cuyos efectos precisan de su intervención, sin, por otra parte, limitar, como hace el código italiano, este deber de denuncia si de ella resultase una posible responsabilidad para el cliente.

Condiciones de perseguitabilidad

Suele establecerse en los códigos, y señalarse por los autores, que el delito de revelación de secreto profesional sólo puede perseguirse a petición del interesado. Tiene ello el mismo fundamento que todas las condiciones de procedibilidad, características de los llamados delitos privados: Que afectando el perjuicio, casi exclusivamente al particular, deja el Estado a éste la elección entre la conveniencia de penar el delito o dejarlo impune, pues de seguir el procedimiento probablemente se seguiría una publicidad

37. O. c., pág. 639.

38. O. c., pág. 700.

39. O. c., pág. 36.

mayor, y que sería más perjudicial a sus intereses que la misma impunidad.

No somos partidarios de la existencia de delitos privados en su sentido absoluto de intervención del acusador privado, con exclusión del Ministerio público. Antes bien, quisieramos ver convertidos tales delitos en semipúblicos, cuya persecución no pueda iniciarse sin la denuncia del agraviado que inviste al representante de la Ley y al Órgano jurisdiccional de las facultades necesarias para intervenir y juzgar respectivamente del hecho delictivo. Y en esta forma creemos que debiera configurarse el delito de violación de secreto profesional en nuestro Derecho positivo.

Naturaleza jurídica

Estudiado ya el delito en sus aspectos fundamentales, sólo nos resta hacer ligeras indicaciones sobre la naturaleza jurídica y encuadramiento sistemático del mismo en la parte especial del Código Penal.

El Código alemán lo coloca bajo la rúbrica «aprovechamiento y quebrantamiento punibles de secretos ajenos» (cap. 25, libro III), dándole autonomía junto con otras modalidades de violación de secreto.

El Código suizo lo coloca, en cambio, dentro del título general de los «delitos contra los deberes del oficio y profesionales» (título 18, libro II), donde se incluyen el abuso de autoridad, las exacciones ilegales, el cohecho, ciertas falsedades, la ayuda a la evasión de detenidos, etc.

El Código italiano lo comprende entre los delitos contra la persona.

Manzini⁴⁰ señala que el objeto de la tutela es el interés del Estado de garantizar la libertad individual..., y, precisamente, la libertad y la seguridad de las relaciones íntimas profesionales determinadas por la necesidad a la quasi necesidad.

Nuestro Código, prescindiendo de la violación de secreto, coloca las figuras de revelación de secreto cometidas por particulares, entre los delitos contra la libertad y la seguridad. Y este sería un buen lugar para colocar el delito de revelación de secreto profesional, trayendo al mismo también el cometido por los abogados y procuradores, que hoy se configura como prevaricación, aunque para ello es necesario forzar gravemente el concepto de funcionario público.

BIBLIOGRAFIA

BOUQUET (Pinto): *Código penal concordado*. Tomo II, Buenos Aires 1942. Códigos penales argentino (art. 156), italiano (art. 622), alemán (art. 300), suizo (art. 321).

FINGER: *Verletzung fremder Geheimnisse*. En «Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts». Parte especial, tomo VIII. páginas 293 y siguientes.

FRANK: *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18 ed., Tübingen, 1931.

HARTMANN: *Der Berufsgheimnis und ihre Verletzung*. Tesis doctoral.

RODRÍGUEZ MUÑOZ Y ANTÓN ONECA: *Derecho penal*. Parte especial. Madrid, 1949.

MANZINI: *Trattato di Diritto penale italiano*. Torino, vols.: V, págs. 239 y sigtes., 597 y sigtes., VIII, pág. 817 y sigtes.

SCHMIDT: *Der Arzt im Strafrecht*, Leipzig, 1939.

SCHÖNKE: *Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 2.ª ed., Munich y Berlin, 1944.

RÉSUMÉ

Le Code pénal espagnol contient quelques préceptes qui protégent l'Etat et les individus, particuliers des dommages que la révélation de leurs propres secrets puisse leur occasionner. Mais ils ne sont pas suffisants, car, contrairement à ce qui se passe dans les législations étrangères, le Code espagnol n'inclut pas le brisement du secret professionnel, comme moyen de rendre les services propres du métier, excepté les Avocats et les Procureurs, dont on recueille le devoir de silence et de tutelle. On considère nécessaire de faire entrer dans la loi un précepte répressif de cette conduite, et surtout, car c'est maintenant la question la plus urgente, de la violation du secret professionnel médical. L'auteur étudie la configuration du délit qu'il propose, ses sujets possibles, ses objets, éléments, causes d'exclusion de l'injuste et conditions possibles de persécution; et il finit par une référence brève à son placement systématique dans le Code, dans laquelle il expose ses idées sur son placement dans le titre qui étudie les délits contre la liberté et la sûreté des personnes.

SUMMARY

The Spanish Penal Code includes some precepts which protect the State and the private people aganst the damage: that the revelation of their own secrets may cause them. But they are insufficient because, unlike in foreign legislations, the Spanish Code does not include the violation of the professional secret,

that is to say, the one that is known through a professional relation, as a mean of rendering the peculiar services of the occupation, except in what concerns the Barristers and the Attorneys and Solicitors, whose obligation of silence has been recorded and protected. It is considered a necessity to include in the Law a repressive rule about such a behavior, and principally, as it is now the most pressing matter, about the breaking of the medical secret. The author studies the configuration of the crime that he proposes, its possible subjects, objets, elements, causes of exclusion of the unjust and possible condition of persecution; and he finishes with a brief reference to its systematic situation in the Code, in which he expresses his idea that it should be included in the title that deals about the crimes against the freedom and the security of people.

SECCION LEGISLATIVA

Legislación extranjera.

El proyecto preliminar del Código penal italiano

JOSE M. STAMPA BRAUM

Profesor Adjunto de la Universidad de Valladolid

I. ANTECEDENTES Y GESTACIÓN DEL PROYECTO: 1) *Tanteos de reforma*; 2) *El Decreto legislativo de 14 de septiembre de 1944*; 3) *La «Comisión Ministerial para la reforma del Código Penal»*; 4) *Creación del «Comité de Coordinación»*; 5) *Nombramiento del «Comité ejecutivo y publicación del Proyecto»*; 6) *Dictámenes sobre el mismo*.—II) ESTRUCTURA DEL PROYECTO Y REFORMAS SISTEMÁTICAS QUE APORTA: 1) *Composición del mismo*; 2) *Sistematización general*; 3) *Sistematización del libro I (único publicado)*.—III) PRINCIPIOS QUE INFORMAN A LAS REFORMAS CONTENIDAS EN EL PROYECTO: 1) *Exigencia política (acomodación del Código al régimen vigente)*; 2) *El principio de la imputabilidad moral como base de la responsabilidad*.—IV) REFORMAS SUBSTANCIALES: 1) *Delito político*; 2) *Delito imposible*; 3) *Relación de causalidad*; 4) *Elemento subjetivo del delito*; 5) *Responsabilidad derivante de los delitos cometidos por medio de la Prensa*; 6) *La tentativa*; 7) *Las causas de justificación y las circunstancias del delito*; 8) *Concurso de delitos*; 9) *El problema de la embriaguez como circunstancia referida a la imputabilidad*; 10) *Concurso de personas*; 11) *Valoración de la gravedad del delito a los efectos de la pena*; 12) *El delincuente particularmente malvado*; 13) *Otras reformas: la rehabilitación*.—V) JUICIO CRÍTICO SOBRE EL PROYECTO.

I. Antecedentes y gestación del Proyecto ¹

I. Terminado el conflicto bélico, y vencido el régimen político gobernante en Italia, surgió bien pronto la necesidad de una «reforma» o «revisión» del Código penal vigente (el llamado Código Rocco) para acomodarla a las nuevas directrices democráticas. Sabido es que el Código de 1930, cuya elaboración corrió a cargo, casi exclusivamente, de Rocco y de Massari, no presen-

(1) Sobre este punto pueden consultarse la «Relazione» (Introducción, I, págs. 7-10) que acompaña al Proyecto, y los trabajos siguientes: FOSCHINI: «Orientamenti sulla riforma del C. p.», en *Archivio penale*, 1948, I, págs. 188 y ss. (trabajo que, como otros del mismo autor, de los que se da cuenta después, tiene el valor de estar redactado por uno de los más activos componentes de la Comisión reformadora y del Comité ejecutivo); PANNAIN: «Notizie e spunti sulla riforma dei Codici penali», en *ídem* id., págs. 56-61 (descubre perfiles muy curiosos); GRANATA, Luigi: «La riforma dei codici penali. Interrogazione dell'on. Giovanni Persico», en *ídem* id., 1947, I, págs. 490 (valioso por ser una declaración oficial de la gestación de la reforma); CASATI, Ettore: «Considerazioni e proposte sulla riforma dei Codici penali», en *ídem* id., 1945, I, págs. 43 y ss. (da cuenta del estado de opinión que motivó el anuncio de la reforma), y LEONE: «Contro la riforma del C. p.», en *ídem* id., 1945, I, págs. 276-283.

taba, en gracia a su riguroso tecnicismo, demasiados aspectos o matices que pudieran calificarle como ordenamiento nacido al calor de la política fascista. Decididamente tradicional y latino a ultranza, conservó, aun a costa del totalitarismo político, los incombustibles principios de «certeza» y «seguridad» jurídicas, manifestados en la acogida del criterio de la responsabilidad moral —suavizado, es cierto, por la valoración de la «peligrosidad»— y en la vuelta de espaldas a los, ya por entonces, seductores vientos del Derecho penal de voluntad y de la doctrina que pretendía cifrar el contenido del delito, no en la lesión o puesta en peligro de intereses individuales, penalmente tutelados, si que en la desobediencia del individuo al deber de fidelidad que hacia la comunidad debe de observar².

Sabido es también que, no obstante esta corrección dogmática, dejó paso abierto e incorporó (en función de la insoslayable interdependencia del Derecho penal y la política)—no podía ser de otra forma—una serie de forzosas referencias al régimen que le diera vida, engastadas, sobre todo, en la parte especial, que, en contados casos indicaban excesiva supervvaloración de los intereses estatales a costa de los privativos del particular: referencias éstas cuya revisión se hizo urgente así que la restauración democrática se impuso en Italia³.

2. A tal efecto, y sin otra finalidad que la de «pulir» las aludidas manifestaciones relacionadas con el sistema fascista, el *14 de septiembre de 1944* se dictó un Decreto legislativo, de cuya parte dispositiva destacaban las siguientes y provisionales reformas: la supresión de la pena de muerte⁴, la reincorporación al Código de las llamadas «atenuentes genéricas», tradicionales en el Derecho penal italiano, pero radiadas en el C.^o de 1930; la supresión de las figuras de delito que sancionaban ataques contra las instituciones fenecidas, y alguna que otra reforma poco importante en la parte especial.

3. No habiendo parecido suficiente esta primera «acomodación» del C.^o a las necesidades del momento, el *2 de enero de 1945* se nombró una «Comisión Ministerial para la reforma del Código penal», a la que se encomendó la tarea de «estudiar las reformas cuya adopción se juzgase más oportuna para conseguir que el C.^o respondiese al renovado clima político»⁵. Esta Comisión fué objeto de varias y sucesivas integraciones, quedando, por fin, formada por siete catedráticos y destacados miembros de la magistratura⁶.

El principal problema que se planteó en su seno fué el del método que habría de seguirse para conseguir la reforma (revisión, acomodación) que se

(2) Sobre los principios generales informantes del C.^o Rocco, véase la aguda relación de DELITALA; «Criterii direttivi del nuovo C. p.», en *Riv. it. Diritto pen.*, 1935, páginas 565 y ss.

(3) Sobre las disposiciones del C.^o Rocco más intimamente relacionadas con el régimen fascista, y cuya derogación ha sido el principal móvil de la proyectada reforma, véase DELOGU: «L'elemento politico nel C. p.», en *Archivio penale*, 1945, I, págs. 161-195.

(4) Cfr. FOSCHINI: «La pena di morte», en *Archivio penale*, 1945, I, pág. 284.

(5) Véase la «Relazione» unida al P. (Introducción, I, págs. 7-8.)

(6) Los componentes de la Comisión eran: G. PORZIO, presidente; Adelmo NICCOLAI, G. LAMPIS, Ernesto BATTAGLINI, F. COMANDINI, A. CORDOVA, C. CORSANEGO, F. P. GABRIELI, E. GOYZALES, G. LATTANZI, A. MANASSERO, O. PETRONI, P. ROSSI, G. SOTGIU, G. FOSCHINI, y los catedráticos PETROCELLI, BETTIOL, DELOGU, PANNAIN (que presentó la dimisión), SANTORO, VANNINI y VASALTI.

la había encargado. Dos soluciones fueron propuestas: o tomar como base el C.^o de 1889 (Código de Zanardelli), poniéndole al día e introduciendo en él las necesarias rectificaciones científicas y técnicas, o tomar como punto de partida el C.^o penal vigente, inspirando las correcciones que en su articulado debieran hacerse en los principios democráticos, ya absorbidos y reglamentados en el C.^o de Zanardelli. Prosperó esta última, y, con ella, el criterio de respetar totalmente los principios tradicionales y, en consecuencia, las aportaciones científicas de raigambre netamente italiana.

Fruto de los trabajos realizados por esta Comisión fué una «Relazione al Guardasigilli sulla riforma della parte generale del Codice penale»⁷, de carácter excesivamente doctrinal y pretencioso.

4. Con el propósito de facilitar las tareas de la Comisión ministerial, se nombró, no mucho después, un llamado Comité de Coordinación, en que tan sólo aparecía un catedrático: Delogu (Ordinario de la U. de Macerata)⁸, y que fué acogido—según testimonio que personalmente hemos oído a destacados profesores italianos—con general desagrado.

5. Por último, y en vista de la lentitud con que se desarrollaban los trabajos preparatorios, el ministro Grassi (recientemente fallecido) se decidió a nombrar, en 19 de febrero de 1949, un «Comité ejecutivo», que habría de ser el autor material de la Reforma que nos ocupa.

Este Comité está integrado por los profesores Petrocelli y Vannini, y por los magistrados y abogados siguientes: Lampis, Gabrieli, Lattanzi, Piacenza, Foschini, Galli y Dolcē. Bettoli, aunque no aparece como miembro del mismo, tiene una decisiva influencia en sus directivas, llevando en parte las riendas de estas labores por su calidad de presidente de la Comisión de Justicia de la Cámara de los Diputados.

Acerca de cómo ha sido recibido este Comité hemos recogido opiniones muy dispares: coinciden, sin embargo, en achacar a su formación la falta de algunos catedráticos de relevante personalidad, y en afirmar que la homogeneidad de su composición impide, y podrá seguir obstaculizando, el enjuiciamiento de determinados principios neopositivistas (Grispigni, Frosali, Ranieri y Santoro están excluidos) de indudable y reconocido valor en la hora presente.

En julio de 1949 este Comité ha presentado al ministro de Gracia y Justicia, Grassi, el texto del *Libro I del Proyecto Preliminar*, que recientemente ha sido publicado⁹.

En la dedicatoria del Proyecto (pág. 3 del mismo) se dice que el Comité ha tomado como base de sus labores los resultados conseguidos por la «Comisión Ministerial»¹⁰, habiéndolos reelaborado y coordinado con las ulterio-

(7) Puede consultarse en *Archivio penale*, 1945, I, págs. 399-423.

(8) Los demás miembros eran: LAMPIS, primer presidente de la Corté di Apello; E. BATTAGLINI, procurador general en el mismo Tribunal; G. LATTANZI, sustituto procurador general en la Corte Suprema de Casación, y FOSCHINI, juez adscrito a la Procuraduría general de la Suprema Corte de Casación.

(9) "Progetto preliminare del Codice penale". Libro I. Relazione e testo, Ministero di Grazia e Giustizia. Commissione Ministeriale per la Riforma del Codice penale. Comitato ejecutivo. Istituto poligrafico dello Stato. Roma, 1949.—El texto de la "Relazione" está publicado, también, en *Rivista penale*, 1949, sept. 5 (fasc. IX), págs. 483 y ss.

(10) Estos resultados constan en la ya citada "Relazione al Guardasigilli sulla riforma della parte generale del Codice penale".

res propuestas de reforma presentadas en el Parlamento y en el terreno científico. En realidad, ésta «coordinación» se ha hecho dentro de unos límites tan amplios que puede decirse—repitiendo anterior afirmación—que el Comité ha impuesto, de manera casi absoluta, su particular criterio.

6. El fallecido ministro Grassi, siguiendo laudabilísima costumbre italiana, pidió a los componentes de la Comisión Ministerial que no formaran parte del Comité, a los Órganos jurisdiccionales, Colegios forenses y Universidades, que emitiesen meditado dictamen sobre la viabilidad y calidad del Proyecto. De estos dictámenes varios han sido ya publicados¹¹. Otros juicios de carácter particular están apareciendo en las revistas especializadas con notoria profusión¹². Unamos a ellos el nuestro con la advertencia de que tan sólo pretende informar al estudioso del contenido y direcciones de esta importante y recientísima novedad legislativa.

II. *Estructura del Proyecto y reformas sistemáticas que aporta.*

1. El proyecto presentado, que comprende únicamente el Libro I del C.^o está integrado por una extensa «Relazione» explicativa de las reformas adoptadas y que aparece dividida en dos partes: la «Introducción» (fases de la reforma; criterios directivos de ésta, y partición sistemática de la materia), y la parte destinada a comentar, siguiendo el articulado del Proyecto, las novedades introducidas. El Proyecto propiamente dicho abarca 230 artículos, es decir, diez menos que el libro correlativo del Código.

(11) Hemos recogido los siguientes: GRISPIGNI: "Regresso di un secolo nella legislazione penale" (Il Progetto preliminare di un nuovo C. P.), en *Scuola Positiva*, 1949 (fascículos III-IV), págs. 329-363; CARNELUTTI: "Relazione alle facoltà giuridica di Roma sul Progetto di riforma del primo libro del C. P.", en *idem id.*, págs. 364-376 (los dos corresponden al dictamen emitido por la U. de Roma); ANTOLISEI: "Il Progetto preliminare del C. P.", en *idem id.*, págs. 377-384 (también en *Giurisprudenza italiana*, 1949) (es el dictamen elevado por la U. de Turín); RANTIERI: "Il Progetto di riforma del C. P.", en *idem id.*, págs. 385-403 (también en *Critica penale*. Rassegna di dottrina e giurisprudenza, anno IV, fasc. V-VI, sept.-dic. 1949, Bologna, págs. 207-232 (es el dictamen elevado por la U. de Bolonia; fué leído por el autor como discurso de inauguración del año escolar); DE PAOLIS: "Osservazioni della Commissione della Corte di Appello di Bologna sul Progetto preliminare del libro I del C. P.", en *Critica penale*, *idem*, páginas 233-258; PIETRIBONI, E.: "Relazione del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Venezia", en *Rivista penale*, nov.-dic. 1949, págs. 651-685; "Relazione della Corte Suprema di Cassazione", en *idem*, feb. 1950, págs. 69-85; "Relazione della Corte di Appello di Roma", en *idem id.*, págs. 86 y ss. Otros dictámenes serán publicados en los meses sucesivos.

(12) De entre ellos destacan: G. F. FALCHI: "Caratteri e disciplinamenti del Progetto preliminare di un nuovo C. P.", en *Critica penale*, fasc. cit., págs. 259-271; D'AGOSTINO, Gracco: "Considerazioni generali sul Progetto del libro I del C. P.", en *Giustizia penale*, feb. 1950, fasc. II, II, cols. 173-186; PETROCELLI: "Dei critici infallibili ovvero della urgnitá" (A proposito del Progetto preliminare del C. P.), en *Giustizia penale*, *id.*, cols. 170-173; GRANATA, L.: "Sul Progetto preliminare del C. P.", dic. 1949 (fasc. XII), cols. 937-940; MARINA, F. A.: "La Riforma del C. P. Il libro I, Rilievi e proposte", en *id. idem*, cols. 940-949; PELUSO CASSESE, Giuseppe: "De lege condenda. Sul Progetto preliminare di C. P.", *Giustizia penale*, *id.*, cols. 949-954; VELORTI, G.: "Il Progetto preliminare del I.b. I del C. P. Innovazioni", en *Rivista di Polizia*, 1949, págs. 431 y ss.; PANNAIN: "La riforma del C. P. Orientamenti generali", en *Il giornale d'Italia*, 11-9-49; PANNAIN: "Osservazioni sul Progetto preliminare di C. P.", en *Archivio penale*, 1949, I, págs. 319-330 y 374-379.

2. En la Relación se anuncia que se ha mantenido la clásica división del Código en tres libros. La intitulación de los mismos, sin embargo, ha variado: el I, llamado ahora *Dei reati in generale* se rubrica en el Proyecto con la expresión *Disposizioni generali*, reforma que, no obstante su poca importancia, indica un mejoramiento técnico. Igual cabe decir de las que encabezan los libros II y III, y que serán las ya empleadas por el Código de 1889, a saber: *Dei delitti, in specie y Delle contravvenzioni, in specie*, en lugar de las actuales.

3. El libro I aparece dividido en siete títulos, en vez de los ocho que presenta el Código. Llevan las siguientes rúbricas: I, *Della legge penale*; II, *Del reato*; III, *Del reo*; IV, *Della pena*; V, *Delle sanzioni civili*; VI, *Della pericolosità criminale e delle misure amministrative di sicurezza*, y VII, *Della riabilitazione*.

De tal ordenamiento destaca, ante todo, que el título relativo al delito en general (tit. II) está colocado inmediatamente después del que se refiere a la Ley penal (en el Código a éste sigue el relativo a la pena), con lo que se quiere resaltar que el delito (y no la pena: su consecuencia) es el *acto jurídico fundamental* regulado por la Ley (Relazione, pág. 13).

Es notable, asimismo, que subsista un título—el tercero—destinado a encuadrar los artículos referentes al delincuente en particular; este respeto de la estructura del Código es, sin embargo, meramente formal, pues su más destacada finalidad—la de construir la «imputabilidad» como elemento independiente de los que constituyen el delito—ha sido superado, ya que el Proyecto, como más adelante veremos, alude a la misma al tratar del «elemento psicológico del delito, dando con ello prueba—creemos—de evidente acierto.

Dentro del título II se advierte una amplia revisión sistemática. En el Código está dividido en tres capítulos; en el Proyecto, en ocho: capítulo I, *Delle specie del reato*; II, *Dell'elemento oggettivo del reato*; III, *Dell'elemento soggettivo del reato*; IV, *Del tentativo*; V, *Delle cause di giustificazione*; VI, *Delle circostanze del reato*; VII, *del concorso di reati*; VIII, *Della estinzione del reato*. La sola lectura de los títulos trasluce dos aspiraciones que han sido logradas: ofrecer un cuadro perfectamente sistematizado de la teoría jurídica del delito, y resaltar los dos elementos o aspectos básicos de la infracción en general, esto es, el elemento objetivo (elemento material) y el elemento subjetivo (elemento psicológico), con lo que se consagra definitivamente el pensamiento de Carrara, dando paso a su vez, a la posición de Antolisei, tan rica de enjundia y tan sabiamente madurada¹³.

Es de anotar, por otra parte, que el capítulo V adopta un título («causas de justificación»), que nos parece menos acertado que el criterio seguido por el Código, ya que es incorrecto regular el estado de necesidad y los excesos culposo y doloso bajo una expresión técnicamente referida a las causas que excluyen la antijuridicidad de la conducta.

El título VI, por último (*Della pericolosità...*) es prueba suficiente de que continúa consagrado al dualismo culpabilidad-pena, peligrosidad-medidas de seguridad, único capaz de hermanar los postulados católicos sobre la responsabilidad con los de la posición defensista. Sobre ello se insistirá después.

(13) V. su "Manuale di diritto penale" (2.ª ed., 1949) y, sobre todo, "Lo studio analítico del reato", en "Problemi penali odierni", Milano, Giuffrè, 1940, espec., págs. 154-158.

Los juicios que han producido estas innovaciones son, en general, y salvo insignificantes disidencias, favorables¹⁴.

III. *Principios que informan las reformas contenidas en el Proyecto*

Dejándonos llevar por la Relación (*Introduzione, II*)—portavoz autorizado del pensamiento de los reformadores—las bases sobre las que descansa la revisión contenida en el Proyecto son dos: la necesidad de eliminar toda supervivencia de las orientaciones derivadas del régimen derrocado, haciendo que el Código se acomode, en cada una de sus partes, a las directrices democráticas y al espíritu de la nueva Constitución; y la afirmación del principio de la imputabilidad moral como fundamento de la responsabilidad, con la consiguiente distinción penas-medidas de seguridad, obediente a los criterios represivo y preventivo perfectamente separados.

1. En íntima dependencia con la primera de estas bases (exigencia política) cobran vigor los principios siguientes: a) notable mitigación penal, con lo que se elimina el espíritu de excesiva dureza que preside en algunos puntos del Código vigente, avalado por una injusta supervaloración del Estado frente al particular; b) eliminación, hasta donde ha sido posible, de las disposiciones que contienen residuos de «responsabilidad objetiva», también inspiradas, en parte, en una desenfocada estimativa de los intereses estatales; y c) modificación de las normas que regulan la extradición, volviéndose al principio democrático de prohibirla cuando se trate de un delito político.

Tales puntos de vista han sido alabados, incluso por los más decididos impugnadores del Proyecto¹⁵; la crítica coincide, no obstante, en advertir el peligro que pudiera representar una desmedida y poco meditada suavidad en la medida de las penas¹⁶.

2. El principio de la imputabilidad moral como base de la responsabilidad aflora en varias de las más importantes reformas introducidas, de las que destacamos:

a) El *artículo 140*, donde se define la función que el legislador asigna a la pena. Dice su texto: «Dentro de los límites de la función punitiva, y para realizar enteramente las finalidades morales y sociales de la misma, la pena debe de tender hacia la reeducación del culpable. La ejecución de las penas detentivas no podrá consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad y debe de inspirarse en los principios del trabajo y de la instrucción».

El carácter programático de este precepto salta a la vista. Según la *Relazione* (núm. 120, pág. 80), responde al deseo de enunciar en el articulado del Proyecto el principio contenido en el *artículo 27* de la Constitución. El *artículo 27* de la Constitución dice: «Las penas no pueden consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad y deben de tender a la reeducación del condenado». Si, efectivamente, el *artículo 140* del Proyecto hubiere enunciado el transcripto de la Constitución, no podríamos decir que aquél respondiese al principio de la imputabilidad moral como fundamento de la res-

(14) Cfr., por ej., PANNAIN: «Osservazioni sul Progetto», cit., págs. 319-320.

(15) Cfr., a este respecto, GRISPIGNI: «Regresso di un secolo, etc.», cit., págs. 361-362.

(16) V. GRANATA: «Sul Progetto preliminare...», cit., col. 938, y PANNAIN: «Osservazioni», cit., pág. 322.

ponsabilidad. En realidad, y no obstante lo que en la Relación se dice, las dos disposiciones—la constitucional y la del Proyecto—son distintas: el *artículo 140* del Proyecto completa al 27 de la Constitución. Veámoslo:

El texto constitucional es una clarísima y terminante definición normativa de las llamadas doctrinas «relativas», es decir, de aquellas direcciones doctrinales afirmantes de que la función de la pena es la de ser un medio para conseguir un fin de utilidad social (intimidación y enmienda del reo). Este fin podrá lograrse si las penas tienden a la «reeducación del condenado». De cómo cristalizó en la Constitución este criterio que, no atemperado con otros más sólidos, responde completamente a un pensamiento desacreditado (por obra, sobre todo, del idealismo y de las corrientes derivadas de una contemplación ética del derecho penal) es tema que ahora no hace al caso; su laboriosa gestación parlamentaria puede ser indicio de su carácter ocasional o «de compromiso». Mas lo cierto es que fué solemnemente proclamado. En este entendimiento, los redactores del Proyecto (y aquí debe pensarse en Petrocelli, Bettiol y Vannini) se enfrentaron con dos realidades: la de un principio constitucional que asignaba a la pena una misión descaradamente preventiva, y la de su propio modo de pensar que, por ser católico, no podía sino resaltar la función represiva de la sanción penal («combinada»—no eliminada—con la finalidad preventiva). ¿Cómo formular sus convicciones en forma tal que no dieran por resultado un precepto anticonstitucional? He ahí el *artículo 140* del Proyecto. La pena—según el mismo—deberá tender a la «reeducación del condenado», pero esta reeducación se llevará a efecto *dentro de los límites de la función punitiva* (*entro i limiti della funzione punitiva*), es decir, dentro de la finalidad represiva que persigue la sanción. Si la prevención especial (reeducación del reo) es—digámoslo así—un objetivo al que deberá mirar el *castigo* (función punitiva, represión), está claro que la teoría relativa (contenida en el texto constitucional) ha cedido el puesto a la personal de los reformadores, única capacitada para otorgar un fundamento moral a todo el sistema punitivo. Mediante tal expediente se ha conseguido: respetar el principio de la imputabilidad moral como base o fundamento de la responsabilidad; formularle programáticamente, y darle cabida en el articulado del Proyecto sin contradecir a la Constitución, si que «completándola» sagazmente.

La maniobra, claro es, no ha pasado desapercibida. Su principal denunciante ha sido Grispigni—indignado por la suave rectificación que del más querido principio de su escuela han hecho los reformadores—, quien con todas sus fuerzas—dialógicamente muchas—clama desde la «Scuola positiva» por la inconstitucionalidad del *artículo 140* del Proyecto, y aprovecha su postura para publicar juntos los cuatro dictámenes abiertamente contrarios a la reforma: el suyo, el de Carnelutti, el de Ranieri y el de Anolisei. ¡Curiosa manera de ponderar objetivamente la calidad del Proyecto! 17.

(17) «No es necesario—dice GRISPIGNI (art. cit., pág. 331)—ser profundos conocedores de la técnica jurídica para comprender el significado y alcance de tal artículo (el 140): con él, efectivamente, no se afirma ya—como en la Constitución—que la función de la pena sea reeducar al condenado, sino que se añade que ésta tendrá lugar *dentro de los límites de la función punitiva*, es decir, que, por encima de todo y esencialmente, debe de castigarse (en el sentido de retribuir moralmente), y sólo en el ámbito de tal función preeminentemente, se proveerá a la reeducación. Lo que implica que cuando—en casos particu-

b) El principio básico que comentamos ha florecido, también, en la regulación que obra en el Proyecto sobre los delitos cometidos por medio de la prensa (construidos, ahora, como veremos, bajo el prisma de la culpabilidad); en la nueva configuración de la embriaguez como circunstancia eximente o atenuante, según los casos, de la imputabilidad; y, especialmente en la forma cómo el Proyecto ha concebido las instituciones de la *condena condicional* y el *perdón judicial*.

El Código (arts. 164 y 196) «condiciona la aplicabilidad de estos beneficios exclusivamente a la *prognosis* hecha por parte del juez de que el culpable se abstendrá de cometer futuros delitos»¹⁸. El Proyecto, sin embargo (arts. 63 y 122), añade otra condición: aquella según la cual el culpable, para gozar de tales beneficios, «debe merecerles» («*sea meritevole*» del beneficio). De ésta diversa forma de conceder la condena condicional o el perdón judicial se deduce que mientras el Código vigente se fija únicamente en el futuro—pues declara la no necesidad de la pena cuando, no debiéndose creer que el sujeto cometerá nuevos delitos, se deduzca que tampoco debe de ser sometido a la reeducación—, el Proyecto exige que, además de la falta de peligro del individuo en su vida futura, el sujeto haya «merecido» el beneficio, refiriéndose, pues, a conductas precedentes, cuya represión se imponer por el hecho de que se hayan cometido, aparte de la posible o no posible peligrosidad del agente en el porvenir.

Estos aspectos del «perdón judicial» y de la «suspensión condicional de la pena» han sido—naturalmente—criticados por los que atacan la combinación represivo-preventiva que el Proyecto asigna a las finalidades del castigo. Algunos los utilizan tan sólo para demostrar, otra vez, la anticonstitucionalidad de la reforma en este punto, opuesta, según ellos, al mencionado *artículo 27* de la Constitución¹⁹.

c) En general, los juicios acerca de la consagración legal del principio de la imputabilidad moral como base de la responsabilidad son de muy diversa índole. Aparte de los ya citados—contrarios por razones de escuela—, otros alaban, sin reserva, la reforma en este concreto aspecto²⁰. Objetivamente, el

lares—no haya necesidad de reeducación la pena deberá aplicarse igualmente, para cumplir la función esencial de la retribución.”

A seguido (pág. 383) critica despiadadamente la doctrina represiva, finalizando, como veremos, por arremeter contra el Proyecto en forma violenta.

ANTOLISEI (art. cit., pág. 383) expone argumentos semejantes, terminando, asimismo, por declarar la no constitucionalidad del art. 140. Lo mismo RANIERI (art. cit., pág. 394).

(18) Seguimos el discurso de GRISPIGNI, discurso que él utiliza para demostrar que la nueva redacción de estas dos figuras apareja el reconocimiento del principio represivo (igual que el art. 140 y que la regulación de la embriaguez) (págs. 331-332 del art. anteriormente cit.). En esto estamos de acuerdo.

(19) En el primer sentido, GRISPIGNI (loc. cit.) y CARNELUTTI, “Relazione alla Facoltà, etc.”, cit., pág. 368, y, en parte, RANIERI (art. y loc. cits.). En el sentido de la no constitucionalidad de estos preceptos, ANTOLISEI (loc. cit.) y FALCHI, “Carattéri e disciplinamenti, etc.”, cit., pág. 262.

(20) Así, por ej., GRANATA: “Sul Progetto, etc.”, cit., pág. 939; y, sobre todo, PIETRIBONI, en la “Relazione del Consiglio degli Avvocati di Venezia”, cit., pág. 685, donde abiertamente declara: “Auguramos que cualquiéra que fuere la suerte de la reforma, el art. 140 del Proyecto no debe borrarase jamás del texto definitivo. ¡Es lapidario y bien podría ser grabado en las Salas de Justicia! Bajo sus orientaciones se consigue felizmente la puesta en marcha de un sistema y de un régimen de justicia digno de una democracia y de una civilización.”

argumento de la constitucionalidad o no constitucionalidad es el único que podrá pesar, ya que los argüidos por los neopositivistas están viciados de origen. Esperemos al texto definitivo.

IV. *Reformas substanciales* ²¹.

1. *El delito político.*

La definición que del delito político nos da el Código actual es (art. 8.º, párrafo 3.º): «A los efectos de la ley penal será delito político todo delito que ofenda un interés político del Estado o bien un derecho político del ciudadano. Se considerará, además, delito político al delito común, determinado, en todo o en parte, por motivos políticos.»

En este concepto aparecen asociados los dos criterios que sirven para definir tal modalidad delictiva, a saber: el criterio objetivo (que ofenda un interés político del Estado o un derecho político del ciudadano) y el subjetivo (que el delito esté determinado, en todo o en parte, por móviles políticos). La innovación del Código consistía precisamente en la admisión del criterio subjetivo no valorado en el Código de Zanardelli—, novedad que ha sido y es muy criticada por la facilidad que entraña, en perjuicio de las garantías individuales, de considerar «político» a cualquier delito.

El Proyecto (último párrafo del art. 13) define también el delito político. Admite el criterio «objetivo» en términos idénticos a los del Código, y—en contra de lo que se preveía—deja en vigor el criterio «subjetivo», levemente modificado en la forma de enunciación: «Se considerará, también, delito político al delito común *determinado prevalentemente* (en el Código: «en todo o en parte») por motivos políticos.»

En cuanto al concepto, pues, la reforma es insignificante y, por supuesto, deja el paso franco a la posibilidad de enmascarar como delito político a los delitos comunes. En este punto, con razón, ha sido unánimemente desaprobada ²².

El Proyecto, sin embargo—y ello es importante—, inspirándose en el Código de 1889, prohíbe la extradición en los casos de delitos políticos y en los supuestos de que sea solicitada la de un ciudadano italiano (art. 13). Así se consigue acomodar el articulado del Código a las normas ya vigentes en la Constitución ²³.

2. *El delito imposible.*

Comparando el art. 19 del Proyecto con el art. 49 del Código, se nota una curiosa modificación, que ha pasado inadvertida de cuantos comentaristas se han ocupado de la reforma. El Código dice: «La punibilidad está, asimis-

(21) Para su exposición seguiremos el orden del articulado, pero sin referirnos a los títulos o capítulos del Proyecto, sistema que haría fatigosa la lectura.

(22) En tal sentido, Cfr. MURGIA, Ivo: «Il delitto politico nella riforma del C. P.», en *Iustitia*, Organo dell'unione dei giuristi cattolici italiani, anno III, enero 1950, páginas 4 y ss. (con bibliografía exhaustiva), y RANIERI (art. cit., pág. 397).

(23) Procese encomiado, incluso por GRISPIGNI (art. cit., pág. 361). V. también PEGLIUSO-CASSESE: «De legē condenda, etc.», cit., col. 950 (punibilidad de los delitos cometidos en el extranjero).

mo, excluida cuando...». El proyecto reza, en cambio: «No hay delito cuando...». Para la tesis partidaria de estimar la punibilidad como elemento del delito, ambas proposiciones son idénticas: tanto da negar la punibilidad (si se niega un «elemento» se niega el delito) como negar la existencia de la infracción; para la doctrina, sin embargo, que excluye a la punidad del repertorio de los elementos del delito, el espíritu de la reforma supone la desaprobación legal de su tesis. ¿Quién ha inspirado esta corrección técnica? Así que se lea el maravilloso artículo de Vannini sobre «Reato impossible», recientemente publicado²⁴, y concebido con ese rigor lógico que sólo a él, maestro de la técnica jurídico-penal, es privativo, se aclarará la pregunta. El art. 19 del Proyecto recoge, ni más ni menos, la personal doctrina del Profesor de Siena; en los casos que el Código señala como delito imposible —dice—, no es que la punibilidad esté excluida, sino que el «delito no existe». Y no existe—continúa—con arreglo a la «concepción del delito» que el Código ha sancionado, es decir, la «concepción realística» (delito igual a «culpable ofensa, concreta y efectiva violación de un bien o interés jurídico»). Si delito es la violación de un bien jurídico, no podrá existir cuando la acción (conducta) sea «inidónea» o falte el objeto (jurídico) que lesionar, pues en ninguno de los dos supuestos se realiza la violación constitutiva del mismo.

Debemos subrayar, además, que con muy buen acuerdo el Proyecto suprime la figura del *delito punitivo*, por juzgarla superflua, ya que su alcance está implícito en los arts. 1.º y 2.º del mismo (iguales a los del Código).

3. Relación de causalidad.

Está regulada en los arts. 20 y 21 del Proyecto.

Se conserva el principio de la equivalencia de las condiciones; sigue en vigor el de que «no impedir un resultado del que se tiene obligación jurídica de impedir, equivale a causarle». En esta hipótesis, sin embargo, se innova que «la pena puede ser disminuida» (art. 20), porque «el no impedir un resultado que debe de impedirse obligatoriamente demuestra en la mayoría de las veces un menor impulso criminoso, es decir, revela, en una forma inerte, si bien culpable, de la voluntad, un grado menos intenso de culpabilidad, en relación al comportamiento positivo que produjera el mismo resultado» (*Relazione*, pág. 28).

El Proyecto, por último, vuelve a incorporar la doctrina de la *concausa* como circunstancia que atenúa la penalidad. Dice así (art. 21): «La pena será disminuida si las causas preexistentes o simultáneas eran ignoradas por el culpable, o bien si las causas aparecidas con posterioridad eran independientes de la acción u omisión de éste, siempre que hayan tenido notable relevancia en la producción del resultado».

Vannini, acertadamente, no concede que la pena deba ser atenuada en la hipótesis del concurso de causas, tachando de «sentimentalista» al pensamiento de la Comisión²⁵.

(24) V. *Archivio penale*, 1949, II, págs. 363-368. El artículo estaba destinado al volumen que se prepara en honor de MANZINI.

(25) V. VANNINI: «In tema di riforme penali», en *Archivio penale*, 1948, II, página 651; igual PANNAIN: «Osservazioni», cit., pág. 322.

4. *Elemento subjetivo del delito.*

El art. 22 del Proyecto introduce notables variaciones en relación con el art. 42 del Código. Este dice: «Ninguno puede ser castigado por una acción u omisión prevista por la ley como delito si no la ha cometido con conciencia y voluntad». Dispone el Proyecto: «Ninguno puede ser castigado si no era *imputable* en el momento de la acción u omisión prevista por la ley como delito, y si no la ha cometido con conciencia y voluntad».

Esta referencia a la imputabilidad en el terreno acotado para el elemento psicológico es muy significativa. En la Relación se nos dice que se la ha estimado oportuna porque es incorrecto colocar la disciplina de tal elemento después de haber mencionado la conciencia y voluntad (así consta en el Código, arts. 42 y 85): el *prius* lógico—la voluntad en potencia—sería la imputabilidad; el *posteriorius*, la voluntad concretamente manifestada.

¿Cuál ha sido la intención del legislador al proponer esta reforma? Meditando sobre el sentido que pueda tener el art. 22 del Proyecto, en relación con todo el sistema, nos parece que los reformadores han actuado aquí en forma semejante a como lo hicieran con respecto al art. 140. Se ha respetado el sistema del Código, pero se ha quebrado la significación del mismo. Efectivamente: tanto el Proyecto como el Código separan con absoluta claridad las disposiciones reguladoras del delito en general de las que se refieren al reo; consecuente con este punto de partida, el Código trata de la imputabilidad no en la teoría del delito (donde es extraña desde el momento que tajantemente se distinguen la disciplina jurídico-penal de éste y del delincuente), si que en la teoría del reo (confirmándolo, sin lugar a dudas, el último párrafo del art. 70). De ello deriva una consecuencia trascendental: la de que es posible construir la teoría del delito independientemente de la imputabilidad y, lógicamente, que puede afirmarse la culpabilidad independientemente de la imputabilidad, «de acuerdo—añaden los positivistas²⁶—con los resultados de la ciencia psiquiátrica moderna».

Ahora bien; esta consecuencia no era—no podía serlo—del agrado de los reformadores, pues en parte destruye la vigencia del principio rector de la imputabilidad moral como base de la responsabilidad penal. ¿Cómo orillarla sin romper el sistema aludido? Regulando la imputabilidad dentro del elemento subjetivo del delito, con lo que se transforma en «elementos» de éste y—lo que es más importante—en «presupuesto de la culpabilidad» (capacidad de culpabilidad), sin respetar, pues, las naturales consecuencias que se derivan del sistema propuesto.

La modificación que hemos tratado no ha sido aprobada por la crítica²⁷.

(26) V. RANIERI: «Il Progetto, etc.», cit., pág. 217. Distinta es (y debemos advertirlo) la opinión de PANNAIN, quien ve una cierta independencia entre la voluntad en concreto, sea incluso anormal, y la imputabilidad; opinión consentida por PETROCELLI y por la misma «Relazione» (pág. 55). (Cfr. PANNAIN, «Osservazioni», cit., pág. 324.)

(27) Además de RANIERI y PANNAIN (loc. cits.). Cfr. DE PAOLIS: «Osservazioni della Corte di Apello di Bologna», cit., pág. 238; y la «Relazione della Corte Suprema di Cassazione», cit., pág. 73, etc.

9. *Responsabilidad derivante de los delitos cometidos por medio de la Prensa.*

Siguiendo el criterio de ajustar el Código a los principios constitucionales, el Proyecto modifica profundamente la regulación de la responsabilidad derivante de los delitos cometidos por medio de la Prensa.

La disciplina actual de estos delitos en el Código dispone que el director de cualquier clase de Prensa periódica responderá por «este solo hecho» (es decir, por su «cualidad» de director) de los delitos que se cometan valiéndose de la Prensa que él dirige (*art. 57, párrafo 1.º* del Código). Se sanciona, pues, un caso de «responsabilidad por el hecho ajeno». ¿Es esta responsabilidad por el hecho ajeno una especie de la llamada «responsabilidad objetiva»? La *Relazione* (pág. 30) no lo resuelve, y la doctrina es vacilarante. Para nosotros la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por el hecho ajeno son dos situaciones diversas; bien se admite que la responsabilidad objetiva entraña un nexo, siquiera sea atenuado, de causalidad psíquica entre la acción y el resultado, y que ese nexo sea la culpa levisiva (Battaglini) o la «representación del resultado» (Cavallo), o que existen casos en los cuales no aparece ni siquiera ese débil enlace psíquico (Bettoli, Malinvernini)—, estando, pues, la anomalía en que se prescinde del principio «nullum crimen sine culpa»—, es lo cierto que en los supuestos de responsabilidad objetiva el sujeto *responde del hecho propio*, lo que no sucede en los delitos cometidos por medio de la Prensa, donde se responde por la *conducta ajena*. Luego la responsabilidad establecida en el *art. 57, núm. 1.º*, del Código, no es una hipótesis de responsabilidad objetiva, sino un supuesto de «responsabilidad anómala o excepcional»²⁸.

Aclarado este extremo se ha desbrozado el camino para conseguir llegar a la apreciación de que el *art. 57, núm. 1.º* del Código penal no responde a los principios vertidos en la Constitución. El ya mentado *art. 27* de ésta declara tajantemente que «la responsabilidad penal es personal»; he aquí que el precepto invocado sanciona un caso de responsabilidad por el hecho ajeno (hecho no personal), luego la contradicción existe.

Dándose cuenta de ello, Bettoli propuso (en la sesión de la Constituyente del 20 de marzo de 1947, discutiéndose el *art. 27* de la Constitución), que debía eliminarse del Código penal el precepto comentado, única forma posible para dejar a salvo la conciliabilidad del ordenamiento punitivo con la Ley fundamental del Estado italiano. Esta sugerencia obtuvo el eco apetecido, siendo su fruto la nueva redacción que el Proyecto introduce en el *art. 24*, cuyo texto dice: «En el caso de delito cometido por medio de la Prensa periódica, aparte de la responsabilidad del autor y fuera de las hipótesis de concurso, el director o el redactor responsable que, *por culpa*, no impida la publicación, será castigado según las disposiciones siguientes: 1.ª Si el delito cometido por el autor es doloso, se aplicará la pena establecida para éste, disminuida hasta la mitad. 2.ª Si el delito cometido por el autor es culposo, o bien si

(28) De este parecer: ALTAVILLA: «Stampa (reati di)», en Nuevo Digesto italiano, vol. XII, pág. 1; CAVALLO: «La responsabilidad objetiva», Nápoli, 1937, pág. 51 (que cataloga estos supuestos entre los casos de responsabilidad por hechos de terceros); y, con mucho detalle, BATTAGLINI, E.: «L'art. 27 della Costituzione è l'art. 57, n.º 1, del C. P.», en *Giustizia penale*, 1948, fasc. V, II, cols. 309 y ss.

se trata de una contravención, se aplicará la pena para éstos prevista. La culpa se excluye únicamente cuando el director o redactor responsable no haya podido, por caso fortuito o fuerza mayor, impedir la publicación».

Muchos son los reproches que se han dirigido contra esta parte del Proyecto. Se ha dicho que es necesaria una tutela enérgica en esta clase de delitos; que aun reconociendo el valor del primer párrafo del *art. 24* ("Respiro di solievo! La macchia di una responsabilità penale objetiva, che sconciava il C. P. per via degli orientamenti del passato rigime politico è cancellata", dice Carnelutti), es preciso advertir que el *párrafo segundo* del mismo predestruye, por completo, su sentido: que se establece una regulación de la responsabilidad técnicamente incorrecta, complicada y arbitraria, etc.²⁹. Nosotros declaramos con Vannini³⁰ la bondad del precepto, pues ya es mérito haber suprimido una de las hipótesis más claras de responsabilidad por el hecho ajeno, aun cuando en tal supresión aparezcan deficiencias técnicas o de estilo fácilmente subsanables.

6. *La tentativa.*

Dispone el *art. 31* del Proyecto: «El que con el fin de cometer un delito realiza actos idóneos de ejecución del mismo, responderá de delito intentado (tentativa) si la acción no se completa o el resultado no se verifica. El culpable del delito intentado será castigado con la reclusión no inferior a doce años, si la pena establecida es la de reclusión perpetua; en los demás casos, con la pena establecida para el delito, disminuida de un tercio a dos tercios. (El resto, salvo leves diferencias formales, coincide con el *art. 56* del Código.)

Relacionando el precepto transcrita con los párrafos correspondientes del citado del Código, se deduce que el Proyecto insiste en la equiparación «penal» de la tentativa y del delito frustrado, aun cuando teóricamente las dos figuras puedan seguir separándose en base a la diferencia que existe entre una «acción que no se realiza» y «un resultado que no se verifica»; que el

(29) V., sobre todo, CARNELUTTI: "Avanti o indietro?" (In tema di riforma del C. P.), en *Il foro italiano*, anno LXXV, 1950, fasc. I-II, IV, col. 5; también RANIERI: art. cit., págs. 225-226, y la "Rèlazione della Corte suprema di Cassazione", cit., págs. 73-74.

PANNAIN ("Osservazioni", cit., pág. 326) desorbita los razonamientos. Según él, el *art. 24* del Proyecto es absurdo, entre otras cosas, porque responde a la necesidad de adaptar el Código a un artículo superfluo: el *27* de la C. Este artículo—siguiendo el criterio de P.—decreta una afirmación gratuita (que la responsabilidad penal es personal), ya que con semejante aserto se deduce, consta y está sancionado por el Código. Admitir que en el Código existen casos de responsabilidad no personal es no sólo "ofender la memoria de Alfredo y Arturo Rocco, de E. Massari y de otros sabios y nobles juristas, sino también el buen sentido jurídico, que en Italia no ha faltado nunca".

"Considérese—continúa—que el *art. 57* del Código no excluye, sino que presupone los arts. *40* y *42*, luego admite la exigencia de una relación de causalidad material entre la conducta consciente y voluntaria y el resultado; el *art. 57*, pues—termina—consiente eximir de responsabilidad al director, tantas veces se pueda demostrar la falta de tales requisitos." ¡Se nos antoja difícil probar la relación causal que pueda existir entre la conducta consciente y voluntaria del director y la difamación que produzca, por ejemplo, un artículo, más o menos camuflado, d' un subalterno!

(30) V. VANNINI: "In tema di riforme penali", cit., pág. 652; y, en el mismo sentido laudatorio, la "Rèlazione della Corte di Apello di Roma", cit., pág. 108.

Proyecto vuelve a la distinción entre *actos preparatorios* y *actos ejecutivos*, suprimida en el Código, reavivando, en consecuencia, la polémica doctrinal encaminada a buscar un criterio que les diferencie. Según la «Relazione» (número 31, pág. 34), la fórmula del Código («actos idóneos, dirigidos de modo no equívoco a cometer un delito») es peligrosa por su excesiva extensión, habiéndose hecho necesaria la reforma mencionada en gracia a la exigencia de que «el ciudadano vea distinguidos netamente los límites de su libre conducta y no se invada el ámbito donde el ilícito está aún en la esfera de la intención».

7. *Las causas de justificación y las circunstancias del delito.*

En tema de causas de justificación (V. *cap. 5º del tit. segundo*) el Proyecto aporta dos innovaciones: la de la rúbrica que, como ya se dijo, nos parece incorrecta, habida cuenta de que comprende el estado de necesidad y los excesos, y la de regular el exceso doloso al lado del culposo (art. 37).

En cuanto a las *circunstancias del delito* anotamos la importante disposición contenida en el art. 38, donde se dice que, «salvo prescripción legal en contrario, las circunstancias agravantes se valorarán a cargo del agente solamente si eran conocidas por éste»; las atenuantes, en cambio, beneficiarán la conducta, incluso si el agente no tenía conocimiento de las mismas (art. 39). Fácil es advertir que estos preceptos responden a una acertada combinación del principio básico de la reforma—la imputabilidad moral como base de la responsabilidad—con el de «favor rei» aunado al sesgo humanitario de todo el Proyecto.

En el art. 40, númer. 8, se ha incluido una nueva agravante común: «haber el culpable, que posea relevante fortuna, cometido el hecho por motivos de lucro, en perjuicio de la administración pública o de un ente de asistencia o de beneficencia, o bien en perjuicio de una persona necesitada».

Por último, en el númer. 7 del art. 41 se nos ofrece la regulación de las *atenuantes genéricas* (incorporadas por el Decreto-ley de 14 de septiembre de 1944), en forma que no deja lugar a dudas sobre la posibilidad de admitir la interpretación analógica (no la analogía), por lo menos en ciertos casos. Dice el precepto: «Cualquiera otra circunstancia diversa y no contrastante con las expresamente previstas por la ley, y que sea de tal naturaleza que disminuya notablemente la gravedad del delito o delitos; pero si las circunstancias son varias se considerarán, a todos los efectos, como una sola»³¹.

8. *Concurso de delitos.*

Sobresale al respecto el artículo 51 del Proyecto (párrafo 1º del art. 81 del Código). (Varias violaciones de una o de diversas disposiciones con una única acción.)

Siguiendo su tenor se nota que el Proyecto ha repudiado el principio del concurso material, acogido en el Código vigente, y que, en su lugar, sanciona

(31) Hasta el momento, el único comentario concreto a esta parte de la reforma se debe a FOSCHINI («La circunstancia agravante comune della latitanza», en *Archivio penale*, 1946, I, pág. 68) y fué redactada antes de la publicación del Proyecto.

el principio de la «absorción» (tomado del art. 78 del Código de Zanardelli), atemperándole con una sabia enmienda. En el ordenamiento de 1889, cuando se trataba de varias lesiones jurídicas con pluralidad de resoluciones criminosas referibles a acciones únicas, se decretaba la aplicación de una sola pena, a saber: la establecida para el delito más grave. El Proyecto dispone, en cambio, que la pena correspondiente al delito más grave es la que deberá aplicarse, aumentándola hasta la mitad. Se adopta, pues, un término medio entre el rigorismo del concurso material y la peligrosa suavidad de la teoría de la absorción, la cual no consideraba qué, cuando con una sola acción, pero con varias resoluciones criminosas, se ocasionan diversas lesiones jurídicas, no es justo que se dispense totalmente de la pena que correspondería a la violación concurrente.

9. *El problema de la embriaguez como circunstancia referida a la imputabilidad.*

Muy interesante la disciplina que ofrece el Proyecto acerca de los delitos cometidos en estado de plena embriaguez no accidental.

El Código actual establece una presunción de imputabilidad para tales casos («La embriaguez no derivada de caso fortuito o de fuerza mayor no excluye ni disminuye la imputabilidad», art. 92, párrafo 1.º). Esta presunción obedece a discutibles motivos de política criminal y a que el Código, en este punto, se inspira en el principio de defensa social, para afirmar la plena capacidad penal en los que delinquen hallándose en el estado de embriaguez referido. Desde tal punto de vista se deroga el principio de la imputabilidad moral, y, en tal sentido, el Código se contradice con sus propios principios fundamentales.

El Proyecto, más consecuente con sus directrices, decreta que el hecho cometido en estado de embriaguez plena no accidental será castigado a título de *culpa*, cifrada en que el sujeto se ha procurado a sí mismo, con el exceso en el beber, el estado de incapacidad de entender y de querer. El artículo 75 dice así: «Si el hecho fuere cometido en estado de embriaguez plena no accidental, el agente responderá a título de culpa, y para la pena se observarán las disposiciones siguientes: 1.º Si el hecho está previsto como delito doloso y como delito culposo, se aplicarán las penas establecidas para la hipótesis culposa. Sin embargo, si la acción iba dirigida a la producción del resultado, se aplicarán las penas establecidas para la hipótesis dolosa, sustituyendo a la reclusión perpetua la reclusión de ocho a quince años, y disminuyendo las otras penas en medida que no exceda los tres cuartos. Si el hecho está previsto solamente como delito doloso, se aplicará la segunda parte de este número. 2.º Si el resultado que se ha verificado es más grave que aquel contra el que se dirigía la acción, la disminución establecida en el número 1.º se aplicará a las penas conminadas para el delito preterintencional. 3.º Si el hecho está previsto como contravención, se aplicarán las penas establecidas para éstas.»

¿Consigue esta nueva redacción borrar los puntos de vista defensistas latentes en el correspondiente artículo del Código y sustituirlos por el principio de la imputabilidad moral? A primera vista parece indudable: la presunción de imputabilidad que consta en el Código ha desaparecido en el Proyecto, ya que se castiga por el hecho de que el sujeto se haya procurado a sí mismo, con el exceso en el beber, el estado de incapacidad; se castiga, en una palabra, por culpa antecedente (el agente pudo prever, y debió hacerlo, que la ingestión del

alcohol le produciría una inconsciencia bajo la cual podría cometer actos delictivos). La preocupación de fundamentar la responsabilidad en la imputabilidad «moral» del individuo queda, en consecuencia, satisfecha. Pero, ¿es correcto el modo que se ha empleado para lograr este objetivo? Estimamos que no.

La aplicación rigurosa del repetido principio de la imputabilidad moral habría exigido la exclusión de la misma, incluso, en los sujetos activos de delitos cometidos en estado de plena embriaguez no accidental. El Proyecto no lo ha hecho así, si no que, juzgando desmesuradas tales consecuencias, ha acudido a otra presunción tan rechazable como la del Código, a saber, la de valorar y afirmar la imputabilidad del sujeto en función del momento de la ingestión de la bebida, y no del momento en el cual se ha cometido el «hecho delictivo», única fase en donde es lícito—la doctrina es unánime—estimar las circunstancias del delito (objetivas o subjetivas) y el juego de sus diversos elementos.

A más de estas deficiencias—de calidad suficiente para impedir que la reforma prospere en estos aspectos—nótese que el artículo transcrita distingue en dolosos y culposos los actos cometidos en estado de embriaguez plena, como si en tal estado fuera lícito, jurídicamente hablando, apreciar distintos grados en el proceso volitivo. El precepto, por otra parte, es farragoso, condición a sumarse a los muchos defectos que entraña y en consideración a los cuales, la crítica clama por su nueva redacción ³².

Los artículos 74 (91 del Código) y 76 (92, 1.^a del Código) del Proyecto regulan, de forma idéntica a como lo hace el Código, la «embriaguez derivada de caso fortuito o fuerza mayor», y la «embriaguez no plena y no accidental»; los artículos 77 y 78 (que se corresponden al 92, 2.^a, y 94, 1.^a y 2.^a, del Código) se ocupan de la «embriaguez preordinada» y de la «embriaguez habitual».

10. *Concurso de personas* (Delito diverso del querido por cada uno de los concurrentes).

El artículo 93 del Proyecto dispone una modificación muy importante, tanto por el significado y alcance de la misma, como por lo controvertido de la

(32) En este sentido, la crítica más sagaz es la de PANNAIN (*"Osservazioni"*, cit., páginas 375-376), donde dice con exquisita precisión: «El título de la responsabilidad (culpa) viene dado, según el Proyecto, no por la relación entre la voluntad y el resultado del delito cometido, sino por la relación entre la voluntad y la embriaguez. De acuerdo con el Proyecto, necesario es contemplar no el momento en que se comete el hecho, sino el de la ingestión de la bebida alcohólica. Certo que la embriaguez puede ser voluntaria y culposa; mas, según el P., la culpa está en el hecho de que el sujeto se haya embriagado, no obstante las posibles y previsibles consecuencias del estado de embriaguez. Con igual procedimiento lógico—continúa P.—debería estimarse que quien imprudentemente cohabita con una mujer, la cual le contagia una sífilis, debería responder a título de culpa del delito cometido en estado de parálisis general progresiva derivante de la sífilis... (!).»

El mismo tono de censura adoptan la «Relazione della Corte Suprema di Cassazione», cit., págs. 81-82; RANIERI (de forma confusa y con razones que nos parecen insostenibles), art. cit., págs. 227-228; DE PAOLIS, art. cit., págs. 245-248. Para todo ello, muy atinado, v. U. CESAREO, «Il problema dell'ebrietà nella riforma penale», en *Archivio penale*, 1948, I, págs. 381 y ss.; y, con ciertas reservas sobre sus razonamientos, G. MENESENI: «La così detta semi-imputabilità e gli stati passionali. Nota critica», en *Giustizia penale*, 1949, dic., fasc. XII, II, cols. 954-955.

institución regulada. Dice su texto: «Cuando el delito cometido sea diverso del querido por cada uno de los concurrentes, serán éstos responsables si el hecho puede atribuirse a culpa suya, y para la pena se aplicarán las disposiciones siguientes...» Dice el artículo 116 (correlativo) del Código: «Cuando el delito cometido sea diverso del querido por cada uno de los concurrentes, también éstos responderán de él si el resultado es consecuencia de su acción u omisión.»

Las diversas interpretaciones que se han dado sobre este artículo 116 del Código coinciden (salvo voces aisladas) en señalarle como hipótesis clarísima de "responsabilidad objetiva"³³. Tal parece en efecto considerando que para responder del hecho «diverso» basta con que éste sea consecuencia de una acción u omisión encaminada a producir otro resultado distinto (el propuesto en el acuerdo constitutivo del concurso). Téngase en cuenta que la «acción y la omisión» están valoradas en el artículo en el sentido de «conducta» (elemento objetivo) y que, por tanto, no suponen referencia alguna a la culpabilidad (elemento psicológico), si que a la causalidad material, bastando, pues, ésta para determinar la responsabilidad (responsabilidad objetiva). El criterio jurisprudencial—es cierto—ha procurado limar este rigorismo (bajo cuya vigencia, por ejemplo, no sería difícil reprochar una violencia carnal a quien, concertado con otro para cometer un robo, permaneció de centinela a la puerta de la casa elegida, en tanto que su compañero, a más del robo, cometía una violencia carnal por él ignorada) mediante una fórmula un poco desconcertante: afirmar que no se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva. Si tal es cierto, el resultado producido (diverso del querido), podrá decirse «consecuencia» de la acción u omisión del culpable sólo cuando entre el mismo y la voluntad del agente exista un enlace efectivo (nexo que sobrepasa la simple causalidad material, dando entrada a la culpabilidad) donde fundamentar el reproche³⁴. Algunos autores, para suavizar, asimismo, el alcance del Código, han acudido a otros no menos forzados razonamientos³⁵.

(33) V. la magnífica monografía del Prof. RANIERI (sobre cuyo contenido profesa este año un curso monográfico en la U. de Bolonia, al que asistimos puntualmente) "Il concorso di più persone in un reato", 2.ª ed., Giuffrè, Milano, 1949, *passim*, espec., página 88.

(34) Así una sentencia (Cass. 1.ª Sez., 27 oct. 1949, Volpe), recientísimoamente publicada (*Rivista penale*, feb. 1950, II, pág. 144), donde se dispone que "la institución jurídica disciplinada por el art. 116 del C. P. no configura un caso de responsabilidad objetiva, sino una excepcional hipótesis de corresponsabilidad, para cuya verificación es necesario que entre el hecho cometido y querido por todos y el diverso, realizado, únicamente, por alguno de los concurrentes, *interceda un nexo de causa a efecto* (subrayamos nosotros) *no sólo material, sino también psíquico*, en el sentido de que el delito "diverso" no debe de ser completamente extraño a la previsión de los copartícipes". El caso era: varios individuos se concertan para cometer un robo; algunos de éstos manifiestan que no están dispuestos a realizar otros hechos delictivos (homicidio). No obstante, se realiza un homicidio.

(35) Así, VANNINI (en "Un ponte d'oro all art. 116 del C. P.", en *Rivista di Polizia*, Roma, 1949, págs. 194 y ss.) quiere buscar el enlace subjetivo entre el resultado "diverso" y la voluntad de los concurrentes contrarios a la producción del mismo, interpretando la palabra "concurrente" que, según él, lleva ya en sí la exigencia de la "voluntariedad" (sólo serán "concurrentes", en el sentido del Código, si el resultado es consecuencia de su voluntad). El centinela que vigilaba para el buen éxito del robo no "concurre" (queda, pues, fuera del alcance de la disposición) en la violencia carnal que se cometa y que le sea ignorada. El proceso lógico del A. es, como puede juzgarse, demasiado forzado.

La teoría jurisprudencial, muy humanitaria, pero poco convincente refiriéndola al Código en vigor, encuentra, sin embargo, aceptado acoplamiento en el artículo 93 del Proyecto. Según su preciso contenido, el concurrente no responderá ya por un hecho que él no quiso (la violencia carnal, por ejemplo, en el caso antes aludido: el centinela sólo «quería» el robo), sino que para decretar su responsabilidad será necesario que el «resultado diverso» pueda reprocharsele, cuando menos, a título de *culpa*.

Medida, en resumen, muy estimable y que como tal ha sido recibida³⁶.

11. *Valoración de la gravedad del delito a los efectos de la pena.*

Del Proyecto merece anotarse, en este apartado, el artículo 119 (que se corresponde con el 133 del Código). Dice: «En el ejercicio del poder discrecional indicado en el artículo precedente, el juez deberá tener en cuenta la gravedad del delito, deduciéndola: 1.º de la naturaleza, especie, medios, objeto, tiempo, lugar o cualquier otra modalidad de la acción; 2.º, de la gravedad del daño o del peligro causado a la persona ofendida por el delito; 3.º, de la intensidad del dolo o del grado de la culpa. El juez deberá tener en cuenta, además, la personalidad del culpable, deduciéndola: 1.º, del carácter o del grado de educación y de cultura; 2.º, de las condiciones de vida familiar, individual y social; 3.º de los precedentes penales y judiciales y, en general, de la conducta y de la vida anteriores al delito; 4.º, de la conducta contemporánea o subsiguiente al delito; 5.º, de los motivos para delinquir.»

Confrontando este artículo con el 133 del Código, surge la consecuencia de que los reformadores se han propuesto eliminar las incertidumbres que apareja la expresión «capacidad para delinquir», valorada por algunos en el sentido de peligrosidad, y, por tanto, referida al futuro; y por otros, en el sentido de maldad—grado de rebelión hacia la ley—y, por tanto, en referencia al delito cometido. La tesis más objetiva es la que declara que los coeficientes indicados en el segundo párrafo del artículo 133 no son otra cosa que los coeficientes configurantes de la «personalidad del reo», en su sentido amplio, comprensivo, no sólo de las notas estrictamente referibles al individuo, sino también de las condiciones de vida y de ambiente que sobre él actúan con mayor o menos intensidad³⁷. Esta afirmación se ve ahora corroborada legalmente en el Proyecto.

12. *El delincuente particularmente malvado.*

Sabido es, y por ello no es cosa de insistir sobre el tema, que la figura del «delincuente por tendencia», creada y regulada por el Código Rocco, ha encon-

(36) Única voz contraria es la de RANIERI, particularmente valiosa por ser monografía del tema, pero qué nos parece expresada con poco fundamento y mucho de premeditada oposición al Proyecto. Dice: «Un sistema que quisiera resolver, según la razón, estos casos, no podría disponer más que limitando la responsabilidad del concurrente a lo que por él fué querido o hubiera podido y debido prever (qué ha hecho el Proyecto, sino eso?, preguntamos). Pero no ha sucedido así, y el P. ha puesto en marcha, con el art. 93, la responsabilidad por culpa del concurrente, que es una invención suya no brillante, con la aberrante consecuencia de hacer responder al partícipe a título de culpa, incluso si el hecho está previsto por la ley en la hipótesis dolosa únicamente, derogando así, una vez más, los principios fundamentales del D. P.» (art. cit., pág. 403). V., en cambio, el acertado juicio de VANNINI, laudatorio del artículo comentado y muy objetivo, en «In tema di riforme penali», cit., pág. 652.

(37) Cfr. la «Relazione», n.º 103, págs. 73-74.

trado siempre legión de detractores, empeñados en consignar todos sus defectos. Conscientes de tal oposición crítica, los redactores del Proyecto la han suprimido, colocando en su lugar la del *delincuente particularmente malvado*, descrita en el *artículo 183*. He aquí su texto: «Quien, aun no siendo reincidente o delincuente habitual o profesional, comete, con el concurso de alguna de las circunstancias previstas en el *artículo 40*, números 1 y 4, un delito contra la vida o la incolumidad individual, incluso no previsto en el capítulo I del título XII del libro II de este Código, punible con una pena detentiva no inferior a un mínimo de cinco años, será declarado delincuente particularmente malvado, cuando, en base al hecho cometido y a las circunstancias indicadas en el segundo párrafo del *artículo 119*, el juez crea probable que cometerá otros delitos de la misma índole.»

Esta sustitución de la figura del «delincuente por tendencia» (art. 108 del Código) por la del «delincuente particularmente malvado» (figuras ambas creadas para regular la peligrosidad criminal y las medidas de seguridad que correspondan) obedece al sentir de la doctrina y de la jurisprudencia. En este sentido creemos que debe ser plenamente aprobada. Grispigni, no obstante, se manifiesta contrario a ella³⁸.

13. Otras reformas: la rehabilitación.

Tal vez sea al regular la rehabilitación donde brota con más pujanza el sentido humanitario de la reforma. Los *artículos 226-230* disciplinan casi «ex-novo» la institución, ofreciendo al delincuente la posibilidad de volver a adquirir la pública estima y personal reputación, desde el momento en que, si concurren las condiciones fijadas por el articulado del Proyecto, se le reintegrará en su plena capacidad jurídica. A tal propósito sólo cabe comentar—igual que lo hicerámos al hablar de la suavidad de las penas que en el Proyecto se observa—que la excesiva lenidad puede ocasionar más perjuicios que bienes cuando vaya expuesta con excesiva preocupación sentimentalista.

Sobre el matiz de la reforma, a propósito de la rehabilitación, ha escrito Foschini un sabroso comentario, expresivo, como todos los suyos, del más íntimo pensamiento de los encargados de redactarla. A él nos remitimos³⁹.

Otras correcciones menos importantes contenidas en el Proyecto—tales las a propósito de la «libertad condicional», las que pudieran extraerse para relacionarlas con una nueva tesis sobre el elemento subjetivo de las contravenciones, etc.—son más bien formales o de estilo. En este entendimiento preferimos poner punto aquí a nuestra relación⁴⁰.

(38) Cfr. GRISPIGNI, art. anteriores, cit., n.º 10, págs. 343 y ss.

(39) V. FOSCHINI: «Della riabilitazione (Orientamenti della riforma del C. P.)», en *Archivio penale*, 1947, págs. 232 y ss.

(40) Sobre los temas aludidos pueden consultarse: FOSCHINI: «La liberazione condizionale», en *Archivio penale*, 1948, I, págs. 46-56; y V. BARBADORO: *L'élémento soggettivo nelle contravenciones*, en *Giustizia penale*, 1949, fasc. XII, II, cols. 956-957. De otros, da cumplida cuenta VANNINI, en «Proposte sulla riforma del C. P.», en *Archivio penale*, 1948, II, págs. 395-398.

V. Juicio crítico sobre el Proyecto.

1. Confiesa la Relazione que el Proyecto no significa una confección nueva del Código penal. Sus alcánes son más limitados: se reduce a una «reforma», aunque concebida con innegable amplitud.

¿Responde a la realidad esta declaración oficial? Si sólo se contempla el articulado del Proyecto, deberíamos aceptar tal juicio, ya que en él tan sólo una serie de «retoques» puede notarse y, las más de las veces, con carácter de modificaciones estrictamente técnicas. Mas así que se penetre en el «sentido» de la reforma, cualquier observador medianamente avisado se dará cuenta de que su contenido supone la adaptación del Código a los dos principios—principios fundamentales—que al comienzo hemos enunciado como informadores del Proyecto. Bajo el prisma de la «exigencia política», las figuras de la extradición, del delito político, de la responsabilidad objetiva o anómala, etc. han sido reelaboradas con la impronta de un criterio democrático, inexistente en el Código anterior. Su consecuencia deberá de verse en las mayores garantías—certeza, seguridad—que el nuevo articulado ofrece al individuo. Bajo el prisma de situar, a toda costa, la imputabilidad moral como base de la responsabilidad, las figuras de la embriaguez, concurso de personas, etc. y la ordenación del elemento subjetivo del delito han corrido idéntica suerte, es decir, han sido concebidas y normativamente descritas al margen del Código actual. En este sentido, justa es la apreciación de los que, como Grispigni, Antolisei, califican la reforma de «modificación radical». Pronunciarse de otra manera sería falso.

2. ¿Albricias o desilusión? La respuesta, para ser objetiva, deberá desligarse de todo prejuicio de «escuela». En tal entendimiento, nuestro parecer se inclina hacia las alabanzas. De que así deberá mirarse la «révision» amparada en la exigencia política, nadie disiente. La polémica crítica aparece en torno al segundo principio fundamental: porque su admisión o repulsa está ligada a los presupuestos de dos posiciones irreconciliables. Aquellos que comulguen en la defensista—y aquí coinciden todos los neopositivistas, acompañados, insospechadamente, por Antolisei—habrán sentido aires de amarga derrota. Sirva por todos el juicio de Grispigni, desmedido y parcial: «El Proyecto se presenta como un intento de hacer retroceder el Derecho penal a sistemas arcaicos, abandonados desde hace mucho tiempo, de forma tal que si por desventura llegara a ser legislación vigente, Italia—que por siempre fué maestra en el campo penal—acabaría en el último puesto, como la más reacia a cualquier capacidad de adaptación de las conquistas de la ciencia moderna en el conocimiento de las causas criminógenas y en los sistemas de prevención y de represión del delito.» Si los nuevos principios son los que él defiende y los arcaicos y retrógrados los que van ligados a la única concepción católicamente posible de nuestro Derecho, el Proyecto sería, evidentemente, un retroceso. ¡Por ventura la perpetuidad es atributo de éstos, que ni viejos ni nuevos son, si que perdurables como la naturaleza humana que los dió vida! Aquellos que así lo entiendan, aprobarán la reforma. Y en esta afirmación no va la de su bondad técnica: defectos tiene, y muchos, que claman por una *labor limae*, mas pidamos que esa labor no penetre en su sentido, y que se conforme con pillar los preceptos que la reclaman. Excelentes direcciones doctrinales en el sistema deficiente técnica en el articulado, podría ser el resumen de nuestro pensamiento sobre el Proyecto preliminar del futuro Código penal italiano.

Sobre la parte general del proyecto de Código penal para indígenas de Mozambique

FRANCISCO-FÉLIX OLESA MUÑIDO
Profesor Adjunto de la Universidad de Barcelona

La territorialidad como principio ordenador se halla en la legislación penal colonial ante una realidad insoslayable. Junto al contraste geopolítico entre metrópoli y territorio dependiente nos muestra el hecho colonial el motivado por la disparidad de culturas, por el actual o potencial choque entre normas de vida y conducta que en la unidad del género humano son, sin embargo, diferentes.

No es simplemente un atraso lo que en ciertos casos separa al metropolitano del nativo: es algo más profundo que se proyecta con pasmosa veracidad en el Derecho. Las instituciones básicas tienen diversos supuestos; nuestros conceptos fundamentales son para el indígena simples normas de utilidad; sólo parece ligarnos a todos en lo humano un común valor: la justicia.

Para cumplir su fin precisa la Ley Penal eficacia, y ésta se condiciona en lo colonial a su capacidad de adaptación al nativo, que piensa y quiere con arreglo a una estructura conceptual, a una mentalidad propia.

Por ello, ante la problemática indicada adopta Portugal en sus territorios de Ultramar un criterio personalista, preparando, en cumplimiento de textos fundamentales, la promulgación de legislación especial para indígenas.

Elaboración del Proyecto.—Las prescripciones del artículo 24 del Estatuto Político, Civil y Criminal de los Indígenas, fecha 6 de febrero de 1929, ordenando a los respectivos Gobernadores, previo informe de las autoridades judiciales de cada territorio, la redacción y publicación de códigos de indigenato en Angola, Guinea y Mozambique, se tornan realidad por vez primera en el Proyecto legal que es objeto del presente estudio.

Nombrado Gobernador General de Mozambique el general Bettencourt, éste, por Despacho de 28 de julio de 1941, comisionó al prestigioso jurista Dr. José Gonçalves Cota para que procediese al estudio etnológico de los pueblos indígenas del territorio y elaborara en su vista los proyectos de Códigos civil y penal, creando como instrumento de trabajo la «Misión Etognóstica de la Colonia de Mozambique», que comenzó su labor seguidamente.

En 31 de marzo de 1944 fué presentado ante el Tribunal de Relação, para su informe, el primer Proyecto de Código Penal para Indígenas de la Colonia de Mozambique, que por acuerdo de 9 de junio de 1944, y reconociendo el objetivo valor de la obra y de sus notas complementarias, remitió el Proyecto a su autor para su remodelación, pues ajustándose muy estrechamente en su obra a los principios y directrices del actual Código metropolitano, promulgado en 1886 y en trance de sustitución, temió que naciera el texto para indígenas sin vitalidad.

En su cumplimiento, procedió Gonçalves Cota a una profunda revisión de su obra, presentando el nuevo Proyecto ante el «Tribunal da Relação», siendo aprobado por éste en 29 de marzo de 1946 y ordenada su publicación como Proyecto definitivo por Despacho, fecha 22 de junio de 1946, del Gobernador General de la Colonia, general Bettencourt.

Su estructura. Ley supletoria.—Debiendo realizarse la codificación bajo la influencia del Derecho público y privado portugués, por así disponerlo los artículos 22 del Acta Colonial y 246 de la Carta Orgánica del Imperio, y ser consubstancial con la doctrina jurídico-colonial Hispánica, no es de extrañar que la sistemática, en sus líneas generales, no difiera de la usada en el Código metropolitano de 1886.

Así, el Proyecto definitivo, con un total de 126 artículos, se divide en dos libros, intitulados: «Disposiciones generales» y «De los delitos en particular». Consta el primero de tres títulos, destinados, respectivamente, a los delitos en general y a los delincuentes, a las penas y a sus efectos, y a la aplicación y ejecución de las penas. El segundo libro, destinado a la tipificación de los delitos en particular, se divide en tres títulos, referentes, respectivamente, a los delitos contra los cultos y el sentimiento religioso, a los de estructura específicamente nativo-colonial o «crimes típicos», tratando el tercero, bajo el epígrafe «Disposiciones transitorias», de aquellos que siendo comunes a los medios colonial y metropolitano tienen, no obstante, en aquél especiales características que requieren la adaptación de la Ley penal.

La existencia de la realidad colonial, y en su consecuencia la necesidad de una especial legislación penal para indígenas, no supone una total divergencia entre el ordenamiento jurídico-penal metropolitano y el territorial; antes por el contrario, siendo la colonización un fenómeno dinámico, debe favorecerse la evolución hacia la cultura y Derecho del Estado-metrópoli, orientando a tal fin las fuentes legales a una progresiva extensión de la norma jurídica de contenido superior.

El más eficaz medio para ello es, sin duda, la introducción del Derecho metropolitano como supletorio, en cuanto no se oponga a la peculiaridad legislativa colonial, que, como ya hemos visto, se halla en Derecho portugués limitada por la moral, humanidad y soberanía del Estado e inspirada en su Derecho público y privado.

El Proyecto, en su artículo 1.º declara Ley subsidiaria del Código penal para Indígenas al portugués de 16 de septiembre de 1886 y demás legislación vigente aplicable.

Este recurso legal integra la Ley para nativos en la técnica metropolitana, facilitando con ello el proceso evolutivo del sentido jurídico indígena y evitando su cristalización, peligro que la redacción de un Código de directrices y contenido netamente indigenista difícilmente podría superar. El sistema tiene como primera exigencia un paralelismo estructural con el Código portugués, que, como hemos visto, es la primera característica del Proyecto que se analiza.

Su orientación doctrinal es, dentro de una acusada preocupación étnico-política que constituye uno de sus mejores aciertos, de naturaleza ecléctica con tendencia al positivismo crítico, más acusado en la doctrina de la pena que en la del delito, aunque siguiendo la opinión del «Tribunal da Relação» ha procurado Gonçalves Cota evitar en lo posible la inclusión de artículos limitados

a declarar principios generales que pudieran ser modificados o sustituidos en una próxima reforma del Código de 1886, logrando con la abstención una mayor facilidad en adecuar el texto territorial al nuevo metropolitano.

No obstante, se establecen algunas declaraciones doctrinales.

Los fines de la Ley penal.—Principios fundamentales de la legislación penal para indígenas son, a tenor del artículo 2.º, los de humanidad y defensa social comunes a los contemplados por las instituciones penales metropolitanas portuguesas, siendo los fines primarios de la Ley penal los de prevención y represión del delito, aunque acomodados al estado de civilización de los pueblos indígenas del territorio y a su especial *mentalidad*, elemento psicológico diferencial.

Son fines de la pena (art. 3.º): *a*), la defensa social; *b*), la prevención indirecta de la delincuencia por medio de la intimidación, y *c*), la reeducación moral del delincuente cuando éste sea corregible. Débese destacar que la Memoria que acompaña al Proyecto excluye especialmente la expiación como fin de la pena.

Puede considerarse en este aspecto el Proyecto mozambiqueño como verdaderamente revolucionario en el ámbito de la legislación penal colonial portuguesa, ya que el Estatuto de 1929, en su artículo 12, considera objeto esencial solamente la reparación del daño causado y la intimidación por la imposición de penas graduadas respecto a «sus culpas», y lo mismo dispone el artículo 3.º del Primer Reglamento del Fuenro Especial de Indígenas de Angola, fecha 28 de octubre de 1939, y el artículo 9.º de su texto refundido de 17 de febrero de 1943. En éstos nada hay referente a la inocuación directa (defensa social), ni moral (corrección), e incluso la coacción psicológica que es fin común a unos y otros aparece en el Proyecto mozambiqueño ya diferenciada y cumpliendo una función de carácter social en cuanto es prevención indirecta.

De la Ley penal.—*a)* Su ámbito de aplicación.

El Proyecto de Código penal para Indígenas de la Colonia de Mozambique es de naturaleza personal, siendo el destinatario de las normas que sanciona el indígena natural o habitante en el territorio. Respecto a su concepto legal, punto clave del sistema, ya que constituye el supuesto necesario para aplicar el Código privativo, se remite éste (art. 6.º) a las fuentes que fijen la aplicabilidad del Estatuto Político, Civil y Criminal de los Indígenas.

El vigente, de 6 de febrero de 1929, en su artículo 2.º, considera a los efectos del mismo, todo individuo de raza negra o descendiente de ella, referencia esta última al mestizaje, que por su ilustración y costumbres no se distinga del común de su raza, siendo competencia de los respectivos Gobiernos coloniales fijar las condiciones que deben caracterizar a los individuos *naturales* o *habitantes* para ser considerados indígenas a los efectos del Estatuto y demás legislación especial aplicable a ellos. El ámbito de aplicación, aunque referido exclusivamente a indígenas, incluye, natural reflejo del principio espacial, a cuantos sin distinción se hallen en el territorio de la colonia.

En Mozambique, la Orden de 12 de noviembre de 1927, hoy en vigor, exige para declarar la asimilación o estado de «no indígena» de un negro o mestizo: 1), hablar portugués; 2), no practicar los usos y costumbres del medio indígena; 3), ejercer profesión, comercio o industria o poseer bienes de rendimiento suficiente para mantenerse.

El concepto de «indígena» surge a *contrario sensu*; pero exigiendo la citada Orden la existencia cumulativa de los tres requisitos, basta que en el negro o mestizo no se dé uno de ellos para que tenga la consideración legal de indígena.

El estado de «no indígena» requiere por principio la asimilación del nativo a la cultura metropolitana. Por ello, aunque el elemento característico y diferencial es la práctica de los usos y costumbres tradicionales, la incapacidad para integrarse en el espíritu metropolitano (desconocimiento del idioma) o en la común labor (no tener hábitos de trabajos), son hechos prohibitivos de la asimilación dicha.

Poco difiere—casi puede ser considerada una glosa—la legislación territorial angolana en esta materia, que por Diploma de 4 de junio de 1931 exige para la asimilación: 1), abandonar enteramente los usos y costumbres de la raza negra; 2), hablar, leer y escribir correctamente la lengua portuguesa; 3), adoptar la monogamia, y 4), ejercer profesión, arte u oficio compatible con la civilización europea, o tener rentas obtenidas por medios lícitos que sean suficientes para proveer a su alimentación, vestuario y habitación, así como a la de sus familiares.

No contempla dicha Orden de 1927 la hipótesis de regresión del «no indígena» prescrita en la de 9 de enero de 1917.

Por último, el artículo 126 del Proyecto dispone su aplicación siempre que el delinquente sea indígena e independientemente de la jurisdicción portuguesa, común o privativa, que deba entender del hecho y de ser o no indígena el sujeto pasivo del delito.

b) Principio de legalidad.

La formal declaración de este principio contenido en el artículo 9.^o del Proyecto completado en los artículos 5.^o, 15 y 18 del Código metropolitano, en su calidad de legislación subsidiaria, cumple una doble finalidad; de una parte, una razón técnica y normativa exige la certidumbre del Derecho en el ámbito penal; de otra, la naturaleza colonial del Código para indígenas requiere esencialmente, por razones de política étnica, distinguir entre lo inmoral constitutivo de delito y lo que siendo fruto de la diversa norma cultural debe tolerarse en beneficio de la evolución cuyo impulso es uno de los fines primarios de la acción colonial.

Por ello, y respecto a la tradicional fórmula del artículo 5.^o del Código de 1886, «ningún acto, ya consista en acción u omisión, puede juzgarse delictuoso sin que una ley anterior lo califique como tal»; reafirmado en los artículos 15 y 18 del mismo texto legal, destaca el Proyecto la adecuación del principio de legalidad en cuanto al especial destinatario de la ley (indígena) y al índice diferencial de culturas, y así prohíbe dicho artículo 9.^o la incriminación de toda acción u omisión considerada inmoral por la civilización de no hallarse expresamente prevista en las leyes penales aplicables a indígenas.

c) Interpretación.

El principio de legalidad se completa en el artículo 10 con las normas de interpretación, ya que las dudas respecto al alcance del precepto, siempre posibles, se multiplican al recoger y referirse el Código a instituciones en todo ajena a nuestras concepciones jurídicas. Con criterio positivista, que rehuye la interpretación puramente legal a que hace referencia el artículo 18 del CÓ-

digo metropolitano, distingue el Proyecto respecto a delincuentes, no a delitos, clasificando aquéllos en no peligrosos y peligrosos, estableciendo el principio del sentido más favorable al reo en el primer caso y a las necesidades de la defensa social en el segundo, sirviendo como módulo para la clasificación los antecedentes del delincuente y la proyección criminal de su personalidad, esto es, la naturaleza del delito y las circunstancias de su comisión.

Del delito.—De acuerdo con la orientación etnológica que constituye el eje del Proyecto, distingue éste (arts. 1.^o y 4.^o) entre los delitos originados por los peculiares sentimientos o creencias de estos pueblos (crímenes gentílicos) y los que, cometidos en el medio indígena, no se diferencian de los previstos en el Código metropolitano.

La primera categoría comprende los delitos cometidos bajo la influencia directa o indirecta de las supersticiones y creencias propias de la raza negra y que inducen al delincuente a creer en la legitimidad del fin o de los motivos que determinan el hecho punible, presumiéndose la corregibilidad de su autor y castigándole por ello con especial benevolencia, procurando su pronta reintegración al medio nativo una vez corregido y transformado en un instrumento más en la lucha contra el delito. Exceptuado queda si el hecho, por ser cometido con ensañamiento, revela instintos, temperamento o carácter peligroso, o si el autor fuese reincidente, lo que pone de manifiesto la dificultad de inocuación.

En los delitos de la segunda categoría (arts. 1.^o y 45) se aplicará, respecto a incriminación, el Código penal portugués de 1886, observándose en la punición de los delitos las normas que el artículo 45 y los 46, 47 y 48 del Proyecto señalan, fijando la equivalencia entre las penas del Código metropolitano y las previstas en aquél.

Una tercera categoría queda constituida por los delitos que, previstos en el Código de 1886, precisan ser adaptados a la vida social indígena o a ciertas circunstancias especiales que el Código metropolitano no previó ni pudo prever. Estos se regulan en el título III del libro II como Disposiciones transitorias, creando en unos casos tipos complementarios y en otros subtipos o tipos personales.

Las contravenciones con las modificaciones a que se hace mérito se regulan por el Código metropolitano y legislación aplicable como Derecho supletorio, por carecer casi el Proyecto de declaraciones fundamentales sobre ellas.

En cuanto a formas de culpabilidad, la negligencia sólo se castiga en los delitos (art. 7.^o) cuando se halla expresamente establecido en la Ley, siendo siempre punida en las contravenciones. Este criterio difiere del sustentado por el Derecho metropolitano, que por «assento» del Tribunal Supremo de Justicia, fecha 20 de marzo de 1936, inserto en el «Diario do Governo», 7 abril 1936, establece basándose en la justificación del artículo 43, que define la negligencia como una acción u omisión dependiente de la voluntad¹, que, «la culpa siempre se halla castigada en los términos de los artículos 43 y 110 del Código penal de 1886, y no sólo en los casos en que específicamente se ordena castigarla», rectificando con ello el sentido del artículo 2.^o de dicho cuerpo legal, cuyo

1. Integrando así la culpa en la noción de delito formulada en los artículos 1.^o y 15 del Código metropolitano.

texto reza «el castigo de la negligencia, en los casos especiales determinados por la Ley, se funda en la voluntaria omisión de un deber».

La forma culposa en las contravenciones sigue las normas del texto metropolitano.

Respecto a grados de ejecución del delito se remite el Proyecto por absención a las prescripciones de la ley metropolitana, salvo en los que atañe a la tentativa en que exige su idoneidad para ser penalmente relevante (art. 8.º). El delito imposible por inidoneidad de medios, del objeto o del sujeto pasivo, dudosamente punible en derecho metropolitano, es indirectamente declarado impune al excluir la hipótesis de tentativa.

De la responsabilidad.—En la cuestión básica de la responsabilidad, el Proyecto, como afirma Gonçalves Cota en la Memoria que le acompaña, no establece ostensiblemente principios diversos del Código de 1886, limitándose a buscar mejores y más útiles resultados en la aplicación de la pena sin desconocer como factor la mentalidad del nativo ni combatir concepciones clásicas acerca de la libertad volitiva que han sobrevivido a los ataques de los filósofos positivistas.

La evaluación de la responsabilidad, ordena el art. 15, se efectuará considerando conjuntamente: a), la mentalidad atrasada del indígena; b), la gravedad del hecho incriminado; c), la peligrosidad del agente.

La ignorancia de la ley, debidamente comprobada, exime de responsabilidad, siendo el delincuente primario, cuando se trate de contravenciones o de la infracción de nuevas disposiciones legales destinadas a combatir usos y costumbres indígenas (art. 16).

Son inimputables, además de las personas indicadas en la ley penal general, los menores de 10 años, en todo caso (art. 22), y los mayores de 10 años y menores de 15 cuando obraren sin discernimiento o bajo el dominio imperativo de la autoridad de los ascendientes, tutores o legítimos representantes de la jerarquía familiar, según el régimen adoptado en la organización social indígena. Se prevén medidas correccionales.

También se declara inimputable (art. 26) el indígena que obró bajo el influjo de una emoción súbita e intensa, aun no produciéndose privación accidental del ejercicio de sus facultades intelectuales y si apenas perturbaciones nerviosas que inhibieran al agente de abstenerse de la práctica de hechos punibles, siempre que exista por parte del agente el propósito de proceder racional y legalmente.

El Proyecto considera como posible atenuante calificada, la de hallarse persuadido el delincuente de ser el hecho desencadenante de la agresión criminosa o de la legitimidad del fin o de los motivos determinantes del delito, cuando se hallaren relacionados con supersticiones o creencias animistas, si no revelase el agente instintos peligrosos. La embriaguez completa o incompleta es atenuante calificada en los supuestos del artículo 50 del Código metropolitano.

Se prevé la atenuación de la responsabilidad del nativo que sin sufrir enfermedad mental padeciera degeneración psíquica o anomalía nerviosa que se proyecte en su conducta. Además de las previstas en el Código de 1886, incluye el Proyecto un sistema complementario de circunstancias atenuantes y agravantes, directamente ordenadas a las exigencias del medio colonial.

De las formas de participación.—Por el carácter de inducción al delito que

la imputación de hechicería tiene en los pueblos nativos, considera autores el Proyecto (art. 11) a los adivinos que con sus artes, sortilegios o declaraciones influyan, directa o indirectamente, en la comisión de delitos contra quien él haya imputado la realización del maleficio.

A indicación del «Tribunal da Relação» altérase la clasificación de la participación criminal establecida en el Código de 1886, diferenciando encubridores y «adherentes» (arts. 12 y 13). Son encubridores los agentes que albergan o facilitan la huida del delinquente o efectúan actos posteriores al delito que tiendan a lograr su impunidad, ya impidiendo o perjudicando la formación del cuerpo del delito, ya inutilizándolo u ocultándolo, o, en fin, falseando un perito, con el fin de favorecer al delinquente el informe a emitir con carácter obligatorio por razón de su profesión o cargo.

La intervención del «adherente», también posterior al acto consumativo, se configura en el aprovechamiento o auxilio prestado al delinquente para que éste se aproveche de los productos del delito, ya sea por compra, prenda, regalo u otro medio, siempre que en el acto de la adquisición tenga conocimiento de su procedencia delictiva.

La distinción de ambas categorías corresponde a una realidad criminológica. El «adherente» es siempre un individuo cuyo estado peligroso queda indicado por los propios actos constitutivos de su intervención en el delito; mientras el simple encubridor puede realizar los actos de encubrimiento movido por sentimientos de mal entendida humanidad, que, aunque nefastos al orden jurídico, revelan una capacidad de reacción ante el dolor ajeno.

Esta distinción se proyecta en los artículos 53 y 54, que sancionan con mayor gravedad al «adherente» que al encubridor.

De las penas.—Recogiendo la facultad de amplia iniciativa que otorga el artículo 13 del Estatuto Político, Civil y Criminal, de 1929, para la institución en los Códigos para indígenas de un nuevo sistema de penas, procedió G. Cota a integrar las nuevas doctrinas, plasmadas en las leyes metropolitanas y extranjeras, en el Título II del Primer Libro.

Los postulados del positivismo crítico que campean en la Reforma Penitenciaria de 1937, son adaptados a la naturaleza y al medio colonial, y así, las penas, aunque determinadas en su naturaleza y duración máxima y mínima, prefijadas en la ley son indeterminadas entre dichos límites, correspondiendo la ulterior individualización a una «Comisión Directiva de Reclusiones», a quien cumple también, en el curso de la ejecución, proveer los medios convenientes al tratamiento penitenciario, considerando la conducta del delinquente anterior, coetánea y posterior al delito (arts. 28 y 29), y la sustitución cuando se juzgue necesario de la pena impuesta por tratamiento psiquiátrico. Es notable la colaboración existente entre la autoridad judicial y la penitenciaria para la adecuación de la pena cuando existen circunstancias modificativas.

Las penas se dividen en mayores y correccionales. Son penas mayores los diversos grados de «decreto». Son penas correccionales: la prisión correccional, la fijación de residencia, la multa y la repremisión. Como providencia complementaria puede acordarse la interdicción de profesión, servicio o cargo.

Establece el Proyecto, para los delitos comunes en su estructura al medio metropolitano, un sistema de equivalencias entre las penas del Código de 1886

y las correspondientes del Proyecto, ya que solamente pueden ser impuestas al indígena las prescritas en el texto especial.

De las medidas de seguridad.—Al tratar G. Cota, en la Memoria que antecede al Proyecto definitivo, de la naturaleza y fin de la pena, pronunciándose por un positivismo crítico, afirma que ésta, aunque es un medio de lucha contra la delincuencia, no es ni el único ni el más eficaz; declaración que parece la consagración doctrinal de los principios de un sistema de medidas de seguridad. En su articulado, no obstante, sólo aparecen disposiciones aisladas.

Puede explicarse ello, en parte, por el paralelismo estructural con el Código metropolitano, fundamentalmente carente de ellas, y por la tendencia que se observa en Portugal de regular las medidas de seguridad por legislación autónoma de contenido penitenciario.

El artículo 27 del Proyecto dispone el preceptivo internamiento de los inimputables por enfermedad mental en establecimiento adecuado y por tiempo indefinido, que corresponde fijar a los peritos médicos en consideración al estado mental del enfermo y a la seguridad social.

También prevé el tratamiento clínico de los ebrios habituales por ingestión de alcohol o utilización de plantas estupefacientes.

Siguiendo la orientación y estructura de la Ley metropolitana de 20 de julio de 1912, superada por la Reforma Penitenciaria de 1936, establece el Proyecto un sistema unitario para el tratamiento de diversas formas asociales o antisociales, independientemente de su carácter pre o post-delictual, adoptando como índice tipo de la regulación la *vagancia*; equiparando a ésta las restantes formas señaladas en el Proyecto (art. 108).

Se reputa vago al indígena mayor de 16 años probables, que sin causa mayor que lo justifique carezca de medios de subsistencia, no ejerza habitualmente profesión o rehuse el trabajo ofrecido hallándose desocupado.

La providencia ordenada, adscripción al trabajo por tiempo indefinido², aunque no se halla calificada por la ley, puede afirmarse que *no es* pena, y así resulta de los artículos 30 y 35 del Proyecto, que enumeran respectivamente las mayores y correccionales aplicables, induciéndose, en consecuencia del artículo 1.º del Código de 1886, aplicable por reenvío, que la vagancia y estados afines no son propiamente delitos en el Proyecto mozambiqueño.

El postulado sistema de medidas de seguridad hubiera evitado la problemática resultante sin que, dadas las ampliás facultades de iniciativa, concedidas en materia penológica por el Estatuto de 1929, se hubiera gravemente perturbado el paralelismo estructural entre la legislación portuguesa y la vigente en sus colonias.

Por lo que respecta a las medidas aplicables a la delincuencia habitual, el Proyecto sigue el criterio de la Ley de 1912, que equipara habitualidad y vagancia, apartándose de la orientación adoptada por el Tribunal Supremo de Justicia, y justificada por Beleza dos Santos en su estudio «*Delinqüentes habituais vadios ou equiparados*»², que sustenta la revocación y sustitución del artículo 5.º de la predicha Ley, que la establece por los artículos 109 y siguientes del Decreto de 28 de mayo de 1936 (Reforma Penitenciaria), pronunciándose con

2. En este aspecto difiere el Proyecto de la Ley de 1912, en que coexistían penas correccionales con adscripción al trabajo en colonias industriales o agrícolas.

ello por la independencia en las medidas aplicables a formas del estado peligroso que en su unidad conceptual tanto difieren entre sí.

* * *

En su conjunto es el Proyecto de Código penal para Indígenas de la Colonia de Mozambique una acertada integración de principios doctrinales en los supuestos de organización y moral nativas, constituyéndose en un activo instrumento de lucha contra el delito en aquel medio colonial.

Venezuela.—Proyecto de Ley sobre sujetos peligrosos

(Vagos, maleantes y temibles)

JOAQUIN BASTERO

Como característica de la legislación penal venezolana, destaca su inestabilidad.

Hasta llegar a su Código penal de 1926, surge primeramente el de 1863, que goza de dos lustros de vigencia y es sustituido por el de 1873, al que reemplazan sucesivamente los Códigos penales de 1897, 1904, 1912 y 1915.

Junto a la inestabilidad legislativa acúsease una notoria variabilidad, respecto al influjo de la legislación española en aquella República hispanoamericana. El primitivo Código penal de 1863 acusa una clara influencia del de Pacheco de 1848, mantenida a través del nuestro de 1870 en el venezolano de 1873, hasta 1897 en que el Código de esa fecha rompe con la tradicional influencia hispánica, restaurada en el Código de aquel país de 1904, volviéndose de nuevo al espíritu del Código penal de 1897, con el de 1915 que mantiene como el de 1926 el aislamiento con las tendencias legislativas de la madre Patria.

Frente a tal acusada variabilidad legislativa, en lo relativo a los Códigos penales que han regido en Venezuela y a los cambios que el influjo hispánico ha experimentado en los mismos, se aprecia cierta estabilidad en orden a la orientación clásica o neoclásica de sus Códigos, libres de exagerados influjos positivistas, pues la trayectoria clásica, bien patente en el Código de 1926, se mantiene en el último proyecto de Código penal, como acusan los comentarios al mismo, del Director de «Revista Jurídica», José R. Mendoza, en el ejemplar correspondiente a 1945.

La filiación punitiva venezolana hacia los clásicos de lo penal, es causa y motivo de sentir la necesidad de un tratamiento adecuado hacia aquellos seres ajenos al campo del Derecho penal en su sentido retributivo y sancionador, más objeto del mismo, en cuanto que aparecen entregados a una vida de vagancia próxima y propensa a la delincuencia.

De aquí la diversidad de leyes que han regido en Venezuela para tratamiento y corrección de seres en estado peligroso y en las que a la manera de los Códigos penales de aquel país se registra una nota distintiva de inestabilidad junto a un predominante influjo de la legislación española, sobre esta materia, en algún texto legal.

Rigió, primeramente, a partir de abril de 1845, la Ley sobre «Procedimiento y penas contra vagos y mal entretenidos», que, si bien su contenido, por claras razones cronológicas, no puede ser parangonado con las modernas normas legales sobre la materia, no deja de ser meritorio para el país que la promulgó el hecho de su preocupación por aquellos seres en situación de te-

mibilidad y a los que designa con terminología nada usada en la actualidad, pero sumamente gráfica en su expresión.

La primera Ley de vagos y maleantes, propiamente tal, que se promulgó en Venezuela, es de 14 de agosto de 1939, que pronto experimenta la modificación parcial de 15 de julio de 1943.

Ambos textos legales—1939 y 1943—, a la manera de algunas Leyes análogas en otras Repúblicas hispanoamericanas, registran claro influjo de nuestra Ley de vagos y maleantes de agosto de 1933.

La inestabilidad legislativa penal venezolana puede ser apreciada en esta materia, pendiente de modificación en los momentos presentes, a través de un nuevo proyecto legal que deroga expresamente en su último artículo la Ley de 1939 y la reforma de 1943.

Es el proyecto al que nos referimos el publicado en el «Diario de Debates» de la Cámara de Senadores, en 9 de junio de 1948, denominado «Proyecto de Ley sobre sujetos peligrosos» (vagos, maleantes y temibles).

Los dos primeros artículos del proyecto de referencia integran el título primero que determina el ámbito personal de aplicación de la Ley, con tan lógica excepción, como la de los menores de dieciocho años, que pudieran ser calificados de peligrosos, los cuales, en todo momento, serán juzgados de acuerdo con el Código de menores de 1938.

El título II, después de tipificar los estados o categorías indiciares de la peligrosidad, clasifica las medidas que pueden aplicar los Jueces para combatir el estado peligroso en *correccionales*, como el trabajo en colonias agrícolas o casas de trabajo industrial; en *educativas o curativas*, cual la casa de templanza y de reposo o el Hospital Psiquiátrico; *preventivas*, que abarcan la obligación de declarar la residencia o de residir en un determinado lugar, la prohibición de permanencia en lugar o territorio determinado, el envío, debidamente custodiado, al lugar de origen, sometimiento a vigilancia y la expulsión de extranjeros. Finalmente, como medida *eliminadora*, preceptúa la casa de custodia.

La clasificación de las medidas precedentes, las garantías de que se rodea su aplicación y la finalidad de las respectivas instituciones aplicativas de dichas medidas, constituyen un título de la Ley, verdaderamente ejemplar, si bien supeditado en su eficacia práctica a contar con una red de instituciones difíciles de improvisar y sólo susceptibles de lograr mediante un plan de montaje ordenado y progresivo.

Las garantías de que en todo momento goza el presunto ser peligroso, quedan bien patentes en el Título III de la Ley que comienza proclamando la necesidad de que todo ser peligroso sea declarado como tal y toda medida de seguridad aplicada por Juez competente y siempre según las normas procedimentales de la misma Ley.

La función judicial se ve asistida a través de medios informativos, tales como dictámenes médicos, pedagógicos y laborales, para garantía del sujeto peligroso, auxilio del Juez y complemento indispensable de tan delicada función de defensa social.

Las normas legales en comentario pueden apreciarse informadas de un amplio espíritu de flexibilidad que permite al Juez, aun sin cumplir plazo mínimo alguno de duración de la medida de seguridad, proceder de nuevo

al examen del sujeto peligroso ante la presunción de haber cesado dicho estado o bien señalar nuevos plazos de aplicación de la correspondiente medida, asistido de nuevos dictámenes técnicos, ante la persistencia del estado de peligrosidad.

El procedimiento es materia que recoge detalladamente el Título IV, hasta el extremo de resultar más extensas las normas procedimentales de carácter adjetivo que las propiamente sustantivas.

Anuncia el Proyecto de Ley, en comentario, el nombramiento de Jueces de Prevención social y de Tribunales de la misma denominación.

Así, planeada la red orgánica de Jueces y Tribunales, iniciase el procedimiento mediante denuncia, tras la que el Juez oirá al presunto peligroso y ordenará, cuantas investigaciones estime oportunas para acreditar los hechos denunciados, sin olvidar el peritaje médico, que función tan esencial puede desempeñar en pro de la investigación de la personalidad antropológica, psíquica o patológica. Todo ello en un plazo de treinta días.

En audiencia pública, previa la práctica de pruebas y peritajes, escucha de nuevo el Juez al presunto peligroso y en un plazo posterior a dicha audiencia, que no puede exceder de cinco días, debe declararse, de haber lugar a ello, la peligrosidad del denunciado.

El fallo es apelable ante el Tribunal superior.

Dentro de la apelación, merece destacarse la posibilidad que otorga la Ley de reíterar la práctica de prueba en defensa del presunto sujeto peligroso, pudiendo, también, el Tribunal que recibe la apelación ordenar de oficio las averiguaciones o diligencias que estime oportunas.

Los Jueces de Prevención social no agotan su misión, una vez dictada la resolución, sino que su cometido a través de la vigilancia y cuidado del sujeto peligroso, se extiende a lo largo del tratamiento de que se hace objeto a éste para poder, en consecuencia, adoptar el conveniente régimen correccional, curativo, preventivo o de custodia.

Con este conjunto de normas, sustantivas y procesales, la legislación venezolana, un tanto desviada de nuestra Ley de vagos y maleantes de 1933, aspira a hacer objeto del debido tratamiento a seres, vagos, maleantes y temibles, mas para que la labor llevada a cabo obtenga utilidad y sea fructífera, requiérense los dos extremos siguientes:

1.^o Un sistema de instalaciones e instituciones donde pueda desenvolverse una verdadera labor de profilaxis social, correctiva y educativa de temibles y peligrosos.

2.^o Un personal judicial médico-psiquiátrico, de trabajo y aun administrativo, verdaderamente especializado y capaz de plasmar en la realidad cuanto la Ley concibe en su articulado.

Frente a la inestabilidad legal registrada es de desear que el proyecto signifique el afianzamiento legislativo en materia de la importancia y transcendencia de la que presenta el articulado comentado.

SECCION DE JURISPRUDENCIA

De la premeditación condicionada en el parricidio

JUAN DEL ROSAL

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. *Supuesto de hecho*.—II. *Calificación del Tribunal "a quo"*.—III. *Fundamentos impugnadores de la sentencia*.—IV. *Exposición del fallo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*.—V. *Algunas consideraciones respecto a la premeditación condicionada*.

I. Supuesto de hecho (S. 18 marzo 1950)

Los hechos rezan así: "Que en 19 de febrero de 1917 contrajeron matrimonio canónico y civil en R., N. V. G. y la procesada C. G. R., de cuya unión tuvieron diferentes hijos, habiendo vivido el matrimonio en N. y manteniéndose entre los componentes de dicha familia unas relaciones completamente normales, hasta que en el año 1942 sufrió N. una caída de una caballería, causándole una lesión en la cabeza, y desde entonces, bien porque ello influyera en su estado nervioso excitándole, o bien porque disminuyese su capacidad de trabajo, comenzaron las discusiones entre los esposos, agudizadas por el defecto de embriaguez frecuentemente del marido. Con estos antecedentes, el día 29 de octubre de 1947 llegó N. a su casa sobre las seis de la tarde, preguntando a su hijo J. V. G., que contaba entonces quince años de edad, si había traído a casa un arado "Brabant", y como le contestase negativamente, discutió con él mismo por no haberlo realizado, y generalizando la discusión, comenzó a insultar a su esposa, a la que injurió con las palabras de p... y otras insultantes, como con frecuencia venía haciéndolo, marchando después de casa, quedando la procesada y su hijo J., manifestando a éste que aquello no podía resistirlo más y que tenía que matar a N., con lo que estuvo conforme J., conviniendo en que si volvía N. a insultar o amenazar, le darían muerte, extremos éstos que convinieron mientras madre e hijo se encontraban en la cuadra arreglando los ganados, y para disponerse a realizar lo proyectado, la procesada tomó un martillo que se encontraba en el portal de la casa, llevándolo a la cocina y ocultándolo en un rincón cercano al fogón, proveyéndose J. de un hacha que en la cocina se encontraba y que colocó a mano, pero escondida detrás de un banco; que aproximadamente

sobre las nueve regresó a casa N., quien venía embriagado, sentándose en una silla detrás del fogón, comenzando a dirigir frases ofensivas contra C., quien le replicó llamándole "Borrachón", a lo cual, levantóse N., al tiempo que cogía una botella, y entonces la procesada, con el martillo que tenía ya en la mano y oculto entre las faldas, le golpeó en la cabeza al propio tiempo que J. le quitaba la botella y le sujetaba, cayendo al suelo la víctima a consecuencia del golpe, y J., que había cogido el hacha, le dió con la misma, por la parte contraria al filo, echándose sobre él sujetándole, y entonces la procesada le golpeó repetidamente con el martillo hasta que dejó de dar señales de vida, y tomando el hacha que J. había dejado, le dió otro golpe con ella hasta asegurarse de la muerte de N.; que realizado el hecho, bajaron el cuerpo de éste a la cuadra, ocultándole entre la basura, subiendo nuevamente a la cocina, donde trataron de borrar todas las huellas de su crimen, blanqueando con cal y fregando el suelo, con el fin de hacer desaparecer las manchas de sangre, permaneciendo después de realizadas estas operaciones, algún tiempo, acostándose más tarde, y al día siguiente, por la mañana, fué J. al campo a trabajar, del que regresó sobre las tres de la tarde, manifestando entonces la procesada que para evitar que se descubriese el cuerpo por la descomposición, debían llevarlo a enterrar a una finca denominada "La Santa", situada dentro del término de la localidad expresada, aceptando J. la propuesta e intentando llevar el cadáver en el carro envuelto entre la basura, pero al pretender meterlo en un saco, como por el tamaño de aquél podía sobresalir del carro concibieron y llevaron a cabo la idea de cortarle las piernas, lo que realizó J. con un hacha grande mientras la procesada sujetaba el madero sobre el que tal operación realizaron, metiendo entonces cuerpo y piernas en el saco, que colocaron en el carro, ocultándolo con el estiércol, llevándolo así a la finca aludida, donde abrieron una fosa, enterrando a su víctima, haciendo después unos surcos en la tierra con el fin de disimular la citada fosa; después de esto, y ya vueltos a su domicilio, empezaron a preparar la noticia de que N. se había marchado de casa, practicándose diferentes pesquisas sin resultado, hasta que el día 26 de diciembre del propio año y por gestiones de la Guardia Civil fué descubierto en la finca referida el cuerpo de N. con ambas piernas fracturadas y con heridas contusas en la región occipital, parietal izquierda y frontal, con fractura de huesos, propios de la nariz, maxilar inferior y base del cráneo, lesiones que determinaron la muerte por contusión cerebral.

II. Calificación del Tribunal "a quo"

La Audiencia sentenciadora calificó los hechos, anteriormente narrados, de constitutivos de un delito de parricidio, previsto y sancionado en el artículo 405 del C. penal (1), estimando en el segundo de los "considerandos" que del citado delito era responsable C. G. R., en concepto de au-

(1) El artículo 405 del Código penal dice así: *El que matare a su padre, madre o hijo, o a cualquiera otro de sus ascendientes o descendientes legítimos o ilegítimos, o a su cónyuge, scrá castigado, como parricida, con la pena de reclusión mayor o muerte.*

tora, tanto por ser la misma ejecutora material del hecho como porque mediando concierto entre ella y su hijo menor para causar la muerte de su marido y padre, respectivamente, merece igual consideración por la unidad de resolución y acción punible, cualquiera que sea el acto realizado para la consecución del fin propuesto y logrado, ya que los actos individuales de cada uno fueron meros accidentes de la acción común, y se han todos comprendidos en el concepto de autores que señala el número 1 del artículo 14 del mencionado Código (2).

Y, a la par, apreció que en la comisión del hecho delictivo concurrió la circunstancia agravante sexta del artículo 10 del mismo texto punitivo vigente (3), pronunciando su fallo, en el que condenó a la procesada a la pena de muerte y, para caso de indulto, a la de treinta años de reclusión mayor con sus accesorias, pago de costas e indemnización a los herederos del interfecto; no acogiendo, respecto a la incapacidad para suceder a aquél, conforme lo dispuesto en el número segundo del artículo 756 del Código civil y demás disposiciones concordantes (4).

III. Fundamentos impugnadores de la sentencia

De frente a la susodicha decisión judicial de la Audiencia Provincial se interpuso *recurso de casación por infracción de ley*, al amparo de las pertinentes prescripciones procesales, por parte de la condenada, fundamentándolo en la infracción del número primero del artículo 14 y en la indebida aplicación de la circunstancia sexta del artículo 10, todos ellos del Cuerpo penal en vigor. Y en su momento procesal, y pasados los autos al Ministerio público para instrucción y a los efectos del artículo 950 de la Ley rituaría, los devolvió con escrito de interposición del recurso, apoyándose en el mismo precepto procesal que el recurrente y recogiendo a la par la misma tesis de inaplicación de la *premeditación*, si bien descartó el motivo primero de la parte recurrente.

En el acto de la vista el recurrente desistió "in voce" del primero de los mencionados motivos, sosteniendo únicamente el segundo, al igual que el Ministerio público. Y, sin embargo, pese a la identidad de posiciones jurídico penales del recurrente y del Ministerio Fiscal, el primero razonó, tanto en el escrito como en el informe, buscando la apoyatura en la teoría de la existencia de una "premeditación condicionada"; en tanto que el segundo sostuvo lisa y llanamente la inexistencia de premeditación por falta de lapso de tiempo. La consecuencia, en verdad, es la misma, aunque se llegue a ella por distinto camino, esto es: *ausencia de premeditación*.

(2) El artículo 14 preceptúa: *Se consideran autores: 1.º Los que toman parte directa en la ejecución del hecho.*

(3) En cuanto al artículo 10, núm. 6, dice que son circunstancias agravantes: 6.º *Obrar con premeditación conocida.*

(4) El Código civil dispone en su artículo 756, núm. 2, lo siguiente: *Son incapaces de suceder por causa de indignidad: 2.º El que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendiente o ascendientes.*

IV. Exposición del fallo de la Sala Segunda del T. S.

Haciendo abstracción del razonamiento que expone en el “segundo considerando”, en que descarta la admisión del “motivo primero” de la tesis del recurrente, alegando la reiterada doctrina jurisprudencial al respecto de lo que entendiéndose por *autores*, interesa destacar el fundamento en que apoya este fallo la casación de la sentencia del Tribunal inferior, el cual recoge íntegramente la postura del recurrente en punto a la “*premeditación condicionada*”, como igualmente la propugnada por el Ministerio público. Dice así: “que por coincidir en el fin que persiguen deben ser examinados conjuntamente el motivo segundo del recurso de la condenada y el motivo único del recurso del Ministerio Fiscal, que alegan infracción del artículo 10, número 6, fundados en que la sentencia impugnada estima la concurrencia de la circunstancia agravante de premeditación en el hecho de autos; y del examen realizado procede acoger dichos motivos en atención a que ya se trate de una premeditación condicionada a un acto futuro de carácter injusto que realice la víctima del hecho, como sostiene la procesada, o ya se trate de una premeditación con escaso lapso de tiempo, que no excede de tres horas, como propugna el Ministerio Fiscal, siempre se hallaría la falta de un requisito exigido por la Ley para la completa definición de tal agravante, como es la exteriorización del propósito criminal en forma que llegue a ser conocida; y la ausencia de tal elemento justifica la acogida de los citados motivos de ambos recursos”, considerando, por tanto, que no concurre la circunstancia agravante de premeditación del número 6 del artículo 10 del Código penal, condena a la procesada, como autora responsable de un delito de parricidio sin circunstancia modificativa, a la pena de *veintiséis años* de reclusión mayor, con las *accesorias* y demás concurrentes (5).

V. Algunas consideraciones respecto a la premeditación condicionada

Ya en otra ocasión nos ocupamos de la *premeditación*, con motivo del comentario que hicimos de la sentencia de 24 de enero de 1949 (6), en que confirmaba con buen sentido penal la decisión del Tribunal inferior. En aquella como en esta sentencia la Sala Segunda viene a reforzar la reiterada dirección de que la llamada premeditación se halla integrada por dos requisitos inexcusables: uno, el psicológico, que los prácticos italianos denominaron ánimo frígido (*pecato que animo*); otro, el elemento temporal, es decir, que medie un cierto espacio de tiempo entre la ideación del delito y su realización (7).

(5) Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Federico Castejón y Martínez de Arizala.

(6) V. JUAN DEL ROSAL: *Sobre alevosía, atenuante de miedo insuperable y premeditación en el asesinato*. “Anuario de Derecho penal y Ciencias penales”, Madrid, tomo I, fasc. III.

(7) Entre otras muchas sentencias, recuérdense, por ejemplo, las siguientes: 16 marzo 1944, 24 diciembre 1935, 25 marzo 1904, 5 febrero 1925, 25 junio 1946, 2 junio 1932, 20 diciembre 1934, 3 y 14 octubre 1941, 25 febrero 1947, 28 octubre 1947, 29 noviembre 1947 y 24 enero 1949.

La doctrina jurisprudencial, en vista a la ausencia de una noción legal, se ha dedicado a lo largo de los años a concretarla del mejor modo posible, no sólo en cuanto a los elementos integradores del concepto, sino todavía mejor a describirnosla *psicológica y gramaticalmente*, con lo que ha prestado un inestimable servicio a la hora de la realización del precepto. Así, por ejemplo, han declarado las decisiones de esta competente Sala que *premeditación* es la acción de premeditar, y premeditar es, según el Diccionario de la Academia, pensar reflexivamente una cosa antes de ejecutarla, proponerse el caso pensado, perpetrar un delito tomando al efecto previas disposiciones, ya que la preposición "pre" denota antelación o prioridad (S. 16 marzo 1944). Pero es que, además, con el fin de no confundir la premeditación con otras actitudes psicológicas cuya proximidad pudiera inducir a error de aplicación igualmente, el Tribunal Supremo la ha diferenciado de la "resolución de actuar" y, sobre todo, ha concentrado una y otra vez su atención en reacentuar los perfiles psicológicos del concepto de *premeditación*. Y en tal propósito, nos ha dicho: "la *premeditación* exige maduración de la idea de matar" (S. 16 marzo 1944), que requiere *persistencia* en la resolución de delinquir, distinguiendo entre *premeditación* y *resolución*, puesto que esta última no es más que un elemento componente de la conducta normal de una persona, la cual demanda una resolución para decidirse a elegir entre uno y otros caminos. En tanto que la *premeditación* implica un trabajo de laboración y tenacidad en la idea, más o menos duradera (SS. 2 junio 1932 y 20 diciembre 1934, entre otras).

No se colma, por tanto la premeditación con sólo pensar en matar, pues es necesario como supuesto principal una "resolución deliberada de matar en ocasión oportuna y preconcebida" (SS. 4 marzo 1885 y 1 septiembre 1893). Y ha de ser, por consiguiente, la resolución meditada, fría y persistente (S. 10 junio 1905). Ya que ha de consistir la *premeditación* en "aquella fría, serena y reflexiva preparación del plan criminal, escogiendo los medios adecuados para realizarlos, buscando la ocasión más propicia y previniendo las posibles contingencias que pudieran resultar del delito, aun cuando nada se consiga" (SS. 6 diciembre 1902, 16 marzo 1944, 25 junio 1946, 25 mayo 1873, 26 abril 1901, 22 diciembre 1908, 8 abril y 16 mayo 1936 y 14 octubre 1941).

Y en cuanto a la reciente sentencia de 24 de enero de 1949, nos dice, confirmando paladinamente la reiterada postura jurisprudencial, que "así como el lenguaje común no llama acción meditativa al examen superficial y rápido de cualquiera asunto, sino que reclama para imprimir contenido valorativo al verbo meditar, que concentre el sujeto los esfuerzos de su inteligencia hasta concebir con detenimiento alguna idea, sin perjuicio de mover a veces la voluntad física que la ejercite, así nuestra terminología jurídica conoce por premeditación, en concepto agravatorio 6.º del artículo 10 del Código penal, la forja del propósito decidido de delinquir después de un lapso de tiempo a través del cual adquiere madurez con los precisos atributos de deliberada, persistente y libre siempre del influjo de causas externas, capaces de torcer el albedrío o impulsarlo hacia los caminos del crimen dentro de una responsabilidad disminuida".

Y ya en referencia concreta a los "hechos narrados", podemos, en fiel concordancia con la sentencia casadora, sistematizar varios extremos de especial relieve. Así, por ejerpo:

1.^º Se nos dice en los "hechos probados" que existieron relaciones pacíficas y normales hasta el año 1942, en que "sufrió N. una caída de una caballería, causándose una lesión en la cabeza, y desde entonces, bien porque ello influyese en su estado nervioso, excitándole, o bien porque disminuyese su capacidad de trabajo, comenzaron las discusiones entre los esposos, agudizadas por el defecto de embriagarse frecuentemente el marido".

2.^º Posteriormente continúa la narración del modo siguiente: "que llegó N. a su casa (día 29 de octubre de 1947) sobre las seis de la tarde, preguntando a su hijo J. V. G., que contaba entonces quince años de edad, si había traído a casa un arado Brabant, y como le contestase negativamente discutió con el mismo por no haberlo realizado, y generalizando la discusión comenzó a insultar a su esposa, a la que injurió con las palabras de p... y otras insultantes, como con frecuencia venía haciendo".

3.^º Que después se marchó de casa, "quedándose la procesada y su hijo J., manifestando a éste que aquello no podía resistirlo más y que tenían que matar a N., con lo que estuvo conforme J., *conviniendo en que si volvía N. a insultar o amenazar le darían muerte*".

4.^º Estos extremos quedaron "convenidos mientras la madre e hijo se encontraban en la cuadra, arreglando los ganados, y para disponerse a realizar lo proyectado la procesada tomó un martillo que se encontraba en el portal de la casa, llevándolo a la cocina, ocultándole en un rincón cercano al fogón, proveyéndose J. de un hacha que en la cocina se encontraba y que colocó a su mano, pero escondida detrás de un banco".

5.^º Y, por último, continúan los "hechos probados" así: "aproximadamente sobre las nueve de la noche regresó a casa N., quien venía *embriagado*, sentándose en una silla detrás del fogón, comenzando a dirigir frases ofensivas contra C., quien le replicó "borrachón", a lo cual levantóse N. al tiempo que cogía una botella", etc., etc...

De todo lo cual se infiere, desde un punto de vista rigurosamente ceñido a los "hechos probados", las conclusiones siguientes:

1.^a Que la causa perturbadora de las relaciones conyugales fué pura y exclusivamente la excitabilidad nerviosa, producida a consecuencia de la caída de una caballería, puesto que con anterioridad a esto se había deslizado en forma pacífica la vida matrimonial. Y que, por supuesto, esta alteración de la existencia conyugal era acentuada a causa del vicio de embriagarse, cosa frecuente en el marido.

He aquí, pues, en primer lugar, cómo de una manera mediata e inmediata la puesta en juego de la cadena causal, que termina, desgraciadamente, en la muerte violenta del marido, habremos de hallarla, según pregonan los "hechos probados", en el marido, que por espacio de cinco años convirtió la vida del hogar en una continua disputa, provocada por su estado fisiológico, que en vez de frenarlo procuraba avivarlo con habitual injerencia de alcohol.

2.^a Esta situación humana diseñada igualmente en el anterior nú-

mero 2, daba lugar a constantes frases injuriosas del marido a su mujer, que hemos de suponer por cuanto relatan los hechos que hubo de soportarlas una y otra vez en el transcurso del largo período de cinco años. Frases desprovistas de todo fundamento y proferidas con evidente ánimo injurioso, pues, no ya por el significado de la misma—p... y otras insultantes—, sino por la edad de los esposos y los años pasados demuestran el propósito de zaherir en lo íntimo la vida privada de la esposa.

De otro lado, estas manifestaciones se producían con *frecuencia*—dicen los hechos—, y hemos de estimar que la esposa venía padeciéndolas con resignada actitud, formando en su conciencia ese desgarrado estado que pregonaba a los cuatro vientos el fracaso de la vida de un hogar.

3.^a Esta actitud del esposo fué decantando en el ánimo de la madre y en el del hijo, testigo de mayor excepción de las discusiones matrimoniales, un estado de hondo desprecio ante la incorregible posición del marido, que siempre tenía en sus labios el vocablo injurioso, que había venido relajando los lazos de afecto y cariño propios de un buen matrimonio. Y ante tamaña actitud—no se olvide—, a raíz de una discusión en que el marido injurió a la esposa se adopta la *resolución* de matarle, condicionando esta resolución a si de nuevo era objeto la mujer de insultos o amenazas, relatan los “hechos probados”.

4.^a Así es que el *conveniē* quedaba embobido al cumplimiento de una condición, cual la que entraña que la esposa sea blanco de injurias, como lo venía siendo por espacio de cinco años. Y tanto la madre como el hijo se precavan de medios que podían o no ser empleados, y que escogieron por hallarse a mano, como se colige de la narración de los “hechos probados”.

5.^a Y, desgraciadamente, encuentra la muerte N., exteriorizando aquéllos la simple *resolución de matar*, la mera resolución de realizar un delito, porque la propia víctima es el motivo desencadenante de la conducta criminal, toda vez que llegó embriagado, dirigió frases ofensivas contra C.—cuentan así los “hechos”—y, lo que es más exculpador para la acción delictiva, “levantóse N. al tiempo que cogía una botella”, con la intención, claro está, de agreddir a su esposa.

Hora es ya de afrontar de cerca si a la vista de los anteriores supuestos, que expresamente hemos destacado, existió o no *premeditación*. Y en seguida cobra cuerpo, a poco que meditemos, que sólo se ha de subrayar la existencia de una *resolución* de matar, la cual difiere por entero de la *premeditación*, a tenor de la abundante exposición de fallos judiciales que anteriormente hemos reseñado. Lo confirman a las claras las razones siguientes:

a) Porque la decisión de matar no pasa de una *resolución*, por cuanto fué adoptada bajo una constelación de circunstancias exteriores configurantes de la posterior conducta, toda vez que los mismos “hechos probados” nos cuentan la *embriaguez frecuente del marido*, la *irritabilidad* producida por su estado fisiológico, ocasionado por la caída y agigantado por el alcohol; las continuas injurias e insultos del marido a la mujer y las frases insultantes durante un largo espacio de tiempo que la mujer vino sufriendo, todo lo cual desvirtúa completamente la tenacidad, per-

sistencia y frialdad homicida que un día y otro alimenta la resolución criminal hasta convertirse en una auténtica reflexión.

b) Así se llega al resultado de que la *resolución de matar*, que en este caso forma parte del estado interno, propia de cualquiera manifestación exterior de la voluntad, no pasa de esta categoría psicológica, puesto que fué concebida sin una completa serenidad de raciocinio, condición *sine qua non* para la existencia de la *premeditación*, según consta en la *sentencia de 24 de enero de 1949*, que, por otra parte, no hace más que ratificar la misma doctrina establecida por esta competente Sala en otros fallos ya señalados. Y sin los atributos de *deliberada, persistencia y siempre libre del influjo de causas externas*—declara la anterior sentencia—no es posible hablar de *premeditación conocida*, sino de *resolución*, ya que la agravante tantas veces mentada requiere que el designio fuera alimentado fría y persistentemente, y que no surja, como realmente ha sucedido en el caso actual, como un efecto clarísimo de la proyección exterior proveniente de las injurias, amenazas, alteración de ánimo y embriaguez, que menoscabarían las facultades volitivas e intelectivas como para reflexionar en forma persistente en el propósito delictivo. Con mayores fundamentos cabe ahora reiterarla, máxime cuando sólo una relación anormal de la vida matrimonial, provocada por la víctima, pudo dar pabulo a tal ideación criminal.

c) Pero es que, además, por si no fuera poco esta diferencia que tan sutilmente ha establecido la doctrina de la jurisprudencia entre *resolución* y *premeditación*, en consideración a una actitud psicológica encajada en los moldes de la *premeditación conocida*, existen otros argumentos de más fuerte consistencia y que se yerguen con una convicción arrolladora. Se trata de que estamos de lleno en un caso de *premeditación condicionada*, la cual ha escapado a los fundamentos jurídicos de la sentencia que impugnamos.

De la *premeditación condicionada* se han ocupado con mejor acierto los penalistas italianos. Y la opinión de más peso, representada por el insigne Carrara, tiene que convenir en que se dan dos supuestos: uno, cuando el sujeto adopta fijamente una resolución de ejecutar un delito, siendo incierto sólo el *cómo* y el *cuándo*; el otro caso, cuando la persona que va a realizar un delito decide cometerlo, pero la ejecución la hace depender de algo que haga o no la víctima. En el primer supuesto, se aprecia la *premeditación*, en tanto que en el segundo queda excluida, ya que “semejante preordenación de medios, aunque fríamente calculada, expresa la *previsión* de querer matar, mas no es todavía voluntad de muerte” (Carrara). ¡Y cabe una mayor semejanza con el caso presente! En efecto, tenemos un pasaje sumamente expresivo en los “hechos probados” que avala por completo la tesis del gran maestro de Pisa. Se nos dice en ellos textualmente lo siguiente: “quedándose la procesada y su hijo J., manifestando a éste que aquéllo no podía resistirlo más y que tenían que matar a N., con lo cual estuvo conforme J., conviniendo en que si volvía N. a insultar o amenazar lo darían muerte”.

He aquí una situación de *premeditación condicionada*, perfectamente delineada en los “hechos probados”, puesto que la *decisión de matar* es

únicamente resolución, pero no voluntad, que diría el genial Carrara, ya que el concierto y, en una palabra, la incorporación de esa resolución en voluntad exteriorizada queda en suspenso si no vuelve a *insultar* o *amenazar* la víctima. Es decir, que para mayor concordancia con la doctrina científica española y extranjera se exige que el acto de la víctima sea injusto, más aún, típicamente antijurídico (como son las injurias y las amenazas), con lo que excluye radicalmente la circunstancia agravatoria, ya que otra cosa sería si el acto de la víctima no fuese injusto, pues entonces habría que reconocer forzosamente la existencia de *premeditación*.

Así, pues, una vez más, la Sala Segunda del T. S. ha discernido con exquisito cuidado la congruente estimación jurídica penal, liberando, en consecuencia, de la pena de muerte a la procesada, que no por ser absoluta y radicalmente reprobable su conducta cabe encuadrarla en la más grave de las sanciones penales—la de muerte—, ya que en base a la apreciación históricodogmática de la premeditación no es posible apreciarla, como certamente ha estimado en este caso el Tribunal de casación.

Jurisprudencia penal correspondiente al tercer cuatrimestre de 1949

JOSE MARIA GONZALEZ SERRANO

Fiscal de Salamanca

CODIGO PENAL

1. Artículo 1.º... *Delito*.—Al no contener los hechos probados el más leve elemento del que pueda deducirse razonablemente la falta de malicia, se desecha el motivo del recurso que alega tal falta, dado el principio de voluntariedad proclamado en el art. 1.º del Código penal (S. 23 noviembre).

No comete la falta de pastoreo abusivo el que obra en la creencia, aunque sea errónea, de que ejerce un derecho, siempre que tenga algún fundamento positivo que proteja y avale la buena fe del supuesto infractor (S. 10 oct.). Y el fallo absolutorio se justifica en atención a la duda surgida respecto a la propiedad del terreno donde se dice que las reses se encontraban pastando, y también respecto al discutible derecho que tuviera el denunciado para utilizar aquellos aprovechamientos; derivándose de tales dudas la impunibilidad de la conducta (S. 8 oct.).

El art. 1.º del Código penal, así como el art. 2.º de la Ley de Contrabando, presumen voluntarios los actos delictivos mientras no se probare la ausencia de voluntariedad, lo cual significa que se echa sobre el acusado la carga de la prueba de tal ausencia; "y sin desconocer que las infracciones legales por omisión, se prestan acaso más que las de conducta activa a posibles faltas de dolo, ello no autoriza a invertir los términos del presupuesto jurídico, sino que la buena fe ha de constar en los hechos probados o deducirse de los mismos con razones convincentes" (S. 16 dic.).

Los Tribunales de instancia, cuando estiman y sancionan los hechos probados como constitutivos de delito continuado, deben cuidar hacer mención expresa y razonada de ello en sus fundamentos legales, teniendo en cuenta que constituye excepción de la regla general y es una fórmula arbitrada en la práctica judicial para los casos punibles que no estén perfectamente individualizados (S. 15 nov.).

2. Art. 8.º, núm. 1.º... *Enajenación mental*.—No se aprecia la enajenación mental incompleta, pues aunque sostiene la sentencia el carácter

irascible, violento y alcohólico del procesado, afirma también que el mismo "conocía y media el alcance de sus actos", y que si en años anteriores pudo ser diagnosticado como "un posible esquizofrénico", tal brote no persistió ni llegó a originar un proceso evolutivo (S. 26 nov.).

Y tampoco se aprecia, pues se dice no estaba acreditado que el procesado tuviese disminuidas ni perturbadas sus facultades mentales, aunque a la fecha de la sentencia, dos años después, presentaba una ligera alteración mental debida a su permanencia en la prisión (S. 23 dic.).

3. Art. 8.º, núm. 4.º... *Legítima defensa*.—No se aprecia, al faltar el imprescindible requisito de una verdadera agresión (S. 24 oct.). Pues la agresión ilegítima es requisito esencial para la apreciación de la eximente completa o incompleta, y tal agresión tanto significa como acometimiento o ataque injusto, imprevisto e inevitable, o que al menos exista una actitud agresiva que presuponga un riesgo inminente para la integridad física del que se defiende (S. 26 nov.).

4. Art. 8.º, núm. 7.º... *Estado de necesidad*.—La circunstancia eximente de estado de necesidad ha de fundarse en situaciones de hecho perfectamente definidas y plenamente acreditadas, que impliquen el riesgo efectivo o amenaza, ambos actual o inminentes, de un grave mal propio o ajeno, y que éste sea mayor que la ilegalidad cometida para tratar de evitarlo (S. 23 nov.).

5. Art. 8.º, núm. 8.º... *Caso fortuito*.—Si se ha estimado que el hecho reviste los caracteres de un delito de imprudencia simple con infracción reglamentaria, no es posible declarar exento de responsabilidad criminal al procesado por aplicación de la doctrina del caso fortuito (Sentencia 31 dic.).

6. Art. 8.º, núm. 11. *Cumplimiento de un deber*.—Ante la levedad del acto ilícito (espigar trigo en la finca), y la simple resistencia con insultos a salir de la misma, sin precisar que se propusieran continuar el espigado a todo trance, se desestima la eximente de cumplimiento del deber, y se estima la atenuante de provocación o amenaza, pues no hay datos que autoricen a creer con plena certeza que el agresor se viera situado en la extrema necesidad de acudir a la violencia para dejar cumplido su deber y ejercitado su derecho (S. 24 oct.).

7. Art. 9.º, núm. 2.º *Embriaguez*.—La sentencia de 24 de noviembre dice que la "actio libere in causa" tiene acogida franca en nuestra legislación penal, como lo demuestran el núm. 1.º del art. 8.º y el núm. 2.º del artículo 9.º Y así, quien se embriaga a sabiendas de autoprovocarse posibles accesos de delirio, comete una imprudencia inicial que le hace responsable de cuantas nuevas imprudencias o agresiones directas realice después. "Pues son compatibles estos dos conceptos jurídicos: el de la inimputabilidad dolosa del ebrio delirante que sin proponérselo antes de estarlo, mata luego, presas ya del vértigo sus potencias anímicas, y el de

la culpa que contrae el mismo individuo al tiempo de embriagarse en las especialísimas condiciones de peligro apuntadas".

No se aprecia la atenuante, pues en los hechos probados se dice se trata de un alcohólico, y el precepto positivo exige que el estado de embriaguez no sea habitual (S. 26 nov.).

La eximente de trastorno mental transitorio admitida en el núm. 1.^º del art. 8.^º, cuando es producido por embriaguez, es indispensable que la misma sea plena y fortuita; y al no ser fortuita, sólo puede estimarse como atenuante; mas cuando su intensidad produce en el agente que la sufre un estado de perturbación que excede manifiestamente de los límites fijados a la ordinaria, ha de reputarse muy calificada, con los efectos de poder imponer la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley (S. 20 dic.).

8. Art. 9.^º, núm. 4.^º *Preterintencionalidad*.—Requiere que la intensidad de la intención aparezca claramente revelada de la forma y modo en que se hayan desarrollado los hechos, medios puestos en práctica por el culpable para producir el mal y resultado que los mismos normalmente produzcan (S. 26 nov.).

Juzgando sobre la apreciación de esta circunstancia en delito de hurto, dice la sentencia de 19 de diciembre, "el grado de malicia o el alcance de la intención del sujeto activo del delito se revela y tiene que medirse por los resultados de sus acciones, a menos que ellas sean notoriamente inadecuadas o normalmente ineficaces para producir el mal causado, criterio tan difícil como peligroso de aplicar a los infractores contra la propiedad".

9. Art. 9.^º, núm. 7.^º *Motivos morales, altruistas o patrióticos*.—No se aprecia la atenuante, pues tales motivos mencionados en el precepto legal, tienen más elevado alcance y trascienden a la vida social con más directo influjo que las personales reacciones en defensa del interés propio del agente, aunque se le reputara interés legítimo (S. 14 oct.).

10. Art. 9.^º, núm. 8.^º *Arrebato u obcecación*.—Exige que los estímulos originarios sean legítimos, inmediatos y tan intensos que naturalmente la generalidad de las personas, en idénticas o análogas circunstancias, hubieran podido sentir y actuar obedeciendo a los mismos impulsos, debido a la influencia de una perturbación momentánea (S. 28 oct.). Y así no se aprecia si el estímulo no fué un estímulo poderoso e inmediato, sino la exorbitante irritabilidad y la violencia de carácter del sujeto culpable del delito (S. 14 oct.).

Concurre en quien avisado de que robaban leña en su finca, subtracciones que eran frecuentes, disparó y mató a la primera persona que encontró trabajando en la leña, sin acertar a distinguir cuando llegó a la finca, por el sitio y hora, si era árbol propio o ajeno el corpulento abuelo de la carretera del Estado, que estaba tumbado dentro de su propiedad (S. 29 sep.).

No pueden derivarse varias circunstancias atenuantes de un solo fundamento de hecho; y así, deducida de la fuerte excitación nerviosa la circunstancia 8.^a del art. 9.^º (arrebato u obcecación)¹, no pueden estimarse las causas de atenuación 5.^a (provocación o amenaza) o 6.^a (vindicación próxima) de dicho precepto (S. 16 nov.).

11. Art. 9.^º, núm. 9.^º *Arrepentimiento*.—No se aprecia la atenuante en el mero hecho de presentarse a la Guardia Civil sin que conste el propósito de confesar el delito, y a más ante las muestras de falta de arrepentimiento dadas momentos antes de la presentación, al enfrentarse con la viuda de la víctima a la que dijo, ya acabó, no me importa ir a la cárcel (S. 23 sept.).

De coincidir en favor de un mismo culpable más de una de las tres formas que contiene la atenuante 9.^a del art. 9.^º del Código penal, no existen por ello dos o tres atenuantes independientes, sino una sola valorable en su calificación (S. 23 dic.).

12. Art. 10, núm. 1.^º *Alevosía*.—Se estima alevosa una agresión que ha sido 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 su propósito homicida (Sentencia 23 sept.).

Concurre la alevosía, pues la procesada buscó de propósito y aprovechó sigilosamente el confiado sueño de su víctima (S. 23 oct.). Y también en el culpable de veinticuatro años de edad, que acomete con un hacha a sus dos hermanos de tres y cuatro años inopinadamente, cuando estaban distraídos en sus juegos infantiles, bien, ajenos al peligro que sobre ellos se cernía y sin posibilidad de poder recurrir a la huída (S. 19 nov.).

Pero no se aprecia, pese a la postura desfavorable de la víctima respecto de su agresor, agachado captando el agua, pues aquél reaccionó ante tal actuación mediante un movimiento impetuoso de agresividad con el instrumento agrícola que utilizaba, hacia donde se encontrara y conforme se encontrase el individuo objeto de represalia inmediata, lo que excluye la intención de aprovechar las ventajas accidentales del momento, típicas de la agravante (S. 13 noviembre).

13. Art. 10, núm. 8.^º *Abuso de superioridad*.—Precisa no haya mediado riña voluntaria y mutuamente aceptada, pues en dicha situación, la inferioridad en que pueda encontrarse uno de los que contienden, es un mero accidente de la lucha mantenida (S. 28 octubre).

14. Art. 10, núm. 13. *Nocturnidad, despoblado, cuadrilla*.—Se aprecia el despoblado ante la distancia de 600 metros a la casilla habitada por un guarda, y 1.800 metros al pueblo; mas no basta la existencia de las condiciones objetivas, sino que se hace preciso que el despoblado sea buscado exprofeso o que de él se aproveche intencionalmente el delincuente

(S. 7 octubre). Pero si el encuentro entre el procesado y su víctima no fué casual, la agresión en riña no se opone a la estimación de las circunstancias de despoblado y nocturnidad (S. 26 noviembre).

15. Art. 10, núm. 14. *Reiteración*.—Para no apreciar en condena por aborto la agravante de reiteración derivada del antecedente de otra condena por corrupción de menores, sería preciso que la inscripción de tal condena por corrupción hubiese sido cancelada; pero como tal rehabilitación no consta se hubiera llevado a efecto, “resalta la falta de base con que es impugnada la referida agravante cuando se alegan razones de prescripción” (S. 13 octubre).

16. Art. 10, núm. 15. *Reincidencia*.—Existe la doble o múltiple reincidencia lo mismo cuando las condenas precedentes recayeren en una sola sentencia que en varias, entrando siempre en juego la regla 6.^a del artículo 61 del Código penal (S. 25 noviembre).

17. Art. 11. *Parentesco*.—La circunstancia de parentesco, aunque generalmente suele aplicarse como agravante en los delitos contra las personas, queda relegada a la condición de inoperante si aparece acreditado que el imperfecto había roto de manera voluntaria el vínculo que le unía a su agresor (S. 28 octubre). En igual sentido se produce la sentencia de 19 de noviembre, la que añade la consideración de que cualquiera que fuese el estado de relaciones que el culpable mantuviese con su madre por razón del amancebamiento de ésta con el padre de los dos niños, de cruelmente privados de la vida por aquél, lo cierto es que esos niños, de tres y cuatro años de edad, no habían podido realizar ningún acto que destruyese el lazo parental, por tratarse de seres que no habían llegado a la edad de la razón (S. 19 noviembre).

18. Art. 14. *Autoría*.—“El concierto de voluntades para la realización del hecho criminoso, es una de las formas de la inducción” (S. 28 octubre).

Las sentencias de 10 de octubre y 19 de noviembre sientan la doctrina de la identidad de culpa motivada por el previo acuerdo, que no se quebranta ante la consideración de los actos realizados por cada participante. El primero de dichos fallos dice que la jurisprudencia establece “la solidaridad penal de los que en unidad de acción y mutuo acuerdo” realizan actos conducentes al delito, “sin que los actos individuales de los culpables constituyan más que simples accidentes de la acción común que hace a todos responsables en concepto de autores”. Y el segundo reconoce iguales “vínculos de solidaridad” creados por “el previo acuerdo y la coincidencia de voluntades...”, cualquiera que sea la parte que tome cada culpable o el especial cometido que se le asigne”. Pero esta segunda sentencia que condena por delito de hurto, estudia la concurrencia de circunstancias de agravación en tales casos de coautoría; y aunque en la sentencia se dice que no aparece justificado que el recurrente tuviera co-

nocimiento de los factores integrantes de la acción dolosa al realizarse, "ese razonamiento no tiene más alcance que poner de manifiesto la improcedencia de apreciar en contra de ambos delincuentes la agravante de astucia, por la falta de pruebas reveladoras de que conocieran y aceptaran los ardides que utilizaron los que se hicieron cargo del camión" al apoderarse del mismo.

19. Art. 22. *Responsabilidad civil*.—Se estima responsabilidad civil subsidiaria al tratarse de un procesado que prestaba sus servicios en la Empresa de electricidad recurrente, que con conocimiento de ésta y por ser el único empleado que tenía el encargo de practicar las instalaciones de sus abonados, al hacer la que es objeto de este proceso lo hace por mandato, siquiera implícito o tácito de la mencionada Empresa (S. 12 diciembre).

20. Art. 74. *Multa*.—La pena de multa impuesta como principal, jamás puede descender de las mil pesetas (S. 26 octubre).

21. Art. 92... *Remisión condicional*.—Está bien denegada si la pena era de un año y dos meses de presidio menor, sin apreciación de circunstancias modificativas de la responsabilidad, pues su aplicación está condicionada a la apreciación en la sentencia de alguna atenuante muy cualificada (S. 17 diciembre).

22. Art. 113... *Prescripción*.—El artículo 114 del Código penal exige para la prescripción de los delitos y faltas el transcurso continuado del plazo prescriptivo, pero siempre que durante el mismo permanezca el procesado en completa inactividad, sin que pueda estimarse contribuya a prescribir el tiempo de ciertas diligencias declaradas nulas más tarde, pues aunque de manera defectuosa, estuvo en ejercicio la acción persecutoria respecto del culpable (S. 7 diciembre). En igual sentido se pronuncian las sentencias de 28 y 29 de noviembre.

23. Art. 231... *Atentado*.—La sentencia de 17 de octubre establece:
a) La autoridad agredida era conocida del procesado agresor, pues si éste se dirigió a la persona que le cominaba a él y a otros gitanos a que abandonasen el lugar, pidiendo les permitiera vender en el pueblo al siguiente día de la feria, es porque sabía que era el alcalde a quien se dirigía. b) El carácter de autoridad que ostenta la víctima no lo pierde aunque haga mal uso de sus atribuciones, o se extralimite en ellas, o se produzca en términos descompuestos.

Se estima atentado el exigir en forma comminatoria al médico forense el quebrantamiento de sus deberes profesionales (S. 26 septiembre).

El atentado a los agentes de la autoridad (núm. 2.º del artículo 231 y artículo 236), exige un acto de acometimiento, empleo de fuerza, intimidación o resistencias graves, que se ejecute contra aquéllos estando en el ejercicio legítimo de sus funciones o con ocasión de las mismas, y el general de ánimo doloso o intención delictuosa (S. 20 diciembre).

24. Art. 237. *Desobediencia*.—La sentencia de 24 de diciembre determina que el delito de desobediencia grave a la autoridad, definido y sancionado en el artículo 237 del Código penal, requiere un mandato claro, expreso y terminante, emanado de autoridad competente y con fuerza de obligar, un requerimiento revestido de las formalidades legales a la persona que debe cumplirlo, y una obstinada oposición por parte del requerido. Y tales notas no se ofrecen en la declaración de hechos probados, porque el requerimiento que se hace a las personas designadas por quien obtuvo la posesión judicial de unos inmuebles en expediente de jurisdicción voluntaria por los trámites de los artículos 2.056 al 2.060 de la Ley de Enjuiciamiento civil, es sólo para que reconozcan la posesión conferida, pero no contiene ningún mandato, ni se hace ningún apercibimiento o conminación, puesto que el artículo 2.059 de la expresada Ley rituaria no lo establece.

Y respecto del mismo caso, la sentencia discurre sobre la posibilidad de un delito de usurpación: no existe éste porque los acusados no realizaron la ocupación de los inmuebles con violencia o intimidación en las personas, sino que simplemente continuaron poseyéndolos en la misma forma que con anterioridad al requerimiento judicial que se les hizo.

25. Art. 240... *Desacato*.—Al limitarse los hechos probados a reproducir los vocablos expresivos del concepto, sin exponer los motivos o antecedentes de ocasión, lugar, modo, etc., que acompañen a dichas expresiones, se infiere que el “animus injuriandi” no aparece en el caso de autos con aquella lucidez que permitiera apreciarlo inequívocamente (Sentencia 11 noviembre). Y si el delito se produce por escrito, se hace necesario examinar el contenido íntegro de éste, atendiendo, no sólo al significado literal de sus palabras aisladas, sino también al sentido lógico del conjunto, y a la ocasión y al motivo que impulsaron al autor a redactarlo (S. 3 diciembre).

Se deduce la realidad del delito de desacato definido en el artículo 240 del Código penal, porque el escrito que el procesado dirigió al juez de Instrucción para recusarle, contiene frases y conceptos nominalmente referidos a la persona de dicha autoridad, en el ejercicio de sus funciones, por sí mismos ofensivos como calumniosos e injuriosos, en cuanto le atribuye prevaricaciones, parcialidades y rencores abiertamente incompatibles con la rectitud necesaria en quien lleva a su cargo la administración de Justicia, y cuando la recusación no requería, ni al recusante erale permitido el empleo de términos y expresiones de tal crudeza que significan verdaderos agravios personales (S. 3 diciembre).

26. Art. 302... *Falsedad*.—Las sentencias de 24 y 26 de noviembre y 13 de diciembre, se refieren al concurso de falsedad y estafa, marcando con precisión la solución adecuada el segundo de dichos fallos: “han de aplicarse hoy los preceptos del nuevo Código reguladores del concurso de delitos, cuales son el artículo 69, que para el delito múltiple exige también la pena múltiple que correspondiera, sin otro límite que el de

la regla segunda del artículo 70, y de manera más concreta el artículo 71, que requiere asimismo se castiguen ambas infracciones y no admite se exceptúen con pronunciamiento absolutorio alguna de ellas, ni aun atendiendo su enlace ya previsto de medio a fin".

La figura penal que traza el artículo 307 ("presentare en juicio o hiciere uso, con intención de lucro o con perjuicio de tercero, de un documento falso"), está reservada al supuesto de que el que presente en juicio el documento lo haga con plena conciencia de su falsedad, pero sea en absoluto ajeno a la falsificación (S. 3 octubre).

La sentencia de 10 de diciembre rechaza una calificación de falsedad por imprudencia, debido a la ilicitud del acto inicial; y es principalmente intereante por la solución que da al caso de autos haciendo una especial estimación del posible dolo interviniente: En la conducta del oficial habilitado de la Secretaría de un Juzgado de Instrucción, que, con el fin de qué en la visita de la Inspección de Tribunales no pudiera ser observada la falta de firmas del que anteriormente fué allí juez, estampó, imitándolas, varias de ellas, resalta la ilicitud del hecho originario, y con ello la falta del elemento esencial y básico para que pueda tener vida legal el delito culposo de imprudencia en cualquiera de sus modalidades. Y al no poder ser calificados los hechos como constitutivos de un delito culposo, único que fué objeto de acusación, y teniendo presente que en el concreto caso de que se trata no actuó el recurre por móvil de lucro u otro inconfesable, ni tuvo objetivamente trascendencia alguna en su resultado, debe lógicamente llegar a la conclusión que, más bien que una falsedad por imprudencia, revisten los hechos el carácter de una informalidad y abuso digna de una severa corrección en otro orden.

27. Art. 320... *Usurpación de funciones*.—Se caracteriza el delito de usurpación de funciones, definido en el artículo 320 del Código penal, por la falsa atribución de carácter oficial, juntamente con el ejercicio de actos propios de una autoridad o funcionario público. Tales notas características se precisan en las sentencias de 10 de octubre, 23 de noviembre, 16 y 20 de diciembre. En el segundo de dichos fallos se señala el extremo interesante de que "aunque no se produzca daño material, siendo bastante el moral que, con semejantes suplantaciones, se cause al interés general del Estado o la sociedad".

En la indicada sentencia del 10 de octubre se aprecia la concurrencia del delito de usurpación de funciones con el de estafa, y en la de 16 de diciembre, con el de hurto, al realizarse estos atentados a la propiedad valiéndose del fingimiento de ser agente de Policía.

Para que pueda tener lugar la figura delictiva del artículo 321 del Código penal, se exige el ejercicio por el culpable públicamente de actos propios de una facultad, atribución de cualidad de profesor sin serlo y carencia del título oficial necesario para la práctica de la profesión que lo exigía (S. 30 diciembre).

28. Art. 322. *Uso indebido de nombre*.—Se destacan las notas características del delito definido en el artículo 322 del Código penal; porque no se trata de la ocultación momentánea del nombre a la autoridad o funcionario como rasgos definidores de una simple falta, sino que repetidamente se alojan los reos con personalidad distinta a la suya propia en lugares públicos, como son las pensiones y hoteles, donde mantienen el equívoco de indiscutible trascendencia social (S. 21 septiembre).

29. Art. 338. *Simulación*.—Debe entenderse por actuación procesal a los efectos del artículo 338 del Código penal, cada uno de los diversos trámites de todo procedimiento judicial incoado por autoridad competente y encaminado a la averiguación de algún hecho que revista caracteres de delito; y como el mencionado precepto legal prevé y sanciona la dolosa desviación de la verdad realizada con el propósito de inducir al error judicial, es evidente que incurre en aquella responsabilidad quien con su simulación produce un trámite procesal tan fundamental como lo es un auto de procesamiento, en cuya virtud se dirige el procedimiento únicamente contra el simulador como presunto responsable de determinado delito, con el riesgo de quedar impune el verdadero autor (S. 9 diciembre).

30. Art. 385... *Cohecho*.—Los actos ejecutados por el funcionario recurrente a cambio de la retribución delictiva, otorgando vales que permitían ciertas distribuciones ilegítimas de harina, han de calificarse de injustos, encajados en el artículo 386 (“el funcionario público que solicite o reciba por sí o por persona intermedia dádiva o presente, o aceptare ofrecimiento o promesa por ejecutar un acto injusto...”), y no en el 390 comprensivo de simples regalos sin exigencia de favores concretos (S. 19 noviembre).

31. Art. 394... *Malversación*.—Se estima delito de malversación, definido en el artículo 394 (“funcionario público que sustrajere o consintiere que otro sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo”) la sustracción que realizan el alcalde y el secretario del Ayuntamiento al no dar ingreso en las arcas municipales, apropiándose definitivamente de la cantidad de 28.567 pesetas que ambos recibieron del Banco de Crédito Local, porque el carácter de fondos públicos de esa cantidad resulta manifiesto al proceder de un préstamo concertado entre dicha entidad bancaria y el Ayuntamiento para atender éste a necesidades de ejercicios anteriores (S. 28 octubre).

Los hechos de disponer y aplicar a usos propios el importe de la venta de determinados bienes embargados, actos que realizó el dueño de los mismos, deudor del crédito y nombrado depositario judicial, quien verificó oportunamente el reintegro, motivando el acuerdo de alzamiento de aquella diligencia precautoria, sin que aparezca que el uso indebido de los fondos o enajenación ilegal produjera daño o entorpecimiento del servicio público, a pesar de dichas circunstancias son constitutivos del delito de malversación en la modalidad prevista y sancionada en el artículo 396 en relación con el 399 del Código penal (S. 30 septiembre).

32. Art. 411... *Aborto*.—Los fallos de 9 de noviembre y 9 de diciembre rechazan el alegato del estado de necesidad tratándose de un aborto, "pues es absurdo suponer que la natalidad y aumento de familia reúna dicha condición", dice la segunda de dichas sentencias, y la primera examina cómo no concurren los requisitos del estado de necesidad "en quienes frente a la perspectiva de mayores cargas familiares que aumenten para lo futuro el estado actual de penuria, deciden privar de la vida a un ser humano siquiera todavía en periodo de gestación, pues se ofrecen entonces de manera tan notable las desproporcionadas dimensiones de ambos males, el evitado y el que se produjo con el aborto, que nunca cabría elegir el último ni aun simplemente como motivo atenuatorio de la responsabilidad delictiva, cual si se tratare de un error de cálculo cuantitativo de perjuicios".

La sentencia de 30 de noviembre establece: *a)* no es mero suministrador de medios abortivos el que paga a la abortadora para que facilite dichos medios, sino al menos cómplice del aborto; *b)* no es de aplicación el artículo 59 ("en los casos en que el delito ejecutado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar el culpable...") que exige la concurrencia de dos delitos, uno propuesto y otro ejecutado, pues aquí existe un delito propuesto y consumado, el aborto provocado, y una consecuencia del mismo, el resultado mortal, la que no constituye delito distinto, sino incriminación única que absorbe el aborto y la muerte.

Y la sentencia de 13 de octubre aprecia la agravante 2.^a del artículo 10 (mediación de precio) en la procesada que recibe 100 pesetas de la mujer a quien va a provocar el aborto; saliendo al paso dicho fallo de la argumentación de defensa, de que esa mujer es víctima del delito, inadecuada por consecuencia para con ella pactar el precio a que se refiere la agravante, "pues al contrario, es sujeto activo del delito por ella querido, del que es víctima o sujeto pasivo el fruto resultante al concebir la mujer".

33. Art. 418... *Lesiones*.—La duración de unas lesiones, a los fines legales de calificarlas debidamente, se determina por el tiempo que producen al lesionado enfermedad necesitada de asistencia facultativa o por el que le impidan dedicarse a sus habituales trabajos, aun sin hallarse sometido a tratamiento médico (S. 6 diciembre). Y esa voz "trabajo", empleada sin reservas ni limitaciones en el artículo 420 del Código penal, comprende todo género de actividades laborales, incluso las que de ordinario desarrollan las personas del sexo femenino dentro de su propio hogar (S. 21 septiembre).

Para que unas lesiones puedan ser calificadas de homicidio frustrado, se precisa resulte de los hechos probados que la intención del culpable fué la de matar; la que no se de prende de los solos datos de la gravedad de las heridas, ni de la situación de las misma que no aparece buscada de propósito (S. 27 diciembre).

Aunque la herida en el hombro causada por disparo de arma cora de fuego, puede encerrar datos suficientes a estimar el propósito homici-

da por la región lesionada y la potencia mortífera del arma, la afirmación del Considerando de la sentencia de que la apreciación de la prueba no ha llevado al ánimo de la Audiencia la convicción que permita declarar probado tal propósito, destruye cualquier objeción en contrario, por el respeto que deben merecer los hechos probados, si bien en hipótesis especiales la intención constituye elemento jurídico discutible en casación (S. 24 noviembre):

34. Art. 429... *Violación*.—Comete la violación definida en el núm. 2.º del artículo 429 ("cuando la mujer se hallare privada de razón o de sentido") quien yace con una mujer de cráneo microcéfalo, por cuya insuficiencia cerebral sus facultades mentales son rudimentarias, su habla es premiosa y de difícil expresión, hallándose impedida para darse cuenta completa de sus actos, de los que sólo tiene una idea remota, así como escasa en cuanto al alcance de los carnales, y nula respecto a sus consecuencias, careciendo además de toda clase de cultura, y con conocimiento por parte del violador de las indicadas tareas (S. 20 diciembre).

35. Art. 431... *Escándalo público*.—Integran el delito definido en el número 1.º del artículo 431 del Código penal ("los que de cualquier modo ofendan al pudor o a las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia") los actos deshonestos, reiterados durante un año, de exhibirse un varón completamente desnudo y realizando manipulaciones impudicas por una ventana de su casa, para que lo observaran varias jóvenes de reconocida honestidad; sin que pueda integrar la falta del artículo 567, núm. 3.º ("los que con la exhibición de estampas o grabados, o con otra clase de actos, ofendieren a la moral y las buenas costumbres"), que se refiere a infracciones leves, y aquí es evidente la trascendencia de los hechos dada su publicidad, la que existe cuando son presenciados por varias personas en el momento de su comisión, o divulgados después (S. 17 diciembre).

36. Art. 434... *Estupro*.—No puede estimarse que la ofendida estuviese embarazada de dos meses cuando cohabitó con el procesado, y que por ello no mereciese el concepto de mujer honesta, pues no existe antecedente alguno que evidencie que la criatura naciera antes del plazo de 180 días, fijado como mínimo por la legislación civil, que dada su naturaleza sustantiva puede y debe ser tenida en cuenta en la aplicación de la Ley penal (S. 28 noviembre).

No es necesaria una expresa aseveración de doncellez en la víctima del estupro, si nada consta en contrario (S. 22 diciembre).

Otra sentencia d.º 22 de diciembre establece: a) la palabra "doméstico", empleada en el artículo 434 del Código penal, designa a las personas que habiten la misma casa, piso o departamento de ella, y formen un grupo para convivir; b) no existe tal nota en la estuprada que era sirvienta de otra señora con domicilio distinto, y sólo fué a la vivienda del estuprador para prestarle, durante varias tardes, servicios de limpie-

za que le encomendase la propia dueña de la cual dependía; c) pero se trata de estupro, pues el hecho queda atraído por el artículo 437, que castiga los accesos carnales de patronos o jefes cuando se prevalgan de ese carácter para seducir a sus víctimas, y el procesado ejercía esa jefatura al instante de delinquir.

En igual sentido, la sentencia de 30 de diciembre determina que el estupro del artículo 434 se comete por quien yace con la criada de honesta conducta, pues implica una relación laboral más estrecha en el servicio doméstico que la derivada del mero arrendamiento de servicios para actividades industriales o de otro orden, que integra el estupro del artículo 437, y añade la condición de convivencia de reo y ofendida.

37. Art. 438... *Corrupción de menores.*—La sentencia de 11 de octubre, que condena a la madre de la menor corrompida, contiene los siguientes importantes extremos:

a) Es autora conforme al núm. 3.^o del artículo 14 (cooperación necesaria), del delito definido en el artículo 438 (corrupción de menores), pues ocultó al padre la situación de corrupción de la hija común, se abstuvo de adoptar por su parte medidas de amparo o corrección, y hasta se lucró con los beneficios económicos que con aquel deshonesto proceder obtenía la menor.

b): No está incursa su conducta en el artículo 445, que se refiere única y concretamente a los casos de complicidad ("los ascendientes, tutores, maestros o cualesquiera personas que, con abuso de autoridad o encargo, cooperaren como cómplices a la perpetración de los delitos comprendidos en este título, serán castigados con la pena señalada para los autores").

c) Pero concurre la circunstancia de parentesco como agravante genérica.

La sentencia de 22 de noviembre dice que el proporcionar habitación a una menor en dos fechas consecutivas, con acompañante distinto, para que pasaran la noche y realizaran actos carnales, encuadra dentro de los límites del delito de corrupción de menores previsto en el núm. 2.^o del artículo 438 del Código penal, siendo el expresado delito incompatible con los de imprudencia, ya sea temeraria o simple, a que se refiere el artículo 565, porque estas suponen siempre un acto inicial lícito y que todos los de ejecución estén exentos de malicia, mientras que en aquél la intención originaria y los actos subsiguientes no pueden ser más reprobables dentro del orden moral, y sancionados severamente cuando se extiendan en el derecho positivo.

38. Art. 452. *Amancebamiento.*—El hecho es calificado de amancebamiento, conforme al artículo 452 del Código penal, pues concurren la relación sexual extramatrimonial, el domicilio conyugal "que no pierde este concepto, aunque la mujer se separe temporal y voluntariamente del marido, separación que, por sí sola, no arguye consentimiento ni

perdón", y el vínculo matrimonial que ligaba al querellado; sin que sea necesario el escándalo para la existencia de este delito (S. 28 octubre).

39. Art. 453... *Injuria*.—La exigencia del párrafo segundo del artículo 467 del Código penal ("nadie podrá deducir acción de calumnia o injuria causadas en juicio sin previa licencia del Juez o Tribunal que de él conozciera"), al igual también que la del penúltimo párrafo del artículo 325 (no se procederá contra el denunciante falso "sino en virtud de sentencia firme o auto, también firme, de sobreseimiento del Tribunal que hubiere conocido del delito imputado"), ha de entenderse aplicable a los expedientes disciplinarios tramitados y juzgados por autoridades judiciales contra funcionarios que de ella dependan (S. 18 octubre). En igual sentido se pronuncia la sentencia de 3 de octubre referente al expediente gubernativo instituido al Secretario de un Juzgado de Instrucción.

Los hechos declarados probados constituyen un delito de injurias graves, dado el sentido gramatical de las palabras que implican trascendental agravio, y porque la intención dolosa debe presumirse (S. 18 octubre).

40. Art. 487. *Abandono de familia*.—Se interpretan como casos incluidos en el núm. 2.º del artículo 487 del Código penal ("si el abandono de sus deberes legales de asistencia tuviere por causa su conducta desordenada"): El marido que abandona el domicilio conyugal, dejando de prestar los medios materiales, y estando "según informes" amancebado (S. 19 noviembre); el marido que impone a su mujer se vea obligada a ausentarse del domicilio conyugal y, logrado esto, lleva a vivir a su propio hogar a la que con él estaba en ilícitas relaciones, desatiendiendo desde entonces el cumplimiento de los deberes de asistencia familiar (S. 31 diciembre).

41. Art. 493... *Amenazas*.—Se comete cuando el culpable intimá a otro con el anuncio y propósito serio, formal y reiterado de causarle un mal grave constitutivo de delito, no siendo necesario que dependa de su voluntad el ejecutarlo, "bastando que inspire al sujeto pasivo por la índole y persona que las profera, la creencia, alarma y temor con algún fundamento de que aquella pudiera llegar a tener realidad" (S. 10 diciembre).

42. Art. 500... *Robo*.—El concepto de casa habitada exige, dada la definición del artículo 508 del Código penal, que constituya la morada de una o más personas, pero es indiferente que se hallaren en la misma o estuvieran ausentes accidentalmente cuando el delito se ejecuta (S. 23 noviembre).

La circunstancia agravante específica de haberse verificado el robo en dependencia de casa habitada, es aplicable cuando se hubiere cometido en alguno de los lugares mencionados expresamente por vía de demostración en el artículo 508 del Código penal, y de modo general en

todos los departamentos o sitios que reúnen las condiciones de estar cercados y contiguos al edificio, constitutivo de morada de una o más personas, que tengan comunicación interior con el mismo y que formen con él un solo todo (S. 9 noviembre). Dicho artículo 503 define las dependencias de casa habitada, citando varias por vía de ejemplo y después de un modo general; estando evidentemente comprendidas las buhardillas, cuando tengan comunicación con la escalera que sirve de acceso y uso común a los cuartos de los vecinos, o están agregadas a algunas de las viviendas para el servicio de las mismas (S. 6 diciembre).

El contacto de voluntades anterior al delito de robo consumado, y sentenciado con fallo condenatorio, representa una fase preparatoria característica de los casos de pluralidad de autores, y como tal no adquirió vida jurídica independiente la figura del artículo 513 del Código penal, definidora de la asociación para cometer el delito de robo y de su congénere el núm. 2.º del artículo 172, pues el aplicar sus sanciones equivaldría a castigar de una parte el hecho delictivo completo, y además de otra el propósito común de ejecutarlo, que es parte de aquél y en él queda comprendido (S. 3 octubre).

43. Art. 514. *Hurto*.—Se consumó el hurto, pues la procesada se apoderó de las alhajas y a su libre disposición las tuvo para lucrarse con las mismas, lograra o no venderlas en la joyería donde las llevó con tal precepto (S. 19 diciembre).

La venta conceitada como medio eficaz de aprovecharse ambos procesados de la totalidad de lo hurtado por uno de ellos, constituye para el otro cuando menos el encubrimiento previsto en el núm. 1.º del artículo 17 del Código penal, según estima la sentencia, si no implicase para el comprador la responsabilidad más grave de los autores por inducción o por cooperación necesaria, establecida en los casos 2.º y 3.º del artículo 14, la que no sería lícito declarar en un recurso interpuesto sclamente en beneficio del reo (S. 8 noviembre).

El propósito que guió al agente no fué el de apropiarse de modo definitivo del automóvil parado en la calle, sino el de servirse de él y procurarse una satisfacción mediante su uso indebido por un determinado espacio de tiempo, durante el cual privó a su legítimo propietario del goce y disfrute de lo que formaba parte de su patrimonio; y si bien no es posible estimar la existencia de un delito, porque para determinar el valor de la disminución patrimonial, en situaciones jurídicas como la que se contempla, no se debe atender al que corresponde a la cosa ajena, sino a la equivalencia en numerario del goce procurado y obtenido, y esa valoración no se ha realizado, debe estimarse que reviste al menos los caracteres de una falta de hurto comprendida en el número 1.º del artículo 587 del Código penal (S. 24 diciembre).

No puede apreciarse el hurto continuado, pues las sustracciones se realizaron en tres establecimientos mercantiles distintos, conociéndose con toda exactitud el valor de cada una (S. 23 septiembre).

El hurto anterior no puede determinar la reincidencia si no se con-

signa la cuantía de lo sustraído, para poder estimar si la sustracción continua mereciendo en la legislación vigente la calificación de delito (S. 23 noviembre).

Comete hurto con abuso de confianza y no apropiación indebida, el que se apodera de cosa mueble ajena que no recibiera por alguno de los títulos enumerados en el artículo 535, y en tal caso se encuentra el empleado de una sociedad mercantil, que por su cargo de auxiliar de caja maneja los fondos de ella y se apodera de cantidades a su alcance (S. 11 octubre).

44. Art. 517. *Usurpación*.—El delito previsto en el último inciso del artículo 518 del Código penal, al igual que la falta del núm. 1.º del artículo 589, distinguibles entre sí por razón de la cuantía, requieren se distraiga el curso de aguas de pertenencia ajena, sean de naturaleza pública o privada, pues no se concibe pueda usurparse la cosa propia; y puesto que el acusado miembro de la comunidad denunciante tenía derecho a regar, siquiera alterarse el turno o tanda reglamentaria cuando lo hizo el día de la denuncia, pudo tal vez infringir la ordenanza para el mejor disfrute del agua común, mas con su carácter de comunero no cometió la falta de que se le acusa.

El párrafo último del artículo 118 de la Orden de 23 de marzo de 1945, complementaria del Decreto de 17 de julio de 1944 sobre Hermanadías Sindicales del Campo, a las cuales deja incorporadas las Comunidades de Regantes, dispone ciertamente que la facultad disciplinaria de los Jurados para corregir las infracciones de las ordenanzas, según el apartado B del artículo 115, no excluye la competencia de los Tribunales por razón de delitos o faltas, advertencia que significa la posible persecución de un hecho bajo ese doble aspecto, siempre que revista características de estricta responsabilidad penal (S. 5 octubre).

45. Art. 528... *Estafa*.—Para sancionar cualquiera de las formas de estafa descritas en el artículo 529 del Código penal, no basta la realización de un fraude cuya cuantía queda indeterminada, pues es indispensable el cálculo numérico que permita jueguen las escalas de penalidad del artículo 528, y la carencia de este dato imposibilita la condena (S. 18 octubre).

La negativa a satisfacer el doble importe de un billete de ferrocarril o del suplemento del mismo por parte de quien viaja sin ir provisto del que le corresponde, entraña un delito o falta de estafa cuando se aprecia el propósito, presumible siempre en el viajero, de defraudar los intereses de la empresa ferroviaria, pero si esa presunción de naturaleza "juris tantum" se destruye por pruebas que permitan admitir dentro de razonamientos lógicos, obrase el acusado de buena fe y ante circunstancias especialísimas capaces de convencerle, aunque fuera con error, de que le asistía el derecho de pagar sólo el precio ofrecido de un billete sencillo, no debe concluirse cometiera falta alguna, ni entre ellas las que por aplicación escueta del artículo 93 del Reglamento de 8 de septiembre

de 1878, parece fué objeto de condena siquiera circunscrita al simple abono de la duplicidad de billetes (S. 27 octubre).

Se aprecian cuatro delitos de estafa, pues fueron cuatro las veces que el procesado y condenado por delitos de falsedad y estafa retiró dinero de la cartilla de ahorros, defraudando al titular de la misma, y están determinadas esas veces con exactitud en las fechas y en la cantidad de cada una, con independencia y separación entre ellas (S. 24 noviembre).

Se consideran actos de estafa tipificados en el núm. 1.^o del artículo 529: El atribuirse influencia para hacer desaparecer una imaginaria denuncia y conseguir así de la persona a quien se decía afectaba, 7.000 pesetas (S. 17 octubre). La conducta del sujeto defraudador que no se redujo a vender su inhibición o su silencio en presencia del hurto de fluido eléctrico que debiera comprobar, sino que también acudió al resorte astuto de extender un acta sin que nadie se lo autorizase, con objeto de producir efecto intimidatorio y cotizar después la ruptura del supuesto documento, cual si así quedase garantida la impunidad del delito (S. 7 diciembre). Y la actuación de quien conociendo la buena posición económica y el natural deseo del perjudicado, de escasa cultura, de recobrar el sentido de la vista, se puso de acuerdo con otros individuos, declarados rebeldes, para obtener del mismo una cantidad, bajo la engañosa promesa de que recobraría la visión si se sometía a una operación que había de practicarle un médico alemán, y mediante tales fingimientos y ardides consiguió del perjudicado la entrega de 36.000 pesetas, de las que se apropió (S. 30 diciembre).

Las sentencias de 24 de octubre y 29 de septiembre se refieren a casos de delitos de estafa previstos en el núm. 8.^o del artículo 529 del Código penal. La primera determina que se hace reo de tal delito, el deudor de cierta cantidad, que destruye el documento de crédito que tenía de su acreedor para privar a éste de la justificación de su derecho, y aunque no hubiera mediado engaño. Y la segunda no aprecia la existencia de esa figura delictiva, pues al venir regulada la medida de la pena por la cuantía del perjuicio inferido, la falta de valoración de este perjuicio en los hechos probados significa la carencia de un elemento esencial para la fijación de la pena y, por tanto, la imposibilidad de graduar la sanción imponible.

La sentencia de 10 de octubre alude a un problema de distinción del número 1.^o del artículo 529 y del artículo 534, ambos del Código penal. Aquel precepto sanciona cualquier engaño semejante a los que el mismo menciona, pero "en la esfera penal debe hacerse un uso moderado de la semejanza y de la analogía, y el propio legislador, previsor de las múltiples maquinaciones que quedarían fuera del marco legal, llevó al articulado del Código la figura delictiva de la estafa indeterminada, descrita en el artículo 534". La solución parece en definitiva darla la trascendencia o importancia del caso, pues se considera de aplicación el artículo 534, ya que "los tipos de engaño que se expresan en el núm. 1.^o del artículo 529, por ser en ellos todo pura ficción, tienen un relieve, trascendencia

y gravedad que no permite llevar a su ámbito un caso como el que se contempla, por razones analógicas no bien definidas".

Determina la competencia para conocer de delito de estafa, la sentencia de 6 de octubre: la Audiencia del territorio donde se consuma. Y así lo es la de Murcia, pues los comprimidos de sacarina llegaron a poder del farmacéutico comprador en su domicilio, en Cartagena, y al proceder a su venta descubrió que no tenía ni la cantidad ni la calidad de la fórmula que figuraba en cada cajita.

46. Art. 535. *Apropiación indebida*.—Una cosa es la demora en el cumplimiento de una obligación contractual, que sólo origina responsabilidades civiles o mercantiles, y otra la apropiación dolosa de una cantidad recibida como precio anticipado de determinados artículos que luego no pudieron adquirirse...; pues la Ley punitiva no puede consentir que nadie irroque un perjuicio patrimonial apropiándose de lo que no le pertenece y recibió para un fin pre establecido, que al no poder realizarse surge la ineludible obligación de devolverlo (S. 12 diciembre).

Se aprecia delito de apropiación indebida en el procesado que en cumplimiento de lo convenido tenía provisionalmente fondos en su poder a disposición de la Compañía de Seguros a quien servía, para entregarlos al primer requerimiento, y en tal situación se apropió de los mismos (S. 23 octubre). Y en el conductor de un camión que lo vende a tercera persona en daño del propietario del vehículo que lo entregó a aquél como chófer para el negocio de transportes (S. 30 noviembre).

No se aprecia en el vigilante y receptor de materiales de una obra, ni en los conductores de los camiones afectos a aquélla, ni en los mozos descargadores de esos materiales, pues no los reciben "por ninguno de los títulos a que la norma sustantiva se refiere" (S. 29 octubre). Y por la misma razón se considera delito de hurto cualificado por el abuso de confianza y no apropiación indebida, la conducta del empleado de una sociedad mercantil, que por su cargo de auxiliar de caja maneja los fondos y se apodera de cantidades a su alcance (S. 11 octubre).

No puede apreciarse un solo delito continuado de apropiación indebida, pues se relacionan diferentes apropiaciones realizadas por el recurrente con determinación concreta de las personas perjudicadas, así como de la cantidad en que lo fué cada una de éstas (S. 18 octubre).

A un problema de competencia para conocer de delito de apropiación indebida se refiere el auto de 14 de noviembre: el cobro de la primera prima, realizado en Alba de Tormes, era perfectamente lícito; y la ilícita apropiación posterior de la cantidad proveniente de los cobros de esas primas que en poder del querellado quedaban en depósito, se encuentra supeditada a la debida liquidación y deducción de las comisiones al proceso correspondientes, que había de ser practicada en el domicilio social en Madrid, por lo que se declara son los Juzgados de Madrid los competentes.

47. Art. 565. *Imprudencia*.—En la conducta del tranviario que da el aviso de marcha sin cerciorarse de si han terminado de bajar los viajeros, por cuya causa se produce la caída y lesión de uno de ellos, se ofrecen los caracteres de la imprudencia, realización voluntaria de un acto lícito, omisión voluntaria de medidas de previsión, daño real y concreto y relación de causa a efecto, "caracterizándose la voluntariedad propia de esta clase de delitos no por el deseo consciente y libre de sus efectos por parte del sujeto activo, sino por incurrir voluntariamente en la infracción que los produjo" (S. 3 diciembre).

Las sentencias de 6 y 31 de diciembre rechazan la compensación de culpas en el orden penal, "ya que só'o, dice el primero de dichos fallos, puede traerse a debate la cuestión de la culpa de quien hubiere sufrido el daño, cuando el acusado no hubiere concurrido con falta alguna a la producción del mal"; y por eso la segunda de dichas sentencias condena, por imprudencia antirreglamentaria, al conductor de la camioneta que choca con el ciclista, debido a que ambos circulaban por el centro de la carretera, es decir, ninguno por su derecha.

Obra con imprudencia el que forcejea para no ser desarmado, y sin ánimo de herir al que pretende desarmarle, causa lesiones al mismo; pues el acto ilícito e inicial de amedrentar con el arma a otras personas cuya malicia excluiría la imprudencia, iba dirigido a ese amedrantamiento, y no se enlaza con el disparo involuntario que hiere al generoso mediador (Sentencia 13 oct.).

La excesiva velocidad sin hacer sonar las señales acústicas, se estima imprudencia temeraria (SS. 26 oct. y 30 dic.); y también, cuando quiera que sea la velocidad que llevaren cuando los riesgos pudieran presentarse y se ofrezcan previsibles, dado el deber de no perder en ningún momento el dominio del vehículo y moderar la marcha hasta detenerlo si preciso fuere (S. 31 oct.); y tanto más, si se continuó la marcha sin hacer las señales acústicas, y se quiso sortear al peatón con virajes desordenados (Sentencia 28 nov.).

48. Art. 566... *Faltas*.—El Juez de Instrucción, al conocer de sentencia dictada en juicio de faltas, atrae y tiene plena jurisdicción para modificar los hechos probados y calificar y sancionar, incluso, con pena superior dentro de la señalada por la ley, a la impuesta por el Municipal o Comarcal; pero ha de ajustarse precisamente a los límites legales, absolviendo o condenando al denunciado, sin hacerlo respecto a otra persona contra la cual, con tal carácter, no se haya dirigido el procedimiento, ya que se quebrantaría el principio fundamental en todos los órdenes, de que nadie puede ser condenado sin ser oido (S. 9 nov.).

Las modificaciones introducidas en la casación penal por ley de 16 de julio último, serán aplicables de acuerdo con su disposición transitoria a los recursos que se hallen en trámite, pero añade el precepto "según su estado hasta decisión", de donde se desprende la procedencia de resolver el presente aunque sea contra sentencia pronunciada en segunda instan-

cia de juicio de faltas, porque interpuesto cuando la Ley de Enjuiciamiento lo autorizaba, hubo de admitirse entonces (S. 5 oct.).

Integran falta comprendida en el núm. 3.^o del art. 567 "... o con otra clase de actos ofendieren a la moral y las buenas costumbres") los hechos que se relatan consistentes en que "viajando en el Metro el inculpado M. voluntariamente se acercó tocando los órganos genitales a J." (Sentencia 10 nov.).

Las sentencias de 28 y 29 de noviembre y 7 de diciembre aluden a un caso comprendido en el núm. 2.^o del art. 580 ("los dueños de animales feroces o dañinos que los dejaren sueltos o en disposición de causar mal"); consiste el hecho en dejar encerradas reses bravas en sitio desprovisto de condiciones de seguridad, dando con ello lugar a que se escapen y causen daños.

Por último, la sentencia de 15 de diciembre preceptúa que para que la entrada en heredad ajena sin permiso del dueño constituya la falta que castigó el art. 590 del Código penal, es requisito esencial que la heredad esté cercada o cerrada, según tal precepto dispone.

LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

49. *Competencia.*—Es competente la jurisdicción ordinaria para el conocimiento de las causas por los delitos de desacato y también de injuria y calumnia contra Autoridades y funcionarios públicos no militares y particulares (A. 8 oct.).

La radical discrepancia suscitada sobre el móvil de las lesiones, en cuanto el Juzgado de Instrucción sostiene que carecen de motivación política, y la Jurisdicción militar afirma su existencia invocando la Ley de 2 de marzo de 1943 y la de 2 de julio de 1940, ha de resolverse no en el sentido de que concurra o falte la aludida motivación, porque ello constituye problema de fondo, sino en el de que necesitada tal cuestión de mayores esclarecimientos, sólo puede investigarla con evidentes facilidades, aquella Jurisdicción que afirma su realidad, en este caso la castrense; pero esto sin perjuicio del resultado de posteriores diligencias (A. 8 oct.).

Al no poderse determinar cuál de los dos conductores es el responsable del choque de los automóviles, si el soldado conductor del camión militar o el paisano conductor del automóvil del servicio público, procede aplicar al caso el núm. 2.^o del art. 19 del Código de Justicia Militar, declarando la competencia de la Jurisdicción ordinaria (A. 8 oct.).

Se declara la competencia de la Jurisdicción ordinaria, pues los Oficiales de la Guardia Colonial de los Territorios españoles del Golfo de Guinea, desempeñan los cargos de Administradores territoriales, y con arreglo al núm. 8.^o del art. 16 del Ordenamiento jurídico castrense, los delitos que comentan los militares en el ejercicio de función propia de destino o cargo civil o con ocasión de ellos están sometidos al conocimiento de los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, y a más, de la querella afecta no sólo a dos oficiales de la Guardia Colonial, sino también a dos paisanos, y en tales casos entra en juego la regla 2.^a del art. 19 del expresado

Código de Justicia Militar, dado que ya ha cesado el estado de guerra que declaró el Bando de 28 de julio de 1936 (A. 15 dic.).

Si los Jueces contendientes pertenecen a las Audiencias provinciales de Gerona y Lérida, corresponde decidir el conflicto a la Audiencia Territorial de Barcelona (A. 14 nov.).

50. *Prueba.*—La frase “según informes”, sólo implica un noble deseo de la Sala de expresar de qué elemento probatorio ha deducido lo que, desde luego, sienta como hecho probado (S. 19 nov.).

51. *Infracción de ley.*—El auto de 7 de octubre establece que el recurso fundado en el núm. 2º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento criminal ha de cumplir las normas procesales del art. 855, so pena de incurrir en la causa de inadmisión establecida en el núm. 4º del art. 884. Igual doctrina se reproduce en autos de 7, 18 y 22 de oct., 17 de nov. y sentencia de 29 de nov.

Mantienen la exigencia del respeto a los hechos probados para la viabilidad del recurso, los autos de 10, 24 y 28 de octubre.

Es causa de inadmisión, según el auto de 30 de noviembre, señalada en el núm. 4º del art. 884 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, el no citar la norma procesal en que el recurso se ampara y lo autoriza.

La declaración de hechos probados sólo es obligatoria en las sentencias, a tenor de la regla segunda del art. 142 de la Ley procesal, según preceptúa la resolución del 21 de diciembre.

También es causa de inadmisión prevista en el núm. 4º del art. 884, el fundar el recurso en un precepto derogado (Autos de 27 de sep., 18 y 30 de nov.).

Se da lugar al recurso amparado en el núm. 2º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, pues la sentencia no menciona ni tiene en cuenta los antecedentes penales de la procesada, que resultan acreditados por certificación auténtica del Juzgado municipal (S. 23 sept.).

No es admisible como acto auténtico a efectos de casación la mención de la edad del procesado en la sentencia, sobre la que se calcula la edad que tuviera dicho acusado en otra época determinada, pues el documento auténtico ha de ser distinto de la sentencia misma y de él ha de resultar una terminante declaración que se contraponga a lo que la sentencia consigne, no siendo, por tanto, válida a tal efecto una deducción o cálculo realizado mentalmente (S. 22 nov.).

Examinan las circunstancias de autenticidad de las actas de los juicios orales a efectos de casación, las sentencias de 28 de octubre, 26 y 28 de noviembre.

Niegan tal condición de autenticidad, a las declaraciones de los procesados las sentencias de 28 oct., 16 nov. y 27 dic.; a las declaraciones de los testigos, las sentencias de 28 de octubre, 20 y 27 de dic.; a lo informes periciales, las sentencias de 28 de oct., 28 de nov., y 30 de dic.; y a los escritos de calificación, la sentencia de 28 de octubre.

52. *Quebrantamiento de forma*.—El recurso de casación por quebrantamiento de forma, sólo podrá interponerse con posibilidad de éxito cuando se alegue y demuestre la positiva concurrencia de alguno de los motivos esenciales que especifican los arts. 911 y 912, hoy 850 y 851, por la reforma de 16 de julio último de la Ley de Enjuiciamiento criminal, sin que puedan ampliarse por interpretación extensiva o de analogía, a otros distintos, cualesquiera sean las faltas, omisiones y deficiencias que se hayan advertido y denunciado en la sustanciación del juicio oral. Los conceptos jurídicos que predeterminan el fallo son aquellos que expresan una idea de dicha clase, usando los propios términos del texto legal, con significación tan peculiar y exclusiva que no pueda aplicarse a otras circunstancias (S. 30 sep.).

Queda siempre deferida a la apreciación del Tribunal la práctica de la información suplementaria autorizada en el núm. 6.º del art. 746 de la Ley de Enjuiciamiento criminal (S. 13 oct.).

No es denegación de prueba la negativa del Presidente del Tribunal a que el procesado consulte papeles o apuntes particulares antes de contestar algunas preguntas en el acto del juicio (S. 29 nov.).

INDICE ALFABETICO

- Abandono de familia, 40.
- Aborto, 32.
- Abuso de superioridad, 13.
- Actio libere in causa, 7.
- Alevosía, 12.
- Amancebamiento, 38.
- Amenaza, 10, 41.
- Apropiación indebida, 43, 46.
- Arrebato, 10.
- Arrepentimiento, 11.
- Asociación, 42.
- Astucia, 18.
- Atentado, 23.
- Autoría, 18, 42.
- Calumnia, 39, 49.
- Caso fortuito, 5.
- Cohecho, 30.
- Competencia, 45, 46, 49.
- Contrabando, 1.
- Corrupción de menores, 37.
- Cuadrilla, 14.
- Deber, 6.
- Delito, 1.
- Denuncia falsa, 39.
- Desacato, 25, 49.
- Desobediencia, 24.
- Despoblado, 14.
- Dolo, 1.
- Embraguez, 7.
- Enajenación mental, 2, 7.
- Encubrimiento, 43.
- Escándalo, 35.
- Estafa, 26, 27, 45.
- Estupro, 36.
- Falsedad, 26.
- Fatas, 1, 35, 43, 44, 48.
- Frustración, 33.
- Homicidio, 33.
- Hurto, 8, 27, 43, 46.
- Imprudencia, 7, 26, 37, 47.
- Inducción, 18.
- Infracción de ley, 51.
- Injuria, 39, 49.
- Legitima defensa, 3.
- Lesiones, 33.
- Locura, 2, 7.
- Malversación, 31.
- Motivos, 9.
- Multa, 20.
- Necesidad, 4, 32.
- Nocturnidad, 14.
- Nombre, 28.
- Nulidad, 22.
- Omisión, 1.
- Parentesco, 17, 37.
- Pastoreo, 1.
- Precio, 32.
- Prescripción, 15, 22.
- Preterintencionalidad, 8.
- Provocación, 10.

- Prueba, 50.
Quebrantamiento de forma, 52.
Recusación, 25.
Reincidencia, 16, 43.
Reiteración, 15.
Remisión condicional, 21.
Responsabilidad civil, 19.
Riña, 13, 14.
- Robo, 42.
Simulación, 29.
Superioridad, 13.
Uso de nombre, 28.
Usurpación, 24, 44.
Usurpación de funciones, 27.
Vindicación, 10.
Violación, 34.

REVISTA DE LIBROS

ALEXANDER, Franz, y STAUB, Hugo: *I delinquente e suo giudici.*—

Uno sguardo psicanalitico nel campo del diritto penale. Prólogo y traducción de Pietro Veltri.—Antonio Giuffré, editor; Milán, 1948; 116 páginas.

El libro es una obra de tesis, está escrito con un fin determinado, mostrar la necesidad del informe psicoanalítico en la justicia penal, hacer penetrar el psicoanálisis en las Salas de Audiencia, según frase repetida en él, propósito más concreto que el que anuncia el subtítulo de la obra.

Los autores empiezan por subrayar que los errores judiciales producen una irritación, un desasosiego, que da impulso a los movimientos revolucionarios; que la justicia, aunque ejercida por un corto número de especializados, es la actividad estatal más ansiosamente seguida por los ciudadanos, que van perdiendo fe en ella por la incertidumbre que da a los juicios el conocimiento sólo intuitivo de los factores psicológicos del delito; que para eliminar estos errores no se tiene más que una enumeración casuística de delitos, el sentido común de los jueces y la pericia médica; por otra parte, todo proceso penal se encamina a averiguar qué ha hecho el culpable, no por qué lo ha hecho, ni si es útil o peligroso.

Aunque el progreso del derecho penal se logra por un mayor abandono de la norma objetiva en favor de la indagación psicológica, es Listz el primero que funda su doctrina en la necesidad de castigar al autor y no al acto, pero al autor no se le ha podido castigar por sólo existir una psicología basada en generalidades, hasta que Freud ha echado las bases de una mejor comprensión de la personalidad del individuo descubriendo que no es homogénea y en la que el Yo consciente es una pequeña parte de ella.

La teoría psicoanalítica de la formación del síndrome neurótico es el fundamento de la psicología criminal, pudiéndose fundar una teoría de la responsabilidad, dejando aparte el concepto filosófico del libre albedrío, desde un punto de vista psicológico, por ser las acciones humanas producto de factores múltiples sobre las que el Yo debe ejercer su dominio, estando la responsabilidad en relación con el dominio que el Yo haya intentado y logrado sobre el inconsciente. Esto sólo puede llevarse a la Sala de Audiencia por la exploración psicoanalítica y no por la declaración del reo, que muchas veces ignora los motivos de su acción y trata de explicarlos

y, explicárselos después de ella, bajo la influencia ya de la reacción que ha producido. Esta exploración y la de la medida en que el Yo responde a la coacción social del Super-Yo, se realiza por el análisis de los sueños y de los actos fallidos, fruto de la inhibición del Yo por razón del sueño mismo o por estar entregado a la fantasía diurna.

No es cierta la teoría lombrosiana de existir el delincuente como tipo distinto del hombre normal. El Yo puede estar sometido, adaptado a la coacción social del Super-Yo totalmente o en parte, esta parte, en rebelión con el Super-Yo, es la parte que le empuja al delito. El mecanismo psíquico-general de la criminalidad es una rebelión del Yo respecto al Super-Yo a impulsos del inconsciente; el Yo se decide al obrar culpable por sentirse en legítima defensa contra el medio circundante del que se cree injustamente tratado; esto es más fácil de observar en los delincuentes políticos, que encuentran siempre razones para seguir su impulso criminal sin sentirse culpables. La medida en que el Yo se identifica con el impulso criminal puede establecerse en la siguiente graduación, de menor a mayor: fantasía criminal, delitos culposos, delitos coaccionados, conducta impulsiva del neurótico, delitos afectivos y ocasionales del hombre normal y actos dimanados de delincuentes normales.

La psicología del delincuente debe formar la base de una justicia penal futura que se aleje cada vez más del fin de prevención general de la pena, que, al menos para los delincuentes neuróticos, habrá de ser sustituida por un tratamiento adecuado. Hoy la consecución de esta justicia puramente racional está obstaculizada, por el inconsciente sentimiento en la masa, de represalia, de agresividad contra el delincuente, que debe desaparecer, y que se manifiesta en todo proceso y, sobre todo, en la ejecución de la pena capital.

Esta es, en líneas generales, la doctrina de la obra y su contenido; no falta en ella una exposición condensada de la doctrina freudiana girando más sobre el complejo de Edipo que sobre los demás elementos de ella, ni la interpretación de un sueño, ni la revelación de la etiología de concretos y sucedidos delitos, ni una clasificación de los delincuentes desde el punto de vista de esta doctrina. En resumen, es una tesis y un intento de ver el Derecho penal a la luz de la psicología profunda, que en España ya realizó con mayor atención César Camargo.

Domingo TERUEL CARRALERO
Magistrado.

ANTOLISEI, Francesco: "Manuale di Diritto penale. Parte generale."
Seconda edizione.—Milano, Giuffré, editore, 1949.

Ya en el t. I, fasc. II (pág. 320), de este ANUARIO nos ocupamos de la primera edición de este sugestivo *Manual*, que en menos de dos años aparece en su segunda edición.

Desde el punto de vista sistemático cabe anotar una nueva sección, la cuarta de la parte destinada a la Ley penal, en la que el profesor italiano estudia el "concurso aparente de normas coexistentes", que, dicho sea de paso, fué ya anticipado en la *Riv. it. di Dir. pen.* Así, la parte segun-

da (El delito), empieza en esta edición en el número 65, en tanto que en la primera en el 61; también el antiguo párrafo 6 de la sección segunda (el error) tiene una nueva intitulación ("Las causas de exclusión del dolo y de la culpa"), entre las que incluye, a más del error, la inexigibilidad. Y el delito putativo ahora le inscribe dentro del capítulo de la "tentativa"; igualmente cabe mencionar un nuevo número, dentro del "concurso de delitos", ocupado por "la progresión criminal". Y el resto del sistema continúa invariable.

En el concurso aparente de disposiciones penales el autor penetra, con su peculiar agudeza, en el complicado entramado de cuál de las leyes es aplicable en caso de concurso. Problema, por otra parte, de subida importancia práctica. Antolisei entiende que el principio de especialidad es de suyo necesario y suficiente para dirimir las dudas que pudieran presentarse (pág. 80), ya que, como se afirma en la Relación Ministerial, este principio es la clave para remontar las dificultades que pudieran salir al paso (pág. 82).

En el número 141, que antes era el 138, el profesor de Turín empieza por sentar el criterio de exclusión de la culpabilidad por falta de nexo psíquico, para de este modo seguir más de cerca la tradicional corriente de los penalistas italianos. En estos supuestos quedan radiados tanto el dolo como la culpa. Estas causas aparecen enumeradas guardando este orden: inconsciencia independiente de la voluntad; la fuerza mayor; el constreñimiento físico; el constreñimiento psíquico. Para después continuar en el número siguiente (el 142) con la cuestión del "error en general". En las páginas, igualmente nuevas, que destinó a la llamada "inexigibilidad" señala, en primer lugar, el origen germano, cosa que, en verdad, no le caerá bien a Scarano, e indica que ha sido acogida por éste y también por Bettio, en Italia. Rechaza la tesis tanto del uno como del otro (pág. 227), apoyándose en los mismos razonamientos que a la sazón hiciera Petroncelli a Scarano. Saliendo en busca de la postura de la ausencia de concreción y fijeza de las circunstancias requeridas para comportarse de modo distinto, y únicamente llega a la conclusión de que sería preciso ampliar los entecos moldes legales del estado de necesidad, pero sin recurrir al principio de no exigibilidad por considerarlo "inoportuno" (pág. 228).

En la parte de la tentativa inscribe, en la segunda edición, como anteriormente dijimos, el delito putativo, por parecerle que mantiene cierto vínculo de parentesco con el llamado delito imposible, en tanto que en la primera edición estimó que era una especie de error, si bien las razones del trasplante de lugar obedecen, según propia confesión, a exigencias de oportunidad didáctica. Efectivamente, su situación sistemática está en la teoría del error, sobre todo desde que Binding le perfiló con mano maestra.

Y, por último, hagamos mención en forma muy somera a la llamada "progresión criminal", ya que si Antolisei ha llevado este tema a su actual edición obedece a la incertidumbre que reina acerca del mismo (página 218 y sigs.). Pese a la diversidad de opiniones, puede decirse que los autores que han tratado de la cuestión conceptúan la progresión criminal como completamente distintiva al verdadero y propio delito progresivo (página 282). La "progresión criminal" va referida a una multiplicidad

de hechos, y más precisamente a varios hechos distintos puestos en ser de modo continuo. Sin abundar en más descripciones, que no son del caso, Antolisei llega a la conclusión de que sería necesario que se creara legislativamente la figura de la progresión criminal, la cual se pondría de modo paralelo y al lado del llamado delito continuado, y a la par que éste serviría para contener en límites de equidad el cúmulo de penas en el curso de delitos (pág. 283).

Esta lectura de repaso a esta obra nos confirma de nuevo el laudable y encomiástico juicio que emitimos al publicarse la primera edición.

J. DEL ROSAL

BERNIA, Juan: "Historia del Palacio de Santa Cruz".—Madrid, 1949; 224 páginas.

Extraordinario interés merece esta obra, que, bajo el seudónimo de Juan Bernia, publica el ilustre diplomático Sr. Jorro.

En ella, después de una concienzuda y documentada investigación, no se nos ofrece solamente la historia del Palacio de Santa Cruz, sino que, en el aspecto que a nosotros nos interesa, podríamos decir, sin temor a equivocarnos, que contiene la historia de la organización judicial y penitenciaria en la capital de España a partir del año 1629.

Con amenidad y elegancia de estilo se da cuenta de la organización de los Tribunales de Justicia y de su actuación, del personal auxiliar y subalterno que actuaba en los citados Tribunales y de la forma en que ejercían sus funciones.

También se encuentra, con profusión de detalles, la relación y examen de las penas que en realidad se aplicaban y la forma de su ejecución.

Nos dice que mientras Sevilla contaba con una amplia prisión, Madrid, capital de un imperio, durante el siglo XVI carecía de un establecimiento adecuado, hasta que en el año 1643 es concluido el edificio de la Cárcel de Corte, que sorprende gratamente a todos los extranjeros que durante los siglos XVII y XVIII visitaron Madrid, y cuyo régimen fué calificado por John Howard, después de la visita realizada al finalizar el reinado de Carlos III, de *humano y tolerante*.

Por su interés, transcribimos el relato que hace el autor, de esta visita: "Howard se trasladaba, igualmente, a la Península Ibérica. En Madrid se presentaba a Campomanes, que facilitó su deseo de conocer la Cárcel de Corte. Vivía el despotismo ilustrado sus jornadas de triunfo. La prisión respondía a las orientaciones generales que preceptuaban el orden, la pulcritud, la armonía, el sentido estético de la vida. Los presos existentes en marzo de 1783, época en que Howard efectuó su visita, eran 180, entre ellos, 40 mujeres. Su aspecto saludable le impresionó gratamente. El alcaide le pareció *humano y hasta atento*. Los reclusos denotaban el posible contento que se puede experimentar en la cárcel. La extremada limpieza que advirtió en la prisión y en todos los lugares del Tribunal le causó favorable efecto.

Los calabozos subterráneos, a los que descendió, eran individuales y colectivos. Los presos se congregaban principalmente en el patio exterior, con arcadas a ambos lados y un lavadero utilizado para sus ropas, con lo que se evitaba el espectáculo de otras prisiones en que transcurrián meses enteros sin que pudieran cambiar de camisa. Los peligrosos permanecían con grillos en ambas piernas, unidos por la mitad. Estos últimos pernoctaban en los calabozos.

La enfermería parecía cuidada. Las mujeres disponían de una extensa nave, sin que se les aplicaran grillos ni cadenas. No advirtió *abusos inhumanos*. No percibió tampoco huella alguna de los sistemas de terror penitenciario que tan frecuentemente provocaron, en diversos países, la noble y violenta reacción de su espíritu."

La segunda parte de este trabajo está dedicada al estudio de la vida diplomática del edificio, y en ella, con igual erudición y competencia que en la primera parte, como hemos visto, dedicada a la exposición de la que podríamos llamar su vida judicial, se relata esta segunda parte de la vida del histórico edificio de la plaza de Santa Cruz.

En fin, que sólo merece elogios este magnífico trabajo, cuya lectura consideramos indispensable para todo aquel que quiera tener un profundo conocimiento de la vida judicial y penitenciaria de la época a que se refiere.

César CAMARGO HERNANDEZ

Teniente Fiscal en la Audiencia
de Cuenca.

BUSCH, Richard: "Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre (J. C. B. Mohr, antes Siebeck), Tübingen, 1949; de la serie "Recht und Staat", números 134/135; 63 págs.

Pese a lo que el título de su trabajo parece prometer, como *Modernas transformaciones de la doctrina delictual*, el profesor de Bonn y Magistrado de Duseldorf centra exclusivamente su atención sobre una "transformación" sola, en singular, la del finalismo welzeliano, constituyéndose en celoso paladín de la misma. Nacida, como es sabido, en el tiempo de la anteguerra, en que las obras capitales de Welzel fueron publicadas (1), y popularizada entre nosotros por los finos ensayos de los profesores Del Rosal y Rodríguez Muñoz (2), la tal doctrina va adquiriendo en la dogmática penal germánica de la transguerra un auge cada día más notorio. En 1944 publicóse la tercera edición de la *Allgemeine Teil*, a pesar de las desfavorables condiciones de la época, y en 1947 ha salido a la luz la cuarta de *Das deutsche Strafrecht in seine Grundzügen* (De Gruyter, Ber-

(1) En 1931, en el "Zeitschrift für die ges. Strafswiss", en su artículo "Kausalität und Handlung"; en 1938, en la misma revista, en "Das Grundgefüge der verbrecherische Handlung"; en 1935, "Naturalismus und Wertphilosophie", y en 1940, "Der Allg. Teil des deutschen Strafrechts".

(2) DEL ROSAL, en *Acercas del pensamiento penal español*, Madrid, 1942, pág. 155, y R. MUÑOZ, en *La acción finalista en Derecho penal*, "Rev. Jus.", marzo 1944.

lín), en que ya todo el Derecho penal alemán se trata en la perspectiva finalística. Aunque modernísimo, el libro de Busch no alcanza a tratar de las últimas obras del maestro: *Um die finale Handlunglehre* y *Von irren-de Gewisse* (ambas en la serie "Recht und Staat", de Mohr, en Tübingen, de 1949 y 1950, respectivamente).

Concíbese el finalismo en plan de oposición radical y debeladora de la dogmática tradicional y clásica, que se fundamentaba primordialmente, según el autor, en la discriminación entre los aspectos objetivo y subjetivo del delito; aquél representado por lo externo de la acción o dinámica naturalista del acto y éste por la noción de la culpabilidad o psíquica relación del actor con la acción. La oposición entre lo objetivo y lo subjetivo tenía su correlación en el binomio Antijuridicidad y Culpabilidad, construcciones todas ellas que los finalistas tienen por simplistas en demasía y recargadas de conceptos metajurídicos. Es mérito suyo, según Busch, el haber ahuyentado tales conceptos del campo del Derecho penal, primero, sustituyendo la idea de culpabilidad éticopsicológica por la normativa (en Frank y Goldschmidt), y luego, instaurando en su integridad la tesis teórico práctica del finalismo. Surge este—dice—en el reconocimiento de que, ante los tipos normativos, deben ser consideradas dos categorías penales sustantivas: la dolosa y la culposa, tratadas de un modo doctrinal rigurosamente nuevo.

Investiga sutilmente el autor sus orígenes en Von Weber y Graf zu Dohna y compara esta especie de prefinalismo con el integral actual de Hans Welzel y Reinhard Maurach, los dos apóstoles de la nueva dogmática desde sus cátedras de Gottinga y Munich. Entre el finalismo de los primeros y el de los segundos el punto de discordancia esencial hállase precisamente en el tratamiento del dolo y la culpa. Para Von Weber y el conde eran absolutamente independientes ambas formas de culpabilidad desde sus mismos comienzos, mientras que para Welzel dolo y culpa se coordinan en un común superconcepto ("gemeinsamen Oberbegriff"): la "acción final". De origen idéntico, la genética les une, pero lo teológico les separa, pues salvado el momento de la concepción delictual, dolo y culpa se escinden por cauces propios. En contenido del dolo es el conocer y el querer dirigido a una meta, en tanto que el de la culpa aparece la actividad causal como ciega, bien que evitable. En cuanto a la idea de la culpabilidad en abstracto, el prefinalismo de Graf zu Dohna y el pleno de Welzel son distinguibles en sus respectivas definiciones. Para el primero, es "la voluntad dirigida a la infracción del deber"; para el segundo, "la infracción de deberes jurídicos como consecuencia de defectuosas o insuficientes compensaciones de la voluntad frente a los impulsos antijurídicos". Una primera consecuencia de la discrepancia es que, para Dohna, la tentativa y la consumación son "modalidades del delito", mientras que para Welzel se caracterizan como "grados de realización"; con lo que se ve, dicho sea entre paréntesis, que tanto aparato de sutileza conduce a una especie de parto de los montes. Otro tanto puede decirse de la aplicación del finalismo al tratamiento de la codelincuencia, en el que pone el acento exclusivamente en la finalidad de la acción, que será principal cuando ordenada al objetivo querido y secundaria, y diversa de la autoría,

cuando no se dé este evento, todo sin la más mínima concesión a la importancia fáctica y naturalista del acto del partícipe.

Por lo que respecta a Maurach, su adscripción a la teoría finalista, tanto en el "Grundriss" ("Allgemeine" y "Besond. Teil", ambas de 1948) como en su "Schulnd und Verantwortung" (en Wolfenbüttler, ed. 1948), no implica una sumisión incondicional al welzelianismo. Así, por ejemplo, en el "punctus pruriens" de la diferenciación entre dolo y culpa considera el "Tatbestand" de ambos reposante en una misma dirección de voluntad a la vez subjetiva y objetiva.

Busch atribuye al profesor de Munich el hallazgo de presuntos nuevos caminos en la dogmática de la culpabilidad. Consisten estos, según él, en la distinción de dos grados: la "responsabilidad del acto" ("Tatverantwortung"), que a cada cual compete por los típicos y antijurídicos que cometa, incluso a los enajenados y niños, y la "responsabilidad de culpabilidad", en sentido estricto, que equivale para Maurach a la capacidad de encajar en las normas penales ordinarias.

El tono apolégético de la monografía, que promete la inmediata construcción de una sistemática penal rigurosamente nueva, evita las polémicas, incluso la famosa con Mezger, renovada por cierto en la tercera edición de su "Lehrbuch" (de 1949). Pero por encima de todas las exageraciones y optimismos de escuela, cabe, desde luego, afirmar en favor del finalismo el no escaso mérito de alinearse decididamente en la cada vez más decidida dirección de renovación de valores espirituales y humanos del Derecho en franca oposición con el formalismo ritual y estéril del viejo positivismo alemán (que nada tiene que ver con el personalista italiano). Lo es más aún en su postura actual, en que Welzel parece haber olvidado, quizás por imperativos de la política actual, sus peligrosas lucubraciones de matiz nacional y sociológico.

Antonio QUINTANO RIPOLLES
Fiscal en la Audiencia de Bilbao.

DR. FRECERICK BERG: "El proceso de Nuremberg.—Ed. Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1947.

Se trata de "una serie de informes semanales preparados por el servicio europeo de la British Broadcasting Corporation", los cuales componen un grueso volumen. Empieza por trazarnos unos apuntes acerca de los acusados, de la historia y bases legales del proceso, y al final nos resume los principales puntos de la acusación, para dedicar casi toda la obra a una detallada exposición de las peripecias del proceso a lo largo de las varias semanas que duró la tramitación.

En realidad, ninguna novedad añade a lo conocido, pues sólo es un reportaje demasiado pesado, dedicado por entero a reflejar lo "sucedido" en el proceso.

J. DEL R.

CUELLO CALON, E.: "Código penal y Leyes penales especiales".—Editorial Bosch, Barcelona, 1950.

La publicación de la segunda edición de esta obra en el formato especial y bien cuidada composición revela un nuevo esfuerzo, plenamente logrado, del profesor de la Universidad Central. La razón es bien sencilla, pues no se trata exclusivamente de una recopilación de leyes penales especiales, adicionadas al texto punitivo, sino que la actual edición supera a la anterior en dos aspectos: uno, en que figuran las decisiones jurisprudenciales de los últimos años, finamente seleccionadas. Otra, en que para la mayor comprensión interpretativa de cada artículo el autor ha desmembrado la doctrina del T. S. en variados epígrafes técnicojurídicos que facilitan sobremanera la visión con que ha sido realizado el precepto en cuestión. Añádase a esto el acopio de leyes penales especiales que viene al final de la obra, así como el índice de materia y las detalladas tablas de aplicación de penas, todo lo cual avalora la obra hasta convertirla en una edición sumamente útil y práctica, tanto para el profesional como para el estudiante. En las leyes penales especiales son dignas de encomio las numerosas notas que explican y precisan la virtualidad legislativa y vigente de cada uno de los preceptos. Puede citarse a este respecto la Ley penal y procesal en materia de contrabando y defraudación de 14 de enero de 1929, en la que el autor nos ilumina las particularidades del articulado a través de una serie de nctas y sentencias que reactualizan los preceptos de esta Ley en unas circunstancias como las presentes en que tan frecuente aplicación tienen las normas del Derecho penal especial.

En suma, esta edición constituye una buena aportación, de indiscutible valor científico práctico, realizada con vistas al mejor entendimiento del ordenamiento jurídico penal español, lo cual ha sido alcanzado en toda su integridad.

J. DEL R.

DIDIER LAZARD: "Le procés de Nuremberg" (Récit d'un temoin).—Páris, 1947.

El autor divide su obra en dos partes. La primera dedicada a la contemplación del proceso, visto desde lejos; la segunda, desde cerca. En aquélla nos expone la génesis, los caracteres generales y la organización americana; en tanto que en ésta los diversos cargos imputables a los acusados y los pormenores relativos a la acusación y defensa.

Después de una brevíssima exposición de los orígenes del juicio, el autor explica las razones de la persecución, soezando una a una las de índole política, jurídica y moral, si bien en unos términos, por cierto, demasiado simplistas. Insiste en forma especial en todos aquellos extremos que más de cerca interesan al gran público, tales como, por ejemplo, los jueces, acusados, acusadores, organización americana y el desenvolvimiento de los debates, detallándonos una serie de pormenores que contribuyen a la fácil lectura de este reportaje.

En la segunda parte de la obra, el autor detiene su atención en las diferentes imputaciones: núm. 1, complot; núm. 2, guerras de agresión; números 3 y 4, crímenes de guerra y contra la humanidad, dedicando el mayor número de páginas al análisis de estas dos últimas entidades penales. Dentro de estas dos nociones delictivas, de difícil deslinde, el autor estudia, en primer lugar, el pillaje económico y artístico y la germanización espiritual, los cuales considera como crímenes menores al lado de los que se ocupará en los capítulos siguientes, que conceptúa como mayores, tales como los asesinatos y el exterminio de seres humanos (página 196). El autor selecciona los textos de mayor relieve acusatorio a lo largo de su exposición, la cual, en rigor, está bien compuesta, describiéndonos las experiencias realizadas en los campos de concentración. En la última parte—cap. XIV—bosqueja las figuras de los condenados y absueltos, con pinceladas de buen periodista.

La obra es una más, entre las numerosísimas, que los testigos presenciales del proceso han escrito, sin añadir ningún otro argumento conocido, aunque en verdad hemos de decir que está escrita con excelente madera de periodista.

J. DEL R.

ESCOBAR H., Manuel, Presidente de la Corte de Apelaciones de Masaya, ex Decano de la Facultad de Derecho de Oriente y Mediodía: "Código penal de la República de Nicaragua. Anotado y comentado"—Talleres tipográficos "El Espectador", Masaya (Nicaragua), 1950; 195 págs.

Comienza el autor de esta edición del Código penal de la República de Nicaragua, que ha sido declarado por Acuerdo fecha 3 de septiembre de 1949, en cuanto a su articulado, de carácter oficial, exponiendo los antecedentes históricos de este Cuerpo legal y haciendo unas consideraciones sobre la actual crisis de los estudios penales en su país.

A continuación pasa a exponer el contenido del texto legal, aclarando con acertados comentarios el contenido de sus disposiciones. Siguiendo a cada disposición nos ofrece el autor una selección de la jurisprudencia aplicable al caso, así como también las concordancias con otros preceptos del mismo Código y de otras leyes vigentes.

Es de hacer constar la labor desarrollada por el Dr. Escobar, ya que este Código, aparte de contener todas las modificaciones introducidas hasta la fecha, viene a remediar una necesidad sentida en la República hermana, a causa de estar agotadas desde hace tiempo las anteriores ediciones de este texto legal.

C. C. H.

GRANATA, Luigi: "L'Omicidio nel Diritto penale"—Edizione Ateneo, Roma.

La última prueba de la fecunda aportación a las ciencias jurídicas, que constantemente estudia Luigi Granata, alto magistrado y gran escritor,

viene a luz en este volumen, el cual, desde ahora, en los ambientes más altos, recoge amplio aplauso, que es merecido premio al largo y meditado esfuerzo.

El tema, de particular importancia y gravedad, encuentra premisas de rigor jurídico y soluciones adecuadas, porque a la luz de la ciencia son discutidos los más serios argumentos del homicidio en sus varias facetas.

Con gran atención se examina desde la objetividad jurídica y los presupuestos objetivos del delito a la relación de causalidad material, desde la intención de matar, homicidio preterintencional, homicidio culposo y tentativa a la causa de imputabilidad inexistente o disminuida, desde las causas de no punibilidad, error en el delito, circunstancias agravantes y atenuantes comunes, concurso de delitos en el homicidio, concurso de varias personas en el homicidio, homicidio en riña, circunstancias agravantes especiales y homicidio por causa de honor hasta la prueba del delito de homicidio y valoración de la personalidad del imputado.

Perfecta técnica en la exposición, amplia elaboración de todas las teorías y, sobre todo, excelente sensibilidad jurídica son los datos que el autor demuestra en esta nueva publicación.

Alfredo LACCONIA

GRAVEN, Jean: "De la Justice Internationale à la paix". Extrait du n.º 4/1946 de la Rev. de Droit Intern. de Sc. Dipl. et Polit.—Genéve (Suisse); II, en Rev. de Droit Intern. de Sc. Dipl. et Polit.—1947, número 1.

El conocido y competente penalista suizo Jean Graven, profesor de la Universidad de Ginebra y presidente del Tribunal de casación, acomete la empresa nada fácil de recoger en forma sistemática las numerosas cuestiones que suscita el proceso y enjuiciamiento de los "criminales de guerra". Su principal objetivo consiste en extraer las enseñanzas del juicio de Nuremberga. Aquí nos limitaremos a reseñar las dos primeras partes de su estudio. La primera parte va destinada a la "introducción", y en ella el expositor, con su peculiar finura jurídica, señala la significación del proceso, sobre todo en la historia de la jurisdicción internacional. Empeiza por ofrecernos un completo repertorio de los actos constitutivos del Tribunal y de los antecedentes para la constitución de un Tribunal de Justicia penal internacional, describiéndonos el carácter revolucionario que entraña en el ámbito del Derecho penal internacional. Y precisamente en razón a este aspecto revolucionario nada de particular tiene que haya suscitado tanto apasionamiento, pues se trata, en resumidas cuentas, de una innovación hasta ahora completamente inédita.

En la segunda parte, el autor analiza detalladamente las "objeciones formales" que se han formulado contra la jurisdicción del Tribunal penal internacional, siendo la primera de ellas la deducida de los principios habituales del Derecho internacional, pues la guerra y el comportamiento dentro del conflicto bélico son actos de naturaleza política y, por tanto, no deben ser trasplantados al plano del Derecho penal, que establece preceptos para los individuos. En una palabra: el Estado no es sujeto de De-

recho penal. Para salvar este obstáculo, el insigne penalista suizo aduce argumentos de índole histórica, trayendo a colación las figuras de Grocio y, sobre todo, de Suárez, que establecieron las condiciones de la guerra justa e injusta, enlazando los criterios de estos y otros juristas con los precedentes de orden legal internacional, relativos a humanizar las contiendas bélicas, particularmente los intentos para establecer un Tribunal internacional criminal, los cuales han sido consagrados en el Acta de Londres de 8 de agosto de 1945. Así, pues, los principios no son nuevos en este sentido, sino que han encontrado su eficacia práctica en la citada Acta, que apareja, en virtud de la sentencia, la condenación penal de la persona como sujeto de Derecho internacional, ya que no ha escapado su responsabilidad individual, alegando razones de naturaleza estatal, pues la Ley, decía el fiscal norteamericano, sirve no sólo para sancionar a las pequeñas personas, sino también a los reyes.

La segunda objeción va dirigida a la autoridad y competencia del Tribunal de Nuremberg, ya que con el establecimiento de esta competencia se han quebrado los clásicos principios de territorialidad y de la cuasiteritorialidad del Derecho penal. El autor aduce el pensamiento de nuestro Covarrubias para poner de manifiesto el principio moderno de la universalidad de la represión y de la competencia, sobre todo, que el fundamento de represión internacional viene deducida de la clase de delitos perpetrados, los cuales lesionan toda la *societas generis humani*.

A continuación, el monografista estudia concienzudamente la imparcialidad del Tribunal, teniendo en cuenta la composición aliada del mismo, para llevar a la conclusión de que su función no se ha visto empañada por la parcialidad e injusticia.

En el segundo estudio—continuación—, el profesor Graven aborda la peliaguda cuestión de la legalidad de las incriminaciones y de las penas, sosteniendo la tesis de que en lo relativo a los crímenes contra la guerra y contra la humanidad no existe dificultad jurídica alguna, en tanto que el problema cambia cuando se trata del complot contra la paz y la guerra de agresión. El profesor Graven acoge la dirección francesa, en punto a las primeras entidades penales, esto es, que son delitos de orden común, cosa que no sucede lo mismo con los segundos, ya que los preceptos aducidos como antecedentes eran sólo de naturaleza moral, pero no de orden represivo, pese a lo cual el autor considera a la vista de las actas de acusación que no ha existido retroactividad en el Acta constitutiva de 1945, ya que en verdad lo que ha hecho es llenar una laguna de procedimiento. El ilustre penalista suizo, por cierto buen amigo de España, termina su espléndido trabajo subrayando la novedad que aporta el juicio de Nuremberga.

J. DEL R.

GRAVEN, J.: "L'escroquerie en droit pénal suisse".—Verlag für Recht und Gesellschaft, AG., Basilea, 1947; VIII + 88 págs.

La publicación del Código penal suizo ha planteado a los juristas de esa nación una serie de problemas que han de estudiar detenidamente

para alcanzar el perfecto conocimiento del contenido, alcance e interpretación del texto legal. Los medios disponibles eran insuficientes, no obstante su gran valor; se hacía preciso realizar una empresa de publicaciones monográficas penales: y esto es lo que vienen a hacer los profesores Germann, de la Universidad de Basilea, y Graven, de la de Ginebra, dando a luz una serie de obras de diversos autores, unas en francés y otras en alemán, agrupadas bajo la denominación genérica de "estudios de derecho criminal suizo", a cuya serie pertenece la presente obra de Graven, redactada en francés.

El tema es interesante; tanto más cuanto que hoy día, disminuya o no la delincuencia violenta, cosa que no hace al caso, aumenta notablemente la delincuencia sutil, artera, astuta, una de cuyas más importantes formas es la estafa; figura, por otra parte, necesitada de un perfecto estudio definitivo, por la imprecisión de sus contornos, ya que muchos de los actos que parecen integrarla quedan en esa línea nunca bien perfilada en que la unidad del ordenamiento jurídico hace juntarse y como fundirse el derecho penal con el civil. A delimitar el campo, definiendo la línea divisoria, tiende este trabajo del profesor suizo, que, si se refiere exclusivamente al derecho de su país, no deja por ello de contener numerosas ideas y sugerencias aplicables en el nuestro.

La definición de la estafa en el Código penal suizo se comprende en el artículo 148, según el cual "el que con el propósito de procurarse a sí mismo o a un tercero un enriquecimiento ilegítimo, por medio de representaciones falaces o disimulando hechos induzca astutamente a engaño a una persona o se aproveche astutamente del error en que se encuentra y de esta manera decida al engañado a realizar una actuación por cuyo medio se dañe a sí mismo o a un tercero en su patrimonio, será castigado..."

Ya el llegar a establecer tal fórmula representaba dificultades, inherentes a la especial configuración política y social del país. Pues mientras unos cantones habían recibido la influencia de Francia, otros la recibieron de Alemania. Y mientras los afrancesados adoptaban, con el Código napoleónico, un sistema de enumeración de los medios engañosos, los germánicos preferían dejar a un lado la casuística y establecer una fórmula general. Y si ésta parecía más técnica, presentaba la dificultad de carecer en el idioma francés de términos técnicos tan categóricos y expresivos como los que se han forjado en lengua alemana. Por fin, sin embargo, hubo de imponerse el concepto germánico, como se observa en el texto antes traducido.

De acuerdo con él, para que exista el delito de estafa es precisa la concurrencia de diversos elementos, que Graven estudia por el siguiente orden: 1.º, engaño; 2.º, inducción a obrar con perjuicio económico; 3.º, intención de obtener un enriquecimiento injusto.

El engaño, como elemento del delito, presenta interesantes problemas, el primero y fundamental de los cuales no es otro que el de su propio concepto y naturaleza. No es engaño, a los efectos penales, la simple mentira, la simple exposición de hechos falsos; es preciso una mentira cualificada, una mentira revestida de apariencias de verdad, porque, pre-

cisamente estas apariencias exteriores, preparadas falazmente para dar credibilidad al falso, hacen excusable la credulidad de la víctima, a la que ya no puede reprochársele el haber cedido a la simple afirmación del primer llegado. Sólo sobre esta base puede deslindarse el dolo civil del penal: empezará el engaño punible donde comience a existir la cualificación de la mentira mediante el artificio. Por eso no comete delito el que con sus habladurías y aun mentiras consigue que se le haga un préstamo; ni el charlatán que vende su mercancía asegurando y perjurando que se trata del mejor específico del mundo; ni es estafa el simple "farol" del hombre de negocios que, echando un poco de tierra a los ojos de sus socios, consigue que amplíen el capital o anticipen fondos; como tampoco estafa el mendigo que para excitar más la caridad exagera sus propias miserias y desgracias. Porque no realizan nada encaminado a dificultar la comprobación de sus asertos; porque no realizan manipulaciones artificiales que refuercen sus palabras con la apariencia externa. En cambio, sí la cometería el prestatario que, siendo insolvente, asegura en su declaración al prestamista que no tiene deudas ni bienes embargados, y que su fortuna asciende a tal o cual cantidad en muebles o raíces, si el prestamista había manifestado su intención de servirse de sólo tales datos para la concesión del préstamo, sin perjuicio de ejercitar sus derechos en caso de falsoamiento de las declaraciones; o el hombre de negocios que para obtener la constitución de una sociedad y el anticipo de fondos se presenta como rico propietario y rodeado de lujoso mobiliario que le dan la apariencia de solvente.

Esta mentira cualificada por la astucia, por la industria, este engaño, en suma, puede realizarse tanto de una manera positiva, hablando, escribiendo, obrando, como de una manera negativa, absteniéndose, disimulando, callando cuando se debió hablar. Y tanto se produce el delito cuando se provoca el error por tales medios como cuando el agente se aprovecha del error en que una persona se halla, siempre que este aprovechamiento se haga de manera falaz. No estafa el bibliófilo que al descubrir un libro raro en una librería de viéjo lo adquiere por el bajo precio que le piden, porque no emplea medio alguno para explotar el error en que se halla el vendedor, sino que se limita a beneficiarse en las mismas condiciones que se beneficiaría cualquiera no entendido. No explota el error de otro; se limita a aprovechar su propia suerte que le ha hecho encontrar una ganga. Bien diferente es esto de la conducta del que sabiendo no ser acreedor de otro recibe la cantidad que éste le entrega como pago de una obligación que el pagador cree real y el cobrador sabe inexistente. ¡Aquí si que hay explotación fraudulenta del error ajeno!

En todo caso, el engaño ha de ser suficiente a crear en la víctima la conciencia de la realidad de lo manifestado. Pero esta suficiencia no ha de juzgarse en abstracto, teniendo en cuenta el término medio, sino en concreto, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de tiempo, lugar y capacidad del engañado.

Existente el engaño, es también preciso que éste determine a la víctima a obrar en sentido contrario a sus intereses patrimoniales o a los de un tercero. Y, precisando conceptos, dice Graven que al referirse aquí

a la víctima quiere señalar a la víctima del engaño, que no tiene por qué coincidir con el perjudicado por el delito. Esta posibilidad es la que abre paso al estudio de la llamada "estafa procesal", consistente en que una persona pretenda obtener un lucro ilícito mediante una demanda basada en hechos falsos y apoyada en pruebas también falsas, que, engañando al juzgador, le determinen a dictar la sentencia perjudicial para el patrimonio del demandado; posibilidad discutidísima en la doctrina en cuanto a su naturaleza de estafa o falsedad.

El actuar del engañado ha de consistir en un acto de disposición que lo mismo puede ser un hacer que un permitir, pero que en todo caso ha de afectar a un interés patrimonial, económico. Quedan excluidos todos los intereses no patrimoniales: el honor, la libertad, los derechos políticos, etc. Y, en cambio, quedan incluidos (como posible objeto de delito) todos los intereses económicos, aun aquellos que han entrado en el patrimonio del estafado de una manera ilegal, y que carecen de la protección del derecho civil. Así, puede ser penada la estafa hecha al ladrón de la cosa robada. Porque lo contrario sería consagrar el adagio de que "quien roba a ladrón, cien años ha de perdón", cosa inadmisible, pues aunque el sujeto pasivo carezca de acción, no por ello deja de quedar perjudicado; perjuicio que no se ha producido por la falta de acción civil que tutele su interés, sino de las maniobras engañosas de que fué víctima. Y no porque el Derecho civil deje de ofrecer medios para la anulación del perjuicio debe el derecho penal renunciar a la represión; tanto más cuanto que ésta no implica protección a la inmoralidad del estafado, sino protección para el orden general violado y castigo para el delincuente.

Finalmente, ha de tender la actividad engañosa determinante de la disposición a procurarse a sí mismo o a un tercero un enriquecimiento injusto. Este elemento subjetivo de tipificación, que eleva la estafa a la categoría de delito intencional, ha presentado también cuestiones interesantes, como la de si se enriquece ilegítimamente, y por consiguiente, estafa, el ladrón que vende a un tercero la cosa hurtada; problema que ha de resolverse de manera afirmativa, puesto que frente a un valor efectivo entrega un valor real en sí, pero improtegido e improtegible.

La exigencia de este elemento, sin embargo, no implica que el delito no se consume cuando no se haya obtenido el lucro, el enriquecimiento. La consumación, más bien, se produce en cuanto, con esta intención, y mediante los medios engañosos, se determina al paciente a realizar el acto dispositivo perjudicial; sin que desaparezca cuando el engañado, por haber salido de su error, pueda tomar sus medidas para recuperar el valor antes de que lo adquiera el estafador.

Una vez vista la forma normal de la estafa, examina Graven las formas específicas, cualificada una, cuando el agente utiliza la estafa como "negocio", aunque no sea habitual, y privilegiada otra, cuando se produce entre próximos parientes, consistiendo el privilegio, no en la menor punibilidad, sino en la necesidad de que se cumpla la condición de perseguitabilidad de la instancia de parte.

Y, finalmente, se estudian algunas conductas dudosas, como el daño malicioso contra el patrimonio, cometido con engaño, pero sin propósito

de lucro (previsto en el artículo 149); la estafa de seguro, que constituye una estafa propiamente dicha; la estafa de hotel o comida, prevista en el artículo 150, y la obtención fraudulenta de una prestación, que se pena en el artículo 151.

Con un índice de materias en francés y alemán, termina esta obra, que, como todas las demás de su serie, tiene el principal objeto de crear un derecho científico suizo, coincidente, en cuanto sea preciso, con los extranjeros; pero independiente de ellos y ajustado rigurosamente a las exigencias de los propios textos legales. Tarea elogiosa en país que, tradicionalmente, era tributario en materia penal de sus avanzados vecinos. Y tarea que la obra comentada, de grata lectura, cumple a plena satisfacción.

Fernando ALAMILLO

Abogado Fiscal en Salamanca.

GRAVEN, Jean: "Le procès criminel du roman de Renart; étude du Droit criminel féodal au XII siècle". Librairie de l'Université. Georg et Cie. Ginebra, 1950; 158 págs.

La utilización de las fuentes literarias para fines de jurisprudencia actual o pretérita, es un venero de placenteras y a veces inapreciables enseñanzas que, en términos generales, puede decirse está casi sin explotar. Siendo la obra de arte, la literaria muy en particular, uno de los productos más preciosos y genuinos del espíritu humano, es natural que en ella se reflejen y sublimen las preocupaciones, problemas y sentimientos que con el Derecho acostumbran a tener íntima relación. El documento humano que es toda obra literaria genial, brinda al jurisconsulto lecciones muy superiores a las que pueden ofrecerle los textos oficiales y profesionales, generalmente desprovistos de humanidad y confeccionados, demasiado a menudo, con preocupaciones de escuela o tendencia en menoscabo de su íntima genuinidad. Lo dicho es muy especialmente valeido en una rama del Derecho tan eminentemente humana como la penal, en la que la vida es todo y el texto bien poco. ¡Cuánto más Derecho penal y criminología de la Rusia ochocentista puede aprenderse, por ejemplo, en las novelas de Dostoyewski que no en los Códigos zaristas, frío trasunto de los modelos franceses y austriacos!

En épocas más alejadas, como la medieval feudal, el paradigma literario es de insustituible valor, ya que entonces las leyes más perfectas, desde las Capitulares carolingias a las Partidas castellanas, eran primordialmente centones de tradiciones romanas hilvanadas por eruditos leónticos horrores de contacto con las realidades cotidianas. Percatado de la riqueza del filón apenas aprovechado, el sabio presidente de la Casación y profesor de la Universidad de Ginebra, Jean Graven, ha emprendido en esta obra un magistral estudio penal, criminológico y procesal de una de las creaciones literarias más populares de la Edad Media francesa, el "Roman de Renart", y, como era de esperar, tanto del tema como de las dotes excepcionales de su autor, la cosecha no ha podido ser más óptima.

El "Roman" es uno de tantos "bestiarios" de la Edad Media que perpetuó en Occidente, por la vía de Bizancio o la de los árabes andaluces, el ingenio fabulístico de Roma, Grecia y, posiblemente, de las antiguas civilizaciones indostánica y china. De autor ignorado y hechura eminentemente popular, los animales desempeñan en ella un transparente papel satírico que recoge la más viva entraña de un tiempo remoto en que las leyes escritas poco o nada nos enseñan. Graven busca, por esa razón, los contactos de lo literario y lo legal, no tanto en lo estatutario como en las grandes instituciones consuetudinarias, plasmadas principalmente en los "Costumarios" de Normandía y Bretaña del siglo XIII, que responden a un mismo clima cultural que el que gestó al "Roman de Renart". Parodia bufa y cínicamente irreverente del derecho en vigor, esta obra burguesa incrustada en una sociedad feudal ya agonizante, hace befa de los prejuicios y sentimientos oficiales del siglo, con tanto atrevimiento y vigor como pudo hacerlo en el XVIII el teatro de Beaumarchais o las novelas de Voltaire.

Con erudición e ingenio infinitos, Graven va entresacando de las grotescas aventuras de las bestias, Renart el Zorro, el noble León, el fuerte Oso, etcétera, etc., y las incidencias de sus querellas y pleitos, una inapreciable pintura de derecho penal medieval. Primero de la sistemática del proceso feudal, reposando sobre el vínculo de vasallaje en su aspecto señorial y regio; luego del detalle de la instrucción acusatoria que desemboca en el duelo judicial y en las ordalías y juicios de Dios (el memorable combate entre Renart e Isengrin). Halla en el "Roman" claras reminiscencias de las ancestrales concepciones germánicas de venganza privada y familiar propias de los tiempos bárbaros, que las leyes oficiales romanizantes habían ya abolido, pero que, como se ve, persistían aún en el siglo XIII. En el cúmulo de acusaciones que sobre el malvado "Renart" pesan, hay materia suficiente para intentar un catálogo de delitos, que el autor insinúa, poniendo a la cabeza de todos, como típicamente feudal, el de traición, concebido como cobardía y astucia más que como ataque a la soberanía. Su odiosidad ético-psicológica tiene fuerza para teñir otros delitos "privados", tales como el homicidio leve (guet-apens), el incendio y el robo nocturno y en despoblado. Destaca el gran papel que aun tiene en aquella época el sistema talionar de penalidades y la institución del perdón judicial o soberano, entreverado éste con las apreciaciones teológicas de la intercesión, la penitencia y el arrepentimiento. Dos veces es perdonado Renart de sus crímenes, una por intermedio del santo monje Bernardo, y otra ante la promesa de cruzarse y partir para Tierra Santa; las dos reitera en sus fechorías, lo que da a la obra un agrio sabor de cinismo y escepticismo, pues se acompañan de burlas y consideraciones en que la Justicia parece quedar harto malparada y la astucia y la felonía recompensadas. El talento y la humanidad de Graven sirven, sin embargo, para paliar elocuentemente este poco edificante "unhappy end" de la vieja fábula. Bien que la Justicia efectiva haya sido burlada por un pícaro consumado, el ideal de Justicia como tal lo tiene por incólume, rodeado de dignidad y belleza. Y concluye diciendo con el optimismo y generosidad que son peculiares en el presidente ginebrino: "Los hombres pasan, sus debilidades se perpetúan y multiplican sus faltas, pero la Justicia, armada por el Derecho penal, permanece inalterable a

través de los siglos... Sus servidores, entre los que nos contamos, la deben la alegría de entregarla sus fuerzas, la de verla brillar a veces y la de afirmarla solemnemente y creer perennemente en ella".

A. Q. R.

GUALLART Y LOPEZ DE GOICOECHEA, José: "Preocupaciones internacionales en torno al menor". *Publicaciones del Tribunal Tutelar de Menores. Zaragoza, 1950; 25 págs.*

Se trata de una ponencia presentada a la Asamblea General de la Unión Nacional de Tribunales Tutelares de Menores, celebrada en Valencia, cuya ponencia, perfectamente desenvuelta por su método y exposición, consta de las siguientes rúbricas: "A guisa de prólogo. Asociaciones internacionales. La Sociedad de las Naciones. La declaración de los derechos del niño. La actual organización. La Unión Internacional. Congresos Internacionales. Encuestas y Comisiones consultivas. La Comisión consultiva de la infancia delincuente y socialmente inadaptada. La O. N. U. Panorama mundial de bienhechoras preocupaciones. La voz augusta de la Iglesia. Colofón."

Comienza el proemio invocando unas palabras de Escipión Sighele refiriéndose en "El delito de dos" a que el grado de adelantamiento de un pueblo puede medirse por el interés y acierto que ponga en torno a los problemas de su Infancia. Así en el orden nacional. "Y en el internacional también", añade Guallart, "porque en cuanto una preocupación común une en lazos de solidaridad a los distintos pueblos—y pocos problemas más propicios que estos de las tristezas de la infancia y de las esperanzas de su salvación para una coincidencia y para una actuación de esfuerzos coordinados!—, surge una labor que rebasa las fronteras". Con tan prudente criterio, se analiza la misión de los Congresos penales y penitenciarios internacionales, celebrados en el siglo XIX hasta nuestros días, las Asambleas de la Unión Internacional de Derecho penal, los Congresos internacionales de obras de Patronato, las Reuniones de la Sociedad General de Prisiones, y más modernamente, las Conferencias para la unificación del Derecho penal, que han consagrado interesantes temarios a los problemas de la infancia abandonada. A poco de concluir la primera guerra mundial, y para paliar algunas de las desdichas que fueron su secuela, se creó en Ginebra la Unión Internacional de Socorro a los Niños, porque miles de ellos murieron a consecuencia de la contienda mundial, mientras la iniciativa de Eglantyne Jebb fundaba en Inglaterra la entidad "Salvad al niño", que llevó o acrecentó inquietudes en orden a generosos aportes, cruzadas contra el hambre, la enfermedad y la muerte del niño, aientos que recoge la Sociedad de las Naciones, que fracasada en su empeño mejor—el aseguramiento de la paz—realizó esfuerzos en favor del niño.

A continuación examina el autor los derechos del niño, reproduciéndolos íntegramente y comentándolos al través de informaciones presentadas en Congresos internacionales, encuestas y Comisiones consultivas, destacando la acertada labor del Primer Consejo General de la Unión Interna-

cional de Protección a la Infancia, que califica de verdadero Congreso Mundial, reunido en Estocolmo, del 10 al 16 de agosto de 1948, que centró su contenido doctrinal en tres candentes problemas: la vivienda y la protección de la infancia, la protección de los niños en tiempo de guerra y los niños refugiados. Para el mes de julio del corriente año está convocado el II Congreso Internacional en Londres, a excitación de la fundadora de "Salvad al niño", y las principales cuestiones a debatir recaerán sobre las repercusiones de las iniciativas gubernamentales sobre la enseñanza, y actividad de las organizaciones privadas en el campo de la protección a la infancia. Habrá sesiones especiales, consagradas a los programas de actividad de las organizaciones de la Unión, a la situación de los niños refugiados y a los aspectos sociales y psicológicos de la adopción, etc.

La Comisión consultiva de la infancia delincuente y socialmente inadaptada, constituida provisionalmente en marzo de 1948, preparó el estudio de los problemas en orden al abandono moral, reeducación y readaptación social de los menores delincuentes y moralmente abandonados, llamar la atención de las autoridades y del gran público sobre estos problemas y estimular toda acción en favor de tales niños.

Concluye el presidente del Tribunal Tutelar de Menores de Zaragoza y catedrático de Derecho penal de dicha Universidad, tan notabilísimo trabajo resaltando la primacía de la Iglesia en la historia de la protección al menor desde el punto de vista internacional, ya que supo infundir el Evangelio del amor y de la compasión, y al contacto fecundante de este espíritu nacieron tantos institutos religiosos y tantas asociaciones que aunan la santificación del individuo con las tareas educativas y protectoras a la infancia.

Diego MOSQUETE

S. LENER, S. I.: "Crimini di guerra e delitti contro l'umanità". 3.^a edición, revisada. Ed. "La civiltà cattolica". Roma, 1948; 159 págs.

En el prefacio a esta nueva edición de su documentado trabajo, expresa el P. Lener que aun siguen siendo encarcelados y ejecutados "criminales de guerra" en Asia y en Europa, no obstante lo cual en bastantes países continúan cometiéndose crímenes de guerra y delitos contra la humanidad, y no precisamente por nacistas, dando aparente base a la afirmación—inexacta, a juicio del autor—de que el verdadero delito de los vencidos fué haber perdido la guerra. Si bien, en un principio "Civiltà cattolica" se encontraba sola en su justa y gallarda actitud; hoy día, la propia opinión pública norteamericana reacciona en sentido de dura crítica, hasta el punto de leerse en algún órgano de aquella prensa que la base jurídica que sirvió para la condena de los nacistas, comienza a resquebrajarse. Para satisfacer la universal red de paz, no basta la fuerza, sino que precisa una justicia verdadera, clara e imparcial, inspirada en el cristianismo y capaz de guiar a la humanidad, que vaga extraviada por la vía de Caín.

Como precedente de la actual persecución judicial derivada de la guerra mundial, cita el autor los artículos 227 y 228 del Tratado de Versa-

lles, referente el primero a "ofensa suprema contra la moral internacional y la sagrada autoridad de los Tratados", imputada al Kaiser alemán, y el segundo a los sujetos que resultaren responsables de algún acto "contrario a las leyes y a las costumbres de guerra". Sin embargo, tales preceptos quedaron inaplicados, tanto por la negativa de Holanda a acceder a la extradición del emperador Guillermo, acogido a su asilo, y la de Alemania, que manifestó análoga conducta ante la primera lista de "grandes culpables", reclamados por las Potencias aliadas, como por la afirmación de la Sociedad de Naciones, en su Declaración de 18 de diciembre de 1920, de no haber hasta entonces "ninguna ley penal internacional reconocida por todas las naciones". A este mismo propósito, dijo Orlando que ciertas condenas solamente puede pronunciarlas el Destino, y que cuando Dios interviene, no hay lugar para los juicios del hombre.

Examina y sopesa el P. Lener, con seria documentación, los argumentos morales y los estrictamente jurídicos en pro y en contra de la exacción de responsabilidades penales por razón de la guerra, distinguiendo—según la terminología adoptada en el Proceso de Núremberg, en cumplimiento de la Declaración de Moscú, de 30 de octubre de 1943, y el Acuerdo de Londres, de 18 de agosto de 1945, con su Estatuto o "Charter" anejo, para el funcionamiento del Tribunal Internacional que luego hubo de fijar su sede en Nuremberg—entre la difusa categoría de "crímenes contra la paz" y las dos clases restantes de "crímenes de guerra" y "crímenes contra la humanidad" que, por su intrínseca naturaleza de delincuencia ordinaria, prevista por todos los Códigos civilizados de Derecho penal interno, podrían ser refundidos en un título común y ofrecen menores dificultades para su punición, siempre que sean respetadas las garantías penales básicas e inderogables, tanto respecto de la previa tipicidad de la conducta como de la inexistencia de eximentes del rango del estado de necesidad o de la obediencia jerárquica, susceptibles de excusar los concretos comportamientos en que concurrían.

Se analiza el tema de la represalia o retorsión y el de la compensación y se lleva a cabo un fino estudio jurídico del problema penal propuesto, lo mismo desde el punto de vista jurídico sustantivo (carácter y límites de validez de la norma, legalidad, irretroactividad, etc.) como del orgánico (legitimidad o ilegitimidad del Tribunal instituido por los vencedores, con participación, incluso, de Rusia) y del procesal (efectivas garantías de defensa).

Llama la atención sobre la radical diferencia entre el fluido espíritu jurídico anglosajón y los dogmas informantes de la concepción jurídica latina, que rechaza pretensiones tan extrañas a ella como la responsabilidad colectiva, para concluir estimando ilegítimo el proceso de Nuremberg, cuya más decisiva tacha ha sido la parcial constitución del Tribunal, que repugna al universal sentimiento de justicia.

Adolfo DE MIGUEL
Profesor adjunto de la Universidad de Madrid.

MOLINA NUÑEZ, Dr. J.: "Observaciones psicoanalíticas".—Editorial "Eselcicer".—Prólogo de César Camargo y Marín—Madrid, 1950.—116 págs.

Lamenta el autor el poco ambiente que tiene en España el psicoanálisis, observación que recoge el prologuista, que añade que esto no es más que un reflejo de la hostilidad general con que fué recibido.

El primer capítulo contiene *Nociones metodológicas y teóricas*. El psicoanálisis, según el autor, "ha hecho del inconsciente un conocimiento como el que ya antes se había hecho del mundo exterior".

El estudio del inconsciente se realiza dentro de lo que se ha llamado "constelación psicoanalítica", y entiende con ello *la actitud psíquica que mejor sirve a la observación y a la curación*.

La constelación analítica envuelve muchos postulados anteriores a Freud, tales como el de la *libre asociación* (Boerne, Muller, etc.).

"El elemento de mayor intrincamiento y complejidad en un tratamiento analítico está formado por las resistencias."

Dedica también especial atención a la *transferencia*. Su manejo es asunto "de extraordinaria delicadeza, que sólo puede aprenderse a través de largos años de estudio con personas capacitadas".

Rebate las ideas que sustenta en esta materia el doctor López Ibor.

El capítulo II trata del psicoanálisis aplicado a la sociedad.

Recoge el autor aquí pensamientos de médicos, literatos y novelistas, "como enjundia del pensar y el sentir de la colectividad".

Empezando por resaltar en principio su admiración por el doctor López Ibor, no deja de mostrar su discrepancia con este autor, siendo su manera de pensar muy diferente la mayoría de las veces.

El tercero y último capítulo trata del psicoanálisis en relación con la psiquiatría.

Señala la divergencia entre psicoanalistas y psiquiatras. Estos, siguiendo la corriente médica y temerosos de que no se les considere científicos, simpatizan con la histopatología. Su posición es *eminente mente objetiva*. El psicoanálisis es uno de los primeros signos de reacción contra esta tendencia unilateral de la Medicina. Cita la opinión de uno de los colaboradores de Vallejo Nájera, que afirma que *el psicoanálisis no tiene cabida en la psiquiatría oficial*.

Lamenta que Lafora, que fué uno de los primeros propagandistas del psicoanálisis en España, venga ahora, después de muchos años de ausencia, con la crítica de que *el psicoanálisis va demasiado lejos*.

Pese a esto y a las opiniones, que combate también, de López Ibor, está seguro de que *el psicoanálisis sigue sus progresos*.

Proclama finalmente la necesidad de la creación de *Institutos de Psicoanálisis*. El constituye "la base fundamental de toda orientación psicológica, y de toda psicoterapia la constituye el psiconálisis", y estima fundamental y necesaria la colaboración entre *internistas y psicoanalistas*.

Como puede deducirse de lo expuesto, este breve estudio del doctor Molina Núñez, constituye una valiosa aportación a la ciencia psicoanalí-

tica, tan poco cultivada en España y que con tanta aplicación va teniendo en la Criminología.

C. C. H.

MARTINEZ, José Agustín: "El juicio de Nüremberg"— Editor, J. Montero. La Habana, 1949.

El presidente del Instituto de Criminología, José Agustín Martínez, nos ofrece una cuidadosa descripción, con abundante repertorio de notas, acerca del juicio de Nüremberg. Empieza por dibujarnos en páginas de cierta calidad literaria los "antecedentes" de la famosa Carta londinense del 8 de agosto de 1945, para después estudiar la composición del Tribunal según la Carta y perfilar en breves líneas los rasgos más anedócticos del juicio referidos al número de folios, a los acusados y nombres de quienes intervinieron, la acusación, la alocución del presidente y las imputaciones colectivas y la apertura y sustanciación del juicio.

Ya en el apartado 9.^o de esta monografía, el autor deja la pluma de reporter para hacernos algunas consideraciones sobre el punto más controvertido: si se ha mantenido el principio de legalidad de los delitos y de las penas o, antes al contrario, se ha infringido. Mantiene a este respecto la tesis anglosajona de la no vigencia del mentado principio en la esfera internacional (pág. 25).

Termina el estudio con una brevísima exposición de la sentencia, con la particularidad, digna de alabanza, de brindárnosla en un cuadro explicativo. Esta aportación a la ya numerosísima literatura existente sobre el "tema" es una visión panorámica, bien descrita, y precisamente no exenía de razón cuando el autor pone término a la misma con una alusión concreta a la responsabilidad rusa, y de otro lado, a las exigencias de la vida, que están por encima del Derecho, según Thering.

J. DEL R.

OLESA MUÑIDO, Francisco Felipe: "El concepto legal de indígenas en el Ordenamiento jurídico-penal de los territorios del África Británica.— Madrid, 1950.—17 págs.

Se trata de una separata de *Cuadernos de Estudios africanos*, que consta de una rúbrica expositiva acerca de la ley penal, su ámbito de aplicación y su destinatario, aplicada a la Ordenanza "Criminal Procedure Code (Amendment) Ordinance, 1949", por la que ha sido proscrito en Niasalandia el concepto jurídico-procesal de indígenas y vinculado al referido ámbito de aplicación, a los dos sistemas que en lo legal parten, respectivamente, de una incorporación completa, conocida por "asimilismo legal" y de una distinción plena entre metrópoli y territorio, llamado "territorialismo jurídico", mientras que la valoración de la norma en su destinatario es característica de los sistemas basados en la adaptación al medio colonial de la legislación metropolitana o en la existencia de una legislación

especial para indígenas que constituya un cuerpo especial de legislación penal.

Sigue otra rúbrica referente a sistemas técnico-legislativos coloniales, perfectamente sistematizado, y concluye con la legislación penal de los territorios británicos en África y la noción legal de indígena en dichos territorios, designando como tales indígenas al nativo de África, cuyo origen no sea europeo o asiático, incluyendo, no obstante, a los árabes y somalies y a los beluchos nacidos en África, vistos ante la realidad colonial y el Derecho internacional positivo.

D. M.

O'HARA, Charles E., y OSTERBURG, James W.: "An Introduction to Criminialistics" (Introducción a la Criminalística: aplicación de las ciencias físicas al descubrimiento del delito).—The MacMillan Company. New-York, 1949.—705 págs.

En esta esmeradísima primera edición de su obra, compendio del resultado de quince años de experiencia personal en el laboratorio criminal del Departamento de Policía de Nueva York, O'Hara y Osterburg, miembros de la plana mayor de dicho Departamento, satisfacen ampliamente los deseos de cuantos se hallen interesados por el funcionamiento, organización y equipo de un laboratorio de la clase referida, moderno y eficiente, así como el de quienes precisen conocer los procedimientos técnicos que la práctica de los autores señala como más efectivos.

Si encomiable es la obra por cuanto estimula la investigación científica del crimen, igualmente digno de elogio es el afán que inspira a sus autores de poner de relieve que los servicios técnicos que se prestan a dicha actividad constituyen, al propio tiempo que la defensa más certera contra la delincuencia, la garantía máxima para el acusado inocente: "aunque los métodos físicos del tercero grado hayan sido abandonados—transcribimos el último párrafo del prólogo—, técnicas igualmente brutales de tercer grado psicológico son frecuentemente empleadas en la indagatoria de sospechosos. Es de esperar que las ciencias que integran la Criminalística brindarán una solución al problema que entraña la obtención de pruebas irrefutables".

Cuarenta y ocho capítulos, cuyas materias respectivas se resumen alfabéticamente en índice final, integran toda la obra dividida en diez partes.

En la primera, compuesta de cuatro capítulos, tras definir someramente la misión propia de un laboratorio de Policía, que no es otra para los autores que la encaminada al "examen de los vestigios materiales, a determinar el modo de la comisión del delito, la relación entre el hecho y el presunto culpable, así como la identidad de éste"; se describen las condiciones que ha de reunir un centro de tal índole, las instalaciones con que debe estar dotado y se exponen minuciosamente las precauciones que han de adoptarse para la obtención, estudio y empleo de los elementos indicadores.

Con profusión de fotografías, escalas, diseños y esquemas, se describen los equipos para laboratorios móviles, aptos para los grandes núcleos de población, otros para zonas más reducidas, aconsejándose incluso la clase de vehículo más apropiada, según los casos, "para aprovechar las primeras horas críticas en que la pista es reciente y además el culpable suele sentirse más confundido".

Sigue la parte dedicada a exponer con gran detalle instrumentos y técnicas de medición; aquéllos, generalmente fundados en el principio de Vernier, describiéndose desde el más sencillo calibrador, pasando por el esferómetro, hasta el microscómetro. Igualmente se reseñan las aplicaciones de ciertas lentes graduadas, balanzas de precisión, catetómetros y verificadores eléctricos; sin omitir fórmulas y aparatos para las densidades.

Todo lo relativo a la obtención de huellas y su valor probatorio es el tema de mayor extensión en la obra. Ahí se puede apreciar la importancia del consabido rastro digital y los procedimientos para obtenerlo, ya en condiciones propicias (superficies barnizadas o empolvadas) o en circunstancias adversas (en tejidos, por ejemplo). Insistiendo en el valor de indicios que a primera vista puedan reputarse irrelevantes, se describen también los medios de diversa índole aptos para hacerlos más visibles y fotografiarlos.

Con análoga finalidad se alude asimismo a los reactivos más convenientes, según se trate o no de huellas recientes y según la clase de material en que estén impresas.

Destacan posteriormente los autores el valor de la "Poroscopia" (examen de las glándulas exudativas, concretamente, de las bocas de las mismas), técnica ya propugnada en 1912 por Edmundo Locard (*V. Traité de criminalistique*, Desvigne, Lyon, 1931; vol. I, cap. VI), y recomiendan como método más eficaz para la obtención de esa prueba—cuyo interés aumenta en los casos de escasez de bordes de fricción—el ideado por los españoles Maestre y Lecha-Marzo, desarrollado a su vez por L. Buscaloni y G. Bohne (el primero en un informe que leyó el 31 de enero de 1937 ante la Real Academia de Ciencias del Instituto de Bolonia, y el segundo en su artículo "Ein neues Verfahren zur reproduktion von Fingerspuren auf ebenen Glasflächen, besonders bei starken Vergrösserungen", en *Arch. für Krim.*, 102, 147, 153; 1938).

Posterior y sucesivamente se tratan las cuestiones relativas al valor, recogida y aplicación de las huellas de pies, de cubiertas de automóvil y de rastros de herramientas-piezas de convicción, reiterando la ventaja del empleo conjunto de la fotografía y del vaciado en yeso, este último más valioso incluso que la impresión-modelo, sobre todo cuando aquélla se improntó en barro, nieve, arena, ceniza, harinas o materias similares. Consignanse en este lugar diseños para deducir de las pisadas los ángulos constantes que permiten la identificación, fórmulas químicas para obtener y resaltar huellas dejadas en pavimentos de distintas clases e indicaciones para comprobar la dirección seguida efectivamente por un vehículo sospechoso.

Las partes 4.^a, 8.^a y 9.^a se contraen a la fotografía y a los métodos

de análisis ópticos. La primera, estudiando el empleo de las cámaras fotográficas, tanto para registrar la evidencia inicial de la investigación como la escena del crimen o una fase del mismo que no pueda conservarse de otro modo. Analizan se en dicha parte cuarta los problemas técnicos que suscitan las imágenes a obtener para tales fines, la idoneidad de las diversas lentes, la corrección de los inconvenientes de perspectiva, el procedimiento adecuado para destacar en el positivo ulterior los detalles de mayor trascendencia para la apreciación de la prueba y su contraste con otros elementos. Se insertan igualmente nociones del empleo de productos químicos para el tratamiento de placas, películas y papeles fotográficos; se describen las gamas de colores correspondientes a los tonos de los negativos corrientes bicolor, así como el empleo, aislado o simultáneo, de las variadas clases de filtros, con especificación de los más indicados según las circunstancias de luz y respectiva sensibilidad a un color determinado. Tras la descripción de métodos y reactivos para la obtención fotográfica de huellas digitales según la índole de los objetos en que puedan encontrarse (retratos, cigarrillos, jarrones, telas, etc.), se concluye esta parte del libro con el estudio de la fotografía aplicada en combinación con el empleo de rayos fluorescentes y de la irradiación ultravioleta, que como con mayor amplitud se consigna en otro capítulo posterior (el 21), permite la comprobación de residuos seminales, la comparación de cristales, piedras preciosas, la identificación de dientes, el descubrimiento de rasgos secretos de escritura, la determinación del momento en que fueron trazados, clase de tinta empleada; y también la identificación de tejidos y manchas o vestigios de interés que pueda haber en los mismos y que, de otro modo, pasarían inadvertidos.

Aunque también incluído en parte distinta a la que los autores dedican a la óptica, el tema relativo a la utilización de los rayos X en la investigación criminal es igualmente objeto de minucioso estudio, orientando las posibles aplicaciones de ese medio físico al examen de equipajes sospechosos, materias y mecanismos explosivos o destinados a sabotajes.

Y, tras lo expuesto, completemos lo relativo a obtención gráfica de elementos de prueba con una referencia, si bien somera, a las anteriormente aludidas partes octava y novena, cuyo objeto lo constituye el empleo de microscopios de sistemas y potencias diversos, de la microfotografía, del refractómetro, de los rayos catódicos y del espectroscopio, instrumento éste el más apropiado para el análisis de vestigios de proporciones minúsculas y cuyo uso se completa con el del microscopio electrónico cuando el dato de interés radica en el tamaño, forma y distribución de la partícula, siendo también medio para determinar en ciertas condiciones, por los cambios recientes de su estructura, el tiempo de que data el material analizado.

En la parte quinta, con la salvedad que queda anteriormente apuntada, se agrupan los estudios relativos a balística, principalmente aplicada a fracturas de ventanas, con especial consideración de los llamados cristales de seguridad y descripción del método a seguir en el examen y deducciones de dichas fracturas; de los procedimientos empleados para la explotación fraudulenta de juegos mecánicos; de la investigación motivada

por accidentes de automóvil, glosando en capítulos distintos los sistemas aptos para la identificación de vehículos, de los cristales recogidos en el lugar del suceso y para determinar la velocidad a que éste se produjo mediante el coeficiente de fricción de los neumáticos.

Ocho capítulos integran la parte sexta, de química aplicada a investigar el grado de intoxicación producida por el alcohol o narcóticos (opio, morfina, codeína, heroína, cocaína o "cannabis indica", vulgarmente "marijuana"); al análisis de la sangre, a la identificación seminal y para advertir la presencia de gases letales.

Incluye esa parte la técnica para la utilización de sustancias que aseguran el resultado de la investigación o, cuando menos, reducen el campo en que la misma ha de verificarse, sustituyendo con gran ventaja la vigilancia personal, tediosa, cuando no inútil, de lugares donde se encamina determinada actividad delictiva mediante la impregnación con las sustancias aludidas de las "zonas" de contacto obligado para el futuro reo al que se trata de identificar; eludiéndose el riesgo de que aquél advierta tales precauciones, empleando preferentemente polvos fluorescentes, sólo apreciables sometidos a la acción de rayos ultravioleta o mediante el análisis espectroscópico, según los casos.

También se sugiere la utilización de materias radioactivas, remitiéndose en este particular los autores a los trabajos de Tryhorn y Widdowson ("Identification of Objects by Radioactive Labelling", *Pol. Jour.*, XIII, 45-52, 1940) y de Bale, Bonner y Weissberger ("Physical Methods of Organic Chemistry", Interscience, New York, 1946; vol. II, cap. 25).

Reflejando la trascendencia concedida en el campo penal al alcoholismo, particularmente en los conductores, se recogen las conclusiones adoptadas por el "Comité de la Asociación Médica Americana" y por la correspondiente "Comisión del Consejo de Seguridad Nacional"; conclusiones basadas en el grado de concentración alcohólica en la sangre, que en su ascenso hacia la saturación va recorriendo una escala dividida en las cuatro zonas siguientes: la primera, inferior a 0,05 por 100, descarta que el sujeto se encuentre en rigor bajo la influencia del alcohol; la segunda, limitada entre el 0,05 y el 0,15 por 100, precisa de otros síntomas externos de intoxicación para corroborar que el paciente se halla sometido a dicho influjo; la tercera, comprendida entre 0,15 y 0,50 por 100, revela una ingestión que incapacita a la persona para conducir, por mucha tolerancia que disfrute, reputándose mortal la dosis que rebase los 0,55 miligramos de alcohol en milímetro de sangre.

Se completa esta materia con diseños de aparatos para verificar el grado de alcoholismo (dos de ellos basados en la prueba del aliento), y con la descripción del proceso analítico a realizar con los diversos reactivos que igualmente se aconsejan.

Tras la referencia a los métodos desarrollados por los autores para lograr la identificación de tintas y por ella determinar la época de que datan ciertos escritos, así como para descubrir la existencia de raspaduras o tachaduras en documentos, para restaurar éstos o descifrar lo borroso cuando la restauración sea imposible; concluiremos la reseña del arduo trabajo de O'Hara y Osterburg transcribiendo la opinión de los

autores de que ha de ser apreciado con cautela el valor de las pruebas de fuente puramente sensorial, que, unidas a la coartada, al perjurio de testigos, a la impericia de ciertos "peritos" y al excesivo celo de los encargados de la investigación o de los llamados a promoverla, exponen constantemente a la Justicia al riesgo de incidir en errores.

En su lugar, coincidiendo con el parecer de C. M. Wilson (V. en L. M. Snyder: "Homicide Investigation", Thomas, Springfield, Illinois, 1944, pág. 107), abrigan aquéllos la esperanza de que cada vez más han de exigir los tribunales el contraste científico de la prueba; convicción que el lector no podrá tachar de infundada si, venciendo la indiferencia todavía frecuente hacia estas materias, estudia con atención los resultados de las experiencias a que se contraen obras como la que, sólo en rápido bosquejo, podemos ofrecerle mediante la presente nota.

José SANCHEZ OSSES

PEREZ DE PETINTO Y BERTOMEU, Dr. Manuel: "Contribución de la psiquiatría a la profilaxis social del delito".—Madrid, 1950; 101 págs.

Ponencia de psiquiatría forense presentada al Congreso de Valencia, constitutiva de un documentado estudio, distribuído en cuatro puntos interesantes: "Hechos y fuentes informativas de su cuantía. Conceptos psiquiátricos. Conceptos jurídicos; clínica judicial o médico forense. Delincuencia infantil y femenina, peligrosidad, vagabundos, capacidad civil de los débiles mentales, defensa social", terminando con una síntesis donde se resume la visión analítica de los hechos y su proporción, normas de profilaxis y conclusiones.

Como resumen de cuantos factores médicos y psicológicos se han analizado, hasta donde ha sido posible al autor de la ponencia, en los niños de uno a catorce años, el 0,50 por 100 presentan perturbaciones neuropsíquicas, y su mitad corresponden al sueño anormal. En la edad escolar, reconoce un 2 por 100 de sujetos que precisan exploraciones neuropsíquicas. El 53 por 100 de los niños denominados débiles mentales, ofrecen normal conducta. Numéricamente se desprende que son de mejor conducta los niños dotados de una mayor inteligencia, puesto que poseen y saben aplicar mejor las normas éticas indispensables en el trato social. Del estudio de vagos y maleantes—medidas de seguridad—, en Madrid, resultan los primeros años de su instauración, 1933-36, el 0,09 por 100 de sentenciados por peligrosidad, confirmada. En el último trienio, 1947-49, sólo existe un 0,02 por 100 de expedientes incoados por peligrosidad supuesta. Las faltas vistas por los Juzgados Municipales de Madrid, durante 1947, da un 0,15 por 100 de hechos calificados de agresión riña. Los delitos incoados en los Juzgados de Instrucción de Madrid, en igual fecha, desprenden un 0,80 por 100. En el mismo período el Juzgado especial de vagos y maleantes da un 0,01 por 100. Suman en conjunto el 0,81 por 100 como delincuencia total.

La delincuencia en Madrid presenta un índice socialmente tolerable, en cuanto a la pequeña morbosidad e incluso en cuanto a la gran delincuencia y propios de delitos de sangre. Los monstruos criminales de perverso

refinamiento y amoral sangre fría son excepción entre nosotros. No hay en Madrid evidente problema de alcoholismo. La verdadera profilaxis del delito será equivalente a la defensa de la salud mental y al cultivo de la inteligencia, y para resolver el problema propone atinadas conclusiones, solicitando de la asamblea que se pronuncie en contra del narcoanálisis, con fines distintos de los puros, exclusivos y privativos de la exploración clínica; igualmente debe exponerse a los Poderes públicos la necesidad probada y apremiante de establecimientos especiales para la custodia, re-educación y cura adecuada de los delincuentes mentales y de los psicópatas; constituir una representación de Justicia, Sanidad y Educación para confeccionar un proyecto de codificación, donde conste la enumeración taxativa de las circunstancias psiquiátricas, de enfermedades y los momentos en que no ha lugar la imputabilidad y, por tanto, la responsabilidad plena y atenuada. El penalista, como el médico, en fiel armonía médico-jurídica de la mejor comprensión, podrán acomodar al Derecho las logradas concepciones científicas en justo beneficio social e individual y ampliar a la fórmula anterior el estudio de establecer un exacto concepto del estado mental transitorio. Tan interesante trabajo está dedicado a los neuropsiquiatras hispanos, que simboliza en la persona del profesor Piga, ilustre maestro y colaborador de este **ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES**.

D. M.

REYES NAVARRO, Angel: "Ensayo sobre la preterintencionalidad".— **Publicaciones de la Universidad Autónoma de Méjico, 1949; 182 págs.**

Constituye el trabajo de Reyes Navarro una interesante monografía en la que se estudia el delito preterintencional, tanto en la doctrina científica como en la legislación comparada.

Consta la obra de siete capítulos, que tratan, respectivamente: del delito y de la doble actividad que implica, del dolo, de la culpa, de la preterintencionalidad, de las formas de comprobación del elemento interno del delito y de la preteintencionalidad en el derecho comparado, limitando esta última investigación al derecho de los distintos países americanos.

Como fruto de su trabajo, llega el autor a las siguientes conclusiones:

I.—Deben clasificarse los delitos en dolosos, culposos y preterintencionales, en virtud de que la práctica nos enseña que, en ocasiones, el delincuente quiere o acepta el resultado (delitos dolosos), en otras no prevé el resultado de su conducta o, previéndolo, tiene esperanza de que no se produzca (delitos culposos) y algunas veces el sujeto activo *quiere causar un daño, pero no quiere el efecto mayor que resulta* (delitos preterintencionales).

II.—Debe definirse el dolo abarcando, a su vez, sus grados: dolo directo y eventual. Directo, cuando se quiere producir el resultado; eventual, cuando, aunque no se quiere el efecto, se acepta.

III.—Igualmente deben definirse los delitos no intencionales con su adecuada expresión: delitos de culpa. Debe además contener dicho concepto

sus grados: culpa sin representación y culpa con representación. La primera, cuando el sujeto activo no previó el resultado o consecuencia de su conducta que era previsible; la segunda, cuando el agente, habiendo previsto dicho resultado, sin quererlo, confió en su habilidad o destreza, o tuvo la esperanza de que ese resultado no se produjera.

IV.—No debe confundirse el dolo eventual con la culpa con representación, pues si bien en ambos casos el sujeto activo se representa el resultado, y no se quiere, en el dolo eventual se acepta, y en la culpa con representación se tiene la esperanza de que ese efecto no aceptado, no se producirá.

V.—Delito preterintencional es aquel que se forma por la concurrencia de dolo y culpa: dolo respecto del daño querido y culpa con relación al daño causado, no querido ni aceptado.

VI.—El artículo 7.^o del Anteproyecto (1), por reunir las características acabadas de apuntar, constituye un adelanto técnico, en este aspecto, con relación a nuestros Códigos penales de 1871, 1929 y 1931.

C. C. H.

RIGAUX, Marcel, Avocat Général Prés la Cour d'Appel de Liège. TROUSSE, Paul-Em., Conseiller à la Cour d'Appel de Liège, Conseiller Honoraire à la Cour Militaire: "Enciclopédie-Formulaire des Infractions. Deuxième partie. Les crimes et les delits du Code penal. Tome premier. Les crimes et les delits contre la sûreté de l'Etat. Avec un répertoire de doctrine".—Bruselas. Etablissements Emile Bruylants. Rue de la Régence, 67.—París. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Rue Souffot, 20, 1950.—Un tomo de 623 págs., en cuarto.

Los conocidos nombres de los ilustres autores de esta segunda parte de la Enciclopedia-formulario de infracciones, cuya primera parte, en dos volúmenes, titulada "Les Codes de Police", apareció en 1938, comienza en esta segunda parte de su obra a hacer un comentario profundo de los crímenes y delitos contra la seguridad del Estado, realizando así la continuación de la obra de Nypels y Servais, tan estimada en Bélgica como en el extranjero, pero que se aparta de los antiguos cánones para enjuiciar los viejos textos con arreglo a principios modernos y, principalmente, los que tienen como punto de mira la personalidad del delincuente.

El viejo Código penal de 8 de junio de 1867 es objeto de estudio en este primer tema, sólo en su título 1.^o del libro 2.^o, que trata de los crímenes y delitos contra la seguridad del Estado.

Desde el punto de vista de la práctica forense se agrupan cada uno de los delitos, por ejemplo, el regicidio o atentado contra la persona real, comenzando por la calificación y las preguntas al Jurado, las penas, la competencia y el procedimiento, los elementos de la infracción, que, en este caso,

(1) En el artículo 7.^o dice el anteproyecto que los delitos pueden ser: intencionales, culposos o preterintencionales; por delito preterintencional entiende el que se forma por la concurrencia del dolo sobre el propósito y de la culpa sobre el resultado.

son: el atentado, la vida o la persona, el rey y el criminalmente responsable, siguiendo con cuestión tan importante como si el regicidio es crimen político, para terminar con la tentativa, las circunstancias agravantes y la reincidencia, las atenuantes y las excusas (entre ellas, la minoridad) y la prescripción; y referencias tales como la protección del rey y de la dignidad real de las personas de la familia real y el régimen represivo de los hechos que constituyen el regicidio cuando la acción delictiva se perpetra contra particulares.

Este comentario es reproducido paso a paso en los diferentes temas y materias que constituyen los delitos de que trata este tomo I, se ilustra con una selecta bibliografía, singularmente belga y francesa, y en lo que se refiere a los delitos que afectan a la seguridad del Estado se amplia y completa con las doctrinas que se derivan de los principios aplicados en la última guerra. Al final del tomo, un repertorio doctrinal, por orden alfabético, expone en forma sumaria y con referencia a las páginas del mismo tomo, los epígrafes más importantes y las cuestiones de mayor relieve relacionadas con los puntos estudiados, a los que se unen definiciones, jurisprudencia, opiniones de autores y cuanto cabe exigir para formar idea total y completa del delito estudiado y de sus diferentes facetas.

Para que nada falte, una amplia referencia de asuntos célebres relacionados con los delitos expuestos, orientan en el difícil camino de formar en la práctica en juicio completo sobre el crimen y el delito contra la seguridad del Estado, en el Derecho penal belga.

La bien cimentada fama de los autores, que han sabido hermanar la práctica del foro con el estudio de la teoría, se consolida, si estuviera necesitada (que no lo está) de este refrendo, con la importante obra que recomendamos a la atención y estudio de nuestros lectores.

Federico CASTEJON
Magistrado del Tribunal Supremo.

SHELDON GLUECK: "Criminales de guerra". Su proceso y castigo.—
Editorial Anaquel. Buenos Aires, 1946.

La presente obra del profesor de Derecho penal de la Universidad de Harvard está redactada meses antes de la publicación de la Carta de 8 de agosto de 1945, y, por tanto, desde el punto de vista técnico legislativo, sus apreciaciones sólo tienen cierto valor profético, algunas de ellas posteriormente confirmadas por la realidad y la práctica judicial instituida en la susodicha Acta de constitución legal para el enjuiciamiento de los llamados "criminales de guerra". Sin embargo, el libro merece especial atención en razón a los extremos siguientes: a) por haberlo escrito un técnico; b) expresa una posición confesional respecto del problema; y c) en consecuencia, en buena medida, revela un estado de opinión público, sobre todo, a la sazón en que fué compuesto, pues no cabe vuelta de hoja que hoy ha cambiado la visión pública del problema.

De entre la numerosa literatura sobre este debatido "problema" es

indiscutible que la actual obra ocupa especial lugar por dos aspectos fundamentales: el numeroso repertorio de bibliografía utilizado y particularmente porque nos descubre la posición anglosajona, enderezada esencialmente a hallar una solución realista. Así, el autor, en doce capítulos ha explanado la noción de los "criminales de guerra" sembrando cada capítulo de un enjambre de sugerencias y posiciones de *legae ferenda*, que hace por demás instructiva la lectura, al menos para conocer de cerca una serie de conexos problemas de orden político, legal, procesal, penal e internacional, los cuales han sido empleados por otros autores que han tratado de la cuestión.

En líneas generales, la obra peca de dos grandes defectos: uno, haber sido concebida bajo el "clima" un tanto apasionado de las postimerías del tremendo conflicto, lo que se traduce en opiniones poco maduradas y en apuntar esquemas de acciones impropias, en buena medida, de la tarea reflexiva y meditadamente técnica del profesor universitario. Otro reproche que cabe hacer es la falta de concisión y el excesivo casuismo, así como la pobreza, a veces, de ordenación lógica. Cabría decir que es en el fondo una obra enormemente polémica y combativa, si bien en ocasiones el aparato de trabajo está perfectamente buscado y el autor se desenvuelve por entre un vasto campo de problemas con claridad y soltura.

Los capítulos de la obra rezan así: I. Introducción; II. El Registro de la Historia; III. Violaciones del derecho por ciudadanos del Eje; IV. Responsabilidad legal por las atrocidades; V. Tribunal para el enjuiciamiento de los criminales de guerra; VI. Una Corte Internacional del Crimen; VII. Responsabilidad de los Jefes de Estado; VIII. Actos de Estado; IX. Ordenes de superiores militares; X. La captura de los acusados; XI. Castigo y enmienda; y XII. Sumario y conclusiones. Completa la obra un cuidado índice de materias.

En el capítulo dedicado a la Introducción, el profesor de Harvard aboga por la necesidad del castigo de los políticos del Eje, en virtud de consideraciones de índole históricopolítica, entonando los trenos de muerte del hasta ahora vigente Derecho internacional y propugnando por unos principios fundados en un *realismo* extraído de la Historia. Al mismo tiempo nos expone algunas de las "cuestiones" que serán objeto de reflexión en los siguientes capítulos (pág. 25). De entre las cuales destacamos: la noción de "crímenes de guerra", enjuiciamiento de los Jefes de Estado, responsabilidad individual e ineficacia de la obediencia, etc., etc. En el segundo capítulo el profesor norteamericano anota detalladamente los "antecedentes" del tema, con anterioridad a la segunda contienda mundial, declarando la insuficiencia y falta de virtualidad práctica de aquellas disposiciones.

En el capítulo tercero, el autor nos da una definición de naturaleza descriptiva de los "criminales de guerra" en la forma siguiente: "personas—tanto de carácter político como militar—que, en relación con la preparación o conducción militar, política, económica o industrial de la guerra han cometido, en su capacidad oficial, actos contrarios a: a) las leyes criminales generalmente observadas en los Estados civilizados; o que han incitado, ordenado, procurado, aconsejado o conspirado en la realización

de tales actos; o, teniendo conocimiento de que tales actos estarian por cometerse y poseyendo el deber y el poder de evitarlos han dejado de hacerlo" (pág. 47). Reclama en páginas sucesivas por la bondad técnica de esta noción, analizándola en detalle, trayendo además a colación un conjunto de normas legales relativas a los deberes del Estado beligerante con respecto a las tropas del enemigo (pág. 64 y sigs.).

En cuanto a la responsabilidad legal, objeto de estudio en el capítulo IV, el colega norteamericano expone dos clases de remedios: unos dirigidos contra el Estado; otros, contra los ciudadanos (pág. 85). Como la obra está escrita antes del juicio de Nuremberg, en el capítulo siguiente se pregunta por la clase de Tribunal que habrá de juzgar a los "criminales de guerra", señalándonos hasta cinco tipos distintos (pág. 97), aunque prefiere, por supuesto, Tribunales compuestos por los aliados y de naturaleza militar (pág. 110). Y a esta proposición se debe el estudio que en el capítulo VI nos hace de una Corte Internacional del Crimen, la cual debiera establecer mediante una convención de las Naciones Unidas (página 113). Aquí analiza el valor y función del principio de legalidad de los delitos y las penas (pág. 132 y sigs.).

En los dos sucesivos capítulos, que versan, respectivamente, sobre la "responsabilidad de los Jefes de Estado" y los "actos de Estado", el autor refuta la anterior doctrina internacionalista para llegar a la conclusión de que deben comparecer los primeros ante Tribunales internacionales, y en cuanto a lo segundo, se opone a la exención de culpabilidad que envuelve la expresión "acto de Estado", como también critica duramente la razón justificativa que pudiera alegarse invocando el cumplimiento de órdenes superiores (cap. IX), ilustrándonos este último capítulo con amplios casos de la vida real.

La obra abarca un numeroso panorama de cuestiones de diversa índole, tratadas, en parte, quizás con un afán "partidista", pero no puede negarse que ha sido redactada con buenos recursos dialécticos, si bien la traducción es francamente mala y la mayoría de las veces emplea un lenguaje desusado en los medios jurídicos políticos.

J. DEL R.

SILVA MELERO, Valentín: "Tecnicismo jurídico civilista en el Derecho penal"—Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1950.

Acaba de dar a la estampa nuestro competente colega Valentín Silva Melero una obra que guarda una perfecta unidad temática sobre una serie de cuestiones que son de difícil tratamiento, precisamente por hallarse en una zona fronteriza en que se entrecruzan los pensamientos civil y penal. Desde ha tiempo el profesor Silva Melero venía cultivando, con especial agudeza, la "línea" de estos problemas, para cuyo enfoque y buena solución se requiere la doble condición de una seria formación jurídica y la no menos necesaria del penalista. Ambas se conjuntan, por un arte de laborioso estudio, en él. Y aun cuando la obra está concebida con vista

a una clara acentuación de la naturaleza técnico jurídica del Derecho penal, sin embargo, apenas se inicia la lectura saltan a la pupila del lector un enjambre de sugerencias y matices que en verdad prestan a la monografía evidente interés, rindiendo un preciso y concreto servicio al jurista y todavía más al penalista.

La presente monografía aparece articulada en los capítulos siguientes: I. El problema de las relaciones entre el Derecho civil y el Derecho penal; II. Tecnicismo jurídico y norma penal; III. Delito y acto jurídico; IV. El diagnóstico diferencial de la ilicitud; V. Noción civilista de la llamada antijuridicidad; VI. Voluntad y consentimiento en la teoría del delito; VII. Imputabilidad y capacidad jurídica; VIII. Influencia civilista en el concepto de la culpabilidad; IX. Derecho patrimonial y tutela punitiva; X. Posesión civil y penal; XI. Terminología civilista en la protección penal de cosas y bienes; XII. Algunas figuras contractuales en su valoración punitiva; XIII. Acto y documento en el Derecho penal; XIV. Términos civilistas en la noción del fraude; XV. Representación civilista en la noción del fraude; y, por último, terminología civilista y Derecho penal en general.

El propósito del autor se guarda en toda su pureza a lo largo de los diferentes capítulos, el cual puede concretarse en los *supuestos* siguientes: a) representación del Derecho como un todo unitario y su división en ramas, con sustantividad propia; b) acentuación de la naturaleza esencialmente técnico jurídica del pensamiento punitivo; c) resaltamiento de la indudable influencia y comprensión de una en otra disciplina jurídicas, en este caso, del Derecho civil en el penal. Así, de este modo y sin perder solvencia las diferentes partes de la obra, el profesor ovetense plantea problemas, apunta soluciones y tangencia aspectos jurídicos que sin duda revisten particular importancia, tanto desde el punto de vista técnico como del dogmático.

Con fino acierto, Silva elige como pórtico del libro el capítulo de las relaciones entre el Derecho civil y el penal, pues una vez puntualizadas aquéllas apenas si cuesta trabajo deslizarse por entre las restantes reflexiones que constituyen la trama de la obra. Tanto en este estudio como en los restantes, se mantiene una equidistante actitud, que, sin desconocer la mutua compenetración y parentesco de las materias jurídicas, contribuye a salvar con hábil táctica la misión de especialista de una de las disciplinas, en este concreto caso, del Derecho penal. He aquí, por supuesto, uno de los aspectos más característicos, yerno de logro, que se aprecia en la lectura del libro. Por lo demás, también merece destaque las ponderadas consecuencias que infiere el autor, en que sabe sopesar las distintas opiniones y criterios para llegar a establecer ciertos presupuestos, sin mengua alguna de los perfiles de uno ni del otro Derecho. Ya que en tanto no olvida el lado evidentemente subjetivo y antropológico del Derecho penal, también mantiene el natural respeto para la faz evidentemente subjetiva del Derecho civil, sin que por ello quepa una confusión conceptual, tanto en orden a su finalidad como a la naturaleza respectiva (V. a este respecto las págs. 12-14).

Con exacta visión jurídica, Silva trae a colación, en el capítulo II, las

tres tendencias imperantes en punto al carácter del Derecho penal (entre otras, págs. 18-19), y apoyándose en la problemática de éstas analiza los rasgos particulares de nuestro Derecho en especial referencia a la norma (pág. 15 y sigs.), destinatarios (pág. 20), interpretación (pág. 33 y siguientes) y otros más que no son del caso citar. Sin desconocer, claro está, la típica construcción jurídica del delito, Silva Melero flecha la dirección carnelutiana en el capítulo III, del delito y acto jurídico, haciéndonos sagaces observaciones, que pese a todo una buena siembra en el horizonte mental del penalista (V. pág. 51 y sigs.), aceptando, sin temor alguno, la sustitución que hace Carnelutti de la noción de antijuridicidad por el de ilicitud (pág. 53). Al mismo tiempo deja a la meditación del estudioso un problema que en parte no está exento de sugerencia, esto es, el relativo a si el artículo 565 revela o no un tipo de infracción de pareja constitución al *cuasi delito* (pág. 59), como otros de suma importancia en el examen comparativo de ambos mundos jurídicos, tal como la construcción de la dinámica civil y penal (pág. 69 y sigs.) y la distinción entre la ilicitud civil y penal (pág. 71 y sigs.), entre otros, adhiriéndose, por lo que atañe a este último mencionado problema, al criterio de separación cuantitativo (pág. 77), y si bien con cierta salvedad (v. nota 2 de la pág. 77).

El análisis de la voluntad y del consentimiento, del capítulo VI de esta monografía, le lleva al autor a realizar una exploración de las distintas variaciones con que ambos ingredientes jurídicos se presentan en uno y otro Derecho, reconduciendo su contemplación por los cauces de la más reciente construcción penal (pág. 80 y sigs.), aceptando, en parte, la doctrina civilista del consentimiento en referencia al Derecho penal, aunque circunscrito a la actuación dolosa. Y persistiendo en esta misma trayectoria, el profesor Silva Melero aborda la delicada cuestión de la validez penal de la llamada "capacidad penal" (cap. VII), trayendo a colación el replanteamiento de algunos elementos del delito, que actualmente constituye—valga de ejemplo aquí la imputabilidad—objeto de preocupación de la dogmática penal italiana (pág. 98 y sigs.).

En el capítulo X, Silva Melero agavilla, en una buena síntesis, el encrespado volumen de opiniones respecto a la interpretación de la posesión en el Derecho civil y penal (pág. 127), descubriendonos en los restantes capítulos las variadas significaciones de términos y expresiones civilísticas en el área penal.

En suma, he aquí una obra de vivo interés, en que los innumerables problemas que plantea tienen su cabal y justa solución, sobre todo, porque Silva Melero no ha perdido ni por un solo instante su doble condición de jurista y penalista. De otra parte, habrá de ocupar destacado lugar en la bibliografía jurídico penal, por la equilibrada proporción y medida con que ha sabido desenvolver la de por suya difícil solución de problemas bifrontes y, por tanto, de enojosa situación sistemática.

J. DEL R.

TEDESCHI, José: "Il pensiero filosofico e sociale di Mario Pagano"—Le sue concezioni giuridiche fondamentali.—Prólogo de Felipe Bataglia—Editor, Antonino Giuffré—Milán, 1948.—97 págs.

El segundo centenario del nacimiento de Mario Pagano (1778) da ocasión al autor del opúsculo para recordarlo haciendo una exposición sintética de su pensamiento, en una obra en que la menor parte está dedicada a sus concepciones jurídicas, y con escaso detenimiento a las jurídico-penales.

Discípulo Pagano de Vico y de Rousseau, ve en el delito sólo un ataque a la libertad y derechos de los demás, que sólo se puede realizar por medio de actos, no teniendo importancia jurídica la intención, sino la consumación de la acción, o el principio de su ejecución por actos materiales, aunque éstos no sean todo lo necesarios para el fin delictivo a que se dirigió la acción del hombre. La pena no es solamente la sanción, el medio preventivo o represivo definido y construído por los juristas, sino la resistencia, el dique, la limitación al libre e ilimitado ejercicio de las facultades naturales; su origen está en la venganza, considerada ésta como resistencia, defensa y reparación de nuestros derechos violados, que pasa de venganza privada a pena o venganza pública, porque al constituirse la sociedad, el individuo deposita la facultad de ejercerla en el Estado, para el que su ejercicio constituye un derecho y un deber.

D. T. C.

VILELA VIANA, Lourival: "Embriaguez no direito penal".—Belo Horizonte, 1949.—133 págs.

Muy interesante trabajo, que responde a una tesis presentada en concurso convocado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Minas Geraes para aspirar a la cátedra de Derecho penal. Consta la notable disertación de ocho interesantes capítulos, alusivos al concepto de la embriaguez y a los problemas que suscita; a la punibilidad de la misma y teoría de las *acciones liberae in causa*; la embriaguez voluntaria y culposa; la embriaguez premeditada; la embriaguez habitual y accidental; contravenciones originadas por la embriaguez, y la embriaguez en el Derecho penal militar, seguidos de una seleccionada bibliografía. Todo ello examinado en la esfera doctrinal y en el Código penal vigente en Brasil.

Define la embriaguez, aceptando la doctrina médica y la vertida en el artículo 24, 2.º, del citado texto legal, "como fenómeno de intoxicación fisiopsíquica aguda, pero de índole transitoria producida por el alcohol y substancias análogas". Considera al alcohol el principal agente de la embriaguez. Vienen después las denominadas substancias de efectos similares, como la cocaína, morfina, éter, haschich, etc. A continuación indaga los motivos morales de la embriaguez patológica, que causa un estado de excitación a manera de furor patológico, equivalente a los producidos por los ataques epilépticos, subdividiéndola en agresiva o violenta, de excitación motora, convulsiva y delirante, el alcoholismo crónico y todas las

cuestiones que afectan a la penalidad en relación con esa circunstancia que atenúa en determinados casos la responsabilidad, apreciada en el Código y sugestivamente comentada por el autor de esta publicación.

D. M.

WELZEL. Dr. Hans: "Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen" (El Derecho penal alemán en sus rasgos fundamentales).—2.^a edición, Walter de Gruyter & Co—Berlín, 1949.—VIII + 282 págs.

Damos cuenta hoy de una obra del célebre profesor de Gotinga, que se presenta como segunda edición, pero que, en realidad, como advierte el propio autor, es, en parte (la parte general), una quinta edición de otra obra muy difundida.

Su contenido es, en general, coincidente con el de otras del mismo tipo, ya que se trata de un derecho penal, en forma de manual. Sin embargo, tiene gran interés, por la especial manera en que el autor concibe los problemas penales, que le han ganado nombradía dentro y fuera de Alemania.

En la introducción, destinada al estudio de la ley penal, comienza a establecer los jalones de su construcción penal, atribuyendo a la ley dos funciones: una de carácter ético social, tutelar de los elementales intereses de la vida social (de la que deriva, aunque no necesariamente, la protección de los bienes jurídicos concretos); y otra de carácter puramente tuitivo, consistente en la prevención de los delitos. Mientras que la primera se ejerce sobre los sujetos moralmente aptos para sufrir la coacción psicológica de la ley, y se realiza mediante la pena de carácter retributivo, la segunda se realiza sobre los sujetos incapaces de sentir la vinculación ética del Derecho, y se concreta mediante las medidas de seguridad.

Dentro de la parte general, dedica el autor un primer libro a la doctrina general del delito, a su concepto y elementos, que son, para él, objetivos y subjetivos: acción, antijuricidad y culpabilidad. "Toda acción punible es una acción antisocial, de la que el autor es responsable como persona. Responsabilidad personal (culpabilidad) por un acto antisocial (injusto) son los dos elementos fundamentales del delito" (págs. 30-31).

El concepto de acción se apoya en el de la finalidad, derivada de la dirigibilidad exclusiva de los actos humanos, es decir, de la posibilidad que, dentro de lo creado, sólo tiene el hombre, de prever en cierta medida las consecuencias de sus movimientos causales y de realizarlos conforme a un plan encaminado a conseguir un determinado fin. Esta nota de la finalidad permite a Welzel agrupar en la unidad superior "acción" las dos modalidades (dolosa y culposa) al parecer irreductibles, de la conducta humana; ya que si la acción dolosa es una acción dirigida a la consecución de un fin (finalidad actual), la acción culposa es una acción que pudo dirigirse a la evitación de un resultado (finalidad potencial). Y con lo dicho queda también aclarado que Welzel rechaza la tradicional concepción de la acción como mero acto de voluntad (no finalista).

Separando luego el estudio de una y otra acción, se ocupa con mayor extensión de la dolosa, examinando detenidamente sus elementos de injusto y culpabilidad.

El objeto del injusto (para Welzel = antijuricidad) es la acción, que objetivamente constituye un disvalor, un minus de valor, con arreglo a una tabla general de valoración, que no es otra que el ordenamiento social. Pero a este concepto de disvalor se puede llegar a través de la consideración del resultado (lesión de bienes) que para Welzel no es más que un momento parcial del delito, que, incluso, puede faltar muchas veces, o a través del elemento de su causante, que es la posición que como acertada mantiene el autor, afirmando que el injusto es siempre un injusto actual personal, porque sólo a través de esta referencia al sujeto se pueden determinar los elementos reflexivos connaturales al concepto finalista de la acción. Consecuencia de ello es que dentro del injusto, como elementos del mismo, se encuadren no sólo los puros hechos, sino también el autor y su voluntad (dolo).

Todo injusto ha de ser típico. Y si la tipicidad, en un aspecto amplio, abarca todos los elementos del delito, todos los presupuestos de la punibilidad, en un sentido estricto solamente puede llamarse tipo al "núcleo del injusto", es decir, al conjunto de las circunstancias conceptuales características de cada especie de delito; quedando fuera de él los conceptos generales de la culpabilidad y las condiciones de la punibilidad. En este sentido concreto define Welzel el tipo como "el injusto penal descrito mediante notas características" (pág. 36). Pero advirtiendo que no debe interpretarse el tipo en un sentido puramente causal-fáctico, sino en relación con el sentido finalista del todo social, a cuyo ordenamiento se refiere la acción típica.

Este tipo presenta un aspecto objetivo (la acción con su posible resultado) y un aspecto subjetivo (el dolo y los posibles momentos subjetivos).

El dolo, con sus diversas clases (por cierto, que niega el dolo subsiguiente, de acuerdo con su concepto finalista de la acción; pág. 41), se integra por el momento intelectual, comprensivo del conocimiento de las circunstancias del hecho, previsión del resultado y del nexo causal (pero no el conocimiento de la significación antijurídica del acto, que es, para él, elemento de la culpabilidad), y por el momento volitivo o resolución de realizar el acto conocido, persiguiendo sus consecuencias.

El que de esta manera obra típicamente, actúa también antijurídicamente, porque para Welzel el fundamento de la antijuricidad es la tipicidad. No obstante, hay tipos de excepción, cuya función es, precisamente, describir situaciones excepcionales en que el obrar típico es jurídico; son las causas de justificación.

En cuanto al segundo elemento del delito, la culpabilidad, que se define como "la responsabilidad personal del autor ante la comunidad por su obra antijurídico" (pág. 78), es, normalmente, culpabilidad por el acto aislado; pero en ocasiones tiene por objeto una sección más o menos amplia del modo de vivir el autor, o un rasgo de su carácter adquirido (culpa caracterológica). Partiendo de la responsabilidad moral (pág. 21) considera como presupuestos de la culpabilidad a la imputabilidad ("capacidad

para conocer el injusto de la acción y determinar la voluntad conforme a este conocimiento"; pág. 78) y la conciencia de la antijuricidad (que da lugar a la doctrina del error de derecho).

Respecto de la acción culposa, establece el tipo objetivo mediante la idea de causación simple o finalista, y el subjetivo mediante los elementos de infracción del deber de cautela, previsibilidad de la causación del resultado y conciencia de la oposición al deber.

En la segunda parte de este libro primero estudia Welzel las formas de ejecución del delito (acción, omisión y comisión por omisión). La tercera la dedica al grado de ejecución (preparación, tentativa, consumación), estudiando especialmente la tentativa inidónea, dentro de la cual incluye la atipicidad por falta de objeto, sujeto o medios típicos. La cuarta, a la unidad y pluralidad de delitos.

Termina la parte general con un segundo libro, dedicado al estudio de la consecuencia del delito: la pena o la medida de seguridad, y su determinación; pena que es "un mal impuesto al agente por su acción culpable" (página 113) y, por consiguiente, con sentido retributivo que no excluye la eficacia correctiva e intimidante; mientras que la medida se impone a falta de la culpabilidad y tiene un sentido simplemente inocuidador; en sus aplicaciones concretas, niega la posibilidad de aplicar, como medida de seguridad, la muerte del sujeto.

Después de la parte especial (págs. 136-265), donde estudia los delitos agrupados en cuatro libros (delitos contra la persona, contra el patrimonio, contra la vida social y contra el Estado), termina la obra con un índice de disposiciones legales citadas en el texto y otro de materias por orden alfabético, para facilitar la consulta.

F. A. C.

REVISTA DE REVISTAS

A L E M A N I A

DEUTSCHE RECHTS-ZEITSCHRIFT

Año 5.^o, cuaderno 7; 5 de abril de 1950

Junto a otros no penales, contiene el siguiente artículo:

**SCHOENKE: "EINIGE BEMERKUNGEN ZUR FRAGE DER VERWEN-
DUNG DES "WAHRHEITSSERUMS"** ("Notas sobre la cuestión del
empleo del "suero de la verdad"); págs. 145-147.

Entre los descubrimientos de la ciencia moderna se halla el narcosanálisis, procedimiento de investigación de la mente humana mediante el empleo de ciertas drogas ("suero de la verdad": escopolamina, pentotal, evipal) que anulan la voluntad permitiendo así descubrir las simulaciones. Aplicados, no sólo al diagnóstico clínico, sino también a la investigación criminal, han levantado entre médicos y juristas una gran polémica en torno a su legitimidad. Schöenke fija los términos de la cuestión, distinguiendo la aplicación a los acusados y a los testigos; examina las razones que en cada caso se presentan en pro y en contra, y, en definitiva, se pronuncia contra su empleo, al menos en el campo del Derecho penal. Opinión que avalora con la coincidente de numerosos autores de todos los países, entre los que cita al Dr. Cuello Calón, con su trabajo publicado en las páginas de este ANUARIO. Y opinión que ya ha cristalizado en el terreno legal en Alemania, al ser recogido por circulares de los Ministerios de Justicia de Hessen y de Württemberg-Baden, dirigidos al Ministerio Fiscal de sus respectivos países, ordenando que se opongan al empleo de tales medios de investigación.

F. A. C.

KRIMINALISTIK

Año 3.^o, cuaderno 21-22, noviembre de 1949

**BOHME, Dr. Albrecht: "DIE TAGUNG DER SICHERHEITSREFEREN-
TEN UND KRIMINALFACHLEUTE DER BUNDESREPUBLIK
DEUTSCHLAND UBER FRAGEN DER KRIMINALPOLIZEI"** ("La
Asamblea de jefes de Seguridad y especialistas de criminalística de
la República Federal Alemana, sobre cuestiones de Policía criminal");
páginas 241-246.

El autor, director de Policía en Munich, asistió e intervino activamente en la Asamblea a que se refiere el título, celebrada en Munich del 21 al 23

de septiembre de 1949, y en la que se trataron numerosas cuestiones relativas a la organización futura de la Policía criminal en Alemania. En este trabajo da cuenta con cierta amplitud de los puntos más interesantes que se trataron y de las conclusiones adoptadas.

BECKER: "DAS KRIMINALTECHNISCHE INSTITUT BEIN KRIMINALPOLIZEIamt FUR DIE BRITISCHE ZONE IN HAMBURG" ("El Instituto de Técnica Criminal adscrito a la Oficina de Policía Criminal para la Zona británica, en Hamburgo"); págs. 246-250.

En 1945 se empezó a trabajar en la construcción del Instituto, que hoy funciona como sección especial de la Oficina de Policía Criminal, dotado de los más modernos medios de investigación, servido por 53 funcionarios y empleados (18 de ellos científicos), y organizado en cuatro secciones: I, Balística y huellas; II, Investigaciones químicofísicas; III, Examen de documentos, y IV, Biología criminal.

"DAS ELEKTRONENMIKROSKOP" ("El microscopio electrónico"); páginas 251-255:

En este artículo, reproducido del *FBI Law Enforcement Bulletin*, se da cuenta, por primera vez, de las características de microscopio de electrones adquirido para la Oficina Federal de Investigación de Estados Unidos, y de sus posibilidades de aplicación a la investigación criminal.

MEINERT, F.: "DAS VERBRECHEN ALS PROTESTHANDLUNG" ("El delito como acto de protesta"); págs. 255-257.

Se publica en este número la primera parte de este artículo, en que el autor considera el delito como acto de protesta, idea confirmada por numerosos casos prácticos. La mentalidad que lleva a cometer delitos en señal de disconformidad con el mundo circundante, suele venir desde la infancia, bien por una evolución defectuosa del carácter, bien por haber sido sometido a una educación defectuosa en sí misma.

F. A. C.

ARGENTINA**REVISTA PENAL Y PENITENCIARIA****Año IX, enero-diciembre de 1946. Números 39 a 42****LEMOS BRITTO: "EVOLUCION DEL SISTEMA PENITENCIARIO BRASILEÑO EN LOS ULTIMOS VEINTICINCO AÑOS"; pág. 3.**

En este artículo, cuyo contenido fué el tema de la conferencia pronunciada por el autor, presidente del Consejo Penitenciario del Distrito Federal (Brasil), en el Instituto de la Orden de Abogados de San Pablo, se da cuenta de la situación penitenciaria en el Brasil desde la época en que se encontraba en vigor el derogado Código de 1890 hasta que fué redactado el moderno Anteproyecto de Código Penitenciario.

Dice que durante la vigencia del Código de 1890 era seguido el sistema de Crofton, y que por el actual Código penal, de 1940, es adoptado el sistema progresivo, distinguiéndose cuatro etapas: aislamiento ceñular, trabajo en común, trabajo en colonia penal o establecimiento militar y libertad condicional. Seguidamente señala la necesidad de promulgar el Código penitenciario, dado que tanto el Código penal como el de Procedimiento penal dejan para él la regulación del cumplimiento de las penas privativas de libertad.

Para este futuro Código, entiende, es aprovechable gran parte del contenido del Anteproyecto de Código penitenciario concluido el 26 de mayo de 1933, por la décimocuarta Subcomisión legislativa, que consta de 25 títulos y 854 artículos, y contempla todos los problemas penitenciarios principalmente en los títulos que se ocupan de los órganos superiores de ejecución penitenciaria, de las organizaciones antropológicas, médicas y psiquiátricas, de la preparación técnica y científica del personal penitenciario, de la creación de circunscripciones penitenciarias y de establecimientos penales, del régimen penitenciario en sí, del trabajo penal, de la educación y de los deberes y prerrogativas de los sentenciados. En este Anteproyecto se crea el catastro y el museo criminal del país, se establece el fondo penitenciario y se regulan los patronatos.

Con relación a los sistemas que dejamos indicados, advierte que fueron meramente legales, pues "una cosa, sin duda, es un régimen en la letra de la ley y otra su aplicación en la práctica, en la vida", para lo que se requiere disponer de los establecimientos adecuados; así, afirma que el sistema del Código penal de 1890 jamás fué practicado, que en el año 1922 pudo comprobar por la observación personal y por el estudio de los Reglamentos vigentes en los distintos Estados que en vez de un sistema penitenciario brasileño había prácticamente niente.

Seguidamente se pregunta si el régimen establecido por el vigente Código se practica, afirmando que nadie podría responder afirmativamente,

pero que, no obstante, es de señalar la tarea realizada por la Unión y algunos Estados para el cumplimiento del sistema penitenciario adoptado por el Código, que por el profesor Roberto Lyra ha sido calificado de "Sistema brasileño".

En fin, un interesante y documentado trabajo que muestra los grandes progresos alcanzados en el Brasil en esta materia, y en el que se estudian, entre otros, los problemas referentes a la libertad condicional, la suspensión condicional de la pena, los patronatos, el trabajo penal, la arquitectura penitenciaria y la asistencia a la familia del sentenciado y de su víctima.

C. C. H.

REVISTA DE PSIQUIATRIA Y CRIMINOLOGIA

Organo de la "Sociedad Argentina de Criminología" y de la "Sociedad de Psiquiatría y Medicina Legal de La Plata".

Julio-septiembre 1949

LOUDET, Osvaldo: "LOS PREJUICIOS EN PSIQUIATRIA. Algunas reflexiones sobre la locura"; pág. 177.

Se trata de una lectura pública dada en el Instituto Popular de Conferencia de *La Prensa*, de Buenos Aires, en 23 de agosto de 1949, inspirada en el pensamiento de Courier, que dijo: "El espíritu que se eleva por encima de los prejuicios ve con nitidez la verdad, la dice sin ningún temor y la expresa de tal manera que la hace accesible a los demás". Y fiel a este propósito, Loudet sintetiza los prejuicios en psiquiatría, constitutivos de dilatada historia, unas veces sombría y trágica, y otras cómica. Define el prejuicio como "juicio preconcebido, donde se mezclan la ignorancia y la superstición, o la antipatía y el temor". Conforme a esta idea, hay prejuicios de vida efímera y otros de larga existencia. Divide las causas que los originan en intelectuales y afectivas; las primeras tienen su nacimiento en desconocer la verdad; las segundas, en el cultivo de la ilusión. Dentro de la patología médica ha existido un grupo de enfermedades que en la actualidad gozan de autonomía propia, las nerviosas y mentales, sobre las cuales los viejos prejuicios ejercieron un dominio asfixiante y aun hoy proyectan algunas sombras. Los enfermos mentales fueron las víctimas propicias de los prejuicios religiosos—dice el autor—, y esto se explica por la naturaleza de estas enfermedades, que trastornan la inteligencia, los sentimientos y la voluntad. Sin embargo, en la antigüedad hubo médicos que opusieron a la doctrina sobrenatural la doctrina de lo natural y lo físico. Continúa Loudet señalando, en el artículo que comentamos, que los prejuicios más importantes son: la fatalidad de la herencia, el del contagio mental, el del internamiento y el aislamiento y el de la incurabilidad, que examina con gran detalle en distintos apartados.

MARTINEZ, José Agustín: "LOS PROCESOS DE LA GUERRA". LOS PROCESOS POLITICOS DE FRANCIA"; pág. 195.

No solamente un mero afán de curiosidad llevó al ilustre profesor cubano, doctor José Agustín Martínez, a realizar este trabajo, sino un puro interés científico, para investigar el célebre proceso contra el *colaboracionismo* del mariscal Petain, calificando la actuación de los juzgadores de sugestionados por un ambiente predominantemente político, y los casos a enjuiciar, en su mayoría, exclusivamente también de índole política, cuándo la justicia y la política son tan malas compañeras. "La política —dice en la conferencia pronunciada en el Tribunal Supremo de la República de Lubeck, el 26 de enero de 1949, recogida en este artículo—es apasionada, mientras la justicia es serenidad. La política exalta hasta el crimen, y esta exaltación es incompatible con la majestad augusta de la gran diosa a quien rendimos pleitesía. Si la política entra por la puerta del Tribunal, la justicia saltará despavorida por la ventana." Cuestión tan interesante es vista por tan preclaro maestro, en sentido doctrinal y legal, acerca de cómo han podido perpetrarse esos procesos y cómo han sido aceptados por la conciencia popular, en la que empieza a manifestarse una decidida reacción.

Los puntos desarrollados son: a) Proceso de formación de los Tribunales extraordinarios, y b) El proceso del mariscal Petain. En cuanto a su formación, se ajusta a una legalidad, bien discutible, a tenor de la Ordenanza dictada en Argel en 26 de junio de 1944, relativa a la "represión de la colaboración". Esta Ordenanza venía, pues, a sustituir, con respecto a estos "hechos", toda la legislación penal y procesal antecedente, debiendo de prevalecer, en caso de conflicto, sobre cualquier otra Ley anterior vigente.

Basado en este ordenamiento se instruyó el proceso contra el mariscal Petain, y con miras a los juicios que iban a instruirse contra los "colaboracionistas". En teoría, el mariscal comparecía ante un Tribunal legítimo; todos sabían, sin embargo, que comparecía ante un Tribunal que no tenía otro propósito que el de encontrarlo culpable. Ni siquiera quisieron dar a Petain, que tantos servicios prestó a Francia, para la celebración del juicio, un marco apropiado a su grandeza. La narración de las sesiones está circunstancialmente descrita a partir de la primera, que se celebra el 23 de julio de 1945, hasta la última, del 13 de agosto siguiente. Hoy se levanta en Francia una corriente en favor de la revisión del proceso. El escritor dedica un recuerdo a los libros que se han publicado en pro de la defensa del mariscal, especialmente al de Luis Dominico Girard, que constituye una clarividente defensa del mariscal; o como el aun más reciente, en el que dos de sus abogados defensores, Jacques Isorni y Jean Lemaire, inician una búsqueda de elementos en que fundar la revisión.

HERNÁNDEZ, Enrique: "EL TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO EN EL CODIGO Y LA JURISPRUDENCIA DE CUBA"; pág. 211.

Consta el artículo de un preámbulo en el que se resalta la incorporación del concepto del trastorno mental transitorio a la legislación penal moderna, que marca, sin duda alguna, un progreso cierto en las esferas jurídicas, moral y filosóficas; y de las rúbricas relativas a "criterios y limitaciones, psicodinámica de la conducta, el ciclo reaccional consciente, características del trastorno mental transitorio, como circunstancia modificativa de la responsabilidad y el trastorno mental transitorio en el Código de Defensa social cubano".

Junto a las dificultades que han de afrontar el perito y el juez, al medir la responsabilidad, en términos de normalidad o anormalidad psíquica permanente, están otras que se relacionan con el grado y la duración de ciertos trastornos, que sobreviviendo en personas normales, son suficientemente profundos para modificar la responsabilidad y aun la imputabilidad. La *afectividad*, capacidad vital primigenia, es la facultad de sentir y querer, y constituye el motor primario y general de todos los actos. El instinto vital se proyecta en la conducta bajo tres formas primarias: instinto de conservación, instinto de poder e instinto sexual, las cuales se hacen manifestas en las tres emociones fundamentales: miedo, cólera y amor. Para el autor del trabajo que examinamos, esas tres formas primarias del instinto vital, sublimándose, con la ayuda de la inteligencia y a favor de una cultura heredada y progresiva, dan origen, sin desaparecer ellas mismas, a tres grandes proyecciones secundarias: el instinto moral, el instinto religioso y lo que el llama instinto multivivencial.

Concluye el interesante trabajo con el análisis de los artículos 28 y 35 del Código de la defensa social en Cuba y un interesante estudio sobre si procede admitir la imputabilidad por el conjunto de condiciones subjetivas, conocimiento, juicio, reflexión, voluntad, acción, etc., o si el individuo actúa como inteligente y ordinariamente responsable.

D. M.

BELGICA

REVUE DE DROIT PENAL ET DE CRIMINOLOGIE

Diciembre 1949

LEY, Auguste: "L'INFLUENCE PSYCHIQUE DE L'ISOLEMENT CHEZ LES PRISONNIERS"; pág. 229.

Recuerda el ilustre autor, que tantos prestigios goza por sus ensayos en Medicina legal, que hacia 1913, época en la cual dió comienzo su carrera de médico legista, el aislamiento de los confinados en las prisiones se practicaba de un modo riguroso, completo y estricto. En la mayoría de

los establecimientos penales, los reclusos permanecían constantemente recluidos en sus celdas, los presos iban cargados de grilletes. En la escuela correccional y en la Misa se ideó un procedimiento ingenioso en el cual se podía ver al maestro y oficiante, pero no a todos los que asistían. A la salida de la celda para cumplir pequeños trabajos corrientes del servicio interior, venía obligado el preso a vestirse de una capucha que le ocultaba completamente el rostro, lo que evocaba el aparato de enjuiciar de la Edad Media, y de la misma manera eran conducidos los procesados presos al Palacio de Justicia, a las resultas de la instrucción de la causa. El régimen del silencio era en extremo riguroso, y la única conversación que podía sostener el recluso era con sus guardianes, cumpliendo breves órdenes del director o cuando el sacerdote acudía a su celda a predicarle moral. Tal régimen es calificado por Augusto Ley de lo más perfecto de la *antisocialización humana*, ya que venía a significar la supresión más completa del contacto social y de las reacciones interpsicológicas. Era preocupación constante de la vigilancia y guarda de los presos evitar las conversaciones reprobables entre los reclusos, la formación de asociaciones criminales, la preparación de nuevos delitos por *bandas* de delincuentes. Por lo mismo, algunos reformadores creyeron en la virtud de la meditación o el silencio prolongado, mas la frecuencia de la reincidencia no abogaba en favor de este régimen. Se descubrieron en esta época en las prisiones tarás, anomalías y enfermedades psíquicas. El profesor Hollander, psiquiatra de merecido renombre y médico antropólogo en la prisión de Lovaina, comprobó la presencia en este establecimiento penal de un número impresionante de enfermedades mentales, que llegaron a un 30 por 100, débiles de inteligencia, dementes, alucinados delirantes, paranoicos, esquizofrénicos, etc., que reclamaban los cuidados facultativos y la necesidad de crear enfermerías u hospitales psiquiátricos dependientes de las penitenciarias, con personal médico especializado. En 1920 se operó un cambio importante en el régimen correccional de los reclusos. El aislamiento se hace menos estricto. Se organizan los talleres en común. El régimen celular absoluto queda utilizado para el descanso nocturno y después de la comida. Se reglamentan los paseos en común y son demolidos los arcaicos *patios* donde se realizaban. El régimen del silencio se hace menos severo. La obligación de ponerse la capucha es suprimida y se anota el hecho singular y característico de que ningún recluso la pida para asistir al juicio. A partir de 1930, la creación de clínicas psiquiátricas y manicomios judiciales, anejos a las prisiones, acabó por facilitar grandemente el tratamiento adecuado a los psicópatas pendientes de sentencia o cumpliendo condena. Es cierto que se trata de educar y de readaptar a los reclusos, a fin de que, en su mayoría, vengan a desempeñar el papel que tenían en sociedad antes de delinquir, y la educación debe intervenir en sentido social para la regeneración de presos normales y anormales. Tal es, en grandes rasgos, el interesante artículo de Augusto Ley, que fué en su día comunicación enviada al Congreso Internacional de Defensa Social de Lieja, de octubre del pasado año.

BOSSCHE, Jean van den, y FETTWEIS, Albert: "LA LOI BELGE DE DEFENSE SOCIALE ET LES ANORMAUX"; pág. 234.

Se trata asimismo de un *rapport* presentado al Segundo Congreso Internacional de Defensa Social de Lieja y discutido por la Unión Belga de Derecho penal en la Asamblea del 15 de febrero de 1950.

Consta el meritísimo trabajo de las siguientes materias: Una introducción expositiva; el capítulo I, que versa sobre la aplicación práctica de la Ley de Defensa social de 1931 a 1940, desenvuelto bajo las rúbricas siguientes: I. Frecuencia de los internamientos; II. Proporción de dementes, desequilibrados y débiles mentales entre los individuos internados; III. En qué medida debe consistir la duración del internamiento y si su efectividad corresponde acordarla a la disposición legal que la crea o si debe fijarla el juez; IV. La Ley de Defensa social, vistos los resultados de la misma es beneficiosa en la lucha contra la criminalidad de los delincuentes anormales y en particular desde el punto de vista de la reincidencia: a) Frecuencia de reiteración de individuos colocados en situación de libertad condicional o condena condicional. b) Causa de las reiteraciones. c) Importancia de la reincidencia de los delincuentes que han sido sometidos al régimen de la Ley de Defensa social.

En el capítulo II se investiga circunstancialmente los orígenes y examen crítico de la Ley de 9 de abril de 1930, y la futura Ley de Defensa social. Los puntos a dilucidar están divididos en secciones, comprendiendo la primera "La fórmula equívoca del artículo 1.º". En la segunda comprende la "Conveniencia de un solo y mismo régimen para los anormales y los alienados", desarrollándose las cuestiones en los siguientes epígrafes: 1.º Inconvenientes de la confusión de los términos alienado y anormal: a) La opinión no admite que el anormal sea considerado como totalmente irresponsable; b) La asimilación del anormal con el alienado es un error lamentable desde el punto de vista de la política criminal y de la prevención de la delincuencia; c) La Ley de 1930 ha instaurado un régimen demasiado represivo para los realmente enfermos; d) La Ley citada estableció un régimen contraindicado para los anormales. 2.º ¿Cuál debe ser el régimen aplicable a los anormales?: a) Principios del antiproyecto confecionado por la Comisión de 1935; b) Objecciones planteadas por los médicos para establecer un régimen distinto entre alienados y anormales.

Sección tercera. Es preciso mantener como condición indispensable de la Ley de Defensa social la perpetración previa de una infracción de esta índole. En la cuarta se estudia que toda infracción debe ser considerada como suficiente para aplicar la Ley de Defensa social. Trata en la quinta de la peligrosidad social del enajenado mental o del anormal que debe ser una condición de la aplicación de la Ley, y en la sexta, de la duración de las medidas de defensa social. La sección séptima, que se titula "Sobreseimiento en orden a la colocación y al internamiento", debate las siguientes cuestiones: 1.º ¿En qué medida pueden admitirse? 2.º ¿Cómo debe reglamentarse el sobreseimiento? La sección octava estudia la "Comisión de Defensa social", y en la novena, "Misión del abogado en la defensa de un delincuente normal".

Concluyen los Sres. Bossche y Fettweis invocando modestamente que no abrigan otra ambición que la de presentar al Congreso una síntesis de los principios de la Ley belga de 1930, que colocaba en un plano de igualdad a los delincuentes anormales, demostrando que el sentido que la informa debe ser revisado y mejorado.

DE VEE, Maurice: "LE REGIME JURISDICTIONNEL DES FORCES ARMEES ETRANGERES EN EGYpte"; pág. 288.

La guerra de 1939-1945 llevó a Egipto numerosas fuerzas armadas, pertenecientes a distintas naciones, lo que motivó entre las autoridades judiciales egipcias y el fuero cañonero de los diversos mandos militares armados la existencia de cierto número de conflictos jurisdiccionales, relativos a la represión de infracciones penales cometidas en territorios de Egipto. El objeto de este artículo es la exposición de determinados conflictos de competencia que originaron diversos procesos y cómo han sido resueltos por la justicia egipcia, para conocer y fallar en definitiva acerca de si la cuestión planteada a los Tribunales ordinarios, a la jurisdicción mixta o a los Tribunales militares por hallarse algunos de los encañonados sirviendo en las filas de las fuerzas en guerra, se ha de hacer de acuerdo con lo dispuesto en el Código penal egipcio y en el Tratado de 26 de agosto de 1936 concertado entre Egipto y la Gran Bretaña.

Febrero 1950

MIGLIOLI, Carlo: "CONTRIBUTION A LA JUSTIFICATION DE'UN DROIT PENAL UNIVERSEL POSITIF"; pág. 461.

Consta la interesante "Memoria" del siguiente sumario: 1.º Exposición de la cuestión; 2.º Carácter estatal de la Ley represiva; 3.º Un ensayo infructuoso de sanción internacional: el proceso frustrado del Káiser; 4.º La Sociedad internacional está formada solamente de Estados; 5.º El *jus puniendi* y su inaplicación a los Estados; 6.º Posibilidad de perseguir los crímenes internacionales (*crimes de guerre* y delitos *juris gentium*); 7.º Continuación; 8.º Ilegalidad de la sanción unilateral; 9.º Violaciones *juris gentium* respecto a los países vencidos y a los Estados neutrales; 10. Carencia esencial e impotencia de la *O. N. U.*; 11. Consideración sobre los capítulos precedentes; 12. Precedentes históricos, relativos a la instauración de una sanción internacional; 13. *Vereinbarung* (Unión de Estados creadores de la Ley); 14. Pluralidad de normas y sanciones superestatales; 15. De la fijación de las leyes, sanciones y jurisdicción de la autoridad superestatal, mediante una legislación positiva prestablecida; 16. Conclusiones.

Ante todo, se pregunta el autor si el problema de la legitimidad de la sanción represiva, desde su aspecto jurídico, depende directamente de la legitimidad de la autoridad represiva en el Derecho internacional

o es independiente de la misma; es decir, ¿existe un problema o no existe, o estamos en presencia de un embrión de Derecho penal internacional? Ciertos juristas pueden argumentar en pro de la existencia de un *cuasi-derecho* penal internacional, no codificado, admitiendo la legitimidad implícita de su formación—*de jure condito*—con normas represivas. Según el modo de entenderlo el escritor de la notable monografía que reseñamos, se trata de *jure condendo*, esto es, el problema “no consiste en desplazarlo, sino en situarlo en el lugar que corresponda. En efecto, si en materia de Derecho penal, considerado en su aspecto científico, ya se ocupe de Derecho penal, nacional o de Derecho penal internacional, debe excluirse el *Derecho de guerra*, que tanto vale como decir el derecho del vencedor o la violencia brutal de Brennus—“ay de los vencidos!”—que arroja en la simbólica balanza de la justicia la pesada espada de hierro, y también debemos excluir el *wae victis*, inexorablemente repetido en todas las guerras y en todas las edades; en fin, en materia de Derecho, debemos considerar que el mundo camina a pasos de gigante, a partir de la Declaración de derechos del hombre, al marxismo, de la catapulta a la ametralladora, de las señales luminosas al telégrafo sin hilos, hasta inventar el radar y la bomba atómica, y no se puede soslayar el grave problema, de un inmenso alcance y de una suprema importancia desde el punto de vista ético, histórico y jurídico, y es conveniente plantearlo y situarlo adecuadamente. Por lo mismo, la Ley penal constituye una necesidad indiscutible, hecha e impuesta por el Estado, el que obliga a los ciudadanos sometidos a una autoridad soberana, y a cumplirla, de suerte que la violación de la Ley reacciona en el Estado por medio de la sanción. De ahí que reunidos el *preceptum legis* y la *sanctio legis*, sean los elementos fundamentales e imprescriptibles del orden penal y del Derecho punitivo y que la Ley penal universal o superestatal tenga por base un conjunto de voluntades o de convenciones entre los Estados, previamente establecidas para instituir el Estado supremo o la federación de Estados.

LACCONIA, Alfredo: “LE DELIT DE GENOCIDE ET LES DROITS DE L'HOMME DANS LA SOCIETE”; pág. 489.

Dice el conocido publicista italiano, autor de este trabajo, que “una apreciación prudente de los derechos del hombre, tanto como ciudadano de una comunidad interestatal, como miembro de un estado, obliga a reclamar la inmediata represión de un hecho brutal de persecuciones, que representa un abominable fenómeno antijurídico, que facultan únicamente deficientes sistemas políticos”. Porque un crimen contra el derecho de gentes, escapando de los rigores de una jurisdicción penal estatal y limitada, forzosamente tiene que sobrepassar el orden jurídico y normal para entrar de lleno en el dominio de la sociedad, superior a las naciones. Cita al gran jurista V. V. Pella, que con una visión de conjunto, comentando las dos nuevas instituciones jurídicas internacionales—la *Declaración de los derechos del hombre* y la *Convención sobre el genocidio*—, afirma que

responden a las aspiraciones de una conciencia universal, con una profunda significación ética y con tendencia a resolver los problemas que constituyen la esencia propia del género humano y su desenvolvimiento. Basta con volver la mirada hacia el pasado, para contemplar en la historia de la humanidad una sucesión ininterrumpida de luchas entre los hombres y los Estados, por sujetos que estén a un nivel de civilización y gracias a la diversidad de razas y las naturales consecuencias que origina esta distinción racial, siempre han fracasado en sus tendencias al modelar el tipo del hombre único, en aras de la paz. Si cada hombre en particular difiere de los otros, no debe permitirse a persona alguna dominar a otros individuos para violar la libre expresión de su naturaleza jurídica. Los Estados deben garantizar a cada ciudadano el libre ejercicio de los derechos y jamás imponer la creación de una soberanía que limite la esfera de acción jurídica del individuo.

Marzo 1950

LEY, Jacques: "LA PSYCHO CHIRURGIE"; pág. 569.

Las intervenciones médicas llevadas de una manera transitoria o definitiva, pero más aparentes que reales, a la integridad de nuestro espíritu y de nuestra voluntad, suscitan siempre en el público un apasionamiento fácil de comprender. El hipnotismo y la sugestión han consumido mucha tinta y han defraudado no pocas esperanzas. En la actualidad, las discusiones relativas al *narco-análisis* no han dejado de interesar todavía cuando el eco más o menos deformado anuncia otro descubrimiento más reciente, conocido por la *lobotomía*. ¿En qué consiste esta nueva operación? ¿Cuáles son sus experiencias e indicaciones? ¿Qué resultados ha obtenido hasta la fecha? ¿En qué medida esta mutilación cerebral modifica la personalidad? ¿Qué podemos pensar de esta intervención, desde el punto de vista moral? ¿Puede conducir la operación médica al abuso? Tales son las cuestiones que el articulista toma por materia y sintetiza de una manera clara y bien expuesta, el estado actual de los conocimientos en un asunto de tan complicada envergadura; pero no puede por menos de consignar que la idea de modificar el cerebro por la cirugía en ciertos dementes, con la esperanza de atenuar o suprimir los sufrimientos, no es enteramente nueva, y, sobre todo, después de los trabajos de Egas Moniz, de Lisboa, en orden al progreso realizado en estos ensayos de experimentación. A raíz de la publicación de los primeros resultados hacia 1935, este escritor encuentra numerosas resistencias en los medios psiquiátricos, singularmente en Francia. No obstante, no dejó de tener imitadores en los Estados Unidos primero, luego en Italia y más tarde en Inglaterra y sus descubrimientos han sido laureados con el Premio Nóbel de Medicina.

La importancia que reviste el lóbulo prefrontal del cerebro en el curso de la filogenia, y la relación subsistente entre el volumen del lóbulo y la inteligencia, en la serie animal, son hechos conocidos que permiten atribuir a esta región un papel importantísimo en la vida psíquica. La *loboto-*

mía no precisa más que una pequeña incisión hecha con el instrumento de cirugía para la trepanación en cada lado de la región prefrontal, que consiste en un aparato especial, el *leucotomo*, introducido en la profundidad que se desea y permite seccionar las fibras nerviosas mentales sobre una extensión más o menos grande. Algunos especialistas prefieren actualmente la *topectomía*, que consiste en la extirpación de una porción de la envoltura cerebral que cubre las regiones prefrontales derecha e izquierda; en lugar de suprimir las fibras nerviosas, se suprimen las células de las que arrancan las fibras. Por fin, con la *leucotomía transorbitaria*, practicada recientemente en Italia y en los Estados Unidos, no es precisa ninguna trepanación, y la operación, por consiguiente, no deja ninguna cicatriz visible. El leucotomo es introducido en el párpado superior y perfora la bóveda orbitaria, sobre la cual descansan los lóbulos frontales. En resumen, opina el autor, operaciones de dudoso resultado y de aventurado pronóstico en la curación de las enfermedades mentales.

HERZOG, Jacques-Bernard: "RUY BARBOSA, CRIMINALISTE"; página 582.

Comunicación presentada con motivo de la celebración del centenario del nacimiento de Ruy Barbosa el 27 de enero de 1950, ante la Sociedad de Legislación comparada, con el fin de resaltar la figura del jurisconsulto brasileño, cuyas distintas actividades son recordadas en este trabajo.

D. M.

ESPAÑA

REVISTA DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS PENITENCIA-
RIOS.—Dirección General de Prisiones

Números 58 a 61, enero, febrero, marzo y abril 1950. Madrid

THEO COLLIGNON, presidente de la Federación Belga de Abogados y vicepresidente de la Unión Belga de Derecho Penal: "DEFENSA SO-
CIAL Y SISTEMAS PENITENCIARIOS"; núm. 60, pág. 5.

Comienza el autor de este interesante artículo ocupándose de la cuestión del libre albedrío diciendo que le "parece un ilogismo absoluto que algunos crean que es imposible demostrar ya la existencia del libre albedrío, ya la verdad del determinismo o que otros dejen a los filósofos la tarea de zanjar toda diferencia", y sostiene que "para declarar culpable o inocente a un individuo es necesario gozar del libre albedrío y poder proclamar con razón, inteligencia y conciencia que aquel que es juzgado ha desconocido o no ha desconocido, libre y conscientemente, los deberes que su sentimiento de responsabilidad le imponía observar".

Seguidamente pasa a ocuparse de la *defensa social*, afirmando que "es una verdadera ciencia que abarca en sí todo lo que, de cerca o de lejos, en los conocimientos y ciencias del hombre, debe comprenderse para preservar a la sociedad del crimen y converger hacia la extinción de todas las causas criminógenas, sin descuidar la investigación de los elementos humanos tarados que es preciso desarmar antes de que se hagan nocivos y que es preciso regenerar si se interviene después que el acto antisocial se ha cometido". Atribuye a la defensa social, como primera misión *crear la ciencia de la profilaxis criminal*, y, como segunda tarea, captar la personalidad del culpable, indagar las causas profundas del crimen y determinar las causas criminógenas.

En lo que se refiere a los establecimientos penitenciarios, cree que la época actual debe hacer de ellos centros de reeducación que ofrezcan la oportunidad de observaciones y estudios preciosos.

Ultimamente dedica especial atención a las causas de la criminalidad y de una manera especial al poderoso influjo del "cine", de ciertas novelas policíacas y de aventuras y, sobre todo, del alcoholismo. Confirma sus conclusiones con numerosos datos estadísticos y termina su documentado trabajo afirmando "que en realidad existen muchas causas de la criminalidad que pueden ser descubiertas y suprimidas con facilidad".

CAMARGO Y MARÍN, César: "EL PSICOANALISIS Y LA CRIMINOLOGIA".

Continúan en estos cuatro números las lecciones que este autor viene publicando con este título.

Dedica la lección décimoquinta al estudio del suicidio, comenzando por fijar su concepto legal, doctrinal y psicoanalítico, considerando al suicidio como *delito natural*, contra el criterio de la legislación española, que sólo pena la cooperación.

Distingue el suicidio por impulso del suicidio por reacción, señalando como fundamental del primero el *complejo de supervivencia*, en el que normalmente están contrarrestados los instintos de muerte y vida, llevando al suicidio el predominio de aquéllos sobre éstos.

Después de algunas especulaciones filosóficas sobre la vida y la muerte, estudia, entre los suicidios por impulso, el sencillo y doble por amor; el motivado por intereses, y otras figuras de suicidio.

Pasa luego al estudio de los complejos originarios del suicidio por reacción; la orientación de los impulsos hostiles hacia la propia persona; los factores que contribuyen al desplazamiento, especialmente el *sentimiento de culpabilidad*, el *complejo de inferioridad* y el *complejo parental*, terminando con el análisis de casos típicos de suicidio, tomados de la realidad o de la literatura.

En la lección décimosexta trata el autor de las *lesiones*, estableciendo la diferencia legal y psicológica entre las lesiones y el homicidio frustrado. Señala como originarios del delito de lesiones el llamado por Bau-douin *complejo de mutilación*, mereciéndole consideración especial el que

Freud y sus discípulos denominan de la *castración*, como típico de esta clase de lesiones.

Examina la orientación de la legislación española y de su jurisprudencia en esta materia, y la solución que da el psicoanálisis, terminando con un estudio de los diferentes complejos de mutilación en la mitología, en la leyenda y en la realidad.

C. C. H.

INFORMACION JURIDICA

Febrero 1950

VILLANUEVA SANTAMARIA, Félix: "EL DOLO EN EL DELITO DE FALSEDAD"; pág. 207.

Documentado trabajo debido a la experta pluma de un ilustre magistrado, en el que se recopila un caso judicial que fué discutido "con el mayor ardor por los funcionarios judiciales, como es natural, dentro de los límites de la mayor corrección y siempre pensando en los sagrados intereses de la sociedad y del acusado, acerca de si el hecho era o no constitutivo de delito".

El hecho es el siguiente: En el año 1949 se presentó en un Registro de la Propiedad, en ocasión de que el señor Registrador estaba ausente, un propietario, exigiendo apremiantemente una certificación de las fincas inscritas en aquél a nombre de un causahabiente suyo. Le recibió el procesado, que a la sazón era sustituto del Registrador, y ante las amenazas y apremios del peticionario, que decía iba a presentar una queja en la Dirección General correspondiente si se demoraba la expedición de dicho certificado, decidió imitar la firma del titular del Registro en la certificación exigida.

Desarrolla Villanueva la materia en cuestión en las siguientes rúbricas: Planteamiento del tema. Requisitos del dolo. 1.º) Alteración de la verdad. 2.º) Daño real o posible. 3.º) Dolo. Doctrina legal española. Conclusión.

El caso planteado fué calificado por el Ministerio público como un delito de falsedad en documento público. Es indudable que la certificación que entregó al propietario, el sustituto del Registrador, es un documento público—Código civil, art. 1.216 y Ley de Enjuiciamiento civil, art. 596—, y también hay que estimar como funcionario del mismo orden al acusado, a tenor del párrafo último del artículo 119 del vigente Código penal; pero no existe el dolo en el delito imputado, fundándose el escritor en la carencia o dudosa existencia del segundo de los requisitos constitutivos de la intención maliciosa y en la falta de dolo en los hechos sumariados. En páginas tan bien escritas como meditadas, justifica su aserto, a través de la teoría general y evolución de nuestra Jurisprudencia penal, que si bien establecen como principio primordial la estricta alteración de la verdad en el delito de falsedad, sin que requiera la existencia del lucro o beneficio que el acusado se propusiera al delinquir, ha llegado a estimar insuficiente la enumeración de las imitaciones de verdad que contenía el

artículo 314 del Código de 1870, hoy artículo 302 del actual, a medio de interpretación extensiva, admitiendo la imprudencia punible en esta clase de infracciones y hechos, que no son constitutivos de delito por no existir perjuicio para el interés social ni daño de tercero. La doctrina vertida por el autor, se separa en parte de la Jurisprudencia española, más atenta en el cumplimiento de su misión a interpretar el Derecho sobre la materia viva del caso concreto, igual que reconoce el articulista que hizo criticando el Derecho positivo en pos de una *aplicación justa*, pues si el *mudamiento de la verdad* y la posibilidad de lesión a un tercero fué el carácter señalado por los romanos para la punición del delito de falsificación, la doctrina moderna entiende que no puede producir efecto el acto fraudulentamente alterado si él no puede dar lugar al nacimiento de ningún derecho o de ninguna acción. Tal es, en síntesis, la opinión del ilustre Magistrado, autor del trabajo que examinamos, que pone de relieve su ingenuidad por el estudio de los problemas de la ciencia jurídico-penal en relación con los casos que en la práctica han de resolver nuestros Tribunales de Justicia.

D. M.

ESTADOS UNIDOS

THE JOURNAL OF CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY

Noviembre a diciembre de 1948. Chicago (EE. UU.)

V. SELIGER, Robert: "MEDICAL PSYCHOLOGICAL ASPECTS OF CONTEMPORARY ALCOHOLISM" ("Aspectos médico-psicológicos del alcoholismo contemporáneo").

El autor, director psiquiatra del Instituto de Neuro-Psiquiatría de Baltimore y miembro de la Comisión para la Prevención del Delito de la Asociación americana de Prisiones, considera el alcoholismo en América como un problema grave para la sanidad nacional y coincide con cuantos investigan desde este último punto de vista en reputarle también como la causa principal de desintegración de la vida familiar, de todos los problemas de conducta que suscitan los menores, de la delincuencia juvenil y de los disturbios generales de la comunidad.

Describiendo el tipo alcohólico como el de un enfermo, susceptible de curación, lo caracteriza como dotado de un nivel intelectual medio, aunque de personalidad escasamente integrada y con una acusada inestabilidad e incapacidad para afrontar decepciones. Esto último, con la consiguiente preponderancia del "ego", le hace sentir que en el uso del alcohol—cuál si fuese un narcótico—encontrará la liberación de las obsesiones molestas para él determinadas por las constantes incidencias de la vida cotidiana. De ello que el alcohólico precise de un adecuado tratamiento psiquiátrico, a cuyo respecto Mr. Seliger discrepa de quienes aconsejan aisladamente,

bien el psicoanálisis, los métodos hipnóticos, la conmoción eléctrica o los diversos sistemas lobotómicos.

Por el contrario, reputa más eficaz la terapéutica combinada, para cuya determinación se requiere la apreciación o descubrimiento previos del nivel y calidad intelectuales del paciente, de la posible presencia de alteraciones o lesiones cerebrales, del nivel y calidad también de la madurez emotivas, de la presencia de dolencias psíquicas, siendo también dignas de tomar en consideración las circunstancias familiares, sociales y laborales del sujeto, como las distintas reacciones emotivas que suela experimentar ante las impresiones para él más frecuentes.

E. HAYNES, F.: "THE SOCIOLOGICAL STUDY OF THE PRISON COMMUNITY" ("Estudio sociológico de los problemas penitenciarios").

Mr. Haynes, miembro del Departamento de Sociología de la Universidad del Estado de Iowa, autor de una "Criminología" (1930) y del "Sistema Penitenciario Americano" (1935), ensalza en este artículo la técnica de sociología al servicio del Derecho penal denominada del "investigador activo", a la que pone como muestra de un esfuerzo para convertir en más exactos o científicos dicha clase de estudios.

Ese método—en rigor no nuevo, aunque sí poco frecuente—, practicado ya desde hace más de veinticinco años en los Estados de la Unión, cuenta como uno de sus adalides a Tomás Mott Osborne, quien en 1913, más que por puro espíritu humanitario, por estímulo estrictamente científico, se internó durante una semana en la prisión de Auburn, estableciendo relaciones con los reclusos y creando un nuevo sistema de relaciones entre éstos y los funcionarios encargados de su custodia mediante la instauración, bajo el control oficial en tres prisiones, de unas "Ligas de Socorros Mutuos" para promover la participación de los penados en la administración del respectivo establecimiento. Al culminar esto en la formación de una Sociedad Nacional de Información Penitenciaria, de carácter permanente, conocida posteriormente por la "Asociación Osborne", uno de cuyos fines principales estriba en la edición de manuales que permitan el conocimiento más exacto de las condiciones que reúnen los penales como base para las reformas más adecuadas, quedó consagrado Tomás Mott como reformador penal y preparado el camino para el estudio sociológico de la vida en las prisiones, al que, según Mr. Haynes, se han venido dedicando después muchos universitarios y personal especializado (psicólogos, psiquiatras y sociólogos), por ser el más eficaz para desterrar, al conocerlos mejor en sus causas y manifestaciones, los hábitos antisociales que suelen adquirir mayor pertinacia en la atmósfera penitenciaria.

Concluye el artículo con una detenida referencia al libro de Donald Clemmer ("The Prison Community", The Christopher Publishing House, Boston, 1940), en el que se ponen de relieve las características del régimen seguido generalmente en las prisiones americanas, los factores determinantes o influyentes en la formación de la peculiar idiosincrasia del re-

cluso y el obstáculo que ello implica para la ulterior rehabilitación social del mismo.

CHENG, Chi-Yu: "THE CHINESE THEORY OF CRIMINAL LAW"
("Una teoría del Derecho penal chino").

Mr. Cheng, graduado superior por la Universidad de Stanford y autor de "Oriental and Occidental Cultures Contrasted" (Gillick Press, Berkeley, 1943), comienza afirmándonos que los pensadores clásicos chinos consideraron el Derecho como elemento complementario del ritual y de los principios éticos en la formación del fundamento nacional; de ahí la propensión del pueblo chino a dirimir sus discordias, no ante los Tribunales, sino ante los consejos locales.

Seguidamente nos indica que "Yin", "Yang" (representaciones, respectivamente, de los principios negativo y positivo de la naturaleza) y los "Cinco Elementos" (agua, fuego, madera, metal y tierra) informan a través de la filosofía de Confucio; juntamente con la tradición del "Taboo" (instaurada durante la dinastía Chou: 1027-256 a. d. J. C.), todo el Código legal chino. Así, "Yang" equivale a virtud, como "Yin" a castigo; aquéllo pertenece a la esfera moral, éste a la legal; "Yang" busca la supervivencia del individuo, "Yin" su destrucción, y así como el primero es también sinónimo de germinación o floración, el segundo evoca lo marchito; de ahí que la fecha de una ejecución capital se señalase siempre en invierno. Por lo que respecta a los diferentes "Taboo", quienes los violan son condenados por rebeldes, como perturbadores del orden universal.

Tras aludir a la compenetración de las funciones judiciales y militares en la China antigua, examina Mr. Cheng las diversas fases por que atravesó el Derecho penal de su país. La primera, caracterizada por el interrogatorio del acusado mediante la tortura, consistente principalmente en azotes con bambú, hasta obtener la confesión. Después de este sistema, iniciado con la dinastía Ch'in, el duque de Wen (350 a. d. J. C.) instaura un régimen especial de responsabilidad principal colectiva por el que, sentenciado un reo a muerte, se imponía análoga condena a las familias del padre, de la madre y de la esposa del reo; llegándose durante la dinastía Han a ejecutar a los miembros de la familia de la concubina.

Como consecuencia de la teoría de la piedad filial, predicada por Confucio, surge una tercera etapa, caracterizada por la venganza, estableciéndose en el Código legal de la dinastía Ching (1644-1911) una serie de penas para los descendientes del asesinado que va en proporción de la diligencia puesta por aquéllos en lograr la detención o condena del culpable.

Después de atribuir al emperador Tai Tsung, de la dinastía T'ang, la implantación de un régimen equivalente al moderno americano de libertad bajo palabra, evolución acaso de las amnistías que comenzaron a concederse por espíritu humanitario en el año 770 (a. d. J. C.), concluye Mr. Cheng manifestando que, por la penetración en China del Derecho occidental, se han venido formulando, con posterioridad a la sublevación de los "boxer" (1900), varios proyectos de revisión de las leyes penales

chinas, el último de los cuales, obra de Shen Chia-pen y Wu Ting-fang, aboga por la supresión de la denigrante pena de descuartizamiento, de la práctica de exhibir en poste la cabeza del decapitado, la de marcar a fuego la frente del reo, como baldón, y el sistema de responsabilidad colectiva.

Enero y febrero de 1949. Chicago (EE. UU.)

KARPMAN, Benjamín: "CRIMINALITY, INSANITY AND THE LAW"
("Criminalidad, insanía y derecho").

Por considerarse en el grupo de psiquiatras que mantiene la tesis consistente en que la delincuencia es, sin excepción, sintomática de situaciones de anomalía mental, estima más difícil Mr. Karpman la tarea dirigida a lograr una mayor comprensión mutua entre alienistas y hombres de leyes.

Mientras un sector de la psiquiatría—prosigue—descubre a través de la conducta criminosa un fondo de insanía y entre los delincuentes una mayor proporción de esta índole de enfermedades que en cualquier otro ambiente social, los juristas, por el contrario, se sienten reacios a ir más lejos que a la mera admisión de que ocasionalmente y con poca frecuencia se hallan locos quienes perpetran crímenes. El resto considera a los delincuentes completamente normales, plenamente responsables y tan sólo merecedores de castigo. El psiquiatra medio no va mucho más lejos que el jurista, pues limita su concepto de la insanía a psicosis indudables y prescinde del amplio campo de las neurosis, psicopatías y situaciones parecidas.

Insistiendo en su propósito de demostrar que los principales tipos y categorías de delincuentes responden a motivaciones anormales, desea Mr. Karpman dejar claramente sentado que la insanía o locura es un término legal representativo de una conducta notoriamente anómala y que, por ello, un defectuoso mental, sin manifestación alguna de psicosis, se reputa demente desde el punto de vista legal, mientras que un paranoico hábil e inteligente, a todas luces psicótico para la Psiquiatría, no sería incluido en aquella categoría por un fallo judicial, tan sólo preocupado de la aptitud del sujeto para distinguir entre lo bueno y lo malo.

Por el contrario, la mayoría de los psiquiatras conceden mayor importancia a las psicosis y conceptúan irresponsable al psicótico cuyo crimen sea el resultado de un desorden mental.

Al mismo tiempo que advierte la existencia en las prisiones de muchos casos de demencia precoz larvada, significa también Mr. Karpman que, pues es imposible descubrir a todos los anormales delincuentes en potencia, ya que, por ejemplo, muchos débiles mentales no siempre inciden en actividad antisocial alguna, y son además muchos los tipos de psicosis, ha de conseguirse, por lo menos, que todo procesado al que en principio

se atribuya alguna anomalía de la mente sea remitido a una institución psiquiátrica debidamente dotada para el diagnóstico y tratamiento acertados.

A propósito de las neurosis, que en términos generales no suelen ofrecer los síntomas de aberración mental más propios de las psicosis, caracterizan para el articulista por una intensidad emotiva del sujeto superior a la normal y una gran dificultad a inhibirse de influjos recibidos en la primera edad. Como ejemplos de esta clase de anomalías se citan al cleptómano y al pirománico.

Afirmando que el delincuente sexual corresponde a los grupos clínicos examinados, la etiología sexual de ciertos delitos y la frecuencia con que el crimen sexual aparece asociado a otras categorías legales (contra la persona o contra la propiedad), concluye Mr. Karpman destacando la mayor trascendencia práctica de una clasificación psiquiátrica de la delincuencia, por cuanto ella, mejor que la jurídica o legal, se brinda más a la apreciación de las motivaciones.

S. SELLING, Lowell: "FORENSIC PSYCHIATRY" ("Psiquiatría forense").

De este artículo, leído por su autor en enero de 1948 ante el Congreso de Medicina Legal de San Luis, haremos notar, principalmente, las opiniones que contiene relativas a la utilidad que de la Psiquiatría puede obtener la jurisdicción criminal, si bien no debemos omitir la referencia, siquiera breve, a las provechosas aportaciones que dicha ciencia ofrece al Derecho y Enjuiciamiento civiles, ya en orden a la adecuada tutela del menor, bien con respecto a la capacidad del testador; cuestiones, en suma, ya expuestas de modo empírico por Frederick Wertham ("The Brain as an Organ", The Mac-Millan Co., New York. 1934) y que integran la parte primera del artículo que se reseña.

La parte segunda y más amplia evidencia cómo en el transcurso quizás de tan sólo veinticinco años ha podido la Administración de justicia penal ver mejorados sus métodos de investigación y "tratamiento" merced al desarrollo logrado en dicho lapso de tiempo por la técnica psiquiátrica.

Advirtiendo el inconveniente que la misma puede ofrecer si se emplea como sustitutivo de métodos del "tercer grado", reconociendo asimismo la perplejidad que pueda producir en el juzgador al que se ofrezcan sobre un caso determinado informes técnicos diversos, analiza seguidamente el autor el papel que puede desempeñar la Psiquiatría en las sucesivas etapas del proceso, su valor a efectos de la oportunidad e idoneidad del fallo y, consiguientemente, de la eficacia que, para la salvaguarda social y mejora o corrección del reo, pueda ofrecer la ejecución de aquél.

Sin embargo, en este último aspecto, no pasa desapercibido al articulista el hecho de que, para combatir eficientemente la criminalidad, ha de atenderse a otros factores, cual el sociológico o económico, extraños al ámbito psicoterápico generalmente, pese a los resultados obtenidos con

este último, incluso para mejorar la producción industrial, como pusieron de manifiesto Roethlisberger y Dickson en su obra "Management and the Worker" (Harvard University Press, Cambridge, 1940).

P. GAGNIEUR, J.: "THE JUDICIAL USE OF PSYCO-NARCOSIS IN FRANCE" ("El empleo de los psiconarcóticos durante la investigación judicial").

Pronosticando que el problema ha de suscitar grandes controversias en el ambiente judicial, glosa el autor de este artículo la resolución adoptada por el Consejo de la Asociación de Abogados de París, durante el año 1947-48, rechazando el empleo de los psiconarcóticos en el curso de la instrucción sumarial.

Dicha resolución fué motivada por la confesión que se obtuvo de un acusado, sobre el que había dudas pudiese padecer de afasia, después de haberle provocado un estado de estupor mediante el suministro de una dosis de pentotal sódico utilizada por tres peritos médicos designados por el juez para examinar al procesado.

Discrepa M. Gaigneur del criterio que sustentó el aludido Consejo por parecerle lógico que unos peritos recurran a cuantos medios les proporcione su experiencia profesional para cumplir la misión que se les confía y por tratarse, en el caso en cuestión, del empleo de una droga de uso frecuente en psiquiatría. Por otro lado, le resulta paradójico al autor que se haga radicar la dignidad humana (una de las invocaciones de la resolución comentada) en la protección al mendaz y no en el descubrimiento de la verdad.

José SANCHEZ OSSES
Secretario de Audiencia Territorial.

F R A N C I A

REVUE DE SCIENCE CRIMINELLE ET DE DROIT PÉNAL COMPARÉ

Enero-marzo 1950

HURWITZ, Stephan: "L'ANALOGIE DANS LE DROIT DANOIS", pá- gina 1.

Bajo las ideas de los enciclopedistas—comienza el autor—, la mayor parte de los Códigos penales del Continente siguen excluyendo la analogía en las decisiones judiciales. Los países nórdicos no han publicado una prohibición de modo terminante, y mientras tanto, en Noruega, y lo mismo en Suecia y Finlandia, la teoría y la jurisprudencia aún no han decidido incorporarlas a la codificación sistemática del Derecho penal. Unica-

mante el Código dinamarqués de 1866 constituía una excepción, puesto que su artículo 1.º admitía a modo de cierta extensión por vía de analogía en varias infracciones punibles. El Código penal de 1930 sigue respetando y repitiendo la aludida disposición en el primero de sus artículos. Merced a las doctrinas que tienden a la orientación de un derecho libre, que apareció durante el transcurso del siglo actual, halló su extensión en el Derecho penal de la Rusia soviética y de la Alemania nazi, donde se estrelló la lucha contra la prohibición de estimar la analogía. A propósito de la discusión renovada en el extranjero en pro y en contra de la analogía, se experimentó profunda sorpresa que un Estado fundado en el principio de la justicia legal diera entrada y reconociera la analogía en los dominios del Derecho penal. El autor del artículo que examinamos precisa a este respecto que la analogía, que el Derecho danés admite tal como la teoría interpreta y la jurisprudencia aplica, es de un alcance limitado, ya que la jurisprudencia, en Dinamarca, no consentirá jamás que sobrepase los límites de su aplicación, de los señalados en otros países de la misma estructura, legal y constitucional, o parecida a la que rige los destinos del pueblo dinamarqués.

A tenor del artículo 1.º del Código actual, no pueden aplicarse las penas legales más que a las infracciones castigadas por la ley o a los actos que se asemejen o parezcan a todo hecho comprendido dentro de aquellas infracciones. Con esta disposición ha querido el legislador limitar la aplicación analógica a un juicio previo intelectual que equipara la analogía así estimada a una ley en su totalidad. Debe entenderse por analogía reconocida por la ley la aplicación de un texto formal legal a un acto que presenta una conformidad esencial con el acto directamente castigado por la ley. La exigencia de referida analogía legal y total se aplica, según el artículo 1.º del Código, a toda circunstancia que determine la característica de un acto que, para poder ser corregido, produzca los efectos mencionados en los capítulos 8.º y 9.º del citado Código. Según el artículo 2.º, las reglas mencionadas en los capítulos citados se aplicarán también a los casos en que proceda la analogía y objeto de sanciones penales comprendidas en una legislación especial. En este punto, la teoría y la jurisprudencia anteriores al Código penal de 1930 admitían la libre analogía en detrimento de lo previsto en el Código. El prudente arbitrio del Código de 1886 es mantenido en el Código vigente. No se encuentra una sola sentencia del Tribunal Supremo que aplique la analogía compaginada con el libre arbitrio. Los Tribunales de lo criminal aplican esa libre analogía en casos aislados que giran en derredor de hechos fraudulentos o similares, donde la doctrina había especialmente recomendado la aplicación interpretativa de la analogía sometida al referido libre arbitrio.

HEUYER, G.: "NARCO-ANALYSE ET NARCO-DIAGNOSTIC", pág. 7.

Comienza haciendo un estudio detallado del psicoanálisis y de la obra del conocido psiquiatra austriaco Freud, como requisito previo para comprender en qué consiste el narcoanálisis y el narcodiagnóstico. El autor

recuerda un viejo trabajo de Magnan, donde nos dió a conocer el valor psiquiátrico y criminológico, en el Boletín Médico de 27 de diciembre de 1891, sobre la "Simulación de la locura", ensayo que ha sido incluido en una obra publicada por la Editorial Masson concerniente a las indagaciones acerca de los centros nerviosos. Allí se habla del empleo del éter y de los anestésicos en general en las indagaciones sobre la simulación. "Manías simuladas prudencialmente—dice el escritor—pueden ser puestas a contribución entre los simuladores." Su argumentación puede resumirse en estos dos procedimientos: 1.º Si pueden considerarse como peligrosos. 2.º Si deben ser permitidos para obtener revelaciones y hasta dónde llega el papel del médico.

Sigue a continuación el estudio de los precursores de Freud, Barbinski, que empleó el cloroformo y el éter. Horsley, que imaginó el análisis del subconsciente, provocando el sueño por una inyección de barbitúrico, después amital y más tarde el pentotal. Se conseguía, por la expansión del paciente durante el período del ensueño, los mismos resultados que los obtenidos durante una larga conversación con el psicoanalista en el estado de vigilia. Se creó a consecuencia de esta investigación del subconsciente el narcoanálisis, posteriormente el término narcopsicoanálisis ha sido el preferido. Durante el período de guerra de 1940 a 1945 hemos conocido el narcoanálisis con el pentotal, que reemplazó al amital, en el ejército americano. El pentotal era llevado como bagaje en dicho ejército con la penicilina.

En Bélgica, el narcoanálisis judicial constituía exclusivamente una técnica médica de exploración psíquica, pero no puede ser empleado como medio coercitivo de instrucción procesal, en cuanto a la materialidad de los actos incriminados. En criminología, el hecho del crimen y la calificación del crimen o del delito corresponden, indiscutiblemente, al jurista, pero el estudio del criminal como persona física, intelectual y moral pertenecen al médico y, sobre todo, al psiquiatra. Las condiciones psicológicas, durante las cuales el criminal se encontraba en el momento del crimen, y únicamente pueden ser dilucidadas por métodos y procedimientos psiquiátricos, uno de ellos, el narcoanálisis. Tal es el ideario de la conferencia pronunciada en la Sección de Derecho penal del Instituto de Derecho comparado, en la Universidad de París, el 24 de julio de 1949.

**DONNEDIEU DE VADRES, H.: "L'EFFORT INTERNATIONAL EN-
TREPRIS PAR L'O. N. U. POUR LA PREVENTION ET LA RE-
PRESSION DU CRIME", pág. 23.**

Se trata de otra comunicación dirigida a la Sección de Derecho penal del Instituto de Derecho comparado de la Universidad de París, el 28 de noviembre de 1949, en la cual el profesor de Derecho penal, de dicha Universidad, expone sus experiencias personales por haber formado parte de una Comisión que designó el Consejo Económico y Social, integrada por un grupo de técnicos con miras a aconsejar a la Secretaría General de la Comisión de Cuestiones Sociales de las Naciones Unidas sobre los medios

de formular y elaborar una línea de conducta y un programa adecuado que pueda resumirse en dos puntos esenciales: 1.º Mediante un estudio, sobre una base internacional, del problema de la represión del crimen y del tratamiento de los delincuentes; y 2.º Mediante la adopción de medidas internacionales en este dominio. Esta decisión del Consejo Económico Social le parece al escritor que envía la comunicación reflejo de una expresión de tres tendencias que predominan en la evolución contemporánea en todo aquello que concierne a la lucha contra el crimen. Ante todo, existe una tendencia de internacionalismo en política criminal y la conveniencia urgente de organizarse los Estados en virtud de una ley internacional común en negocios de política criminal, es decir, estudiando los medios de actuar contra el peligro proveniente de los malhechores. Por otra parte, en semejante iniciativa a excitación del Consejo Económico Social, ve el comunicante la manifestación de otra tendencia, cual es la de colocar en lugar preferente para luchar contra el crimen al elemento biológico, fisiológico, psicológico y social, según las dos tendencias dominantes y sobradamente conocidas de la escuela positivista italiana.

PUZIN, M.: "ENFANCE INADAPTEE ET TENDANCE JUDICIAIRE",
página 37.

A través de los casos concretos que el juez de niños está llamado a estudiar y resolver, sobresalen dos grupos de menores: Los niños a tratar o reformar como sujetos a un procedimiento y los niños necesitados de protección. El niño a reformar nos lo describe la Medicina general en el sentido de que actúa en la vida de relación como un deficiente psíquico, cuya inadaptación es exteriorizada por alteraciones, en la mayoría de los casos ocasionales por su comportamiento, que ceden a un tratamiento apropiado y aplicado oportunamente. La intervención judicial en la materia acaso sea secundaria, y debe cesar a partir del momento en que empieza el tratamiento terapéutico adecuado. Es a la Medicina a la que corresponde actuar, pero esto todavía se considera como un supuesto raro o extraño y lo corriente es que el niño sea internado en un preventorio que procure su readaptación. Sería conveniente un tratamiento mental impuesto como medida de urgencia y prolongarse la reeducación por un período de tres o cuatro años, que coadyuve con el otro a conseguir una perfecta salud hasta que el tratamiento educativo sea el único necesario.

El niño a proteger es más raro todavía. No puede considerarse como materia simple de reeducar. Es víctima de parientes indignos y debe ser separado del medio familiar definitivamente y acaso en esta separación pueda encontrarse el remedio suficiente. Puede ser también la víctima de condiciones de trabajo desastrosas o de frecuentes tratos poco recomendables, y restablecer las aptitudes ocultas por una investigación social correcta que le asegure una adaptación a un clima moral y sano o le proporcione la ruptura con camaradas peligrosos, y apartado de estos medios, alejarle de hogares de contaminación que le habrían tenido sujeto.

REVUE PÉNITENTIAIRE ET DE DROIT PÉNAL

Julio-septiembre 1949

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

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

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

D. M.

ITALIA

REVISTA ITALIANA DE DIRITTO PENALE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

* * *

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

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

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

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

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

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

ARCHIVIO PENALE

Enero-febrero 1949

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

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

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

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

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

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

tipos normativos de autor y culpabilidad normativa "Nnormativer Schuldbrief", de Frank), que es impugnada por el profesor de Palermo, que compara empeño tal al del personaje que quería hacerse transportar por la sombra de una carroza, tirada por la sombra de un caballo, hostigado, a su vez, por la sombra de un látigo.

VANNINI, Prof. Ottorino, titular de Derecho penal en la Universidad de Siena: "COLPA NORMATIVA"; pág. 30.

A propósito de un artículo de Petrocelli ("La concezione normativa della colpevolezza", *Riv. it. Dir. pen.*, 1948, págs. 16 y sigs.), insiste y polemiza Vannini en defensa de su "aislada teoría" psicológica en materia de culpa, tan opuesta a las concepciones normativas de origen tudesco y aun a las clásicas y dominantes, de pretendido carácter espiritualista: El criterio de Vannini, basado en la responsabilidad moral y apoyado en ideas ya apuntadas por Ferri, no ha sido compartido por los penalistas italianos; solamente Delitala demostró haberlo meditado bien antes de desaprobárselo. Los positivistas eran más lógicos en esta materia. Para Vannini, sólo incurre en culpa quien, a sabiendas, obra imprudentemente y prevé el peligro de su conducta. Así como no puede decirse que una conducta sea inmoral si el agente no advierte la inmoralidad, tampoco puede decirse que haya culpa cuando el sujeto no siente su conducta como culposa, ya que la ignorancia acerca del peligro del propio comportamiento equivale al error de hecho excluyente.

Es comprensible que, dado el radical criterio subjetivo de Vannini, se oponga con mayor motivo enérgicamente a la extrema concepción objetivista de la culpabilidad normativa, de impronta germánica que, bajo la apariencia de progreso científico, encubre principios inadmisibles. (No es posible desconocer que la radical concepción subjetiva de la culpa penal de Vannini choca, "a sensu contrario", con la agravante tercera del artículo 61 del Código Rocco: "Haber actuado en los delitos culposos, no obstante la previsión diferente".

RABAGLIETTI, Dr. Giuseppe: "LA PSICOLOGIA DEL GIUDICE PENAL"; pág. 34.

Se hace cargo Rabaglietti en su estudio de los factores más influyentes en la psicología del magistrado penal—a cuyo tema ha dedicado Altavilla un interesante capítulo en su obra *La psicología giudiziaria*, Utet, 1925—y en especial la clase social y las ideas políticas de estos magistrados y su preparación técnico-jurídica, demasiado unilateral, que debe ser complementada con conocimientos biopsicológicos que la capaciten plenamente para su excelsa misión, que requiere conocer no sólo el Derecho, sino también, y sobre todo, al hombre.

Figuran además en este doble fascículo del *Archivio* las acostumbradas noticias jurídicas, comentarios, repertorio de jurisprudencia y notas bibliográficas.

LA GIUSTIZIA PENALE

Noviembre 1949

VIDONI, Giuseppe: "DEVE ESSERE ABOLITO IL TRIBUNALE PER I MINORENNI", I, col. 321.

Hace el autor una serie de consideraciones críticas sobre el actual régimen de los Tribunales de menores en Italia—que abarca a los comprendidos entre los catorce y los dieciocho años, ya que los de edad inferior no comparecen ante los magistrados—y sus deficiencias que, a juicio de Vidoni, no responden sólo a insuficiencia y limitación de medios materiales tales como centros de observación y corrección, sino también a errores de punto de vista y sistema. Reclama una mayor intervención efectiva técnica de psicólogos y sociólogos, quedando el Tribunal—cuyos miembros deberían superar, en todo caso, su especial preparación en la materia—como órgano de autoridad reguladora de todas las actividades concurrentes, dedicado, además y sobre todo, a definir y asegurar aspectos puramente jurídicos, como son, por ejemplo, las responsabilidades directas e indirectas de tercero. Se hace cargo del grave reflejo de la desmoralización bética y postbética en la juventud, y no deja de reconocer la existencia de menores difficilmente corregibles y de otros claramente sensibles al freno de la amenaza punitiva.

CORDONE, Giovanni. Sustituto de procurador de la República: "IL FERMO DI POLIZIA E L'ART. 13 DELLA COSTITUZIONE", I, col. 328.

A propósito de una interpelación parlamentaria dirigida al Ministro de Gracia y Justicia sobre si el plazo máximo de duración de la detención policial ha de entenderse de cuarenta y ocho horas, por directa aplicación de artículo 13 de la Carta Política, o bien ha de seguir rigiendo el de siete días, con arreglo al texto del artículo 238 del C. P., modificado en 1944, Cordone examina el problema de si el precepto constitucional tiene vigencia propia en este punto o, por el contrario, precisa ser desarrollado por una ley ordinaria; problema idéntico al que plantea en España la discrepancia entre los artículos 496 L. E. C. y 186 C. p., de una parte, que fijan tal plazo máximo en veinticuatro horas, y, de otra, el artículo 18 del Fuero de los Españoles, que lo amplía a setenta y dos.

Cordone, después de afirmar que ni los interpelantes ni el Ministro muestran visión exacta del tema debatido, y referirse a las diversas teorías concernientes al valor normativo de la Constitución, estima que la regla constitucional cuestionada—dotada de claros caracteres de plenitud y concreción—no es *programática*, sino *preceptiva*, por lo que ha de sobreponerse al ordenamiento procesal, derogado por ella en este punto.

LANCIA, Abcgado Pietro: NOTAS JUDICIALES. "FISIOPSICOPATOLOGIA FORENSE EN EL PROCESO DE GIUSEPPE CURTI", I, col. 331.

Se ocupa Lancia en este trabajo de un interesante caso histórico judicial: la causa criminal vista ante el Tribunal de Milán, en 1856, contra el referido Curti, por muerte de su mujer—que pretendía divorciarse del parricida—y de su suegro. La sentencia fué de muerte, sin apreciación de enfermedad ni semienfermedad mental, y sí de agravantes. Anulada la sentencia por la Corte de Apelación, y pedido informe a la Facultad de Medicina de Pavía, que, si bien no excluyó por completo la facultad de entender y querer, estimó una especie de trastorno transitorio, sobre fondo monomaníaco, el inculpado fué, por fin, absuelto en 1859.

NOTICIAS: "LE SESSIONI 1948 E 1949 DELLA COMMISSIONE INTERNAZIONALE PENALE E PENITENZIARIA", I, col. 338.

Se informa en esta sección sobre los trabajos de la veterana Organización mencionada en sus reuniones de 1948, y 1949, en Berna, con asistencia de delegados de 26 naciones. Fueron tratadas las cuestiones siguientes: Relaciones entre la C. I. P. P. y la U. N. O.; opiniones de la Comisión sobre aquellos aspectos de prevención del delito y del tratamiento de los delincuentes susceptibles de una eficaz acción internacional; extensión de las actividades de la Comisión en el interior de varios países; sustitución de las penas detentivas de corta duración; unificación de las penas restrictivas; tratamiento de los delincuentes habituales; medidas de seguridad; efectos de la guerra sobre la criminalidad; estadística criminal y penitenciaria; accidentes del trabajo en los establecimientos penales; tratamiento penal y penitenciario de los semienfermos mentales; modificación de las reglas mínimas sobre tratamiento de detenidos.

"STUDI SULLA DELINQUENZA MINORILE NEL CINQUANTENARIO DELLA CREAZIONE DEL PRIMO TRIBUNALE PER MINORENNI", I, col. 347.

Breve referencia a las síntesis publicadas sobre este tema en la *Revue de science criminelle et de Droit penal comparé*, París, 1949, y por los *Annales de la Academia americana de Ciencias políticas y sociales*, enero 1949, así como a una serie de trabajos diversos en la materia.

CONTI, Dr. Luigi: "L'ISTRUTTORIA NEI DELITTI DI BANCAROTTA", III, col. 385.

Ilustrado por copiosa bibliografía y jurisprudencia atinentes al tema, es desarrollado éste por Conti con examen de múltiples e interesantes cuestiones referentes al proceso penal por razón de quiebra, para sentar

al final cuatro conclusiones relativas a la naturaleza jurídica de la declaración civil de quiebra, como condición de punibilidad y no como elemento constitutivo del delito; a la necesidad de firmeza de la resolución civil para poder pronunciar condena penal; a la situación personal del imputado y al carácter no preclusivo del sobreseimiento por falta de sentencia definitiva declaratoria de la quiebra, a efectos de reanudación del proceso penal.

PIACENZA, Prof. Scipione, "Libero docente" de Derecho penal: "L'ERRORE SU ELEMENTI DI FATTO CHE DEGRADANO IL REATO", II, col. 796.

Dentro del marco del Derecho positivo italiano, esboza Piacenza un esquema sistemático de supuestos relevantes de error de hecho, tanto respecto de elementos constitutivos como circunstanciales; de supuestos de desconocimiento o error excluyente como de suposición errónea (figuras putativas).

Sobre el tema concreto de su presente estudio, Piacenza cita ejemplos legales demostrativos, como sería el del sujeto que cometiera homicidio (art. 575) en la errónea creencia de concurrir consentimiento de la víctima (art. 579); y, discrepando de Battaglini que no puede apreciarse delito alguno, estima que, por aplicación a los supuestos específicos del principio general extraído de los artículos 47, 49, 59 y 60 del Código penal, habrá de prevalecer sobre el tipo real el putativo menos grava, caracterizado por la suposición errónea de un elemento atenuante que no es circunstancia en su estricto sentido técnico; y ello de acuerdo con el principio carriano "non rei veritas, sed reorum opinio inspicitur".

SACERDOTE, Prof. Anselmo, Consejero honorario de la Corte de Apelación de Turín: "PER UNA RIFORMA DELLE DISPOSIZIONI RELATIVE ALLE MISURE DI SICUREZZA CONTENUTE NEGLI ART. 204, 209 E 222 DEL CODICE PENALE", II, col. 772.

Expresa Sacerdote que entre las múltiples disposiciones del Código penal fascista susceptibles de derogación o modificación, algunas conciernen a la aplicación de medidas de seguridad, y más concretamente al internamiento en un manicomio judicial de los declarados inimputables por vicio total de la mente (art. 88), así como de los condenados a pena atenuada por vicio meramente parcial (art. 89). Analiza el alcance de los artículos 203, 216, 219, 221, 222 y otros en cuanto al concepto de peligrosidad (criminal o social) y la cuestión médico-legal que los términos del ordenamiento positivo suscitan, y sienta como conclusiones la necesidad de un examen psiquiátrico en cada caso, sin que la peligrosidad pueda ser objetivamente presumida por la ley, que tampoco resulta apta para pre-determinar automáticamente la duración del internamiento.

Notas a sentencias. NUVOLONE, Prof. Pietro, Titular de Derecho penal en la Universidad de Parma: "LE DUE FORME DELL'ECCESSO COLPOSO", II, col. 803.

Comenta el profesor Nuvolone sentencia dictada en 21 de enero de 1949 por la Sección primera de la Corte de Casación, que declara lo siguiente: "La agravante de haber actuado, en los delitos culposos, no obstante la previsión del evento, es incompatible con los delitos cometidos por exceso culposo de legítima defensa (en el homicidio), puesto que si bien el exceso culposo hace aplicables las disposiciones relativas a los delitos culposos, no imprime a los delitos dolosos la calidad de culposos."

En vista del artículo 55, puesto en juego por la sentencia comentada, Nuvolone plantea la duda de si el supuesto contemplado por dicho precepto es un verdadero y propio delito culposo o bien un delito doloso, equiparado "quoad poenam" a los delitos culposos por exigencias de política criminal. Considera correctas las consecuencias de la tesis del Tribunal, ya que, siendo querido el evento, no puede constituir agravante el hecho de haberlo previsto. Y, ya en un orden general, entiende que el exceso en la legítima defensa previsto por el artículo 55 consiste precisamente en que el daño temido podría haber sido evitado sin producir el resultado derivado de la defensa, que hubiera debido limitarse a una lesión de grado inferior.

En consecuencia, Nuvolone distingue dos hipótesis:

a) Voluntad no sólo de la conducta, sino también del evento, cuya realización es estimada erróneamente necesaria para eliminar el peligro (voluntariedad del resultado, si bien viciada por un error de valoración; "error in intelligendo").

b) Voluntad de la mera conducta, pero no del evento, el cual acaece por imprudencia, negligencia o impericia en la ejecución ("error in agendo").

Ambos supuestos valen jurídicamente como culpa. Ahora bien, el primero de ellos, a que hace relación el debatido artículo 55, es denominado "exceso culposo improPIO" por Nuvolone, que, por otra parte, le niega naturaleza dolosa, ya que ésta resulta excluida por el error de hecho consistente en la convicción del sujeto de haber reaccionado dentro de los límites de justificación; de no existir tal error valorativo, el resultado habría de incriminarse a título de dolo, a tenor del artículo 43.

Si el exceso es consciente, la culpabilidad será dolosa; si inconsciente, culposa.

Agrega el profesor Nuvolone que debe ser desechada la opinión, demasiado simplista, de que el dolo es siempre voluntad del evento mientras la culpa es voluntad de acción; según esto, quedaría sin resolver el problema del exceso culposo improPIO (art. 55), que habría de ser catalogado como doloso. Por ello, la clave diferenciadora no ha de verse tan sólo en la voluntad o involuntariedad del evento, sino también, y muy especialmente, en la *causa final* del comportamiento: En el dolo, la causa final de la acción es el evento; en la culpa (comprendiva del exceso culposo improPIO), la causa final de la acción es un resultado diverso del evento

(la defensa del bien jurídico en peligro); el *evento excesivo* funcionará aquí como siempre *medio* erróneamente elegido.

GALASSO, Nicola, Sustituto del Procurador General Militar de la República: "GIURISDIZIONE PENALE MILITARE NEI CONFRONTI DI MILITARE NEMICI", III, col. 432.

Razona este comentario la tesis proclamada por el correspondiente Tribunal castrense italiano en el juicio seguido contra el general Wagenner y otros oficiales alemanes de que, con arreglo a normas de Derecho interno italiano, como son los artículos 12 y 13 del Código penal militar para tiempo de guerra—compatibles con el Derecho internacional—quedan sometidos a las leyes y a la jurisdicción penal militar los miembros de fuerzas armadas enemigas que resulten responsables de delitos contra las leyes y usos de la guerra en perjuicio de ciudadanos italianos.

Dibattiti. IAQUINTA, Dr. Alfonso: "L'OBLAZIONE NELLE CONTRAVENZIONI ALLE LEGGI SULLA CACCIA", II, col. 855.

Sobre la aludida materia, disciplinada por el artículo 77 de la Ley especial de Caza, de 1939, en relación con el artículo 162 del C. p., que consagra el instituto jurídico de la oblación, versa el estudio de Iaquinta, que define la misma como "un derecho subjetivo individual, público, en virtud del cual se opera la metamorfosis que convierte en simple infracción administrativa un hecho que la ley prevé como delito, y que resulta idónea para extinguir el delito mismo".

Recensiones. PISAPIA, G. Domenico: "INTRODUZIONE ALLA PARTE SPECIALE DEL DIRITTO PENALE". Milano, Giuffré, 1948. 157 págs.

La obra objeto de esta recensión responde al criterio metodológico técnico jurídico de origen germánico, que inició y acaudilló en Italia Arturo Rocco, y trata de ordenar dogmáticamente, y no con mera rutina exegética, el tratado de los delitos en particular, superando el casuismo tan corriente en la exposición de dicho tratado, que debe aparecer conectado debidamente con la parte general, convirtiendo en realidad la aspiración de una teoría general de la parte especial, rectora de esta última.

DURAN, Prof. Avv. Manuel: "LE CHEQUE SANS PROVISION", en "Revue de Science criminelle et de Droit penal comparé", París, 1949.

Se ocupa este trabajo de tan interesante materia, con especial consideración de la jurisprudencia boliviana, que, en su decisión de 23 de febrero de 1948, ha declarado que es preciso un examen caso por caso, ya que no siempre esta conducta constituye delito.

Diciebre 1949

FERRIO, Prof. Carlo, Docente de Psiquiatría en la Universidad de Turín: "SULLA "CAPACITA DI VOLERE" IN PSICHIATRIA FORENSE", I, col. 353.

Reclama el autor, como conclusión de su artículo, mientras se estudia la nueva ley penal, la conciliación del punto de vista del jurista con el del psiquiatra en materia de premeditación, especialmente en cuanto a su compatibilidad o incompatibilidad con la semiensfermedad mental.

Dibattiti. IAQUINTA, Dr. Alfonso: "SUL FERMO DI POLIZIA", I, col. 359.

Dedica el Dr. Iaquinta su estudio al régimen jurídico y límites de la detención policial, con arreglo a lo preceptuado en el artículo 157 del Texto unificado de las Leyes de Seguridad Pública, en armonía con las correspondientes normas del C. P. P. y otras disposiciones concordantes, que se hace preciso someter a la nueva Constitución, que se ocupa de la tutela de la libertad personal en su artículo 13.

GRANATA, Luigi, Sustituto del Procurador General de Casación: "SUL PROGETTO PRELIMINARE DEL CODICE PENALE (ORIENTAMENTI GENERALI)", II, col 937.

En su estudio—enunciado como primero de una serie sucesiva de ellos sobre la misma materia—el autor reprocha al Código Rocco, todavía vigente, salvo en los concretos aspectos modificados a partir de la caída del régimen fascista, vicios fundamentales, como son, a juicio de Marina, su sentido autoritario, su excesivo rigor y la exasperación de la responsabilidad objetiva, entre otros varios que señala. Con criterio antagónico, el actual Proyecto Preliminar de reforma responde, según se expresa en la "Relazione" introductiva del propio texto, a dos presupuestos directivos: Disminución de las penas y reforzamiento del principio de la responsabilidad moral. A continuación, recorre Granata el articulado de la parte general de ambos textos, confrontados con el de Zanardelli, para fijarse especialmente en aspectos tales como el de la prescripción, la libertad condicional, el concurso, las agravantes y otros, que merecen, en principio, juicio favorable al comentarista, por lo que se refiere al Proyecto.

MARINA, F. A., Consejero de la Corte de Apelación de Génova: "LA RIFORMA DEL CODICE PENALE. IL LIBRO I. RILIEVI E PROPOSTE", II, col. 939.

Limita Marina su examen crítico del Proyecto preliminar a algunos puntos solamente, según advierte de manera expresa, y juzga prudente la conservación del texto punitivo de 1930 como base para la reforma; sin

que, por otra parte, resultase posible aprovechar como punto de partida el Código de 1889 sin renunciar a los frutos de sucesivas elaboraciones doctrinales de las instituciones penales. Más que a la simple exposición y comentario del Proyecto, atiende Marina a sugerir a grandes rasgos las reformas que, en su opinión, deben ser recogidas por el legislador. Por ejemplo, en materia de división de las infracciones, responsabilidad objetiva y culposa, eximentes de cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho y obediencia debida (necessitada esta última de limitación, con ampliación de la facultad de crítica por parte del inferior); circunstancias modificativas, causas extintivas de la responsabilidad penal y culpación, cuyo ámbito se estima debe ser ampliado; consideración penal de la embriaguez, y, en general, de las acciones "liberae in causa"; reincidencia; medida de la penalidad (cuya excesiva reducción en el Proyecto es impugnada por Marina); concurso; peligrosidad y medidas de seguridad, etc.

PELUSO-CASSESE, Giuseppe, Abogado en Nápoles: "DE LEGE CONDENDA. SUL PROGETTO PRELIMINARE DI COD. PEN.", II, col. 950.

Atiende este artículo a determinados temas de la reforma: Punibilidad de los delitos comunes de los extranjeros en el exterior, computación de términos, responsabilidad objetiva y reincidencia.

BARBADORO, V., Abogado en Florencia: "L'ELEMENTO SOGGETTIVO NELLE CONTRAVVENZIONI", II, col. 956.

Critica el mencionado autor la fórmula del artículo 22 del Proyecto preliminar (idéntica a la del art. 42 del texto vigente), que expresa que "en las contravenciones, cada uno responde de su propia acción u omisión, consciente y voluntaria, sea la misma dolosa o culposa"; fórmula ya analizada, en vista del Código de 1930, por la doctrina y, entre ella, por juristas tan destacados como De Marsico, Vannini y Bettoli, así como por Maggiore.

Dibattiti legislativi. BELLONI, Dr. G. Andrea: "ORDINE DEL GIORNO ALLA CAMERA DEI DEPUTATI", I, col. 361.

El parlamentario citado presentó el 7 de octubre de 1949 una moción en la discusión del presupuesto de Justicia.

Reclama diversas medidas tendentes a reforzar el prestigio e idoneidad de la Administración de Justicia, y muy principalmente una decorosa dotación económica, por encontrar mísero el vigente presupuesto del ramo.

NOTAS A SENTENCIAS

Aparecen en este número, como más interesantes, las siguientes:

En materia penal sustantiva, nota del Dr. Antonio Grieco a una sentencia de 4 de mayo de 1949 sobre el *nexo de causalidad material*, en relación con la preterintencionalidad, a cuyo propósito propugna el comentarista la sustitución del segundo párrafo del artículo 21 del Proyecto preliminar por la siguiente fórmula: "La responsabilidad queda excluida cuando sobrevenga una causa imprevisible, idónea por sí sola para determinar el evento."

Otra del profesor Alberto Dall'Ora (a una sentencia de la Corte de Apelación de Milán) sobre *Vilipendio de cadáveres*, en que el autor insiste en su criterio, ya expuesto en reciente trabajo inserto en la "Riv. it. di dir. pen.", 1949, acerca de la noción jurídica del cadáver y, en particular, de la cuestión del nacido muerto; disiente Dall'Ora del punto de vista judicial de estimar *cadáver* al feto maduro.

Y otra, finalmente, del abogado Mario Bruno Fornaciari a una sentencia dictada por el Pretor de Tarento, qué, desautorizando lo dispuesto en una ordenanza del Cuestor, no considera punible el uso de la prenda llamada "slip" como atuendo de baño.

En materia procesal penal, comentario de Giuseppe Sabatini, bajo el título *Procedimenti incidentali e ordine di sequestro penale*, a un fallo dictado por las Secciones unidas de lo penal en 16 de julio de 1949. Elevando su tesis a un plano general, se lamenta Sabatini de la falta de un régimen unitario de procedimiento incidental dentro del ordenamiento positivo italiano, que queda en este aspecto aventajado por textos modernas extranjeros.

En la sección de "Spunti giudiziari" aparece un extenso artículo de Renato Bettica-Giovaninni sobre la autodefensa de Apuleyo de Medaura, acusado de magia en el año 158 d. C., bajo el reinado del emperador Adriano.

LA SCUOLA POSITIVA

1949 (fasc. 3-4)

GRISPIGNI, Prof. Filippo, Titular de Derecho penal en la Universidad de Roma: "REGRESSO DI UN SECOLO NELLA LEGISLAZIONE PENALE", pág. 329.

Consume el profesor Grispigni un turno en contra del Proyecto preliminar de nuevo Código penal y en defensa del, a su juicio, muy superior Código Rocco, al que aportaron su ciencia y su experiencia insignes colaboradores de su autor principal y, entre ellos, el finado Massari, superando la lucha de escuelas.

Considerado el Proyecto en su conjunto, es imposible dejar de observar que constituye una transformación radical del Código vigente, en cuanto resultan hondamente alterados todos o casi todos los institutos que sirvieron para caracterizarlo como uno de los más modernos, hasta el punto de suscitar la admiración de los estudiosos y servir de modelo a los más recientes proyectos extranjeros, en tanto que el Proyecto se presente como un intento de regresión del Derecho penal a sistemas arcaicos, abandonados hace largo tiempo, por lo que si, por desgracia, llegase a alcanzar vigencia en Italia, esta nación, que fué siempre maestra del mundo en el campo penal, descendería al último puesto.

Considera Grispigni que el Comité ejecutivo, salido del seno de la Comisión general, se ha tomado la libertad de proponer reformas que rebasan su competencia, limitada a la acomodación del texto legal al nuevo régimen político, pero sobre la base técnicocientífica del prestigioso Código Rocco; mas el Proyecto no sólo destruye a su modelo básico, sino que, incluso, niega los principios inspiradores del liberal Código de Zanardelli y muestra el mayor desdén por todos los estudios modernos, habiendo vuelto a la época de Pellegrino Rossi.

Ni siquiera respeta el precepto constitucional que proclama que las penas deben tender a la reeducación del condenado (art. 27), sino que se adscribe a la tesis absoluta, de suerte que, en vez de constituir, como todo ordenamiento penal debe ser, un medio de protección contra el delito, tendente a disminuir la criminalidad, instituye una venganza retributiva. Aún más, Grispigni reprocha al Proyecto su inconsistencia para con su propio retribucionismo, que es negado a cada paso por preceptos incongruentes con el principio cardinal.

Analizado ya el contenido del Proyecto, Grispigni censura el régimen propuesto para numerosos institutos, mejor tratados en el Código vigente: desvalorización del juicio de peligrosidad; sustitución del delincuente por tendencia por la desacertada figura del delincuente particularmente perverso; transformación sustancial de las medidas de seguridad en penas complementarias; falta de regulación de los anormales psíquicos y, en especial, de los psicópatas imputables; delitos cometidos en estado de embriaguez; supervivencia de la responsabilidad objetiva en los delitos de imprenta, etc.

Contados méritos reconoce Grispigni a este Proyecto de Libro I, tan duramente censurado por él: Régimen del delito político; disminución facultativa de la pena para los delitos de comisión por omisión (art. 20); prescriptibilidad de los delitos penados con ergástula (art. 58) y algún otro.

En resumen, afirma Grispigni que la mayor parte de las modificaciones propuestas tienen sólo alcance teórico y no siempre inocuo. Y califica al Proyecto de verdadero desafío, que no quedará sin recoger por los muchos disconformes.

CARNELUTTI, Prof. Francesco, Titular de Derecho procesal penal en la Universidad de Roma: "RELAZIONE A LA FACOLTA GIURIDICA DI ROMA SUL PROGETTO DI RIFORMA DEL PRIMO LIBRO DEL CODICE PENALE", pág. 365.

Como complemento de la crítica de Grispigni, Carnelutti formula por separado su propia opinión, que, según expresa el mismo Carnelutti, en un sentido es más moderada y en otro más compleja que aquélla:

Si se quería sólo enmendar algunos de los defectos más graves del Código vigente, se ha pecado por exceso; si dar un paso adelante en la marcha de la cultura penal, se ha pecado por defecto.

En primer lugar, afirma Carnelutti que el Proyecto no responde a las exigencias del arte legislativo moderno, bajo tres puntos de vista: *sistema, principios y fórmulas*.

En el aspecto *sistemático*, el Proyecto es mezquino y rutinario, ya que ha dado de lado a los más interesantes problemas de este orden. Carnelutti—aplicando su peculiar criterio, según el cual la pena debe ser sustraída al Derecho sustantivo o criminal para adscribirla al procesal penal o Derecho penal propiamente dicho—censura al Proyecto por no haber delimitado así las materias, y opone otros reparos de índole sistemática, también fundados en su personalísimo criterio expuesto ya en su "Teoría generale del reato".

El mismo punto de vista original aplica al análisis crítico de los dos restantes aspectos: *Principios y fórmulas*, con la conclusión de la inferioridad del nuevo texto en comparación con el todavía vigente, mostrada en cuestiones tales como la finalidad de la pena—asentada en el ingenuo principio de la retribución—y su relación con la medida de seguridad; el perdón judicial y la suspensión condicional de la pena; la individualización de la misma; concepto de la tentativa—con retorno a la insatisfactoria fórmula del Código de Zanardelli—, etc. Sin que se haya mejorado al Código Rocco en otros puntos necesitados de rectificación, por ejemplo, definición del delito, responsabilidad objetiva, participación delictiva, concurso de delitos y otros varios, que no debían haber escapado—dice Carnelutti—a los "valientes redactores del Proyecto". Por fin, hace Carnelutti concretas objeciones de fondo y, sobre todo, de estilo a los artículos 14, 15, 19, 22, 27, 28, 24, 26, 29 y 33, lo que lleva a este profesor a decir que el Proyecto, antes de ser ley, e incluso bajo el aspecto de la corrección de sus fórmulas, debe ser sometido a paciente "labor limae".

ANTOLISEI, Prof. Francesco, Titular en la Universidad de Turín: "IL PROGETTO PRELIMINARE DEL CODICE PENALE", pág. 377.

Con el del profesor Antolisei sigue la serie de juicios críticos—en su conjunto adversos—sobre el debatido Proyecto, recogidos por *La Scuola Positiva*.

Constituye este trabajo, inserto en la revista del positivismo, la primera parte del Informe redactado por el profesor Antolisei por encargo

de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Turín, cuya unánime aprobación obtuvo:

El inicial propósito de acomodar el Código penal a los principios del restaurado régimen democrático no constituye, dado su carácter demasiado genérico, un programa suficiente, máxime si se tiene en cuenta—como los propios redactores del Proyecto no dejan de reconocer—que las líneas fundamentales del Código Rocco no pugnan con el régimen de libertad y que la orientación política fascista sólo se manifestó en particulares figuras de delito y en cuestiones de detalle. Por otra parte, no cabe olvidar que tales manifestaciones han sido eliminadas en gran parte por el Decreto legislativo de 14 de septiembre de 1944, núm. 288, al abolir las figuras de delito que hacían relación a los institutos propios del fascismo, suprimir la pena de muerte e introducir modificaciones profundas en varios preceptos incriminativos de sentido autoritario (ofensas de hecho y de palabra contra la autoridad, etc.).

Según la Exposición de Motivos ("Relazione"), el Proyecto responde a las tres direcciones siguientes: a) Mitigación del excesivo rigor de las penas; b) Eliminación en la mayor medida posible del criterio de la responsabilidad objetiva; c) Prohibición de la extradición por delitos políticos. Pero estas reformas podrían ser realizadas mediante una ley especial, sin necesidad de rehacer el texto del Código.

Tampoco ha mostrado acierto el Proyecto al no ser capaz de eliminar, ni aun atenuar, las imperfecciones que, por exceso de afán de perfección, presenta el Código Rocco (demasiado científico) en el orden técnico legislativo, respondiendo a una corriente de inflación legislativa muy agudamente señalada por Cornelutti.

En el aspecto sustancial, de contenido, va Antolisei observando numerosos yerros en temas fundamentales, y sobre todo en cuanto a la política criminal, respecto de la cual no se ha tenido en cuenta para nada la superación del Código Rocco que representan los numerosos Códigos y Proyectos aparecidos después del mismo en diversos países. Lo mismo que Grispigni, se fija también en la inconstitucionalidad que, frente al artículo 27 de la Carta política, supone la finalidad retributiva atribuida a la pena por el Proyecto.

En resumen, Antolisei acusa al Anteproyecto de constituir, dentro de la evolución del Derecho penal y en comparación con el Código Rocco, un *indiscutible y marcado retroceso*, y reclama el abierto y pleno disentimiento de la Universidad de Turín.

RANIERI, Prof. Silvio, Titular de la Universidad de Bolonia: "IL PROGETTO DI RIFORMA DEL CODICE PENALE", pág. 385.

En su discurso de apertura del curso universitario 1949-50, el profesor Ranieri une su juicio desfavorable a los ya recogidos en la presente resección respecto del discutido Proyecto de reforma penal italiana.

Imputa el profesor Ranieri al Proyecto, entre otras tachas, no haber tenido en cuenta el adelanto legislativo que representan últimamente la

ley belga de defensa social, de 1931; el Proyecto de Código penal francés, de 1932; el Código penal polaco del mismo año, en vía de reforma por la Comisión nombrada en 1947; el Código penal danés, de 1933; el uruguayo, de 1934; el brasileño, de 1940; el suizo, de 1937-42, y el Proyecto inglés para la Justicia criminal, de 1947.

Cita una serie de puntos necesitados de reforma en el Código Rocco y que, sin embargo, no ha merecido la atención de los autores del Proyecto, y destaca, finalmente, ya con carácter casuístico, numerosas cuestiones y fórmulas del Proyecto, contrastadas con el texto vigente: capacidad para delinuir, finalidad de la pena y medidas de seguridad, delito político, relación de causalidad, delitos de imprenta, tentativa, embriaguez, concurso de personas y de penas, etc.

* * *

Contiene, además, este denso número trimestral de *La Scuola Positiva*, entre otros, los siguientes trabajos:

JANNITTI-PIROMALLO, Prof. Alfredo, Presidente de Sección de la Corte de Casación: "NUOVE ORIENTAMENTI DELLE PENE E DELLE MISURE DI SICUREZZA", pág. 404.

ALLEGRA, Prof. Giuliano, de la Universidad Católica de Milán: "TERRITORIALITA E PERSONALITA DELLA LEGGE PENALE", página 407.

LANDOGNA-CASSONE, Prof. Francesco, Encargado de Curso de Antropología en la Universidad de Messina. Extenso estudio sobre "LA PERSONA CRIMINALE. L'ODIERNO INDIRIZZO METODOLOGICO", con documentadas aportaciones en materia de biotipología criminal, pág. 423.

DE MENATO, Prof. Mario, Encargado de Antropología criminal en la Universidad de Nápoles: "BIOLOGIA E DIRITTO NELLA PROFILASSI E NELLA TERAPIA DELLA CRIMINALITA", pág. 479.

Y otros varios estudios de carácter antropológico y criminológico, propios de la específica filiación científica de esta revista.

PORTUGAL**BOLETIM DO MINISTERIO DA IUSTIÇA****Número 17. Marzo de 1950**

LORENA DE SEVES, Gastão de: "APONTAMENTOS E SUGESTOES PARA A REFORMA DA ESTATISTICA CRIMINAL PORTUGUESA", pág. 89.

Contiene este trabajo un interesante estudio comparativo de las distintas estadísticas criminales publicadas hasta la fecha en Portugal, diciéndonos el autor que los boletines estadísticos de los años 1936 y 1937 constituyen meros ensayos, propios de la fase de iniciación en la que el Instituto Nacional de Estadística se esfuerza por encontrar una orientación, siendo de señalar, en el primero, la imperfección técnica, y en el segundo, en el que se corrige esta imperfección, el exceso de datos, incompatible con la capacidad normal de trabajo del Instituto. Es en el boletín del año 1938, según Lorena de Sèves, cuando se inicia una fase de equilibrio y de estabilidad en cuanto al contenido y forma, que se mantiene hasta el año de 1941. Los boletines posteriores, aunque presentan algunas variaciones en cuanto a los datos referentes a la "parte especial"—que son los aquí estudiados por el autor—, siguen los moldes de los anteriores boletines.

Advierte que aunque el boletín estadístico portugués es uno de los que mayor número de datos contiene, en comparación con los extranjeros, a su juicio, presenta la laguna de no hacer constar los datos correspondientes a los procesos archivados y causas de esta resolución, así como todos los referentes a aquellos otros procedimientos en los que no llega a ser dictada sentencia por causa de desistimiento.

Pasa a continuación a hacer un detenido estudio de una serie de datos de indudable interés criminológico, tales como: la fecha en que se cometieron los delitos, infracciones cometidas por condenados, lugar de residencia de los condenados, instrumentos usados para la comisión del delito, profesión de los delincuentes, su edad y estado civil, etc.

Concluye sosteniendo que en la estadística no solamente deben de figurar los datos referentes a los hechos para cuyo conocimiento es competente la jurisdicción ordinaria, sino también aquellos de que conocen los Tribunales especiales, con relación a los cuales entiende que no existe una verdadera estadística o es del todo insuficiente. Sostiene que estos hechos deben figurar en los mismos cuadros estadísticos ordinarios, pero con indicación del Tribunal juzgador. Los delitos militares cree que también deben figurar en el boletín estadístico, sobre todo aquellos cuyos presupuestos de hecho sean idénticos a los previstos en el Código penal.

Con esto termina esta parte del interesante trabajo de Lorena de Sèves dedicado al estudio de la estadística en relación con los delitos previstos en la llamada parte especial de los códigos. Se nos anuncia la continuación de este estudio en el próximo número de este Boletín, y de su contenido daremos noticia a los lectores de este ANUARIO.

C. C. H.

REVISTA DE DIREITO E DE ESTUDOS SOCIAIS

Año V. núms. 1 a 3. Abril-junio-agosto 1949. Coimbra

BELEZA DOS SANTOS: "IMPUTABILIDADE PENAL", págs. 86-111.

Empieza el autor, Decano de la Facultad de Derecho de Coimbra e ilustre penalista, por esclarecer algunos vocablos, tales como *responsabilidad*, *culpabilidad* e *imputabilidad penales*, para a seguida establecer los presupuestos o condiciones de la responsabilidad penal, los cuales concreta en los términos siguientes: tipicidad e ilicitud de una acción (además de la existencia de la relación causal) o conducta del agente, culpabilidad e inexistencia de causas de impunidad. Destaca la culpabilidad, objeto de estudio, haciéndonos unas sugestivas consideraciones entre "culpabilidad y pena", la primera como presupuesto de medición de la segunda, y ésta, a la vez, habrá de gráduarse por la culpabilidad del delincuente. Con gran acopio de datos y material científico acoge, de un lado, la concepción normativa de la culpabilidad; y de otra parte, el profesor B. dos Santos trata con especial finura de la insobornable libertad moral del individuo, manteniendo la tesis del fundamento esencialmente ético de la culpabilidad moral. Ya en cuanto a la imputabilidad penal el autor la conceptúa, al modo usual, como un requisito de la culpabilidad, lo cual vale tanto como decir que en el momento de la acción el agente debe poderla valorar jurídicamente, esto es, que en el instante de realización de la acción la persona no se encuentre impedida por condiciones de diversa índole de manera que no pueda estimar la clase de acción que ejecutaba. Acepta en su integridad la estructura conceptual de la culpabilidad de la exposición mezqueriana, analizando los distintos criterios con que han sido articuladas las llamadas causas de inimputabilidad, haciéndonos especial referencia a la regulación portuguesa para terminar por exigir una íntima colaboración entre juristas y peritos en esta particular zona fronteriza de la imputabilidad en la que confluye la persona con la inexcusable necesidad de acudir en auxilio de disciplinas de diferente rango científico al Derecho punitivo. El tema en cuestión fué objeto de una lección profesada en la Facultad de Medicina de Coimbra.

J. DEL R.

SUIZA

REVUE DE CRIMINOLOGIE ET DE POLICE TECHNIQUE

Julio-septiembre 1949

LOWAGE, F.-E.: "LA COMMISSION INTERNATIONALE DE POLICE CRIMINELLE", pág. 156.

En 1923, a instancia de M. R.-E. Enright, Comisario de Policía de Nueva York, fué creada la *International Police Conference*, que aspiraba

a centralizar todas las materias desarrolladas por los Cuerpos de Policía, comprendiendo los problemas de la circulación, cuya institución no sobrevivió. En el mismo año, el Dr. Schober, siendo presidente de la Policía de Viena, instituye la "Commission Internationale de Police Criminelle", cuyas atribuciones fueron limitadas a las actividades de la Policía judicial y criminal. Este organismo funciona y progresó hasta la segunda guerra mundial. Los resultados fueron apreciados por los órganos de Justicia y Policía de numerosos países y por la Sociedad de Naciones. Después, en 1946, en presencia de la situación alarmante nacida de la falta de cooperación entre los policías criminales, algunos antiguos miembros de la Comisión de Policía belga pidieron al autor de este artículo, en su calidad de presidente de la C. I. P. C., la necesidad urgente de convocar a los jefes de la Policía judicial con el fin de reintegrar a la vida dicho organismo entre las naciones, y de esta manera la C. I. P. C., reconstruida por decisión de una Asamblea, que tuvo lugar en junio de aquel año, en Bruselas, congregando a los delegados de 18 países, volvió a nacer y recobrar su actividad. El objeto de la misma está perfectamente definido en el artículo 1.º de los Estatutos: "Asegurar y desenvolver una ayuda oficial y recíproca, la más dilatada que pueda pensarse, de todas las autoridades de policía criminal, encuadradas y reconocidas como existentes entre los diferentes Estados, con objeto de establecer y desarrollarse todas las instituciones capaces de contribuir eficazmente a la represión de crímenes y delitos de Derecho común, con exclusión rigurosa de todo negocio que presente un carácter político, religioso o racial."

BUISSON, H.: "LE SERVICE DES RENSEIGNEMENTS GENERAUX DE LA SURETE NATIONALE", pág. 158.

Aparece distribuido el artículo en los siguientes titulares: I. La policía preventiva. II. Los orígenes de la policía especial. III. La creación de la policía especial de ferrocarriles. IV. La transformación de la policía especial de ferrocarriles en policía especial para la seguridad nacional. V. Los registros de sospechosos.

El trabajo se inspira en un pensamiento de Hubert Sesmat: "La sociología constructiva nos enseña que toda agrupación de hombres es una hoguera virtual de infracciones", inserto en su libro *La seguridad moderna*. Mientras que las autoridades judiciales están habilitadas para aplicar el Derecho penal, ya que son instituciones exclusivamente sancionadoras, los servicios policiales tienen como principal misión la de prevenir toda perturbación del orden público y los derechos y libertades individuales. Entre las ideas permanentes en asuntos de policía destacan las que se refieren a la superioridad representativa necesaria y conveniente de la policía preventiva sobre la policía represiva. El papel preventivo está desempeñado por la Policía francesa, en orden a la seguridad nacional, por tres servicios esenciales: la seguridad pública mantiene la vigilancia del orden público y de los establecimientos públicos, como la tranquilidad en la vía pública; la vigilancia del territorio, encomendada a la

policía en función de información, vela por la seguridad del Estado, y el Registro general de sospechosos completa la acción informativa judicial con miras a la seguridad interior del propio Estado.

SORRENTINO, Hugo: "POLICE SCIENTIFIQUE", pág. 163.

El director técnico de la Escuela Superior de Policía de Roma es autor de este interesante trabajo, en el que nos dice que hacia el final del siglo último se llegó al convencimiento, en su patria, de que no bastaban los medios empíricos de que disponía la organización judicial en sus funciones, que con la evolución del tiempo resultaban casi siempre ineficaces. Con tal motivo, en diferentes países, hombres de ciencia, ayudados de prácticos especializados, fundaron escuelas especiales, que en un principio tomaron el nombre de "Escuelas de policía científica". Conforme a esta denominación debería llamarse la atención acerca de la necesidad de valorizar los sistemas técnicos de preparación en esas escuelas, para proporcionar en todo su poder la intuición y el buen sentido en el buen orden de la mayor perfección dentro de los servicios policiales. Acaso la designación de "Policía científica" no correspondía a los programas de enseñanza, que se limitaban a algunas ramas de la actividad policial, y por lo mismo, daban lugar a varios errores de interpretación, y además se derivaba en torno a los mismos graves inconvenientes que existen hoy día, a pesar de los esfuerzos para despertar la atención de personas competentes, sobre la necesidad de conseguir una completa claridad en los métodos expositivos. La síntesis de la escuela italiana de Ottolenghi y la francesa de Bertillón está explicada con acierto en el artículo que examinamos, para concluir señalando que los métodos de indagación que deben ser enseñados y aplicados para la formación del personal son: análisis, comprobación, clasificación y comparación.

GRAVEN, Jean: "UNE HISTOIRE ET UNE MISE EN ACCUSATION DE LA TORTURE, DES ORIGINES A NOS JOURS", pág. 166.

El ilustre penalista suizo, que hoy honra las páginas de nuestro ANUARIO con un interesantísimo trabajo que publicamos en la Sección doctrinal, comienza diciendo que no deja de ser un signo de estos tiempos el que haya necesidad de relatar de nuevo la práctica odiosa del tormento, que vuelve a aparecer con palpitante actualidad con motivo de la publicación de Alec Mellor "La tortura, su historia, su abolición y reaparición en el siglo XX", del cual hace Graven una atinadísima crítica, intercalando observaciones propias, y que constituye la más acabada y completa recensión del libro antes citado.

VOUIN, Robert: "LE PROBLEME DE LA NARCO-ANALYSE DEVANT LA JUSTICE FRANÇAISE", pág. 194.

Otro artículo más sobre este problema de tanta actualidad, examinado en relación con un asunto judicial en que intervino el Tribunal Correccional del Sena, en 23 de febrero de 1949, que fué objeto de un comentario de Kréher. El autor de este trabajo no considera lícito emplear dicho procedimiento en el juicio penal, ni valerse la policía de este empleo médico-narcotizante para obtener, contra la voluntad del paciente, la confesión de un crimen o la denuncia de un delincuente o de un cómplice. En efecto, tal práctica es contraria a la concepción de la instrucción criminal en Francia, y además no ofrece ninguna garantía el pretendido *suero de la verdad*, que invalida el testimonio o procede declararlo inexistente y tener por no hechas las declaraciones sometidas al imperio de una droga, ni aun en el caso de que se practique el experimento por un técnico y con miras a determinar si el sometido se hallaba o no en estado de demencia al cometer la acción. Agrega el escritor que, además, infringe el artículo 327 del Código penal francés, que no consiente asimilar la declaración de libre voluntad con la prestada por coacción y aparentemente dada con la asistencia médica.

MITKOVITCH, R.: "LE CRIME PASSIONNEL", pág. 197.

Recuerda el autor el pensamiento de Platón: "El amor es un dios o un demonio, según que nos haga dichosos o desgraciados", y las distintas opiniones sobre tan arraigado sentimiento entre novelistas y hombres de ciencia. La Filosofía y la Psicología, nos dice el autor, no han penetrado lo suficiente en los laberintos de la vida psíquica, y todos los conceptos emitidos sobre el hombre acaban por reducirle a un animal dotado de razón. La pasión era un deseo violento para Aristóteles, una emoción para Kant, una sensación para Epicuro y una enfermedad moral para James. En el orden afectivo, la pasión ocupa un lugar de desenvolvimiento de una idea fija en el orden intelectual, según Ribot. Mas la pasión rompe el equilibrio y nos impulsa a dirigir energías hacia un mismo punto. Los criminales pasionales—agrega Mitkovich—gozan de escandalosa impunidad en los momentos actuales, y por ello su número sigue en aumento. Los magistrados y los médicos no están de acuerdo respecto a su responsabilidad. La justicia los declara culpables porque los conceptúa sanos de espíritu, pero a veces se atribuye a las pasiones lo que es una cuenta cobrada a costa del vicio. "El crimen pasional no debe mellar la espada de la justicia." La ciencia, por el contrario, pretende que los individuos que ejecutan el crimen pasional son constreñidos por una fuerza a la que no han podido resistir y no son, por consiguiente responsables. El escritor del artículo que examinamos cree que las dos tesis contienen una parte de verdad y deben conciliarse. Son responsables que entran en la categoría de *demi-fous*, de Gasset, porque no son completamente locos o alienados mentales ni completamente responsables.

WALDER, H.: "L'ANALYSE SPECTRALE AU SERVICE DE LA CRIMINALISTIQUE", pág. 219.

Se trata de un artículo corto, que se propone dar a conocer cómo el análisis espectral de una sustancia utilizada con motivo de un crimen facilita indudablemente el descubrimiento del criminal, hasta entonces desconocido. El 29 de octubre de 1947, al anochecer, un hombre de cierta edad fué atraído a una emboscada en una pequeña ciudad del cantón de Zurich, recibiendo en pleno rostro una lesión al arrojarle sosa cáustica. A pesar de la intervención rápida del médico el agredido perdió la vida, sin que la víctima pudiera facilitar el nombre del agresor. Por otra parte, las indagaciones realizadas sobre el lugar donde se vendió la sosa cáustica no dieron resultado alguno y, por consecuencia, fué preciso examinar los vestigios que había dejado la quemadura en los bordes de la herida, templándola con agua caliente, así como los vestidos del lesionado. Se pensó completar el análisis químico con el espectral, lo que realizó el Instituto de Medicina Legal, de Berna, que obtuvo las huellas del verdadero criminal, mostrando el espectrograma el origen del ácido o álcali empleado y dónde la sosa fué disuelta y manipulada por delincuente.

Octubre-diciembre 1949

DAUTRICOURT, Joseph I.: "LE PROBLEME DE LA POLICE UNIVERSELLE", pág. 235.

La realización del orden público universal, dice el autor, depende de tres elementos esenciales: 1.º Una regla de Derecho universal. 2.º Una jurisdicción penal universal permanente. 3.º Una fuerza que obligue a hacerla respetar. Reglas y jurisdicciones discutidísimas. Y después de analizar los estudios de Pella, "Hacia una jurisdicción penal internacional", y el de Laccionia, "El Tribunal criminal internacional", llega el autor del trabajo a la conclusión de que la regla de Derecho internacional es la Ley penal universal puesta en práctica por la Convención de La Haya y la Carta de las Naciones Unidas, que recogieron la costumbre de los pueblos civilizados que se inspiran en la conciencia universal para el mantenimiento del orden entre las naciones, y la jurisdicción subordinada a la Ley universal que define las reglas o normas de competencia, su organización y el procedimiento y condiciones esenciales de su función. Para garantizar su ejercicio es preciso establecer una policía universal, dotada de fuerza armada, encargada de poner en ejecución una misión policial de universalidad, que al propio tiempo sea nacional e internacional, con el fin de que pueda ser conocida como la *última razón legal*, que comprenda los medios coercitivos y de información puestos en vías de hecho para asegurar el orden público universal, que constituirá un Cuerpo de oficiales a disposición inmediata del Tribunal penal internacional, reclutada, dirigida y administrada por una Sección de la Sala Internacional absolutamente independiente de toda autoridad política nacional e internacional.

DUBOIS, René: "L'EXPULSION EN DROIT PENAL ET ADMINISTRATIF", pág. 254.

La expulsión es el medio del cual se sirve la autoridad para arrojar de su territorio al individuo que juzga indeseable por razones determinadas. En Suiza, esta autoridad puede ser política, administrativa o judicial, y, por consiguiente, el individuo considerado indeseable no sólo se le aparta del territorio, sino que se le prohíbe volver a penetrar en él. Este extrañamiento basado en motivos suficientes es visto por el autor del artículo estudiando los elementos peligrosos en la persona de los individuos que comprometen la seguridad del Estado y del orden público, a tenor del artículo 70 de la Constitución federal, que confiere a la Confederación el derecho de expulsar de su territorio a los extranjeros que comprometan la seguridad interior o exterior del Estado suizo; a los delincuentes de derecho común, que el juez puede expulsar, en caso de ser condenados a represión o prisión a consecuencia de la aplicación del artículo 55 del Código penal, y a los indigentes y vagabundos que constituyan un recargo que gravita sobre la asistencia pública, bien por aplicación del precepto contenido en el artículo 45, párrafo 3.º, de la referida Constitución federal y posean la condición de confederados que no están en su cantón de origen y hayan sido objeto de una asistencia permanente, después de haber sido invitados a trasladarse, ya en virtud del artículo 10 de la Ley de 1931, por lo que se refiere a extranjeros. A continuación estudia la categoría conocida por la de los "no asimilables", o sea, aquellos que no ofrecen la cualidad de agitadores políticos, ni la de delincuentes ni vagabundos, pero que no dejan de ser indeseables y, por tanto, indignos de vivir en el pueblo suizo y desplazados en virtud de la ley aplicable a los extranjeros, por acuerdo policial, ya que por el modo de conducirse y por sus actos permiten deducir la conclusión de que no quieren adaptarse al orden establecido por el país que les ofreció hospitalidad y son incapaces de adaptación. Esta disposición legal, tan elástica como explícita, inserta en el artículo 10 de la Ley federal, con objeto de su revisión autónoma en 1948, ha sido aclarada en virtud de la interpretación que habían dado las autoridades administrativas durante el transcurso del tiempo al antiguo texto legal que facultaba la expulsión a los extranjeros condenados por una autoridad judicial, por crimen o delito, pero igualmente a los que habían abusado de la hospitalidad en Suiza por contravenciones graves o reiteradas. También se mencionan las expulsiones acordadas por las autoridades cantonales durante el año 1945, que se vieron obligadas a hacer con gran número de extranjeros que comprometían la seguridad interior o exterior del Estado.

KOHLER, Claude: "REFLEXIONS SUR LA FUGUE ET LE VAGABONDAGE CHEZ L'ENFANT ET L'ADOLESCENT", pág. 266.

Después de la segunda guerra mundial, los problemas angustiosos que plantea ante la sociedad el caso del niño fugitivo o vagabundo ha despertado una curiosidad nueva y es materia de honda preocupación en Europa.

No debe ignorarse que entre las *personas desplazadas* que pueblan todavía los campos de la zona oeste de Alemania, una gran parte está constituida por niños entregados a la vida errante o vagabundos de hecho. Tal y como son, no ha podido ser reconstruido su estado civil. Unicamente recuerdan las bandas organizadas de niños que conoció Rusia en 1918-1919. El sociólogo tendría que considerar este estado de vagabundos como una manifestación social de tipo neuropsiquiátrico, como expresión de una perturbación orgánica o psíquica que el diccionario Larousse define en sentido de "fuga, a modo de escapatoria", y al vagabundo, como "estado de aquel que vive errante, sin domicilio". El escritor estudia desde los casos más simples hasta los más complicados, a partir de los que presentan anomalías de idiocia y de imbecilidad, pasando por los niños moralmente abandonados, hasta los potenciales del delito, refiriendo historias interesantes y circunstanciadas, para concluir con deducciones sociales y de higiene mental acertadas, coadyuvando con diversas medidas a una acción policial protectora.

D. M.

NOTICIARIO

EL PROFESOR FONTAN BALESTA, EN LA UNIVERSIDAD CENTRAL

En el Aula Magna de la Universidad Central, y sobre el tema "La tipicidad en la moderna dogmática penal", pronunció una interesante conferencia el profesor titular de la Universidad de Buenos Aires, que procuraremos extractar:

"Nos proponemos—dijo—ensayar una concepción latina de la tipicidad, desembarazada de la abstrusa terminología germana y de los problemas que son la consecuencia de las necesidades del Derecho positivo alemán.

No perdiendo de vista esa finalidad, y con el objeto de simplificar la nomenclatura, se puede dar a la palabra tipicidad un significado que encubre la triple función que asignaremos a ese elemento técnico del delito.

En primer lugar, damos a la tipicidad una función de garantía jurídico-política, consistente en la exigencia de que las leyes contengan descripciones de conductas con el mayor detalle posible de modo que no sea dable identificarlas, sino con las que realmente se ha querido penal; empleando las palabras de Beiring: "necesidad de que los delitos se acuñen en tipos y no en fórmulas vagamente genéricas".

Las consecuencias que de esta imposición resultan son:

Primero. La necesidad de la "ley previa" encuentra su conveniente resorte técnico. En efecto: de nada vale que la ley sea sancionada con anterioridad al hecho del proceso, si dentro de ella se hace posible el voluntarismo judicial, voluntarismo que puede ser la consecuencia de la imprecisión de la ley o de la libertad dejada adrede por el legislador.

Segundo. No se pena a nadie por lo que es, sino por lo que ha hecho. Toda teoría que dé como fundamento de la responsabilidad criminal la totalidad o algunas de las condiciones personales del individuo, debe ser rechazada. Cosa distinta es que la personalidad pueda ser el índice para la medida cualitativa y cuantitativa de la sanción—pena o medida de seguridad—a lo que no nos oponemos, pero nunca el fundamento.

Tercero. De las dos consecuencias anteriores y de las funciones que en seguida se verá atribuimos a la tipicidad, ella implica la negación de la analogía. Podríamos decir que representa justamente, su cara opuesta.

La segunda función de la tipicidad puede expresarse diciendo que cualifica los demás elementos del general delito.

Cuando decimos que el delito es una acción típicamente antijurídica y culpable, queremos decir que tanto la acción como la antijuricidad como la culpabilidad han de ser típicas.

Que la acción sea típica resulta evidente, puesto que ese es el fin perseguido.

al exigir que las leyes penales se redacten describiendo conductas en su parte especial.

La antijudicidad también ha de ser típica. Hoy no puede aceptarse la tesis que sostiene que la tipicidad no contiene juicio de valor alguno. Sin que el contenido antijurídico de los tipos insertos en la parte especial del Código penal cambien sustancialmente su naturaleza, el tipo delimita la única porción de antijudicidad con relevancia penal.

En lo que hace a la culpabilidad, es evidente que no podrá construirse un delito de homicidio con dolo de hurto, por ejemplo hipótesis ésta que comprende numerosísimos casos y que no está tan lejos de la realidad como a primera vista pudiera parecer. Pero hay algo más; en los Códigos que, como el argentino, no contienen una disposición general referida a los delitos culposos, aparecen en la parte especial, independientemente, tipos dolosos y tipos culposos de delitos. Puede ocurrir, y ocurre, que una acción esté tipificada sólo dolosamente, y en tal caso el mismo hecho cumplido en forma culposa no será punible por ausencia de culpabilidad típica, puesto que la culpabilidad típica de ese delito es la dolosa.

Un ejemplo nos aclarará las cosas: en el Código penal argentino el delito de atentado a la autoridad sólo ha sido tipificado de una forma dolosa; sin embargo, los hechos que lo constituyen pueden ser cumplidos cúposamente—en estado de ebriedad involuntaria, por ejemplo—, pero en tal caso el hecho no será punible por ausencia de culpabilidad típica.

La tercera función que asignamos a la tipicidad es la que se ejerce a través de los tipos de la parte especial. En ellos puede distinguirse referencias de tres categorías de distinta naturaleza, a saber: elementos subjetivos, elementos objetivos y elementos normativos o valorativos.

Primer. *Elementos objetivos*: Son referencias a objetos y modos de obrar de que el legislador se vale para delinear en forma puramente descriptiva las acciones punibles.

Segundo. *Elementos subjetivos*: No han de ser confundidos con el elemento subjetivo del delito—la culpabilidad—, aun cuando las leyes suelen hacer referencias a él, ya sea para exigir una determinada forma de culpabilidad o para recalcar su exigencia.

Los verdaderos elementos subjetivos del tipo contienen referencias a determinadas condiciones del sujeto o a conocimientos que el mismo ha de tener o, por último, a particulares situaciones o estados mentales. Ejemplo de los primeros es la condición de funcionario público, la de tutor o guardador de una menor, en cada caso para determinados delitos; de los segundos, la necesidad de que quien mata a su ascendiente sepa que lo es; de los terceros, la emoción violenta, el deseo de ocultar la deshonra por parte de la madre en el infanticidio.

Estos elementos han de estar presentes para que se dé el particular delito en cuyo tipo están contenidos, pero su ausencia no implica forzosamente la del delito, sino sólo la de ese tipo. Así, quien mata a su padre sin saber que lo es no cumple el tipo del parricidio, pero sí el del homicidio simple, puesto que la culpabilidad está presente y sólo se nota la ausencia del elemento parentesco, perteneciente al tipo particular del homicidio calificado.

Inversamente, puede encontrarse presente el elemento subjetivo del tipo y no darse el delito por ausencia de culpabilidad; en el mismo caso puesto puede ocurrir

que alguien mate a su padre sabiendo que lo es, habiendo incurrido en error insalvable con respecto a la eficacia del arma empleada.

Tercero. Los elementos normativos llevan consigo una valoración. A veces se identifican con los subjetivos, como cuando se requiere una determinada intención, otras veces se refiere al sujeto pasivo, pero siempre son un reflejo de la norma.

Estos elementos fueron el objeto de la primera objeción formulada a la tesis de Be:ing, según la cual el tipo es puramente descriptivo y carente de valoración.

Estos elementos del particular tipo han de ser objeto de estudio en cada legislación en particular, recorriendo las disposiciones de la parte especial para llegar a agruparlos y clasificarlos dentro de las tres especies que hemos dado.

D. M.

III CONFERENCIA INTERNACIONAL DE JURISTAS

Organizada por la *International Bar Association*, se celebrará en Londres, en los días 9 al 26 de julio del corriente año, esta Conferencia Internacional, a la que han sido invitados gran número de juristas, y en la que se tratarán importantísimos problemas tales como los crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad, los crímenes de guerra, el narcoanálisis como medio de prueba, el *lie-detectors* y otros.

XII CONGRESO PENAL Y PENITENCIARIO INTERNACIONAL

Este Congreso tendrá lugar en La Haya durante los días 14 al 19 de agosto de 1950, y responde a la invitación dirigida al Gobierno de los Países Bajos de reunir a los congresistas en un gran Centro de cooperación internacional y que la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria Internacional convoque las reuniones preparatorias quincenalmente con objeto de organizarlo. El programa del Congreso constará de conferencias generales, tales son: 1.º Los problemas de aplicación del Derecho penal y las nuevas tendencias en la materia. 2.º El problema de un Código de ejecución de las penas. 3.º ¿Qué medidas son las más indicadas en sustitución de la pena, teniendo en cuenta las necesidades de una defensa social humanitaria?

EL PROFESOR STAMPA, EN LA UNIVERSIDAD DE BOLONIA

El profesor adjunto de Derecho penal de la Universidad de Valladolid, don José M.º Stampa Braun, becario del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos y colaborador asiduo de este ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, desarrolló, con gran éxito, dos interesantes conferencias sobre los temas "Las ideas penales y criminológicas de L. A. Séneca" y "El Código penal español de 1944", en la Universidad de Bolonia, a las que asistieron gran número de profesores y alumnos de dicho centro docente.

IN MEMORIAM
EDUARDO KOHLRAUSCH

En el mes de febrero de 1948 falleció el profesor de la Universidad de Berlín Eduardo Kohlrausch, discípulo y sucesor del famoso von Liszt en su cátedra. Durante ya un lejano semestre de verano fuimos discípulos del profesor berlínés, ahora fallecido, en el Seminario de Derecho Penal, donde a la sazón componíamos nuestra tesis doctoral. Entonces supimos de su penetrante experiencia jurídica, de su magnífica formación jurídico penal y su amable deferencia humana y profesora'. Con él desaparece uno de los más caracterizados discípulos del maestro de la joven escuela alemana y también una figura penalística que venía a ser puente de enlace entre la vieja y joven generación de penalistas alemanes.

Su carrera universitaria comienza bajo los auspicios de F. von Liszt, para después ocupar el cargo de Privatdozent en la Universidad de Heidelberg, año 1903, y los años 1904 y 1906, respectivamente, alcanza las categorías universitarias de profesor extraordinario y ordinario. Y en 1919 ocupó, al fin, la cátedra berlinesa.

Su participación científica tanto en publicaciones como en los trabajos de reforma de las leyes penales se refleja a lo largo de cuarenta años de fecunda actividad. A este respecto, cabe citar su colaboración como presidente de la Asociación alemana para los Tribunales de Menores, que cristalizó en la conocida ley del año 1923.

Como ya se ha dicho por Lange, efectivamente, no fué un seguidor de la escuela lisztiana, pues la amplia dimensión de su personalidad científica estuvo siempre alerta a las nuevas corrientes, hermanándolas con su espíritu de fino jurista de su época. Y entre clásicos y modernos mantuvo una posición consecuente con sus primitivas ideas penales en las que se formó.

Sus producciones científicas fueron acogidas siempre con respeto y admiración por las jóvenes escuelas. Buena prueba de ello fué el tomo sobre "Probleme der Strafrechtserneurung" que en 1944 le dedicaron los más destacados cultivadores de nuestra disciplina con motivo del cumplimiento de sus setenta años.

Descanse en paz quien hizo de su vida un modelo de profesor universitario a la vieja y añorada usanza europea.

J. DEL R.

FRANZ EXNER

Una de las bajas más sensibles de la ciencia penal alemana, mejor aún, europea, es la representada por el fallecimiento del profesor F. Exner, de la Universidad de Munich (Alemania).

Compartía desde hace largos años la cátedra de Derecho penal con el no menos ilustre penalista E. Mezger. Tanto éste como aquél son bien conocidos por los juristas de habla española. Nació el profesor Exner en Viena, en el año 1881: hijo del insigne romanista Adolfo Exner y alumno de los profesores Liszt y Stooss, cultivó principalmente los problemas penales de claras repercusiones psicológicas, llevado de su natural preferencia por los estudios de índole criminológicos.

Su primera obra, titulada *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, aparecida en el año

1910, le acredita a seguida como experto conocedor de los resortes psíquicos, completados más adelante con una penetrante agudeza, por hallar los fundamentos políticocriminales de la represión, cuyo ejemplo nos patentiza en su monografía *Die Theorie der Sicherungsmittel*, del año 1914.

Pero, en realidad, su más conocida vocación, dentro de su vasta competencia en el saber penal, habremos de extraerla de sus aportaciones criminológicas, en cuya esfera puede decirse—como ya tuvimos ocasión de hacerlo—sin exageración alguna que era el más consumado maestro de nuestro tiempo. Su famosa *Kriminalbiologie*, traducida y anotada por nosotros, constituye la revelación más firme de la extraordinaria mentalidad criminóloga del fallecido profesor muniques, ya que en este libro se conjuga la fina y aguda experiencia del especialista con la exploración más equilibrada y profunda de las causas productoras del acontecimiento delictivo. Precisamente acaba de salir la tercera edición de esta obra, con el epígrafe de *Kriminologie*, unos meses después de habernos dejado el autor, pues el prólogo de esta edición aparece firmado en abril del año 1947, y él murió el 1.º de octubre del mismo año.

Su incansable actividad científica y el especial apasionamiento por la investigación criminológica le llevó a realizar un viaje a los Estados Unidos, fruto del cual publicó un precioso *Informe*, cuando a la sazón estudiaban en Freiburg. Maestro en la cátedra y en la vida, supo acentuar el hallazgo verdadero por encima de conveniencias políticas, y yo mismo que lloró la caída de su hijo Adolfo—teniente y doctor en Derecho—, a quien dedica la criminología, tuvo arrestos para subrayar los defectos de los principios penales del nacionismo, en la revista que últimamente dirigía. (V. *Monatsschrift für Kriminalbiologie*, 1940.)

Descanse en paz quien en vida tanto supo enseñarnos y para cuyo profesor los penalistas siempre tendrán presente su recuerdo.

J. DEL R.

INDICE GENERAL

Fascículo I

	Páginas
SECCION DOCTRINAL	
Los principios de la legalidad, de la analogía y de la interpretación y su aplicación en el Derecho penal suizo, por JUAN GRAVEN	9
Algunos datos para el estudio psicológico de la circunstancia de "miedo insuperable", por A. PIGA	44
El secreto médico profesional, por F. ALAMILLO	75
SECCION LEGISLATIVA	
El proyecto preliminar del Código penal italiano, por JOSÉ MARÍA STAMPA BRAUN	93
Sobre la parte general del proyecto de Código penal para indígenas de Mozambique, por FRANCISCO-FELIPE OLESA MUÑIDO	113
Venezuela.—Proyecto de Ley sobre sujetos peligrosos, por JOAQUÍN BASTERO	122
SECCION DE JURISPRUDENCIA	
De la premeditación condicionada en el parricidio, por JUAN DEL ROSAL ...	127
Jurisprudencia penal correspondiente al tercer cuatrimestre de 1949, por JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ SERRANO	136
REVISTA DE LIBROS	
ALEXANDER, Fran, y STAU, Hugo: "I delinquente e suo giudici.—Uno sguardo psicoanalítico del campo del Diritto penale" (Milán, 1948) por Domingo Teruel Carralero	161
ANTOLISEI, Francesco: "Manuale di Diritto penale. Parte generale" (Milano, 1949), por Juan del Rosal	162
BERNIA, Juan: "Historia del Palacio de Santa Cruz" (Madrid, 1949), por César Camargo Hernández	164
BUSCH, Richard: "Moderne Wandlungen der Verb rechenslehre" (Tübingen, 1949), por Antonio Quintano Ripollés	165
DR. FRECFRICK BERKS: "El proceso de Nuremberg" (Buenos Aires, 1947), por Juan del Rosal	167
CUELLO CALÓN, Eugenio: "Código penal y Leyes penales especiales" (Barcelona, 1950), por Juan del Rosal	168
DIDIER, Lazar: "Le procès de Nuremberg" (Récit d'un témoin) (París, 1947), por Juan del Rosal	168
ESCOBAR H., Manuel: "Código penal de la República de Nicaragua. Anotado y comentado" (Masaya (Nicaragua), 1950), por César Camargo Hernández	169
GRANATA, Luigi: "L'Omicidio nel Diritto penale" (Roma), por Alfonso Lacconia	169
GRAVEN, Jean: "De la Justice Internationale a la paix" (Ginebra, 1947), por Juan del Rosal	170

	Páginas
GRAVEN, Jean: "L'escroquerie en Droit pénal suisse" (Basilea, 1947), por <i>Fernando Alamillo</i>	171
GRAVEN, Jean: "Le procés criminel du roman de Renard étude du Droit criminel féodal au XII siècle" (Genève, 1950), por <i>Antonio Quintano Ripollés</i>	175
GUALLART Y LÓPEZ DE GOICOECHEA, José: "Preocupaciones internacionales en torno al menor" (Zaragoza, 1950), por <i>Diego Mosquete</i>	177
S. LENER, S. J.: "Crimini di guerra e delitti contro l'umanità" (Roma, 1948), por <i>Adolfo de Miguel</i>	178
MOLINA NÚÑEZ, Dr. J.: "Observaciones psicoanalíticas" (Madrid, 1950), por <i>César Camargo Hernández</i>	180
MARTINEZ, José Agustín: "El juicio de Nuremberg" (La Habana, 1949), por <i>Juan del Rosal</i>	181
OLESA MUÑIDO, Francisco Felipe: "El concepto legal de indígenas en el ordenamiento jurídico penal de los territorios del África británica" (Madrid, 1950), por <i>Diego Mosquete</i>	181
O'HARA, Charles, y OSTERBURG, James W.: "An Introduction to Criminologisties" (New-York, 1949), por <i>José Sánchez Osés</i>	182
PÉREZ DE FETINTO Y BERTOMEU, Dr. Manuel: "Contribución de la psiquiatría a la profilaxis social del delito" (Madrid, 1950), por <i>Diego Mosquete</i>	186
REYES NAVARRO, Angel: "Ensayo sobre la preterintencionalidad" (Méjico, 1949), por <i>César Camargo Hernández</i>	187
RIGAUX, Marcel: "Encyclopédie-Formulaire des infractions. Deuxième partie: Les crimes et les delits contre la sûreté de l'Etat. Avec un répertoire de doctrine" (Bruxelles-París, 1950), por <i>Federico Castejón</i>	188
SHELDON GLUECK: "Criminales de Guerra" (Buenos Aires, 1946), por <i>Juan del Rosal</i>	189
SILVA MELERO, Valentín: "Tecnicismo jurídico civilista en el Derecho penal" (Oviedo, 1950), por <i>Juan del Rosal</i>	191
TEDESCHI, José: "Il pensiero filosofico e sociale di Mario Pagano" (Milán 1948), por <i>Domingo Teruel Carralero</i>	194
VILELA VIANA, Louival: "Embraguez no Direito Penal" (Belo Horizonte, 1949), por <i>Diego Mosquete</i>	194
WELZEL, Doctor Hans: "Das Deutsche Strafrecht in seinen Grudzühen" (Berlín, 1949), por <i>Fernando Alamillo</i>	195

REVISTA DE REVISTAS

Alemania

DEUTSCHE RECHTS ZEITSCHRIFT.—Abril 1950, por <i>Fernando Alamillo Canillas</i>	201
KRIMINALISTIK.—Noviembre 1949, por <i>Fernando Alamillo Canillas</i>	201

Argentina

REVISTA PENAL Y PENITENCIARIA.—Enero-diciembre 1946, por <i>César Camargo Hernández</i>	203
REVISTA DE PSIQUIATRÍA Y CRIMINOLOGÍA.—Julio-septiembre 1949, por <i>Diego Mosquete</i>	204

Bélgica

REVUE DE DROIT PENAL ET DE CRIMINOLOGIE.—Diciembre 1949; febrero, marzo 1950, por <i>Diego Mosquete</i>	206
---	-----

Indice general

	<u>Páginas</u>
E s p a ñ a	
REVISTA DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS PENITENCIARIOS.	
Enero, febrero, marzo y abril 1950, por <i>César Camargo Hernández</i> ...	212
INFORMACION JURIDICA.—Febrero 1950, por <i>Diego Mosquete</i>	214
E s t a d o s U n i d o s	
THE JOURNAL OF CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY.—	
Noviembre a diciembre 1948; enero y febrero 1949, por <i>José Sánchez Osés</i>	215
F r a n c i a	
REVUE DE SCIENCE CRIMINELLE ET DE DROIT PENAL.	
COMPARÉ.—Enero-marzo 1950, por <i>Diego Mosquete</i>	220
REVUE PENITENTIAIRE ET DE DROIT PÉNAL.—Julio-septiembre 1949, por <i>Diego Mosquete</i>	224
I t a l i a	
REVISTA ITALIANA DE DIRITTO PENALE.—Noviembre-diciembre 1949, por <i>Valentín Silva Melero</i>	224
ARCHIVIO PENALE.—Enero-febrero 1949	232
LA GIUSTIZIA PENALE.—Noviembre 1949 diciembre 1949	234
LA SCUOLA POSITIVA.—1949	241
P o r t u g a l	
BOLETIM DO MINISTERIO DA IUSTIÇA.—Marzo 1950, por <i>César Camargo Hernández</i>	246
REVISTA DE DIREITO E DE ESTUDOS SOCIALES.—Abril-junio-agosto 1949, por <i>Juan del Rosal</i>	247
S u i z a	
REVUE DE CRIMINOLOGIE ET DE POLICE TECNIQUE.—Julio-septiembre 1949, octubre-diciembre 1949, por <i>Diego Mosquete</i>	247
NOTICIARIO	257

"vuremberg" (Récit d'un temoin), Paris, 1947, por *Juan del Rosal*; ESCOBAR H., Manuel: "Código penal de la República de Nicaragua. Anotado y comentado", Masaya (Nicaragua), 1950, por *César Camargo Hernández*; GRANATA, Luigi: "L'omicidio nel Diritto penale", Roma, por *Alfredo Lacconia*; GRAVEN, Jean: "De la 'ustice Internationale a la paix", Genéve, 1947, por *Juan del Rosal*; GRAVEN, Jean: "L'escroquerie en Droit pénal suisse", Basilea, 1947, por *Fernando Alamillo*; GRAVEN, Jean: "Le procès criminel du roman de Renard; étude du Droit criminel féodal au XII siècle", Genéve, 1950, por *Antonio Quintano Ripollés*; GUALLART Y LÓPEZ DE GOICOECHEA, José: "Preocupaciones internacionales en torno al menor", Zaragoza, 1950, por *Diego Mosquete*; S. LENER, S. J.: "Crimini di guerra e delitti contro l'umanità", Roma, 1948, por *Adolfo de Miguel*; MCLINA NÚÑEZ, Dr. J.: "Observaciones psicoanalíticas", Madrid, 1950, por *César Camargo Hernández*; MARTÍNEZ, José Agustín: "El juicio de Nuremberg", La Habana, 1949, por *Juan del Rosal*; OLESA MUÑIDO, Francisco Felipe: "El concepto legal de indígenas en el Ordenamiento jurídico penal de los territorios del Africa británica", Madrid, 1950, por *Diego Mosquete*; O'HARA, Charles, y OSTERBURG, James W.: "An Introduction to Criminalistics", New-York, 1949, por *José Sánchez Osés*; REYES NAVARRO, Angel: "Ensayo sobre la preterintencionalidad", Méjico, 1949, por *César Camargo Hernández*; RIGAUX, Marcel: "Encyclopédie-Formulaire des Infrentions. Deuxième partie: Les crimes et les delits du Code penal. Tome premier: Les crimes et les delits contre la sûreté de l'Etat. Avec un répertoire de doctrine", Bruselas-París, 1950, por *Federico Castejón*; SHEDDON GLUECK: "Criminales de guerra", Buenos Aires, 1946, por *Juan del Rosal*; SILVA MELERO, Valentín: "Tecnicismo jurídico civilista en el Derecho penal", Oviedo, por *Juan del Rosal*; Tedeschi, José: "Il pensiero filosofico e sociale di Mario Pagano", Milán, 1948, por *Domingo Teruel Carralero*; VILELA VIANA, Louival: "Embriaguez no Direito penal", Belo Horizonte, 1949, por *Diego Mosquete*; WELZEL, Doctor Haus: "Das Deutsche Strafrecht in seinen Grudzügen", Berlin, 1949, por *Fernando Alamillo*.

Revista de Revistas

201

Alemania: *Deutsche Rechts Zeitschrift*, abril 1950; *Kriminalistik* noviembre 1949, por Fernando Alamillo; Argentina: *Revista penal y penitenciaria*, diciembre 1946, por César Camargo Hernández; *Revista de psiquiatría y criminología*, julio-septiembre 1949, por Diego Mosquete; Bélgica: *Revue de Droit penal et de Criminologie*, diciembre 1949, febrero-marzo 1950, por Diego Mosquete; España: *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, enero, febrero, marzo y abril 1950, por César Camargo Hernández; *Información jurídica*, febrero 1950, por Diego Mosquete; Estados Unidos: *The journal of criminal law and criminology*, noviembre-diciembre 1948, enero-febrero 1949, por José Sánchez Osés; Francia: *Revue de science criminelle et de Droit penal comparé*, enero-marzo 1950; *Revue penitentiarie et de Droit penal*, julio-septiembre 1949, por Diego Mosquete; Italia: *Revista italiana de Diritto penale*, noviembre-diciembre 1949, por Valentín Silva Melero; *Archivio penale*, enero-febrero 1949; *La giustizia penale*, noviembre 1949; *La Scuola positiva*, 1949; Portugal: *Boletim do Ministério da Justiça*, marzo 1950, por César Camargo Hernández; *Revista de Direito e de Studos socias*, abril-junio-agosto 1949, por Juan del Rosal; Suiza: *Revue de criminologie et de police technique*, julio-septiembre-octubre-diciembre 1949, por Diego Mosquete.

Noticiario

257

Suscripción anual: 60 ptas.
Número suelto: 25