

**ANUARIO  
DE  
DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES**

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 3

**ANUARIO DE DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES**



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

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

TOMO VI  
FASCICULO I



ENERO-ABRIL  
MCMLIII

---

---

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

---

---

# SECCION DOCTRINAL



**Dr. HELLMUTH VON WEBER**

SOBRE EL "ERROR IURIS" EN LAS MAS MODER-  
NAS TENDENCIAS JURIDICAS ALEMANAS

**P. BONIFACIO DIEZ**

EL HOMICIDIO Y SU TELEOLOGIA EN LOS CLA-  
SICOS AGUSTINIANOS ESPAÑOLES DEL SI-  
GLO XVI

**JOSE MARIA STAMPA BRAUN**

LAS CORRIENTES HUMANITARISTAS DEL SIGLO  
XVIII Y SU INFLUENCIA EN LA CONCEPCION  
DEL INFANTICIDIO COMO "DELICTUM EXCEP-  
TUM"



# Sobre el «Error Iuris» en las más modernas tendencias jurídicas alemanas

Dr. HELLMUTH VON WEBER  
Profesor de la Universidad de Bonn

(Traducción del Dr. QUINTANO RIPOLLÉS)

El moderno Derecho penal presupone para la punición no solamente una conducta criminal exteriorizada, sino, asimismo, una voluntad criminal. Quien no ha querido el acto no es punible, salvo si el hecho no es constitutivo de imprudencia. Y esta volición maliciosa (*bösen Willen*) es la que inferimos de la conducta concreta del autor, lo que, naturalmente, no siempre basta, como tampoco resulta suficiente lo que el autor nos diga sobre ella. Aquí radica precisamente la máxima dificultad por no poder leer fielmente en el corazón del delincuente, quien, a su vez, ha de intentar por todos los procedimientos negar su dolo y convencernos de que el resultado criminal obtenido no estaba en relación con su querer. En resumen, ha de decirnos que obró en una situación de error. Si lo aceptamos, corremos el riesgo de que el autor que delinquirió dolosamente escape al condigno castigo; si lo rechazamos, en cambio, puede suceder que dijera verdad, y en este caso sufriría un inocente el peso de una pena. Cómo pueda asegurarse la justicia de un fallo sin perjudicar su efectividad, he aquí la esencia del problema. Por lo mismo ha sido en todos los tiempos y naciones el tratamiento del error uno de los asuntos que más han preocupado a la doctrina y a la práctica. Versan ya sobre esta cuestión las hoy sobrepasadas teorías del *dolus indirectus* de Diego Covarrubias y del *versari in re illicita*. En los ordenamientos penales construídos sobre base romana se ha abierto camino la tesis de que el dolo debe abarcar todas las circunstancias del acto (*Tatumstände*), por lo cual el error sobre ellas excluye el dolo, en tanto que el de derecho resulta inoperable según la fórmula del *error iuris nocet*. Esta doctrina ha sufrido importante modificación en la reciente Jurisprudencia alemana, llamada no solamente a ser un acontecimiento científico tras largos decenios de discusiones doctrinales, sino también a entrañar innumerables consecuencias prácticas, incluso en el terreno de la política interior y exterior. Es por lo que el asunto puede resultar de interés más

allá de las fronteras de Alemania, razón por la cual va a ser tratado aquí.

Las Salas de lo criminal reunidas (*Grosse Senat*) del Tribunal federal de Karlsruhe han dictado en 18 de marzo de 1952 una decisión (1), cuyo tenor es el siguiente: «En el parágrafo 240 del Código penal alemán (2) debe conocer el autor las circunstancias del hecho del inciso primero de dicho parágrafo, a las cuales no afecta la antijuridicidad y, además, tener o haber podido tener conciencia de emplear la coacción de un modo injusto.»

A primera vista no parece delatar esta resolución todo el trascendental contenido que encierra. La verdad es, sin embargo, que afecta no ya tan sólo el tipo de la coacción, sino incluso a todos los delitos, puesto que se refiere a una cuestión de la Parte general: la del significado del error en el autor, o lo que es lo mismo, la del necesario contenido de su dolo. El Tribunal canceló el aforismo del *error iuria nocet*, sobre el que persistió hasta sus últimos días el Tribunal Supremo alemán (*Reichsgericht*) en su jurisprudencia, sin exigir nunca en el dolo la conciencia de la antijuridicidad. Más bien se inclinaba a distinguir en la materia entre el «error de hecho sobre el tipo» (*Totbestandsirrtum*) y el «error de prohibición» (*Verbotsirrtum*); en tanto que el primero destruía el dolo en virtud del parágrafo 59 del Código penal (3), el segundo lo dejaba intacto. Esta apreciación error de derecho era a todas luces insuficiente, pues siendo inimputable al autor, el hecho resulta irreprochable y, en consecuencia, no punible por el principio de «no hay castigo sin culpabilidad». Únicamente en el supuesto de ser el error de derecho evitable—y ahí radica una de sus diferencias del de hecho—, puede acordarse una atenuación, pero persistiendo la cualidad dolosa de la infracción.

El Tribunal Federal creado en 1 de octubre de 1950, bien que inspirado en las tradiciones del *Reichsgericht* de Leipzig, abolido en 1945, es un organismo nuevo en ningún modo vinculado por la jurisprudencia de su antecesor. Aunque se esfuerce en conservar lo bueno de dichas tradiciones tiene mejores posibilidades de sentar nuevos principios y, cuando la justicia lo exija, impulsar innovaciones que sirvan al progreso del derecho. Esta

(1) Aparece publicada en el volumen II de sus *Decisiones*, pág. 194, así como en las revistas especializadas.

(2) El pár. 240 del Código penal alemán reza así: «Quien obligue a otro injustamente a una acción, omisión o tolerancia, mediante fuerza o amenaza de un mal grave, será penado con prisión o multa, y en especiales casos de gravedad, con presidio o prisión no inferior a seis meses. Se tiene por injusto el acto, siempre que la aplicación de la fuerza o amenaza del mal tenga por objeto algo que contradiga el sano sentimiento popular. La tentativa es punible.»

(3) El pár. 59 del Código penal alemán dice así: «Si alguien en la comisión de un hecho delictivo desconoce la existencia de sus circunstancias fundamentales, que pertenecen a la construcción legal del tipo e que determinan o elevan su punibilidad, tales circunstancias no le serán imputables. En la punición de los actos imprudentes es aplicable dicha disposición solamente en cuanto que el desconocimiento no fuere imputable a su vez a título de culpa.»

doble actuación, a la vez cauta y atrevida, la está demostrando constantemente la nueva jurisprudencia alemana en materia penal. Puede afirmarse por ello que se mantiene en perfecta armonía con la viviente evolución del derecho en Alemania, restaurando así el en un tiempo perdido contacto entre la Ciencia y la Práctica judicial. Uno de los casos de mayor importancia decididos en este sentido es precisamente el referente al error de que aquí se trata.

La jurisprudencia del antiguo *Reichsgericht*, respecto al error, se mantuvo en lo esencial inmutable durante los 66 años de su existencia. Se apoyó en el texto del párrafo 59 del Código penal, así como en sus antecedentes históricos y en la doctrina a la sazón bastante acorde sobre el tema. Por lo tanto, refiriéndose dicho texto al error fáctico y no citándose para nada el de derecho, éste resultó continuamente inoperante a los efectos de exculpación. De acentuar es, sin embargo, que dicho concepto de «error de hecho» comprendía comúnmente el error o desconocimiento de circunstancias de derecho extrapenales, es decir, de índole civil. En la jurisprudencia antigua distinguíase de este modo un «error de derecho penal» y otro «extrapenal», adscribiendo este último al de hecho del párrafo 59 del Código penal. Era preciso, en consecuencia, una exacta delimitación de lo que fuere «error de derecho» y de lo que fuere mero «hecho», resultando decisiva frontera entre ambos la calidad de la norma.

Al decidir así, el *Reichsgericht* no gozó largo tiempo la aprobación unánime de la doctrina (4). El más significativo dogmático alemán del tiempo posterior a la codificación, Karl Binding, difiere de tal punto de vista al concebir el delito como una «consciente voluntad antijurídica». En su gran obra, en cinco volúmenes, «Las normas y su infracción», ha dedicado buena parte a la demostración de su tesis. Así, en su tercer tomo (Leipzig, 1918), tratando del error, muestra Binding en rotunda oposición hacia la práctica judicial dominante, singularmente en las altas esferas, a la que reprocha una «funesta concepción del problema del error en derecho penal» (5). Tampoco Von Liszt acudió en esta cuestión en ayuda de la jurisprudencia del *Reichsgericht*. Ciertamente, en su doctrina del dolo no se comprende la conciencia de la antijuridicidad, resultando el error de derecho sin directo influjo; pero sobre ello, Von Liszt no distingue nunca, como la jurisprudencia, entre la diversa cualidad del error de derecho, el penal y el extrapenal. Únicamente donde en el tipo sea exigible la marca de la antijuridicidad de un modo expreso, será también extensible a ella la conciencia del dolo. Von Liszt ha tratado, por lo demás, estos temas de un modo harto incidental y ligero; se apoya esencialmente en el texto escueto de la ley

(4) BERNER (1818-1899) ha permanecido constantemente fiel al punto de vista del *Reichsgericht* (v. 18 edición de su *Lehrbuch*, 1899, párrs. 24 y 122).

(5) BINDING: *Die Normen...*, T. II, parte II, pág. 972 (ed. 2.ª de 1916).

sin insistir demasiado en una profunda indagatoria científica de su fundamento en la esencia del dolo o de la culpabilidad. Por lo mismo, no le fué excesivamente difícil a Binding deshacer con pocos, pero certeros argumentos, las concepciones de Von Liszt (6).

En la doctrina posterior se ha proseguido y ampliado la idea de Binding, en el sentido de que pertenezca al dolo la condición de la conciencia de la antijuridicidad, que no haya diferencia esencial entre el error de hecho y el de derecho, y que cada clase de error excluya al dolo y que a lo más, en caso de culpa en el error, el hecho pueda integrar delito culposo. A pesar de ello, el *Reichsgericht* prosiguió constantemente en su punto de vista discriminatorio, con lo que se consumó la lamentable discrepancia entre la doctrina y la práctica judicial. Sin embargo, no puede decirse que la discusión resultare enteramente estéril, pues gracias a ella se aclararon muchas dudas y quedaron ambos puntos de vista perfectamente deslindados.

Binding, de otra parte, reprochó a la Jurisprudencia como inconsecuente, dado que exigía la conciencia de la antijuridicidad allí donde la ley misma hubiese incorporado la antijuridicidad de la acción al concepto del delito. Pero esta antijuridicidad—decía—sería meramente una marca distintiva del delito y su inclusión en el tipo un simple azar legislativo. Tal reproche, empero, era infundado. Kohlrausch ha demostrado en un detallado análisis de la jurisprudencia que el *Reichsgericht* ha tratado en estas ocasiones de tipicidad la cuestión del error de derecho de la misma manera que en todas las otras, esto es, aceptando la exclusión del dolo únicamente en los supuestos de error de derecho extrapenal. En todo caso ha provocado en muchas de sus resoluciones la exigencia de la conciencia de la antijuridicidad (7).

En otro importante terreno tampoco coinciden exactamente Binding y el *Reichsgericht*, al menos en su fundamentación, aunque los resultados sean muy semejantes: en la errónea aceptación de una causa de justificación, especialmente en la legítima defensa putativa. Que no puede ser penado como homicida doloso quien erróneamente se defiende de alguien a quien estima atacante fué siempre una opinión común en la doctrina. Binding vió en ello la inconsciente confesión, incluso por parte del *Reichsgericht*, de que la conciencia de la antijuridicidad sea un elemento constitutivo del dolo. Entonces vino en ayuda de la tesis jurisprudencial la teoría llamada de «las circunstancias negativas del hecho», propuesta por Merkel, pero desarrollada principalmente por Frank (8). Pretende dicha teoría que la no consignación de causas de justificación sea una marca característica

(6) BINDING: *Die Normen...*, T. III, págs. 298, 300, 306, 309 y ss.

(7) KOHLRAUSCH: *Die Lehre von Rechtsirrtum*, 1902, págs. 76 y ss. y KOHLRAUSCH-LANGE: *Strafgesetzbuch*, 30.ª ed. nota II al pár. 50.

(8) V. su *Comentario al Código* cit. nota III al título IV.

del tipo legal y que, en consecuencia, la errónea captación de una realidad en que se incluyan elementos justificativos, debe ser tratada del mismo modo que cualquier otro error de hecho. En cambio, en la hipótesis de que el autor conozca rectamente las circunstancias del hecho, pero estime erróneamente que su conducta sea justificable jurídicamente, se plantea un claro caso de error de derecho; lo que resolvió siempre la jurisprudencia en su tantas veces citada estimación de apreciar su relevancia en materias no penales. Sólo en muy raras ocasiones en que se reconoció como error de derecho en lo penal, hubo clara discrepancia entre sus puntos de vista y los de Binding.

La teoría de las circunstancias negativas de hecho no ha sido seguida en todos sus detalles por la dogmática. Se la reprochó su falta de lógica al apreciar que la ausencia de una causa de justificación constituyese una marca negativa de la tipicidad, sobre todo si la antijuridicidad apareciera como exigencia positiva del tipo. Esto era, en verdad una mala inteligencia por parte de sus detractores, pues la citada teoría no dijo eso, ni que determinadas circunstancias fundamenten positivamente la tipicidad, mientras que otras sean susceptibles de destruirla. Si ello sucediera así, llamaríamos a esas circunstancias causas de justificación, sin destruir por eso la tipicidad, pues en otra cosa serían en realidad. La exclusión de la tipicidad resulta en todo caso un presupuesto lógico. De todos modos la originaria formulación de la teoría de las circunstancias negativas ha dado base a tales equívocos, motivando aún hoy día polémicas en torno suyo por esa falta de precisión.

Decisivo para el mantenimiento de la tesis jurisprudencial sobre el error era un tercer punto: el de si la discriminación entre errores jurídico-penales y extrapenales resultaba teóricamente lógica y prácticamente utilizable. O lo que es lo mismo, si existe un medio seguro de practicar esa distinción, y si de haberlo, es susceptible de proporcionar resultados justos en su estimativa. Pero aquí precisamente hállase el punto más débil de tesis de la jurisprudencia tradicional. No le fué difícil a Binding el demostrar que cada precepto jurídico encerrado en la norma debe ser homogéneo sin admitir diferencias en cuanto su origen, recordando la noción bindinguiana de las normas: las de contenido de preceptos de deber («Debes no robar») y las de preceptos jurídicos implicando coacción («El robo es castigado con prisión»). Tampoco halló la Jurisprudencia criterios fijos para su pretensión discriminadora, por lo que resultó imposible predeterminar en qué ocasiones ha de considerarse el error de derecho de naturaleza penal o extrapenal. En su casuística hállanse ejemplos de apreciación de circunstancias como fundadas en error de derecho penal, que contradictoriamente se estiman en otros como de tipo extrapenal. La norma, esto es, el precepto jurídico en que se asienta un determinado deber de actuar, no siempre responde a

una precisa especie de derecho; su violación, por lo tanto, no ofrece necesariamente consecuencias penales, sino que puede ser valorada en otros campos jurídicos, por ejemplo, la compensación de daños en lo civil.

La falta de fundamento lógico de la teoría discriminatoria entre el error penal y extrapenal no entrañó, sin embargo, consecuencias fatales en la práctica. En ella, el *Reichsgericht* se limitó a optar por una u otra especie de error, según la relevancia que se le otorgara en un caso determinado y concreto, con lo que la misma indeterminación del concepto vino a posibilitar justas decisiones jurisprudenciales, que por sus concretos resultados han merecido la aprobación de la doctrina, incluso la más reciente.

No es ciertamente tarea propia de un Tribunal, ni siquiera la del más alto de la nación, la de decidir la evolución de una determinada teoría científica ni la de pronunciarse a favor o en contra de la misma. Ha de limitarse a dictar sentencias justas en las que a su vez asentarse doctrinas dogmáticas; pero éstas deben ser siempre un instrumento judicial para la decisión justa, no un fin en sí. Deberá ser utilizado tal instrumento en tanto que se acredite apto para sus propósitos, incluso aunque en la teoría aparezcan algunos defectos logísticos, y, sobre todo, cuando no se halle a mano otra mejor a los efectos de una decisión justa. Mientras que una teoría nueva no se acredite sin género alguno de dudas, de mayor valor práctico que la antigua, no debe prudentemente abandonarse ésta.

Fué, por lo dicho, de gran significación el que Binding atacase la doctrina jurisprudencial sobre el error no solamente en nombre de la lógica jurídica abstracta, sino apelando al sano sentimiento jurídico (9); pues con ello negaba el profesor la utilización práctica de los conceptos del *Reichsgericht*.

En realidad se cuentan pocas decisiones del *Reichsgericht* sobre el problema del error que entrañasen resultados injustos, pero tampoco faltan. Veamos un caso significativo. El parágrafo 181 del Código penal alemán castiga como grave corrupción el que los padres toleren o proporcionen medios para la de sus hijos. Ahora bien, en muchos territorios alemanes se había introducido la costumbre del llamado «matrimonio a prueba», en el que en ciertos círculos no era considerado acto deshonesto el permitir público comercio carnal entre los prometidos, previsto y tolerado por los padres. El *Reichsgericht*, en cambio, estimó que toda unión extramatrimonial, incluso la prematrimonial, era acto deshonesto y que, en consecuencia, el tolerarlo o facilitararlo bajo el error de su licitud resultaba en los padres error de derecho penal y, por tanto, irrelevante. Pudo, pues, suceder que una madre de familia aldeana, que según inveterada costumbre facilitó las relaciones sexuales de su hija con el novio a modo de diligencia previa al ma-

(9) V. especialmente el prólogo del tomo II, parte II de *Die Normen*, en su 2.ª ed. de 1916, así como en los párrs. 143 y ss.

trimonio, resultare castigada con la pena de prisión prevista para la corrupción, sin que jamás la hubiese pasado por la imaginación perpetrar semejante delito. Tales juicios despertaron, naturalmente, gran expectación, menudeando las críticas en torno a la apreciación jurisprudencial de la doctrina del error. Esto motivó, a su vez, que el legislador promulgase la Novela de 1900 introduciendo en el párrafo 181 circunstancias atenuantes que debilitaron la dureza original de la tan censurada Jurisprudencia.

En otro tiempo eran ciertamente escasos los supuestos de divorcio entre los presupuestos de la ley penal y las concepciones populares sobre lo justo y lo injusto. Por lo mismo, era bien fácil para todo el mundo constatar cuándo un hecho estaba penalmente prohibido o no y, en consecuencia, la alegación del error resultaba casi siempre insostenible para exculpar. De ahí que la no estimativa del error penal condujese de un modo general a conclusiones justas. Muy otra fué en cambio la situación creada con la primera Guerra Mundial, cuando el colapso económico de Alemania condujo a una estricta economía dirigida, derramando sobre el pueblo una multitud de mandatos y prohibiciones acompañados de inmediatas consecuencias penales. El error de derecho, entonces, pudo ser relevante y exculpativo y su inadmisión conducir a la punición de conductas inocentes. El propio legislador se vió obligado a intervenir y promulgó al efecto la denominada «Ordenanza sobre el error», de 1917, en la que se prescribía la impunidad en supuestos probados de error inevitable sobre el contenido a aplicabilidad de tales preceptos penales. Tal Ordenanza no se refería ciertamente a toda la ley penal en general, sino de un modo exclusivo al terreno del Derecho penal económico, por lo que perdió todo significado positivo al cesar el régimen de economía dirigida impuesta. Con ello, no obstante, quedaba roto el hielo en torno a la cuestión. El legislador se hizo cargo de la significación de la doctrina del error no sólo en las materias de divisas e impuestos, emprendiendo la tarea de hallar una solución genérica propugnada doctrinalmente desde los comienzos del presente siglo.

Dos proposiciones fundamentales fueron hechas entonces. La primera, principalmente patrocinada por Von Hippel, puede considerarse como una especie de compromiso entre las conocidas tesis de la Jurisprudencia y de Binding. Von Hippel exigió para el dolo la querida realización del tipo y la posibilidad de la conciencia de la antijuridicidad; es decir, una combinada forma de culpabilidad consistente en dolo respecto al hecho y culpa respecto a la antijuridicidad (10). Esta solución, acogida en el Proyecto de 1927, pudo quizá ofrecer ventajas prácticas para su aplicación, pero aparece plena de contradicciones en lo teórico. Una vez más consiguió imponerse la opinión de que únicamente la

---

(10) VON HIPPEL: *Deutsches Strafrecht*, 1930, T. II, pág. 346.

aceptación de la tesis del conocimiento de la antijuridicidad resulta la única solución lógica del problema del de error. El legislador no podía sustraerse a la fuerza de esta casi unánime opinión de la doctrina, por lo cual el proyecto Gürtner de Código penal se resolvió a definir así el dolo: «Obra dolosamente quien perpetra el acto con conciencia y voluntad, así como con conocimiento de que obra injustamente o que con ello viola un precepto de la ley» (11).

Entonces tenía la impresión de que la doctrina correcta iba a triunfar, puesto que dicho Proyecto iba a ser pronto ley. Ya se había abierto previamente camino quizá en la práctica judicial, seduciendo a todos por su gran sencillez. La igualdad de trato al error de hecho y al de derecho privaba de fundamento a todas las interminables discusiones en torno a su delimitación. Diríase, en fin, que Binding conseguía triunfar sobre las tradicionales concepciones del *Reichsgericht*.

Pero a la sazón surgió algo notable y significativo. También el legislador, que ciertamente está interesado por un ordenamiento legal lógico e impecable, pero que persigue no sólo teorías, sino las necesidades de la práctica, consideró aquí las consecuencias que pudiera entrañar la aceptación de la doctrina de la conciencia de lo injusto en el dolo. Se vió forzado a promulgar preceptos especiales en dos puntos que limitaron notablemente la equivalencia del error de hecho y de derecho: el error de derecho que contradijere al sano sentimiento popular quedaba irrelevante y en los tipos en que la perpetración culposa no se preceptuase como penal, debiera ser punible en el marco de esta específica responsabilidad, es decir, con amenaza previa de pena. Nó eran éstas las únicas imaginables consecuencias que la nueva regulación originaba y que hacían precisa la intervención del legislador. ¿Qué ocurriría, pues, en el supuesto de que un autor no hubiese considerado en absoluto la cuestión de la antijuridicidad de su acto? ¿Debieran ser punibles, en caso de culpa, la participación y la tentativa allí donde sea dolosa la conducta del autor principal o la naturaleza del hecho en que la tentativa reposa? (12). Ya las dos limitaciones previstas por el legislador destruyen la unidad del dolo y demuestran que la equivalencia de ambos elementos: la voluntad del hecho y la conciencia de la antijuridicidad, es irrealizable. Aunque el precitado Proyecto hubiera llegado a ser ley, lo que como es sabido no sucedió, hubiera sido necesario distinguir práctica y dogmáticamente entre el error de hecho y el de derecho. Aún aquí, pues, la lucha no quedaba resuelta en el sentido de la doctrina bindinguiana.

En 1945 quedó suspendido el funcionamiento del *Reichsge-*

(11) *Das kommende deutsche Strafrecht*, All. Teil. 2.<sup>a</sup> ed., 1935, pág. 70.

(12) Sobre estas cuestiones v. mi artículo *Die praktischen Auswirkungen der Aufnahme des Unrechtsbewusstseins in den Vorsatzbegriff*, en «Zeitschrift deutsches Strafrechts», 1936, pág. 91.

*richt*. La Jurisprudencia ulterior, privada de unidad en su grado supremo, evolucionó en la materia del error de modo poco uniforme. El Tribunal Federal se vió en seguida llamado a resolver sobre el asunto y compelido a señalar normas para la práctica judicial. Parece haberse decidido a abandonar en el asunto la Jurisprudencia del *Reichsgericht*, pero sin aceptar íntegramente de momento la tesis de Binding. Más bien ha reconocido la diferencia material entre la violación del hecho y la conciencia de la antijuridicidad y la del error de hecho y de derecho (o como ahora se dice con mayor precisión terminológica: «error sobre las circunstancias del hecho» y «error de prohibición»). El error sobre las circunstancias del hecho destruye el dolo, en tanto que el de prohibición lo deja intacto, aunque pueda aminorar e incluso excluir la culpabilidad.

Tal posición fué notablemente facilitada, aun más que por el Proyecto de 1927, por la teoría de la acción final, aportadora de fundamentos lógicos bastante satisfactorios en pro de la discriminación. Dicha teoría reconoció en el dolo, como violación del hecho, un elemento subjetivo de la acción punible, formulable así: «quien toma una cosa ajena teniéndola como propia no comete hurto», o «quien mata a un hombre creyendo que fuere una pieza de caza no perpetra un asesinato». Si por el contrario, el autor obra con conciencia de la antijuridicidad del acto, el error es irrelevante. Así queda siempre un hurto el hecho de que un ciudadano saqueado durante unos desórdenes revolucionarios, se apodere de algo ajeno para resarcirse del daño sufrido, creyéndolo justo; y así, igualmente, sigue siendo un asesinato la muerte de un presunto traidor acordada y ejecutada por una organización política en una especie de previa condena. Tales errores de derecho pueden únicamente exculpar al autor en casos de acreditarse en absoluto inevitables. El conocimiento de la antijuridicidad no es, por lo tanto, un requisito del tipo, sino un elemento de la culpabilidad.

El Tribunal Federal no se ha pronunciado, ni tenía por qué, en la pugna doctrinal en torno a la acción finalista. Sin embargo, y sin extralimitarse de su cometido, pudo muy bien apoyar sus decisiones en la doctrina de la evolución de la culpabilidad de dicha teoría, en lo que tiene de aprovechable para el error de derecho (13). Se ha decidido por ella, en vista de las consecuencias prácticas que entraña, hallando el instrumento adecuado para la fundamentación debida de sus justos fallos, posibilitados por la tradicional concepción aportada por el *Reichsgericht*.

El Tribunal Federal ha iniciado la tarea de extender a otros casos, y supuestos el punto de vista sobre el problema del error solucionado en la decisión de las cámaras de Karlsruhe. Así se

(13) Uno de los jueces participantes en la decisión fué anteriormente partidario de la teoría de la acción final: R. BÜSCH, en *Moderne Wandlungen der Verbrechenlehre*, 1949. Por lo mismo ha dedicado la mayor atención a las exigencias de la práctica forense.

ha decidido que la creencia en la licitud de las órdenes de una autoridad para proceder a una detención es suficiente para destruir el dolo de secuestro. En este caso, sin embargo, exigese la previa prueba de la realidad y fundamento de la errónea creencia y que las órdenes autoritarias (tratábase de tiempos del nacional-socialismo) no estaban en flagrante contradicción con las normas de justicia o humanidad (14). En lo que toca al error sobre circunstancias de justificación, es opinión general la de que es únicamente operante cuando el autor considera erróneamente la presencia de un hecho circunstancial, que de existir realmente excusaría su acto. Conociendo, en cambio, esa realidad de las circunstancias, pero interpretándolas falsamente como aplicables a su justificación, el dolo persiste, destruyéndose tan sólo en la hipótesis de que por la tensión de su ánimo no lograrse tener efectiva conciencia de lo injusto del acto (15).

Un educador que castiga corporalmente a un internado en la falsa creencia de que éste hubiese cometido una falta merecedora de tal castigo, no incurre en delito doloso de lesiones, pudiendo ser perseguido por culpa en el supuesto de que su creencia reposase sobre datos no comprobados y admitidos a la ligera. En cambio, si dicho educador corrige al alumno creyendo tener facultades legítimas para ello y no las tiene, obra con error de derecho no excluyente de su dolo en la lesión (16).

En los casos de aborto o interrupción de embarazo, solamente permisibles bajo constancia de que peligra la vida de la madre y con expreso consentimiento suyo, se obliga al médico a pecararse personalmente de tales extremos; si opera sin esa previa y suficiente averiguación, el Tribunal Federal ha decidido que se encuentra ante un caso de error de derecho irrelevante (17).

La nueva dirección iniciada por la Jurisprudencia del Tribunal Federal ha encontrado, primero, expectación, y en seguida, aplauso por parte de la doctrina, y eso tanto del lado de los partidarios de la acción final como del de los secuaces de la acción causal. Con lo que queda suficientemente probado que tales soluciones eran las adecuadas a un correcto ordenamiento jurídico-penal. No resulta, en cambio, igualmente satisfactorios los fundamentos en que tales casos concretos pretenden jurídicamente basarse, y a este respecto se han multiplicado las críticas, referidas sobre todo a las dos últimas citadas decisiones jurisprudenciales (18).

(14) Tribunal federal (BGHE) *Decisiones*, II, 234, «sobre interrupción del embarazo por particulares en estado de necesidad»; II, 336, «sobre la muerte de un prisionero de guerra a causa de saqueo»; III, 194, «sobre la muerte en caso de legítima defensa por error acerca de la gravedad y efectividad del ataque».

(15) Tribunal federal (BGHE) *Decisiones*, II, 245.

(16) Tribunal federal (BGHE) *Decisiones*, III, 105.

(17) Tribunal federal, *Decisiones*, III, 7.

(18) MEZGER en un apéndice a su manual resumido, 4.<sup>a</sup> ed. de 1952, dice

Bien consideradas las cosas, preciso es reconocer que dichas críticas, muchas veces imbuídas de prejuicios dogmáticos, no han comprendido siempre fielmente los fallos del Tribunal Federal. Conviene, pues, insistir sobre el alcance y fundamento de esta criticada jurisprudencia para precisar la licitud o ilicitud de los reproches que le han sido dirigidos.

El Tribunal federal exige para el dolo que el autor conozca todas las circunstancias que hacen a su acto efectivamente criminal y punible. Si conoce que su acción se halla prevista como ilícita por una ley penal, esto es, si tiene conciencia de su antijuridicidad, el dolo permanece intacto. Con razón se ha dicho que con estas exigencias la jurisprudencia se adhiere a la doctrina tradicional del «dolus malus», es decir, la volición de un acto conocido como delito (19). El conocimiento de la valoración no es, sin embargo, exigible en el «dolus malus»; pero, en cambio, en este camino es comprensible y justa la estimativa jurisprudencia del error en materia de causas de justificación. Se ha presentado la tesis de que tal especie de error sobre las causas justificativas sea un error de derecho, lo que es combatido principalmente por Welzel (20). Dicha tesis procede de la no aceptación de la doctrina de las circunstancias fácticas negativas, pretendiendo limitar el contenido del dolo a la querencia de los elementos típicos del hecho prefigurados en la descripción legal positiva. Conduce, en consecuencia, a admitir que el acto de causar la muerte en hipótesis de legítima defensa putativa, sea asesinato u homicidio, impune sólo en caso de error excusable, pero digna de eventual atenuación si dicho error no tuviere tal carácter. No creo que el Tribunal federal haya tenido tales propósitos ni querido, hasta tal punto, apartarse de las tradiciones del *Reichsgericht*, a lo que, por lo demás, tampoco estaba obligado por su modo de plantear la cuestión. En efecto, el autor que mata a su supuesto atacante, no obra con dolo malo; quiere únicamente hacer algo que, de ser ajustado a la realidad de los hechos, sería ciertamente justificable. No ya el mero conocimiento y cumplimiento de las realidades del tipo (muerte de un hombre) hace la verdadera maldad del dolo; es menester, además, la no concurrencia de los diversos supuestos que puedan justificar tal acto. Por el contrario, puede asimismo decirse que no todo error sobre una causa de justificación haya de ser forzosamente un error de hecho. El autor que cree equivocadamente tener una facultad para obrar sobre supuestos de hechos reales y efectivos (por ejemplo, al matar a un delincuente que pretende huir), hace algo que quebranta el orden jurídico, aun sin conciencia concreta de ello por su parte. El Tribunal federal manteniéndose en esta tesi-

respecto a la decisión del Tribunal federal que «éste se ha hecho acreedor a nuestra mayor consideración en la forma más notable».

(19) V. SCHROEDER, en *Monatschrift für deutsches Recht*, 1953, pág. 70.

(20) *Deutsche Strafrecht*, 2.<sup>a</sup> ed. 1949, págs. 84 y otras. Igualmente en el CONDE ZU DOBNA: *Recht und Irrtum*, 1925.

tura de diferenciación de errores, frente a la doctrina de Binding, aun hoy defendible, e incluso la extiende a la materia de las causas de justificación. Los ataques dirigidos por los críticos contra su jurisprudencia fracasan en lo que la misma pudiera ofrecer de novedad, ya que se atiende constantemente, también en lo relativo a las causas de justificación, a la constante doctrina del *Reichsgericht*, distinguiendo entre error de hecho y de derecho,

A pesar de lo dicho, la polémica en torno a estas cuestiones demuestra que la práctica de la nueva doctrina acogida por el Tribunal federal provoca serias dificultades. La distinción entre error de hecho y de derecho se acredita únicamente utilizable a condición de adscribir cada uno de ellos a una determinada categoría, según criterios predeterminados y concretos. Reposas sobre la idea de que sea cosa distinta el que un autor yerre sobre las circunstancias que hacen su acto antijurídico, y otra que dicho error recaiga sobre la valoración entera del orden jurídico en que obró su acción. Pero lo cierto es que la separación entre las circunstancias y la valoración jurídica no está siempre exactamente delimitada en los respectivos tipos. Encontramos con gran frecuencia los denominado elementos normativos de la tipicidad, esto es, circunstancias de hecho que de ningún modo pueden ser apreciadas sin una conjunta valoración jurídica. De otra parte, no han cesado los intentos, no sólo para la tal valoración de los elementos singulares, sino para la del acto como una totalidad, intentándose estructurar su antijuridicidad a modo de atributo de la tipicidad concreta. Si el autor desconociere el hecho de una tal especie de tipicidad normativa, por causa de una falsa valoración jurídica de la misma, sería altamente dudoso el decidir si nos encontramos ante un supuesto de error de hecho o de derecho.

A la cuestión precedente no se puede aportar una respuesta terminante de validez general. En muchos elementos normativos del tipo debe ser extensible el dolo, indudablemente, a lo que encierran de valoración jurídica. El ladrón debe saber, por tanto, que la cosa de que se apodera es ajena; si la tiene por propia, yerra sobre una circunstancia de hecho, incluso en el caso de que su equivocación derive de un error jurídico por estimar erróneamente que se trata de su propiedad. En cambio, quien falsificare un documento necesita únicamente saber que el escrito falseado ofrezca tal carácter documental; que lo considere concretamente documento en sentido estricto o no, es indiferente a los efectos de la existencia del dolo, constituyendo un error de subsunción. De este modo, la concesión del Tribunal federal obliga incesantemente a un análisis de los tipos concretos. El contenido del dolo que a ellos perteneciere debe ser perfecta y exactamente delimitado, al objeto de decidir en cada caso si un error se refiere a un hecho o a una prohibición (derecho). Sobre ello hay aún sobrada materia para meditar. La jurisprudencia antigua, que equipara el error de hecho al de derecho extrapenal, no necesita atender necesariamente

a esta delimitación entre error de hecho y de derecho; únicamente de un modo aislado y esporádico coincide la misma con la tradicional entre error pénal y extrapenal.

Binding ha dicho en cierta ocasión, irónicamente, que la doctrina jurisprudencial alemana sobre el error está a su vez plagada de graves errores. Su juicio no se ha acreditado justo en todas las ocasiones, y su propia doctrina tampoco está exenta de error. Estamos dispuestos a desear para la Jurisprudencia del Tribunal federal una crítica más favorable que la que Binding dirigiera a la del *Reichsgericht* de su tiempo; pero no puede decirse, en verdad, que con ella se hayan resuelto todos los problemas que la doctrina del error plantea. Su tratamiento ha de descansar, en todo caso, sobre el principio de que no hay pena sin culpabilidad. La visión del Tribunal federal viene a ser como una síntesis entre la tesis clásica del *Reichsgericht* y la antítesis de Binding; se halla seguramente más cerca de la verdad que ninguna de ellas; pero no es todavía la verdad pura. Constituye quizá un paso en el secular proceso hacia la pura realización del principio de la culpabilidad. Posiblemente los tiempos futuros han de considerar nuestra solución tan poco satisfactoria como nosotros la vieja del dolo indirecto, del *versari in re illicita* o de la intrascendencia del error de derecho. Pero esto es una preocupación para el mañana, mientras que el presente nos plantea otras más urgentes. El nuevo principio jurídico precisa a la vez de aclaraciones dogmáticas y de desenvolvimiento en circunstancias prácticas. Ya las discusiones científicas surgidas sobre el asunto en el corto espacio de tiempo que media desde las trascendentales decisiones del Tribunal federal, muestran que el nuevo principio es susceptible de diversas interpretaciones. Prueban, asimismo, que muchos de los errores dogmáticos del pasado subsisten aún, y que sobre las consecuencias que puede acarrear su distinta interpretación hay rica diversidad de opiniones. Puede decirse que en lo que toca a aplicaciones prácticas del principio nos hallamos todavía en sus comienzos, y que en los casos que han de venir se ofrecerán numerosas ocasiones de prueba y contraste. Hay que esperar que con ello se aclaren muchas cuestiones batallonas que, con arreglo a la actual dogmática, son imposibles de resolver de un modo satisfactorio para todos; así, por ejemplo, la de la doctrina jurisprudencial de que en el delito de resistencia sólo se considere la legalidad del ejercicio autoritario a modo de condición objetiva de punibilidad, sin afectar a la medida del dolo de autor. Su admisión debe ser posibilitada por la nueva concepción de la Jurisprudencia, que parece como un instrumento más idóneo que el de la antigua del *Reichsgericht* para la solución de los problemas en torno al error. Por lo mismo, creo que también en la labor científica es menester insistir en tales extremos para que sea realidad lo único que en materia de las ciencias jurídicas resulta esencial, es decir, la Justicia.

## R É S U M É

*Le travail traite des nouvelles tendances jurisprudentielles du Tribunal fédéral allemand en matière d'erreur, qui s'écartent des Traditionnelles soutenues par son prédécesseur le Reichsgericht, aboli en 1945. Tandis que l'ancien Tribunal se conservait fidèle au principe que seulement l'erreur de fait est capable d'opérer mais pas l'erreur de droit, en assimilant l'erreur de droit extrapénal au premier, la nouvelle jurisprudence admet tous les deux en exigeant la conscience d'antijurisdicité pour perfectionner le "dolus". L'auteur défend l'innovation, quoiqu'il ne soit pas d'accord avec les principes dogmatiques sur lesquels elle se base. A cet égard il approfondit dans la véritable nature de l'erreur en Droit pénal, en passant revue aux théories allemands les plus modernes sur cet sujet. Il considère les classiques du "dolus indirectus", et du "versari in re illicita" surannés aussi bien que la distinction entre l'erreur de fait et l'erreur de droit. Il considère plus acceptable la terminologie d'«erreur dans les circonstances du type et d'«erreur de prohibition» et insiste surtout sur la nécessité de fixer la nature du dol dans la conscience des choses antijuridiques, en respectant absolument le proverbe «il n'y a pas de peine sans culpabilité». Il croit qu'on peut appliquer à la nouvelle position de la Jurisprudence quelques postulats doctrinaux de l'action finaliste et la considère comme une sorte de synthèse entre la thèse classique du Reichsgericht et l'antithèse de la théorie de Binding. Il ne considère pas justifiés tous les attaques dirigés par les critiques contre l'innovation, et même en reconnaissant quelques défauts de celle-ci, il la prise comme d'une grande utilité pratique, propre à résoudre avec justice de nombreux cas concrets qu'il mentionne. C'est surtout un pas peut être décisif dans le procès centenaire vers la réalisation du principe de culpabilité, qui est son mérite principal, quoique ce soient le temps et les nouvelles suppositions réelles qui doivent décider sur la véritable valeur qui doit être accordée à cette technique-là.*

## S U M M A R Y

*The study deals with the new tendencies of jurisprudence of the German Federal Tribunal in matters of error, which differ from those held by its antecessor the Reichsgericht, abolished in 1945. Whilst the old Tribunal remained loyal to the principle that only the error of fact is capable of operating and not the error of law, assimilating the extra-penal error to the first one, the new jurisprudence admits both of them, demanding the conscience of unlawfulness to perfect the "dolus". The author defends the innovation even if he does not agree with the dogmatic fundamentals upon which it is based. Thus, he studies deeply the true nature of error*

in Penal Law by reviewing the most recent German theories about the subject. He considers as old-fashioned the classical ones of "dolus indirectus" and of "versari in re illicita", as well as the distinction between factual error and error of law. He considers more appropriate the terminology of "error in the circumstances of the type" and of "error of prohibition" and insist mainly on the necessity of fixing the nature of deceit in the conscience of unlawfulness, always respecting the proverb "there is no penalty without culpability". He thinks that some doctrinal postulates of "finalistic action" can be applied to the new position of Jurisprudence which he considers as some sort of synthesis between the classical thesis of the Reichsgericht and the antithesis of Binding's theory. He does not consider justified the attacks of the critics against the innovation; and even acknowledging some of its imperfections he thinks that it is of great practical value, appropriate to resolve with justice several concrete cases which he mentions. Principally it represents an advance, perhaps a decisive one, in the process of centuries towards the pure fulfillment of the principle of culpability, which is its principal merit, even if time and the new real suppositions shall be those which must resolve about the true value that can be granted to that technique.

# El homicidio y su teleología en los clásicos agustinianos españoles del siglo XVI

P. BONIFACIO DIEZ

Agustino

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

Lo jurídico va siempre precedido de un factor económico-social y abroquelado por un espeso caparazón empírico que actualiza su ley de la inercia.

Antes de regular las relaciones familiares exigimos su existencia, al menos en concepto de causa final. Mas formada la familia, completado el núcleo comunitario, la misma fuerza cohesiva de la tradición prolonga unos modos funcionales y normativos que llamaremos, quizá, postulados.

Un hecho consumado, una realidad comprimida o un ambiente sádico y violáceo, producen una reacción ácida. Las violencias, hurtos, muertes, guerras, originan leyes penales que responden a la necesidad social de desarmar la mano de Caín que se vuelve contra Abel. Esta, y no otra, es la causa y principio de las codificaciones, pues desde los primeros códigos anglosajones hasta nuestros fueros, la ley positiva es una simple enumeración de multas. «Por aplastar las narices a un hombre dénese cincuenta azotes.»

Mas aquí aparece el lado negativo de la justicia, el único captado por el mundo en ciernes. «La justicia—escribe Garofalo—tiene por fin luchar contra una enfermedad social: el delito.» Orientación propia de Sargón de Akad, cuando en el año 2525 a. de Jesucristo realizó la unidad babilónica. O del Emperador Chi-Wang-ti, al reorganizar el imperio chino el año 221 a. de C., en lucha con los cincuenta y dos señores autónomos de una China teifasiana.

La justicia tiene una función más amplia. No destruye, sino que establece la igualdad reclamada por la razón y la verdad. La justicia es la norma de vida social, cuyo fin es el bien común y cuya existencia no se halla subordinada a una enfermedad social, al delito. En tanto la justicia considera este hecho anómalo, en cuanto altera el orden pacífico y equitativo de la sociedad. Esto no quiere decir que la justicia se subordine al hecho. Es anterior al delito, como la salud lo es a la enfermedad. El castigo del de-

linciente es un fin inmediato y externo, que encubre la búsqueda del orden roto y pisoteado.

La legislación penal es un campo específico dentro del mundo de la justicia. Se preocupa de sanear la vida, los hechos. Estudia los vicios opuestos a la justicia, luego es una legislación, subordinada a la justicia valor, en sus principios y exigencias. Todo derecho penal que se base en principios propios o independientes se convierte en máscara de unos intereses, ideas u orientaciones bastardas. La pena debe tener su justificación. Los delitos y las penas deben guardar una proporción, no subjetiva, arbitraria, terrorífica o vindicativa, sino real, con fundamento objetivo y un sentido ontológico y moral. La justicia conmutativa, «ciencia de la caballería andante», como la denomina Cervantes, es todo un mundo predelictual, y una pinacoteca del honor y la convivencia. Toda conducta que dañifique al prójimo en su vida, en su honor o en sus bienes, es un tentáculo de la injusticia y del deshonor. Es preciso herirle para que, vuelto a su madriguera, se restablezca la tranquilidad en el vivir. Por esta razón comienza Salón (1) la cuestión sesenta y cuatro, prescindiendo el homicidio, el deshonor, la difamación, etc. como vicios contrarios a la justicia conmutativa. La justicia reclama una vuelta a la normalidad, a la equidad. ¿Cómo restablecer la justicia en estos casos?

No se puede establecer sistemáticamente la eliminación del miembro enfermo como ley de seguridad social. Ni alejar la pena de muerte como estigma de primitivismo. Si en lo físico la cirugía es el remedio extremo, en moral penal debe ser la última medicina. Pero la admitimos como lo que es, última medicina.

Toda pena reviste suma gravedad, desde el momento en que puede convertirse en una injusticia. El delito es esencialmente grave. Es un desorden. La pena sigue la rectitud o desequilibrio de su aplicación adecuada o disconforme con la justicia.

Ante este montón de rojos coágulos, el criminólogo, el jurista, el filósofo-moralista, aprecian y se enfrentan con los hechos, cada uno desde su prisma propio. Ningún delito más grave y más estudiado que el homicidio. La máxima de todas las penas, la de muerte. Y en ambos campos todos aprecian una constante histórica: la lucha por la prolongación vital en el tiempo y en el espacio. Dos vidas que juegan muchas veces al dilema. Cada una posesionada del valor de su propio yo, y la capacidad expansiva de su personalidad.

El hombre ama la vida, pero también le es brutalmente repugnante la muerte del semejante. Este mismo sentimiento, tan fuerte y tan humano, se ha considerado como la causa y origen de la pena de muerte. El talión es, según esta doctrina, una manifestación sentimental, con carácter ferozmente vengativo.

(1) MIGUEL BARTOLOMÉ SALÓN, agustino. «Commentariorum in disputationem de iustitia, quam habet D. Tho. secunda sectionae, secundae partis suae Summae Theologicae, q. 64. «De homicidio». Cols. 1.126-1.127 y ss. Ed. Valencia, 1591.

La pena de muerte sigue los mismos altibajos que la personalidad. Ambos conceptos han seguido en la historia la suerte política del individualismo, o su rival el socialismo. El homicidio abunda en el primero. Por el contrario, la pena de muerte se aplica con más frecuencia en los regímenes socialistas. En unos, la iniciativa privada rebasa los límites defensivos, y se exteriorizan las venganzas. En el otro, la legalidad busca el respeto y confianza debidos a la autoridad.

El bien de la sociedad es su vitalidad, su armonía, el que cada miembro esté en el lugar que le corresponda y desempeñe el papel que en su puesto tiene asignado. Como el desorden lleva a la destrucción, toda parte que en el todo entorpece la marcha hacia el fin es causa de su aniquilamiento, y la sociedad, cuando siente el hedor del miembro gangrenado, reacciona con instinto de conservación y de pervivencia.

La pena de muerte es un diario amanecer. Pero frente a ese campo de amapolas marchitas que ofenden la vista, se levanta el sentimiento, que repite el eco dulce de filántropos y altruistas de todos los tiempos, renovado hoy con plumas abolicionistas, pidiendo su desaparición. La razón, el sentimiento, la fe, los juristas, los sociólogos, los criminalistas, los teólogos y moralistas, los políticos, etc., etc., todos juzgan y definen la admisibilidad o prohibición de privar de la vida a un hombre de naturaleza hermana y de sentimientos dispares.

Las alteraciones históricas con respecto a esta materia se manifiestan en todas las legislaciones. Unas veces rige el temor a la intoxicación, y aparece la pena de muerte con toda la fuerza del instinto. Su alternativa, llevada por el sentimiento humano, proclama la abolición de la misma pena. Es el caso de Toscana. La abolición de *iure*, se produce por primera vez en Toscana, por el Duque Pedro Leopoldo, en 1786. Se restablece la pena de muerte en 1790, para suprimirla de nuevo en 1848, resucitarla en 1852 y abolirla en 1859. Posteriormente las variaciones siguen el mismo ritmo que las del Estado italiano absorbente.

Como no intentamos un estudio de las legislaciones, sino de los principios, nos contentamos con afirmar que cabe discusión sobre modalidades jurídicas en la pena de muerte legal y extra-legal: forma, modo, circunstancias, causas, extensión del castigo, etc., etc. Sin embargo, fuera de este mundo positivo-jurídico, aún creemos en los principios generales del derecho, más en concreto, en los principios naturales, respecto al homicidio y a la pena de muerte.

\* \* \*

La doctrina española-agustiana del siglo XVI, profunda, moral, filosófica y jurídica, se enfrenta con la licitud o ilicitud de los actos contrarios a la vida.

La vida, misterio singular e inefable; vivida y jamás bien de-

finida, es algo más que un conjunto de operaciones de nutrición, crecimiento y destrucción, como dijera Aristóteles. En lo jurídico cae dentro de una proposición general en el estudio de los clásicos.

Acto seguido, desgranar su estudio nuestros autores en una serie de tesis concretas y principios, bases de la moral y el derecho positivo.

La vida no siempre tiene el mismo valor trascendental, aunque en su immanencia arguya individualidad perfecta.

Lo mismo que los fines, admite una clave, una subordinación, un más y menos, un plural de conjunto, frente al individuo interno y solitario. Como en toda escala, no pueden por menos de sucederse los peldaños, con subordinación de los inferiores en el fin perfecto del conjunto.

Confirmado el valor absoluto e inmanente de toda vida, la colocamos en el cosmos común, y en razón causal brindamos por su desarrollo. La estabilidad y quietud es el polo muerto y negativo de su esencialidad. Un doble movimiento de composición y descomposición a un tiempo, general y continuo, es, escribe Blainville, la manifestación de su presencia. Esa movilidad sólo es posible entre roces mutuos, que crean el problema de su tangencialidad, y en muchos casos de su desaparición.

¿Es lícito interrumpir el hilo de la vida en algún caso? Este es el problema general y la incógnita universal que en los clásicos inicia el estudio del homicidio y de la pena de muerte.

Aragón (2) afirma que este término, vida, en la presente cuestión, tiene un sentido amplio. Se refiere a todos los supuestos vitales y en razón de fuerza o actividad interna substancial, mediante la cual obra el ser que la posee, y tiende a su perfeccionamiento y subsistencia.

La planta refleja su resistencia ante la muerte, con manifiestos quejidos. El animal se conduce y fuerza la huida, pues intuye su fin, contra el cual se levanta su instinto, y su naturaleza pide no caer en el vacío eterno.

Mas si recurrimos a la distinta valoración de fines en lo creado, todo ser vivo se subordina al hombre en un grado mediato o inmediato. Esta relación de subordinación, de los seres todos al hombre, autoriza a éste para conservar o aniquilar los seres sometidos a él, siempre que éstos sean necesarios para perfeccionarse y conseguir su fin superior.

Este proceder lícito, necesario y cotidiano, se ve coartado por la ley de los sentimientos, que debe actuar como lubricante en el sacrificio o inmolación del ser inferior.

La aniquilación de estos principios vitales inferiores no solamente la consideran lícita nuestros autores, sino natural y absolutamente necesaria.

---

(2) ARAGÓN: «De iustitia et iure», q. 64, art. 1, pág. 333. Edic. Salamanca, año de 1590.

Presentan una serie de citas autorizantes que corroboran su afirmación. En primer lugar, la adjudicación divina de toda vida al hombre: «mirad y ved que toda hierba, todo árbol y todo animal que vive sobre la tierra os los he puesto para que os sirvan de alimento» (3). Y en el capítulo IX, con afirmación más general y absoluta: «todo lo que se mueve y tiene vida es para vuestro alimento». Santo Tomás (4) concluye: «licitum est plantas mortificare in usum animalium, et animalia in usum hominis». En los primeros siglos de la Iglesia levantaron su voz los maniqueos para proclamar la ilicitud de dar muerte a los animales y comer sus carnes. Orientación nada extraña, desde el momento en que confunden los principios vitales de los animales con las almas inmortales. San Agustín, al reprimir sus doctrinas, sienta esta conclusión: «iustissima ordinatione creatoris vita et mors, brutorum nostris usibus subditur» (5). Toda la fuerza de estos argumentos se corrobora con la expresión firme y clara de los Hechos de los Apóstoles (6), «occide et manduca»—mata y come—. A esto debemos añadir que no arguye desorden alguno, pues nada hay más conforme con la naturaleza, que usar cada cosa en orden al fin para el cual se ordena y vive. Los seres inferiores consiguen su fin sirviendo a los superiores. «Imperfectiora sunt propter perfectiora», como escribe Salón (7). Este problema general, sin apenas contradictores, nos lleva de la mano al estudio de la muerte humana ocasionada o procurada.

El hombre afectado, en cuanto viviente, por la proposición general antedicha, orgulloso se levanta sobre toda vida. Le sonríe la nobleza de su fin. Le halaga su primacía y derecho preferente, en relación a la existencia, frente a todos los demás seres mundanos. Y todo, en cuanto encarna en él un fin superior, eterno.

Pero si en algún caso dos fines gemelos, superiores ambos, eternos los dos, unidos a sendas vidas humanas, chocan, ¿cuál debe prevalecer? Este es el problema: ¿Es lícito en algún caso procurar la muerte del hombre?

Los clásicos agustinianos comienzan planteándose el problema en aquellos hombres que se vuelven contra Dios, que invierten los fines, que rebajan la dignidad humana con su conducta. Se preguntan: ¿Es lícito dar muerte a los pecadores? Este planteamiento es fundamental, y es ordenado. Se trata del hombre que ha invertido sus fines y ha animalizado su existencia.

Toda parte debe estar subordinada al todo, y lo imperfecto a lo perfecto. La salud de todo el cuerpo humano exige la amputación de un miembro enfermo o putrefaciente. Debe amputarse la parte para que no muera el todo. De la misma manera, el indi-

(3) Génesis, cap. I, V, 29.

(4) 2.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup> c., q. 64.

(5) *De Civitate Dei*, L. I, c. 20.

(6) C. 10, v. 13.

(7) SALÓN, obra citada, q. 64, art. 1, col. 1.128.

viduo racional que es parte de la comunidad, si es un peligro, un fermento del mal y de la corrupción, el privarle de la vida es saludable y loable. En la sociedad, el hombre, como parte, debe ordenar su actividad al bien del cuerpo social. Y cuando es causa de su quebrantamiento y la sociedad no puede permanecer en paz ante la presencia de este miembro enfermo, le es lícito y necesario eliminarle (8). Este principio general se ve reforzado por Aragón con un comentario y aplicación de la parábola de la cizaña a este caso concreto. Ordena no se arranque la cizaña mientras no se conozca y se distinga perfectamente del trigo limpio. Pero, concluye (9), cuando la muerte de los malos se puede realizar sin peligro de arrancar la vida a los buenos, es lícita la muerte de los malos.

Dios, providente, a veces no quiere quitar la vida directamente a los malos y la deja, o pone, a merced de la justicia humana, para que los castigue. El pecador—escribe Aragón—con el pecado se aleja de su centro y fin, y por el peligro que arguye es peor que las mismas fieras.

Mas esta conclusión parece chocar con un precepto natural negativo y absoluto, que posteriormente aclararemos: el quinto precepto del Decálogo. No matarás. El mandato es absoluto, no parece dé lugar a interpretaciones. Sin embargo, este precepto debe ser estudiado a través del Exodo (10), en su terminología propia y significación literal: «Non homicides» (No matarás al hombre.) Queda fuera del precepto natural toda vida no humana. Pero en relación al hombre no señala limitaciones, comprende también a los malhechores. Es absoluto. Opuesto a la pena de muerte. Es un precepto natural.

¿Cómo explicar que en algún caso sea lícito aplicar la última pena al hombre? Este es el punto de partida, para la oposición, sobre la pena de muerte. El hombre tiene un fin trascendente, sustantivo, fin en sí. Su vida no es suya, es de Aquel que le creó, y nadie tendrá derecho a destruir lo que Dios creó para Sí.

Scoto (11) afirma que el precepto es absoluto y universal. No matarás. Afecta tanto al inocente como al culpable, y se extiende a toda autoridad, tanto pública como privada. Todo aquel que mata a otro, con la autoridad que sea, peca contra el quinto mandamiento. Sólo Dios puede dispensar de este precepto.

(8) SALÓN, obra citada, q. 64, art. 2, Cols. 1.139-1.140: «Ideo licet animalia occidere, quia sunt propter hominem, et in ipsum ordinata, sicut imperfectius in id quod perfectius est, sed in corpore huius Reipublicae humanae unusquisque ut pars ordinatur in bonum totius, ergo licebit privatum hominem occidere quando bonum commune ita exiget: Rursum in corpore humano secatur membrum putridum, quando ita exigat salus totius, salus autem et bonum commune Reipublicae exigat ut molefactores tollantur e medio, et occidantur, aliter namque experientia teste et recta ratione dictante non potest Respublica in pace et quiete manere, ergo licitum est imo et necessarium malefactores occidere».

(9) ARAGÓN, q. 64, pág. 339.

(10) Exodo, c. 20, v. 13.

(11) Q. 3, d. 15.

Aragón (12), en oposición a la anterior sentencia, expone su doctrina. Admite la licitud de la pena de muerte en múltiples casos, y por justas causas:

1.<sup>a</sup> Es lícito, no está prohibido por el precepto divino, dar muerte al injusto agresor, siempre que se haga en defensa propia (13).

La primera consecuencia es clara, justa y lícita. Son dos vidas con un fin trascendente ambas. Prevalecerá en el dilema de la propia.

2.<sup>a</sup> Toma como base la Sagrada Escritura, para probar que caben motivos que hacen lícita la muerte del «alter». En el Antiguo Testamento no se da una prohibición absoluta. En muchos casos se juzga lícita la pena de muerte. La autoridad divina que en el Antiguo Testamento aparece y que Scoto toma como excepción, por derecho divino, prueba sencillamente que es por autoridad divina, pero ya no es absoluta y general la prohibición. Téngase en cuenta que la legislación judía se basa en la autoridad divina. Pues su derecho es un derecho de autoridad: «Javeh dice, Javeh manda.» En esos preceptos de Javeh va incluida la transmisión de autoridad al hombre para quitar la vida a los miembros infectos.

3.<sup>a</sup> Es lícito matar al invasor. No es el fin matar, sino defenderse (14). En último término, es una legítima defensa, y ésta es lícita, pues en la subordinación de fines mi fin propio es superior al fin ajeno.

Salón especifica y aclara el caso presente en relación a la licitud de dar muerte al invasor, por autoridad privada. No es lícito dar muerte al invasor—dice—sino en caso de necesidad urgente, con el solo fin de defender su vida propia y sin que se mezcle ánimo vengativo (15). De lo contrario, sería un verdadero homicidio. Y aun existiendo esa necesidad, siempre la defensa será dentro del marco de la moderación (16). El particular no puede atentar directamente contra la vida del invasor; sólo a la autoridad puede competir tal decisión y acción directa (17).

(12) Q. 64, pág. 340.

(13) Quod est de se licitum, et per se bonum non est prohibitum praecepto divino, sed occidere hominem in propriam defensionem est per se bonum, utpote quod est secundum inclinationem naturalem: ergo non est prohibitum illo praecepto, non occides. Q. 64, ar. 2, pág. 340.

(14) Ideo homo potest invasorem occidere, non faciendum contra illud praecetum, quia quod intendit non est occidere, sed ipsum defendere, ad quod per accidens sequitur alterius occisio. ARAGÓN, q. 64, art. 11, pág. 340.

(15) Non licet occidere invasorem, nisi necessitate omnino exigente, ita ut aliter vita conservari non possit, idque sine ullo livore vindictae sed solo fine conservandi vitam. SALÓN, q. 64, art. 7, col. 1.201.

(16) Necessitate exigente licet occidere agressorem, sed cum moderamine inculpatae tutelae. SALÓN, q. 64, art. 7, Col. 1.201.

(17) Personae privatae non licet occidere invasorem ex intentione, sed id solum licet potestati publicae. Idem, col. 1.202.

El Exodo (18) autoriza a aquel que halle al ladrón en el acto de robarle sus bienes para darle muerte. Con más razón—añade Aragón—es lícito matar a aquel que atenta contra la vida propia que contra los bienes. La muerte de un hombre—continúa afirmando Aragón—, causada por razón de propia defensa, oponiendo la fuerza a la fuerza, es lícita, según todas las leyes, y no se le debe imputar ni a culpa ni a pena (19). Y en confirmación—dice—que esta norma no es positiva sino natural, recibida con la misma naturaleza (20).

Sin embargo, para que la pena de muerte perpetrada como efecto de la propia defensa sea lícita, debe reunir a juicio de Aragón cinco condiciones: 1.<sup>a</sup> Que sea efecto de la oposición directa de la violencia a la violencia. 2.<sup>a</sup> Que se realice en defensa propia y no vengando la injuria. Siempre que haya sido atacado. No cuando el agresor fué el mismo que causa el homicidio. 3.<sup>a</sup> Que se realice en el acto mismo de la defensa. Cuando el enemigo huye no es lícito el perseguirle y darle muerte, pues la violencia ya cesó, y más que defensa es venganza. 4.<sup>a</sup> Que el acto homicida se realice «cum moderamine inculpatae tutelae». Esta circunstancia se da cuando la defensa no va más allá de lo que las reglas de prudencia señalan, para reprimir la agresión. 5.<sup>a</sup> Que no se realice con intención directa, sino como consecuencia necesaria e indirecta en la defensa propia.

Nuestra voluntad puede moverse, por el fin, por los medios por los efectos. El que quiere una cosa como fin o como medio la quiere formal y directamente. No será lícito dar muerte a nadie por autoridad privada si buscamos la muerte del «alter» como fin o medio directo para nuestra defensa. Sólo nos es lícito procurar la muerte del agresor considerándola como simple efecto tolerado. Buscar la muerte del malhechor como fin de un acto, no le es lícito al juez ni a la autoridad. Esta puede condenar a muerte a un ciudadano indeseable, de una manera directa, sí, pero sólo como medio necesario para conseguir el bien común. Y en relación a éste. Cuando actúa la autoridad el fin es conseguir el bien común. La muerte del malhechor es el medio aplicado para conseguir tal fin: El efecto, la muerte seguida. Pero cuando se trata de la acción privada no es lícito dar muerte al agresor, considerando la muerte del «alter» como fin de la acción. Ni como medio para defenderse. Sino simplemente prever la muerte como efecto material seguido de su defensa (21).

(18) *Exodo*, c. 2, v. 2.

(19) *Occisio hominis, quae fit in propriam defensionem, vim vi repellendo, secundum omnes leges, adeo est licita, ut nec ad culpam, nec ad penam imputetur, haec enim lex, ait Cicero, non facta sed nata est.* ARAGÓN, q. 64, art. VII, página 379.

(20) *Non ea suscepimus, sed a natura arripuimus.* (Idem.)

(21) *Nullo modo licere aggresso velle occisionem aggressoris neque ut finem, neque ut medium, sed tantum ut efectum consequutum, ita ut ille intendat sui defensionem ut finem, bellum et pugnam, qua se tuetur, ut medium: in occisio.*

Salón (22), al concretar las condiciones para la licitud del acto, reduce éstas a cuatro, que en realidad es una refundición de las cinco de Aragón.

No le será imputable al sujeto activo la muerte de un tercero cuando se produzca de una manera casual. No es un acto consciente, ni en el fin, ni en los medios, ni en sus efectos. Pero el homicidio material casual le desechamos, siempre que no concurren las cuatro condiciones enumeradas por Salón (23): 1.<sup>a</sup> Que no sea directamente intentado ni querido tal homicidio por el sujeto de la acción. 2.<sup>a</sup> Que la muerte se siga directamente de la acción propia del sujeto. 3.<sup>a</sup> Que se produzca por un acto fortuito y el sujeto activo no tenga obligación de abstenerse de poner tal acto. 4.<sup>a</sup> Que dicho acto lícito sea realizado con el cuidado y prudencia que reclama tal acto.

Probada la licitud de dar muerte al injusto agresor se pregunta Aragón ¿puede hacer esto o debe hacerlo siempre que sea necesario para salvar la propia vida? Santo Tomás contesta categórico: debe (24). Está obligado a conservar su propia vida antes que la ajena. Es un deber de caridad. Aragón, sumamente polemista, no siempre ve un deber en la propia defensa. Admite excepciones. Se dan casos—dice—en los que el bien de la sociedad excusa de ese deber, si existe. Por ejemplo, cuando el injusto agresor sea el Jefe de Estado o una persona sumamente necesaria para el bien social (25).

Excepto estos casos—escribe—es libre. Se puede. No se debe. Llega a afirmar que el ceder su derecho y dar su vida por otro, más aún si es enemigo, es un acto heroico y más virtuoso (26). Contra la opinión de Santo Tomás, dice que el amarse a sí mismo y preferir su vida a la ajena se refiere al orden espiritual. Esta opinión la acepta en su totalidad Salón.

Cuestión más delicada es la referente a la licitud o ilicitud de procurar la muerte del agresor en defensa de los bienes temporales.

nem vero illam, quam directe et formaliter omnino nollet, materialiter tantum consentiat ut effectum subsequutum ex illo bello defensivo, et sine qua occisione aliter se defendere non valuit. SALÓN, q. 64, art. 7, cols. 1.220.

(22) SALÓN, q. 64, art. 7, cols. 1.209-1.211.

(23) SALÓN, q. 64, art. 8, cols. 1.222-1.223.

(24) *Teneri*.

(25) Dico primo, quod potest contingere casus in quo invasus teneatur non se defendere, si aliter, quam agresorem interficiendo, propriam vitam teneri non potest: tunc scilicet, quando agresor est Rex reipublicae valde necessarius; Et hoc non propter ipsum regem, sed propter bonum commune, quod ex ejus vitae resultat, quod ex ordine charitatis antefendum est bono privato. Dico secundo posse etiam contingere casum, in quo invasus teneatur se defendere, etiam cum occisione agresoris; tunc scilicet, quando invasus est persona reipublicae valde necessaria propter eandem rationem.

(26) Dico tercio, in aliis casibus liberum esse uníquique, vel defendere propriam vitam, vel cedere iuri suo, perfectio enim virtutis est, ponere vitam pro amico suo, atque adeo pro inimico, ut salutem aeternam consequatur. ARAGÓN, q. 64, art. 7, pág. 381.

Excluidos los casos en que puede recobrase la cosa por vía judicial, se observan distintas orientaciones en los escritores coetáneos o anteriores comentados por los agustinos. Observamos una opinión intermedia en el Panormitano. Considera un crimen, en el fuero interno de la conciencia, dar muerte al ladrón en defensa de los bienes materiales. En el fuero civil lo cree justo

Sin embargo, la opinión común, seguida por Aragón es que en el caso de no disponer de otros medios de defensa, es lícito el acto contrario a la vida del invasor de nuestros bienes. Los bienes son prolongación de nuestra personalidad y, en consecuencia, defiende indirectamente de la vida propia. Por otra parte, no considera este caso de extrema necesidad cuando viene como invasor a incautarse de los bienes que no son suyos.

Salón sienta esta doctrina: es lícito dar muerte al ladrón en defensa de los bienes siempre que éstos sean de un valor considerable (27). Añade un inciso de singular importancia. De la misma manera que el juez no condena a muerte en caso de un hurto ordinario, tampoco el particular puede defender sus intereses con unos medios tan desproporcionados. Entre las razones que expone para probar la licitud de la muerte del agresor en defensa de los bienes cuando se trata de una proporción grande de los mismos está, en primer lugar, que son medios necesarios para la vida, luego con esto defiende su propia vida. Desde otro punto de vista, el ladrón, al querer invadir los bienes, se presenta con violencia, y tenemos el caso de la agresión injustificada. La misma opinión tienen respecto a la defensa del honor. El honor es un bien de valor superior a las riquezas. Si en este caso admiten la licitud de la defensa hasta con la muerte del ladrón, con más razón cuando se trate del honor.

Concluyen: a pesar de lo dicho, en estos casos nunca es lícito atentar directamente contra la vida del culpable, aunque se puede tolerar frente a los fines dichos. Atentar directamente contra la vida sólo es lícito a la autoridad pública, al juez, al verdugo o al militar en batalla.

Santo Tomás se plantea la cuestión de si es lícito al particular dar muerte a un malhechor en el caso de no ser agredido. Consta negativamente. Mientras obre como tal particular. Llegaríamos insensiblemente a la venganza privada. Pero a esta afirmación tomista Cayetano pone algunas dificultades recogidas por Aragón, aunque no seguidas. Es lícito—escribe Cayetano—por autoridad privada matar al tirano, luego la licitud del acto nos garantiza la afirmación en el problema planteado. El mismo Santo Tomás nos da su apoyo al considerar lícita la muerte del tirano por autoridad privada, siempre y cuando no se pueda recurrir al superior. Aragón concluye categórico, después de analizar una

---

(27) Licet in defensione bonorum (modo sint alicuius momenti) occidere latronem. SALÓN, q. 64, art. 7, col. 1.214.

serie de casos concretos presentados por Cayetano: «No es lícito a nadie el dar muerte por autoridad privada sino después de haber sido condenado por el juez o autoridad. Y esto mismo, no de una manera general, sino sólo por causas gravísimas y urgentísimas» (28). Salón (29) prueba esta misma doctrina con varios argumentos. En primer lugar, recuerda el pasaje de San Pablo a los Romanos (30), en el que afirma: «Si haces el mal teme a los magistrados y ministros de justicia, pues no en vano llevan la espada. Son ministros de Dios vengador para castigo del que obra el mal.»

La razón y causa de castigar a los malhechores con pena tan grave es el bien común, que así lo exige. Mas el procurar el bien común pertenece a la autoridad pública. No a los particulares. En último término, recoge un pasaje de San Agustín, de la *Ciudad de Dios*, en el que afirma que quien mata a los malhechores sin tener autoridad pública ha de juzgársele como homicida en cuanto se atreve a usurpar un poder que sólo a Dios compete y que no le ha sido legítimamente transmitido.

Como el caso más discutido en la historia es sobre la licitud de dar muerte al tirano, observemos esta distinción que siguiendo a Santo Tomás hacen nuestros autores. El tirano puede serlo en dos sentidos muy distintos. Se considera tal a aquel que recibiendo la autoridad legalmente convierte ésta en tiranía y contra el bien común de sus súbditos. En este caso debe ser juzgado y condenado por la autoridad.

Un segundo caso nos presenta al tirano que usurpa el poder y convierte éste en su provecho y contra el bien común. En este caso todos los autores admiten la posibilidad de eliminación por simple autoridad privada. Salón lo razona de la siguiente manera: Si no tenemos posibilidad de recurrir a un superior que impida la usurpación y evite el mal, cualquiera puede en concepto de defensor de la nación darle muerte por autoridad propia. Es un invasor que usurpa nuestro derecho y nuestra paz. A todos nos concede la misma naturaleza un derecho de repeler la fuerza y la injusticia que venga contra la sociedad a la que pertenecemos y de la que somos miembros. Tenemos todos derecho a defender la nación en el caso de una guerra justa contra cualquier invasor. El primer invasor es el tirano. Luego con el mismo derecho que en la guerra justa podemos darle muerte como al enemigo en guerra justa.

\* \* \*

La autoridad puede imponer la pena de muerte, por derecho na-

(28) Postquam aliquis iuste ad mortem est damnatus, licite potest princeps, vel respublica cuiusque privatae personae dare facultatem, ut illum occidat. Ita solitus erat dicere Magister Victoria super istum art...Et probatur argumentis pro parte affirmativa factis. Non est tamen hoc faciendum frequenter, nisi ob gravissimam et urgentissimam causam. ARAGÓN, q. 64, art. 3, pág. 351.

(29) SALÓN, q. 64, art. 3, col. 1.156.

(30) Rom. c. 13, v. 4.

tural. Está obligada a poner los medios suficientes para conservar la paz social. Si esto exige la muerte del perturbador, debe aplicarle esta pena.

Salón toma la cuestión desde el punto de vista de la fe, y en su primera conclusión declara ser de fe, que a los jueces y autoridades les es lícito el condenar a la última pena a los malhechores. Entre las pruebas, comenta varios textos sagrados, como el pasaje de Exodo (31), en el que se manda a los jueces del pueblo: «no dejarás con vida a la hechicera. El reo de bestialidad será muerto, etc.».

Cita otro del Deuteronomio (32): «Uno que cometió un delito digno de muerte sea colgado de un madero, etc.».

Y el salmo ciento que habla de la muerte de los malhechores y pecadores, para conservar la paz social y en pro del bien común. Cita igualmente el capítulo quinto de los hechos de los apóstoles, en el tético pasaje de Ananias y Safira.

En otros argumentos afirma que así como el médico corta el miembro enfermo y corrompido para conseguir la salud y vida de todo el cuerpo, así debe hacer el Juez y autoridad cuando se trate de un miembro enfermo en el cuerpo social (33). Idéntico argumento esgrime el Beato Alfonso de Orozco (34).

En el Antiguo y Nuevo Testamento se permite y está autorizada por causas justas la pena de muerte. Si no fuese conforme a la ley natural no lo permitiría. Y si es conforme a la ley natural, la autoridad podrá imponer la pena capital (35).

Interpretación del quinto precepto del decálogo. Nos encontramos con un precepto natural negativo. Como natural, indispensable, y con un valor trascendente y absoluto. En contraste, aparece la doctrina defendiendo en determinados casos la licitud de la pena de muerte.

Entre las evasivas al precepto natural, encontramos una explicación seguida por la mayor parte de los teólogos. Afirman que este precepto «no matarás» sólo prohíbe la muerte del inocente. Pero esta sentencia, dice Aragón (36) no es verdadera, pues el que

(31) *Exodo*, c. 22, vs. 11 y ss.

(32) *Deut.* 21, v. 22.

(33) Sicut medicus tollit membrum putridum ut totum corpus vivat, et bono particulari praeferendum est commune, ita quia bonum, et pax Reip. vitae peccata huius mistici corporis sic exigit, iustum est ut iniqui particulares tantum membra putrida tollantur. SALÓN, q. 64, art. 2, vol. 1.142.

(34) «Sane ut membrum putridum merito a corpore separatur, ne omnia membra contaminare possit, ita in regnum civitateve recte iura disponunt, ut flagitiosi occidantur. Ne forte respublica impiis impune agentibus, magnam subeat iacturam, et pereat». Regalis Institutio Orthodoxis omnibus, potissime Regibus, et Principibus perutilis. Catholico regi Hispaniarum Philippo secundo dicata. Fratre Alphonso Orozco, sancti doctoris Augustini instituti, Auctore. Alcalá, 1565, c. 29, pág. 51 (Bibl. Escorialense, 50, V. 43).

(35) Ergo ratio propterquam nunc est licitum maleficos interficere, non est exceptio veteris legis, sed ipsum ius naturae, quod hoc dictat. ARAGÓN, q. 64, artículo 2, pág. 340.

(36) Q. 64, art. 2, pág. 341.

por autoridad privada mata a un malhechor quebranta este precepto.

Y Salón (37) anatematiza esta sentencia por falsa y peligrosa. El precepto natural afecta a cada uno en particular. Prohíbe al individuo dar muerte por propia autoridad tanto al inocente como al culpable. Si el precepto sólo afectase a los inocentes, entonces sería lícito al particular dar muerte al malhechor por su autoridad propia.

Mas el precepto en tapete no permite esta interpretación. Sólo en el caso de la propia defensa le sería lícito llegar a tal efecto extremo, como hemos probado anteriormente.

Otros autores afirman que este precepto sólo prohíbe dar muerte por autoridad privada. También califica Aragón esta sentencia de incompleta. Pues el que mata en propia defensa no quebranta el precepto (38).

A Salón (39) le merece la misma calificación. Es falsa. El Juez que en juicio condena a un inocente comete un homicidio, y todo homicidio cae en la prohibición de este precepto natural. Sin embargo, el Juez que condena a un inocente, y a un culpable, en ambos casos condena con autoridad pública. En el primer caso comete un homicidio perfecto, y en el segundo obra rectamente. Luego no es criterio suficiente el aportado por esta teoría de la autoridad pública. Por otra parte, el hombre que se encuentra ante el invasor y le mata, obra lícitamente. Pero lo hace por autoridad privada, defendiendo su vida.

No es necesario que le garantice la autoridad pública, sino que directamente recibe ese poder del derecho natural.

Para Salón, el quinto precepto del decálogo prohíbe solamente aquellas muertes que repugnan a la recta razón, o que la recta razón no apruebe. En este sentido se puede ver claramente que es un precepto de derecho natural, o conclusiones deducidas inmediata y directamente de los primeros principios del Derecho natural.

Este es el sentido genuino y propio de los preceptos del decálogo, principalmente los negativos: *secundum dictamen rectae rationis*.

Salón afirma que los preceptos «no jurarás», «no robarás», etc., se entienden siempre «nisi recta ratio aliud exiget», como en el caso de extrema necesidad que autorizaría a coger lo ajeno. De la misma manera el precepto «no matarás» se entiende «nisi recta ratio aliter exigat, vel non occides, nisi iuxta dictamen rectae rationis». No es un precepto general que prohíba toda clase de muertes. Entre las razones alegadas por Salón en prueba de su doctrina se encuentra este argumento: el precepto «no matarás» es de

(37) Q. 64, art. 2, col. 1.145.

(38) Quia quih hominem, cum moderamine inculpatae tutelae id interficit, propria autoritate id facit, et tamen is praeceptum non transgreditur, cum talis occisio fit licita et honesta. ARAGÓN, q. 64, art. 2, pág. 341.

(39) SALÓN, q. 64, art. 2, col. 1.146.

derecho natural. Como el derecho natural no es otra cosa que el dictamen de la recta razón, luego este precepto sólo prohíbe aquellas muertes a las que se opone la recta razón.

En segundo lugar afirma que lo que prohíbe este precepto no es malo porque esté prohibido, sino que está prohibido en cuanto es intrínsecamente malo.

Ahora bien, al dar muerte a un hombre no es intrínsecamente malo porque en algunas ocasiones es lícito. Luego es intrínsecamente malo dar muerte a un hombre cuando esta muerte repugna a la razón.

El homicidio, tal como le entienden nuestros autores, es siempre pecado y está prohibido. Aragón la define: «est iniusta hominis occisio». Podríamos añadir: toda muerte humana procurada y opuesta a los dictámenes de la razón.

El homicidio, agrega Salón, es contrario al derecho natural, y el mismo derecho le prohíbe en cuanto es contrario al dictamen de la recta razón (40).

En conclusión, podemos afirmar que el quinto precepto del decálogo no prohíbe dar muerte a los malhechores, cuando esta misma muerte esté conforme con la recta razón, y lo exige en relación al bien común.

Probada la presencia de un precepto natural, caben dos casos en los que la última pena es lícita. Primero: Intencionada y conscientemente por el Juez que condena a muerte. Segundo: Sin intención directa, en la propia defensa, y en la defensa de la propia nación contra el invasor injusto por el ciudadano con autoridad privada.

Contra las objeciones que desde el punto de vista de la religión se han hecho, responde Aragón: si la justicia pide que se condene a la pena capital, debe imponerse. Y aunque el Juez sepa con toda certeza que el condenado a muerte se condena, no por eso debe dejar de aplicarle la justicia. Sería la válvula de escape que tendrían todos los malhechores para librarse de la muerte declarándose impenitentes (41).

Idéntica es la doctrina de Salón (42). Y se contenta con recor-

---

(40) SALÓN, q. 64, art. 2. «Ex his omnibus inferatur aperte differentia inter homicidium et occisionem hominis, nam illud cum sit occisio hominis contra rectam rationem, est intrinsece malum, occisio autem hominis simpliciter sumpta, licet primo aspectu sonet malum, et habeat speciem mali, potest tamen ex causa legitima honestari, eum non sint intrinsece male».

(41) Quamvis iudices priores debeant esse ad miserendum quam ad puniendum, si tamen iustitia postulat, ut alicui capitis paena imponatur etiam si per revelationem certo cognosceret talem malefactorem continuo in infernum descensurum non deberet a iustitiae executione cessare. Tum quia si contrarium esse verum, omnes malefactores hoc artificio uti possent, quod fingerent se impenitens, ut hac ratione mortem evaderent, quod in damnum reipublicae quam maxime cederet. ARAGÓN, q. 64, art. 2, pág. 344.

(42) SALÓN, q. 64, art. 2, Col. 1.151. In tali casu, iudex iuste potest et debet occidere malefactorem, etiam si sciret ex divina revelatione statim damnandum.

dar al Juez que por sí o por otro, intente moverle a penitencia y se le faciliten los sacramentos, principalmente la penitencia.

Alega otra razón; la pena no se impone en beneficio del malhechor, sino de la comunidad. El Juez tiene obligación de velar por el bien general de la sociedad y anteponerle al particular de un individuo.

El Juez o autoridad no es libre en la administración de justicia. Debe aplicar la norma en bien de la sociedad y conforme a lo recto y justo. La justicia no se opone a la misericordia. Son complementarias. Cada una de las virtudes antedichas tiene su campo propio de acción. Y los jueces son los ministros de Dios en la aplicación de la justicia.

Al hablar Aragón del sujeto paciente y recalcar su perniciosidad frente a la sociedad, tal vez no hace resaltar lo suficiente la responsabilidad o conciencia delictiva del inadaptable como elemento esencial subjetivo para la imposición de la pena.

\* \* \*

Otra cuestión de singular importancia comentan los autores agustinianos: La licitud o ilicitud de atentar en algún caso contra la vida del inocente.

Esta inocencia puede aparecer bajo dos modalidades diferentes. Primera, que se trate de un inocente legalmente reconocido inocente; segunda modalidad, que a una inocencia real se oponga una culpabilidad legal, y conforme a esto a un inocente se le juzgue culpable y se le condene.

En el primer caso, su conclusión general es negativa. Salón presenta su doctrina en dos conclusiones: Es lícito dar muerte al inocente siempre que se realice en cumplimiento de un precepto divino (43). Y la segunda, negativa y firme, considera que fuera del caso precedente sería ilícita la muerte del inocente, cualquiera que sea el título y razones que se aleguen para conseguir tal efecto (44).

Pero a renglón seguido presentan un interrogante. ¿Puede darse el caso que en dilema frente al bien común aparezca como lícita la muerte del inocente? Aragón se fija en la obligación contraria. Obligación que tiene la república de defender a sus ciudadanos, y el primer ciudadano es el inocente. Luego nunca es lícito matar al inocente aunque el bien común de los demás ciudadanos sufra.

Sus conclusiones son claras. Primera conclusión: La nación ni por miedo u otra causa cualquiera nunca puede dar muerte al inocente, pues es esencialmente malo procurar la muerte del ciudadano inocente (45).

(43) SALÓN, q. 64, art. 6, col. 1.188. Ex divino praecepto licet sic innocentem occidere.

(44) SALÓN, q. 64, art. 6, col. 1.189. Secluso tali divino praecepto nulli licet ullò título, aut ratione occidere innocentem.

(45) Est enim occisio innocentis, sive publica, sive privata autoritate facta

Esto, probado, no es lícito entregar al enemigo un inocente si ha de ser muerto por él, a pesar de exigirlo el bien común. Sería una cooperación formal en ese homicidio. Luego por ninguna causa o motivo es lícita tal entrega.

Otra prueba: Si el enemigo exige que se le entregue una joven virgen del pueblo para violarla, y caso de negativa peligrase el bien común, siempre sería ilícita la entrega, aunque el bien común peligrase. Sería pecado. Más grave sería el entregarla para que la prive de la vida. La entrega del inocente es un medio necesario en su muerte. Si esa cooperación es necesaria, es ilícita.

En el caso presente adopta Salón una posición intermedia a las dos corrientes extremas. Nunca le será lícito a la autoridad entregar un inocente al enemigo. Sería entregarle a la muerte sin culpa y, por tanto, sin causa. Aunque el inocente, si pelagra toda la sociedad y el bien común, por caridad y justicia legal debería él mismo entregarse. La autoridad puede mandarle que se entregue por el bien común, si reusa tal precepto, como a desobediente puede castigarle con la entrega (46).

Esta es la solución, agrega Salón, al problema que se presenta a los gobernadores responsables, y la manera de evadir las dos sentencias extremas con todos sus inconvenientes. O sea, la de Vitoria que defiende que la autoridad ante el bien común en peligro debe entregar al inocente, y la de Soto que cree que la entrega argüiría un homicidio, pues el inocente sufriría la muerte por el hecho de la entrega. La justicia y bondad del precepto señalado trata Salón de probarla por varios modos. En primer lugar, el superior puede mandar al inferior todo aquello, a lo cual éste está ya obligado anteriormente, y como en el presente caso ya estaría obligado por caridad y por justicia legal a entregarse para librar a su patria, luego el mandato sería justo y lícito.

Por otra parte, la sociedad no domina sobre las vidas de los componentes ni puede disponer de sus bienes, a no ser que el bien común lo exija. Como no puede privar de la vida a los ciudadanos porque no tiene causas suficientes, puede imponerles que se entreguen ellos al enemigo, con los riesgos que esto lleve consigo. Lo mismo que el general puede obligar a un soldado a permanecer en un puesto de absoluto peligro, siempre que el bien común lo exija, y sabe que en su puesto ciertamente va a morir.

Todo hombre puede exponer su vida por su amigo. Esto por

---

intrínsece mala: hoc est, ita necessario immutabiliter, vel indispensabiliter mala, et lege divina et naturali prohibita... nulla etiam circumstantia, aut casu quocumque, a sua malitia possit separari. ARAGÓN, q. 64 art. 6, pág. 373.

(46) SALÓN, q. 64, art. 6, col. 1.196. Non potest potestas publica occidere illum innocentem, quia neque est malefactor, neque invasor, neque simpliciter, et absoluta tradere tyrano, quia neque potest illum offerre morti sine ulla culpa, sed cum ipse innocens teneatur ex praecepto caritatis, imo et ex iustitia legali praeferre bonum commune propriae vitae, et tradere se ipsum in eo casu ad liberandam patriam, potest et debet hoc illi praecipere, quod si non obederit, tunc ut reum iam et inobedientem iusto praecepto poterit eum tradere tyrano.

caridad. Pero cuando se trata del bien común, se debe (teneri) exponer todo menos lo espiritual. A esto mismo puede la autoridad obligar, lo mismo que al rico le puede obligar a dar sus bienes en caso de extrema necesidad al pobre que sufre tal necesidad. De no hacerlo, como a desobediente y rebelde puede entregarse. Nadie puede cortar su lengua o mano, y le es lícito entregarse para que se las corten cuando hay justa causa.

De la misma manera que la república puede exponer la vida de sus súbditos por justa causa y necesidad también en el caso presente.

La segunda modalidad con que puede presentarse ante la doctrina la inocencia, la estudian los clásicos al tratar de «iustitia iudicis» en la cuestión sesenta y siete. Salón sienta la doctrina en una conclusión que ha de constituirse en la piedra de escándalo entre los autores. Es la siguiente: Cuando el Juez ha puesto todo cuidado y diligencia en escudriñar a los testigos, y apartar los falsos o contrarrestar su declaración, tiene que sentenciar conforme a lo probado en juicio y no según la verdad por él conocida privadamente (47).

La razón general de esta conclusión es que el Juez, cuando sentencia, lo hace no como persona privada, sino pública, y, por lo tanto, debe atenerse a las pruebas públicas y no a su ciencia privada y particular. Como afirma Santo Tomás, el efecto que es público no puede provenir de una causa privada.

Dos casos contrarios pueden presentarse en relación a la conclusión propuesta: *a*) Que se trate de un reo que al Juez le conste su culpabilidad, pero que las pruebas nos señalan su inocencia. En este caso todos los autores están conformes en afirmar que el Juez no puede condenar al reo que jurídicamente no aparezca como tal, aunque privadamente le conste su culpabilidad con toda certeza. Sería Juez y testigo a la vez y no le está permitido. *b*) Cuando aparece jurídicamente probado que una persona es culpable y al Juez le consta ciertamente por sus conocimientos privados que es inocente. En este punto no hay unidad de criterio entre los comentaristas de Santo Tomás y aparecen las opiniones.

Los primeros aceptan en toda su amplitud la conclusión propuesta, y siguiendo a Santo Tomás creen que el Juez debe juzgar por las pruebas habidas y no por su saber particular. Una segunda opinión, totalmente opuesta a la anterior, se afianza en que el Juez nunca y por ninguna causa puede juzgar contra verdad. Entre las razones propuestas se encuentran las siguientes: *a*) Es pecado grave obrar contra la propia conciencia. *b*) No debe seguir el Juez el camino que le señala una mentira perniciosa y que perjudica a tercero. *c*) El Juez debe juzgar según verdad. *d*) Lo que es intrínsecamente malo e inicuo no puede, bajo ningún pretexto, lle-

(47) Quando omni diligencia adhibita iudex non potest repellere falsos textes, tenetur iudicare iuxta ea quae proponuntur, et probantur in iudicio, et non secundum veritatem quam ipse privatim novit. SALÓN, q. 67, art. 2, col. 1.385.

varlo al acto. El matar al inocente es intrínsecamente malo ; luego por ninguna razón puede imponerlo. e) Las pruebas jurídicas se posponen siempre a la verdad. f) El fin es más principal que los medios. Y las pruebas están subordinadas al fin, no el fin a los medios. Si el fin está en oposición a los medios nos inclinaremos al fin. g) La ley y el derecho son para dar a cada uno lo suyo, luego para que por un medio u otro que se absuelva al inocente. h) No puede juzgar por la declaración de falsos testigos, etc., etc.

Una tercera opinión, intermedia, distingue en las causas criminales cuando afectan a la pena capital o a la mutilación de algún miembro. En estos casos, dicen, no puede sentenciar conforme a lo declarado por falsas pruebas. En los demás casos criminales y en las causas civiles, dicen que deberá seguir las pruebas judiciales.

De esta opinión dice Salón (48) que es la menos común y la que menos tiene de verdad.

Su orientación es tomista, defiende la primera sentencia como más probable y más cierta. Sin embargo, afirma que no debe aplicarse sin más, sino que debe tentar el Juez todos los medios posibles de esquivar la sentencia (49). Y da una serie de consejos al Juez y normas para librarse de tal sentencia, pero que si en último término persiste la prueba que sentencie conforme a la prueba.

Es lo más probable que la falsedad esté en su convencimiento. Y así como no debe condenar a nadie si no se prueba, así debe condenar si se prueba que es culpable. Y como la verdad del juicio aparece en las pruebas jurídicas, el Juez debe juzgar conforme a esa verdad jurídica (50).

Argumento que refuerza con el testimonio de San Agustín (51).

«En las leyes temporales, aunque las discuten al establecerlas como normas, pero, una vez promulgadas y confirmadas, no es lícito al Juez someterlas a nuevo examen, sino obrar conforme a ellas». Y como la ley es la que señala las penas que debe imponer y las pruebas que debe dar crédito, luego debe juzgar conforme con las pruebas jurídicas.

El matar al inocente es *simpliciter malum*. El dar muerte a quien cree inocente, y que se prueba ser culpable, es justo (52).

(48) SALÓN, q. 67, art. 2, col. 1.393.

(49) SALÓN, q. 67, art. 2, col. 1.394.

(50) Unde argumentar, iudex debet iudicare iuxta iudicii veritatem, sed veritas simpliciter sumitur a parte rei veritas autem iudicii ex probatione iuridica, ergo iudex debet iudicare, secundum probationem iuridicam. SALÓN, q. 67, artículo 2, col. 1.398.

(51) SAN AGUSTÍN, *De Vera Religione*, C. 31, núm. 58, B. A. C. Obras de San Agustín, t. IV, pág. 141.

(52) Occidere innocentem simpliciter malum esse, occidere autem innocentem probatum nocentem auctoritate publica, hoc non esse malum, imo iustum, cum teneatur iudex ferre sententiam, quando illam non potest differre, nec supercedere causae, secundum id quod probatur iuridice. SALÓN, q. 67, art. 2, col. 1403.

El Juez, en tanto, puede y tiene autoridad para dar sentencia en cuanto obra como persona pública y con autoridad; luego la sentencia no será justa si responde a su particular modo de ver las cosas, abandonando las imposiciones legales. Y entre ellas están las pruebas públicas. Aunque estas pruebas no nos diesen la verdad del hecho, si nos dan la verdad jurídica.

Aragón sigue la misma doctrina que Salón y concluye: «El Juez tiene que condenar al inocente si aparece culpable conforme a las pruebas legales» (53).

En cuanto a la no defensa del inocente, no es lo mismo cooperar a la defensa del inocente que entregarle a los enemigos. En el primer caso puede ser lícito el abstenerse, y con más razón si en ello va el bien común. En el segundo caso nunca sería lícito el entregarle a los enemigos. Aunque peligrase el bien común (54).

El caso en que aparece con más frecuencia y gravedad el problema de la inocencia frente a la muerte procurada, es en la guerra justa. El inocente puede llegar a ser un obstáculo en la marcha de la guerra. Puede también ser un objetivo útil para conseguir la victoria. Puede, en casos, formar dilema su muerte y la derrota. En estos casos, Aragón hace depender la licitud de la muerte del inocente, de la intención y fin próximo o directo en las operaciones. En una primera conclusión afirma que en la guerra justa nunca es lícito procurar la muerte del inocente de una manera directa (55). Igual que en la paz, nunca es lícito matar al inocente por delitos ajenos, así en la guerra, pues la razón es la misma. La injuria parte de la nación, no de los miembros, pues entre ellos habrá inocentes.

No encuentra ilicitud alguna en el caso en que la muerte se siga accidentalmente (56).

Si se ha de tomar una ciudad y en ella hay inocentes y en el ataque mueren, tal muerte no es voluntaria. Tampoco ilícita. Es voluntaria «in sua causa». Como consecuencia, no tienen los soldados obligación de cesar en la lucha y en el fuego siempre que la guerra sea justa.

Puede darse el caso en que la guerra sea justa, pero los benefi-

(53) *Iudex tenerit condemnare innocentem, probatum nocentem secundum allegata et probata.* ARAGÓN, q. 67, art. 2, pág. 464.

(54) «Non esse idem, moraliter locuendo, non defendere innocentem et tradere illum tyranno, sicut nec pati mortem pro amico et parare sibi illam propriis manibus. Primum enim est licitum, utpote, quod in mera negatione consistit: non autem secundum cum sit agere». ARAGÓN, q. 64, art. 6, pág. 374.—«Si enim nullus tenetur cum proprie vitae periculo innocentem liberare, quia secundum ordinem caritatis magis se, quam proximum debeat diligere a sibi illi nec respublica tenebitur cum communi detrimento unum civem defendere, quamvis innocentem». ARAGÓN, q. 64, art. 6, pág. 375.—«Ex dicti infertur, nunquam esse licitum etiam pro honore totius reipublicae, aut occidere innocentem, aut tradere interficiendum». q. 64, art. 6, pág. 375.

(55) ARAGÓN, q. 64, art. 6, pág. 375.

(56) «Dico secundum quod per accidens, et praeter intentionem nullum est peccatum in bello innocentes interficere». Idem.

cios que de la guerra se sigan no compensen de los males de la guerra. En estos casos, aunque perjudicial, la guerra no deja de ser justa, y aunque se admita la licitud en los casos de ataque y eliminación de los inocentes, se reprueba el hecho de la guerra (57). Esta eliminación del inocente, además de ser accidental en el acto, debe ser necesaria para conseguir el fin mediano, y caso de encontrar otro medio de alcanzar la victoria obliga éste, aunque sea más difícil de procurar.

En relación con esta doctrina, no sería lícito eliminar al inocente para prevenirse contra futuras venganzas por parte del inocente. «Non sunt facienda mala ut inde eveniant bona, vel ut evitentur maiora mala». El dar muerte al inocente es intrínsecamente malo y ninguna razón puede justificar esta muerte (58). Otra razón clara aparece al considerar lo ilógico de castigar un delito futuro que en realidad sólo tiene actualidad en nuestra mente (59).

### *El suicidio :*

Al hablar de la licitud de procurar la muerte del prójimo, hemos considerado unos casos en los cuales aparece la licitud de la pena de muerte, basados principalmente en la defensa de fines, idénticos en naturaleza, pero superiores subjetivamente. En el caso del suicidio, como esa pugna no puede darse, ni persona alguna ha recibido poder para atentar contra sí misma, ni a Juez alguno se le ha transmitido, todos los comentaristas dan idéntica respuesta en la materia en cuestión. El suicidio es total y esencialmente ilícito. La muerte de un hombre siempre se ve afectada por el precepto general y natural del decálogo: «no matar». Prohíbe todo acto contrario a la vida que repugne a la recta razón. Nada más contrario a la razón natural, al amor natural que debemos tener a la propia vida, que dirigir nuestra actividad a la autodestrucción. «Considera quantum bonum est esse, quod et beati et miseri volunt» (60). La razón natural nos impone otra dirección para nuestros actos que encarna la conservación y permanencia de nuestro yo. Buscamos el bien en todos nuestros actos. El bien supremo es la subsistencia. No admiten los autores ignorancia de ninguna clase en estos casos. Se trata de un principio natural, a todos conocido y manifestado por la misma naturaleza.

Recuerda Salón (61) que la sociedad, como cuerpo perfecto, puede apartar el miembro peligroso, igualmente puede exigir, y

(57) Sed est advertendum, esse maxime cavendum, ne ex bello sequatur maiora mala, quam per ipsum vitantur». ARAGÓN, q. 64, art. 6, pág. 375.

(58) Secundo occidere innocentem simpliciter, et absolute est intrinsece malum, nec potest aliqua ratione vel fine benefieri, iste modo actu et revera est innocens, ergo nullo titulo potest licite occidi». SALÓN, q. 64, art. 2, col. 1153.

(59) «Nan videtur intolerabile, quod quis occidatur pro peccato futuro, maxime cum alia remedia possint adhiberi». ARAGÓN q. 64, art. 6, pág. 375.

(60) SAN AGUSTÍN. *De libero arbitrio*. Lib. 3. C. 7 y 8.

(61) SALÓN, q. 64, art. 4, col. 1176.

está en su derecho que no se le prive de un miembro que le pertenece. Por tanto, comete una injusticia social aquél que asimismo se destruye.

Aragón, en una única conclusión, condensa su doctrina y afirma, el que se da muerte a sí mismo de una manera consciente, cualquiera que sea la causa, siempre es ilícito su acto (62). El que está constituido en autoridad pública puede lícitamente matar al malhechor, porque es juez. Pero nadie es juez de sí propio. Luego no le es lícito el quitarse la vida en ningún caso. Goza el hombre de libertad y puede hacer de lo suyo lo que quiera, pero su vida no es suya, es un mero precarista de la vida material propia. Sólo Dios puede disponer de ella, conservarla o destruirla, y aquéllos a quienes el mismo propietario ceda dicho poder.

El suicidio en sí es un pecado contra la caridad. En relación a Dios Creador, es un pecado contra la justicia, pues destruye lo que no le pertenece y tiene su titular superior. Relacionado con la sociedad también es contra la justicia, pues aunque no le pertenece nuestra vida a la nación, sin embargo somos miembros y pupilos de la misma nación (63).

El hombre puede atentar contra su vida de dos maneras. Una directa y otra indirecta. Puede el hombre poner un acto positivo que directamente vaya dirigido a procurar la muerte propia. Acto totalmente ilícito.

Puede llegar a la propia desaparición de una manera indirecta sin poner un acto destructor, pero no realizando otros actos que conserven la vida. Esto, escribe Salón (64), puede en algún caso ser lícito. La obligación de conservar la vida no nos obliga siempre a poner todos los medios existentes en defensa de la misma. De aquí una serie de casos concretos que señala nuestro autor de los que indirectamente puede seguirse la muerte. Es lícito exponer la vida por el amigo. No es un acto positivo que produzca la muerte. Tampoco se sigue directamente de atender a un enfermo contagioso. Ni es un suicidio directo, en batalla, en momentos de peligro lanzarse valiente al ataque.

No hay propiamente un suicidio, pues la muerte no se sigue de una manera necesaria y directa.

### *Conclusión final:*

Comenzábamos reconociendo influencias exóticas en el campo jurídico positivo. Una serie de factores que van moldeando y vita-

(62) «Dico quod quicumque se ipsum interficit, quacumque ex causa id fiat, semper peccat mortaliter». q. 64, art. 5, pág. 358.

(63) «Nam comparatus ad Deum, homo, qui se occidit peccat contra iustitiam, in quantum destruit id, quod est ipsius Dei... Comparatus autem ad rempublicam facit contra iustitiam: Non quia tollit id, quod est vere ipsius reipublicae, respublica enim non habet dominium vitae subditum: sed quia facit iniuriam illi auferendo id quod suae curae atque custodiae est commissum». ARAGÓN, q. 64, art. 5, pág. 361.

(64) SALÓN, q. 64, art. 5, cols. 1186 y 1187.

lizando las legislaciones en orden a un convivir pacífico y equitativo, de mutuo respeto y propia acción. Contemplábamos el dinámico fluir de lo igual y lo justo, para terminar en lo individuo jurídico. Hemos buscado principios, dilemas fríos, postulados racionales, conclusiones lógicas, para poder enfrentar unos fines con otros. Para juzgar en la gama subordinada de valores. Los principios penales, con su carácter medicinal y regenerador, sufren el contraste y la trepitación de lo sentimental. Mas frente al sentimiento, el sabio penalista P. Montes (65) escribe, ruborizado del alcance de su afirmación: «Confieso ingenuamente que me es muy duro y muy desagradable tener que dar a esta cuestión (de la legitimidad de la pena de muerte) una solución afirmativa». Lo racional se impone empujado por la verdad y hacia la verdad.

Haciendo una aplicación a las circunstancias actuales e interpretando la doctrina de los clásicos, damos un alcance ontológico a sus principios. La pena de muerte no arguye insubordinación a precepto natural. No lo consideramos tampoco como excepción a lo mandado en el decálogo. Es, sí, una conclusión racional, necesaria y justa a unas premisas enmarcadas en lo natural.

«Que la pena de muerte, escribe el P. Montes (66), absolutamente considerada sea justa, son muy pocos los que la niegan; que sea de hecho ilegítima en cuanto innecesaria en las actuales circunstancias de la sociedad, es lo que sostienen casi todos los abolicionistas». Pero tengamos en cuenta que las penas no las reclamamos con carácter sustantivo, sino que serán siempre una conclusión o calificación subordinada a unos principios jurídicos, a unos hechos demoleedores y a unas necesidades sociales. Y mientras se den estas premisas habrá pena de muerte. En la ontología penalista la pena de muerte ocupará siempre un sitio. El homicidio una condenación. La paz social una meta. Nada más.

## R É S U M É

*En limitant notre travail et en concretant son contenu, nous avons tenu compte d'un cadre historique et d'un autre doctrinaire.*

*Nous étudions quelques des représentants principaux de l'École Pénaliste Augustinienne Espagnole du XVI<sup>e</sup> siècle: Fr. Miguel Bartolomé Salón, Professeur à l'Université de Valencia; Fr. Pedro de Aragón, Professeur à l'Université de Salamanca. Et le Beato Alfonso de Orozco, prédicateur de Philippe II.*

*Dans la partie doctrinaire nous étudions l'homicide et la peine de mort.*

*Après définir celui-là, on voit là malice et l'illicéitude naturelle*

(65) P. JERÓNIMO MONTES, *La pena de muerte y el derecho de indulto*, cap. I, edic. 1897, pág. 36.

(66) Obra citada, C. I., pág. 35.

de l'homicide. En ce qui concerne la mort procurée, nous la devisons en deux parties. Premièrement on étudie le cas de la mort produite par une autorité privée, ses fondements et sa licéitude en face de l'agresseur, l'envahisseur, le voleur et celui qui deshonore.

Deuxième partie. Nous étudions la portée de l'autorité des juges et des pouvoirs constitués pour condamner à mort le "alter" comme moyen de défendre le bien commun. Parmi les plusieurs cas présentés le sujet exécutant apparaît en face du malfaiteur; de l'innocent réel et légal; de l'innocent réel mais coupable légal.

Dernièrement nous nous fixons dans le cas où le sujet exécutant et patient s'identifient faisant remarquer l'illicéitude naturelle de l'homicide comme autodestruction.

Finalement nous déclarons dans une conclusion réduite que nous cherchons des principes, de froids dilemmes, des postulats rationaux, et des conclusions logiques pour offrir notre travail philosophique-juridique au monde positive legal.

## S U M M A R Y

Whilst limiting his study and fixing its subject the author has always had in mind a historical frame and a doctrinal one.

He studies some of the principal representatives of the penalist Spanish Augustinian School of the sixteenth century namely Fr. Miguel Bartolomé Salón, University Professor in Valencia; Fr. Pedro de Aragón, University Professor in Salamanca and the Beato Alfonso de Orozco, preacher to Philip II.

In the doctrinal part he studies homicide and death sentences.

After defining homicide, its natural unlawfulness and perversity are clearly shown. In connection with the produced death he divides his study in two parts. In the first one he considers the case of death caused by private authorities, its principles and lawfulness against intruders, thieves and dishonourers.

In the second part he studies the extension of the authority of judges and constituted powers to comidamato death an "alter" as a mean of caring for the common welfare. Among the different cases presented he considers the acting subject in opposition to the malefactor, to the real an legal innocent but legal culprit.

Lastly he considers the case in which acting and patient subject coincide and shows the natural unlawfulness of homicide as a mean of self destruction.

Finally the author points out in a reduced conclusion that he is only looking for principles, for cold dilemmas, for rational postulates and for logical conclusions to offer his philosophical-juridical study to the legal positive world.

# Las corrientes humanitaristas del siglo XVIII y su influencia en la concepción del infanticidio como «delictum exceptum»\*

JOSE M. STAMPA BRAUN  
Catedrático de Derecho Penal

SUMARIO: I. *Los principios determinantes de la valoración piadosa del infanticidio «honoris causa».*—II. *La decisiva contribución de los Reformadores:* 1. Doctrina del Marqués de Beccaria. En nota: La posición de G. Filangieri.— 2. El entendimiento del infanticidio a través del utilitarismo de J. Bentham.— 3. La aportación de G. D. Romagnosi: su verdadero alcance.—4. P. A. Feuerbach, primer sistematizador de tales concepciones.—III. *Trascendental influencia de estas doctrinas en las legislaciones europeas del siglo XIX:* 1. *Legislación austriaca:* Código penal de 1803.—2. *Legislación española:* Códigos penales de 1822, 1848, de Carlos VII, de 1850 y 1870. En nota: Códigos de 1928 y 1932.—3. *Legislación francesa:* Código penal de 1791, Proyecto de 1804 y Código de 1810, Leyes de 1824, 1832 y 1901. En nota: Legislación belga.— 4. *Legislación italiana:* a) Parma: C. p. de 1820; b) Nápoles: C. p. de 1819; e) Cerdeña: C. p. de 1859 y Reforma de 1861; d) Estados de la Iglesia: Reglamento de Gregorio XVI; e) Toscana: C. p. de 1853; f) Ducado de Módena: C. p. de 1855; g) Cantón Ticino: C. p. de 1873; h) Legislación unitaria: C. p. de Zanardelli (1889).—5. *Legislación alemana:* a) Baviera: C. p. de 1813 y 1861; b) Oldenburg: C. p. de 1814 y 1858; c) Sajonia: C. p. de 1838, 1855 y 1868; d) Brunswick: C. p. de 1840; e) Württemberg: C. p. de 1830; f) Baden: C. p. de 1845; g) C. p. prusiano de 1851 y derivaciones posteriores. 6. Otras legislaciones. Reenvío.

## I. LOS PRINCIPIOS DETERMINANTES DE LA VALORACION PIADOSA DEL INFANTICIDIO «HONORIS CAUSA»

La concepción del infanticidio como delito merecedor del máximo castigo perdura, pues, hasta la segunda mitad del siglo XVIII. A partir de este momento aparece, en el ámbito de la ciencia de los delitos y de las penas, un casi unánime sentimiento de benignidad hacia la madre deshonrada. Tal sentimiento cristaliza en la configuración legal del infanticidio como especialidad privilegiada.

(\*) Es el cap. III de la primera parte de la obra *El delito de infanticidio*, de próxima publicación.

Las causas de tan curioso proceso, conducido, según Carrara, por la suprema fuerza de la lógica (1), deben buscarse en los principios humanitario-utilitaristas que, procedentes del Enciclopedismo francés y de la última fase iluminista, transformaron radicalmente los supuestos fundamentales de la justicia punitiva tradicional. El mérito de haberlos sistematizado por vez primera, corresponde, como es harto sabido, al inquieto marqués de Beccaria, y el de haberlos desarrollado con personales puntos de vista, a Bentham y Romagnosi. Los tres, hermanados por el ansia de humanizar los arcaicos sistemas penales a la sazón vigentes, lanzaron su más escogida dialéctica contra el desmedido rigor que presidía en el castigo de la madre infanticida.

La valoración piadosa del infanticidio florece, por lo tanto, como consecuencia del gran movimiento reformador del Derecho penal. Apenas se mediten las directrices y aspiraciones que guiaron a los más definidos representantes de la nueva ideología, se comprenderá que su actitud con respecto al viejo concepto de infanticidio; fué natural consecuencia de su doctrina y de sus sentimientos. Doctrinalmente, el programa de los reformadores estaba inspirado en el deseo de sustituir los ordenamientos contemporáneos a ellos por otros de acusada tendencia hacia la estimación de la culpabilidad del agente. El discurrir del filósofo de entonces, entendedor de la Filosofía como norma del buen obrar, aconsejaba que todo juicio sobre las acciones humanas se emitiera contando con la personalidad de quien las hubo realizado. Sólo así, el futuro derecho de castigar podría enorgullecerse de haber otorgado carta de naturaleza al anhelado principio de la proporcionalidad entre el rigor de las sanciones y la magnitud del delito. Sentimentalmente, el teórico de la segunda mitad del siglo XVIII fué humanitarista por oficio. No olvidemos que sobre él estaba gravitando el académico espíritu de la Enciclopedia; no se olvide tampoco que el europeo de aquel momento, abocado a pronunciar la más solemne Declaración de sus Derechos de Hombre, poseía autoridad suficiente para poder exigir que se le juzgase y castigase comprensivamente, y ordenar a sus portavoces oficiales la inmediata condena de los muchos resabios de primitiva crueldad que, tolerados por el *ancien régime*, habían pervivido hasta entonces, sin que ningún movimiento organizado de protesta hubiese denunciado su inhumana vigencia.

Por otra parte, el terreno para hacer virar en cuadrante la concepción del infanticidio estaba bien preparado, habida cuenta de que, virtualmente concluido el proceso de *secularización* del Derecho penal, los principios ascéticos que en épocas anteriores habían determinado la valoración del infanticidio como especie agravada, no gozaban ya de demasiado predicamento. Dándose cuenta de ello, la crítica se pronunció en las direcciones siguientes:

(1) CARRARA: *Programma*. Parte speciale, vol. I, 5.<sup>a</sup> ed. Lucca, 1881, § 1206 (pág. 333).

a) La conducta de la madre que priva de la existencia a su tierno fruto, puede haber sido inspirada por diversos motivos: De ordinario lo habrá sido o por el deseo de desviar el curso normal y legítimo de una sucesión («sordida veduta di speculazione», sentencia Carrara) (2), o por el más noble de ocultar el parto, suprimiendo al más acreditado testigo de la inmoral concepción. El primer supuesto sólo reclama duro e implacable castigo; técnicamente, es una hipótesis de homicidio cometido con ánimo de lucro. El segundo, sin embargo, mueve a piadosa y caritativa tolerancia; jurídicamente, exige ser destacado del delito-tipo (homicidio), para hacer de él una figura privilegiada en razón del móvil: el *infanticidio por causa de honor*. Este, únicamente, merece el beneficio de ser tipificado aparte. Los demás casos en que la muerte del hijo, cualquiera que fuese su edad, no obedezca al deseo materno de velar la vergüenza sexual, previstos están, sin necesidad de otras especificaciones, en los preceptos que sancionan el parricidio impropio y el homicidio (genérico y agravado), según las circunstancias que en ellos concurren y en armonía con las normas reguladoras de la participación criminal.

b) Dibujados los límites del verdadero delito de infanticidio (muerte del recién nacido causada voluntariamente por la madre para ocultar su deshonor), se hacía necesario determinar la sanción más adecuada y eficaz. En este punto intervinieron dos órdenes de consideraciones: De una parte, la humanitaria comprensión de la torpe conducta de la madre que, para salvar el honor, optó por la dolorosa y perpetua separación del hijo recién engendrado; de otra, la utilitaria preocupación de elegir una pena eficaz para reprimir tal supuesto. Los dos fueron manejados por los reformadores. Veamos de qué modo:

## II. LA DECISIVA CONTRIBUCIÓN DE LOS REFORMADORES

### I. *Doctrina del Marqués de Beccaria (1738-1794).*

Las referencias que nos ofrece el Marqués de Beccaria sobre el infanticidio aparecen en su *Dei delitti e delle pene* (1764). En este opúsculo, cuya trascendencia renovadora fué extraordinaria, la justicia penal está concebida sobre fundamentos utilitarios: deberá tender, por encima de cualquier otro objetivo, al bien de la comunidad. Para conseguirlo, será menester que la pena responda a una doble política de prevención general y de prevención especial, ocasionando al culpable un sentimiento (pathos) que supere, en la menor medida posible, el placer que pudo causarle la comisión del delito. Si el balance entre el dolor de la pena y el placer del delito,

(2) CARRARA: ob. cit., § 1210 (pág. 341).

se inclinase excesivamente en favor del primero, la sanción no sería justa por serlo inútilmente cruel.

Estando en tal discurso, Beccaria afirma que existen ciertos delitos, «aquellos que por su naturaleza deben casi siempre quedar impunes», para los cuales la pena es «un incentivo innecesario» (3), puesto que bien menguada resulta la prevención que contra los tales reclama la sociedad. El infanticidio es uno de ellos. Su frecuente impunidad está justificada por la piadosa indulgencia que a los hombres inspira la madre que lo comete, cuya conducta es «el resultado casi inevitable de la terrible alternativa en que se encuentra una desgraciada que sólo por debilidad cedió, o que sucumbió bajo los efectos de la violencia. De un lado, la infamia; del otro, la muerte de un ser incapaz de sentir la pérdida de su vida. ¿Cómo no había ella de preferir este último partido a la vergüenza y miserias suyas y de su desgraciado fruto?» (4).

En vista de ello, parece que ningún castigo debiera decretarse para tal delito. Aquí, sin embargo, la imaginación, que no la técnica, de Beccaria actuó a su cómodo: «El mejor medio para prevenir este delito—nos dice—sería el de proteger con leyes eficaces la debilidad y la desgracia contra esta clase de tiranía, que únicamente se levanta contra los vicios cuyo encubrimiento no puede lograrse con el manto de la virtud» (5). ¡Quimérica aspiración de un pensador ardoroso! (6).

(3) BECCARIA: *Des délits et des peines*, 2.<sup>a</sup> ed. (con introducción y comentario de F. Hélie), París, 1870, cap. XXXVI, pág. 191. (En otras ediciones, cap. XXXI.)

(4) BECCARIA: ob. y cap. cit., pág. 192.

(5) BECCARIA: loc. cit.

(6) Las manifestaciones de BECCARIA debieron influir poderosamente en el ánimo de FILANGIERI († 1788). Revisando su famosa *Ciencia de la legislación* (1780) (ilustrada con comentarios de B. Constant, 3.<sup>a</sup> ed., París, Libr. española de Lecointe, 1836) he encontrado varias alusiones al absurdo tratamiento que obtuvo el infanticidio en las leyes del viejo régimen y, de manera especial, en las leyes francesas. En el cap. XI de la 2.<sup>a</sup> parte del libro III (vid. ed. cit., tomo VI, págs. 262-263), al comentar el autor la desproporción que existía entre la magnitud de algunas penas y la gravedad de los delitos correspondientes, nos dice: «Qué maravilla nos debe causar, por ejemplo, el oír que en el país más culto de Europa, donde el espíritu de humanidad ha hecho los mayores progresos, y donde todo es sensibilidad, delicadeza, fuerza de sentimiento..., la infeliz soltera que conservó el depósito que la deshonra, deba expiar, en un infame patíbulo, el delito del honor y del amor» (se refiere al Edicto de Enrique II). Más adelante, en el cap. I, del mismo libro (ed. cit., tomo VII, página 170), glosando, nuevamente, el inhumano Edicto, califica de «funesto» su sistema, y añade que por obra del mismo se sacrificaron muchos inocentes: «Esta ley—continúa—, que, en muchos casos, castiga con pena de muerte a una joven que no tiene otro delito que el de haber seguido los impulsos del pudor, ocultando el efecto del amor y de la fecundidad; esta ley, digo, que es tan manifiestamente contraria a los principios de la razón y de la naturaleza...».

Las medidas que propuso F. para combatir el infanticidio y el aborto son prueba elocuente de su sabia prudencia: En lugar de tan ignominiosos castigos, procúrese que «se suministren asilos a las jóvenes que tuvieron la desgracia de sucumbir a los estímulos combinados de la naturaleza y del amor»;

## 2. EL ENTENDIMIENTO DEL INFANTICIDIO A TRAVÉS DEL UTILITARISMO DE J. BENTHAM (1748-1832)

La doctrina penal de Jeremías Bentham se caracteriza, desde el primero al último capítulo, por ser una aplicación del principio de la *utilitas* al derecho de castigar. De acuerdo con tal enfoque, Bentham opina que la gravedad de los delitos debe medirse en función del daño que a la sociedad ocasionen. Este daño o mal puede ser de *primer grado* (consecuencia inmediata del delito) o de *segundo grado* (consecuencia mediata). El mal de primer grado es aquel que afecta directamente a la persona ofendida (sujeto pasivo); el de segundo grado está constituido por la alarma o temor que la comisión del delito inspira a los miembros de la comunidad (7).

El infanticidio, cuando haya sido cometido por los padres del recién nacido o con su consentimiento, no produce, en el decir del ilustre jurista, ninguna de las dos consecuencias. No causa mal de primer grado, porque es imposible inferir un daño en la persona de un «ser que ha dejado de existir antes de haber conocido la existencia». Y tampoco ocasiona alarma o temor, porque las únicas personas susceptibles de inquietarse por la suerte del recién nacido, sus padres, han consentido su muerte o se la han causado ellos mismos (8). Se trata, pues, concluye el filósofo, de un acto incapaz de producir la menor inquietud en la imaginación más tímida, «y que solamente puede causar sentimiento a la misma que por pudor y compasión no ha querido que se prolongase una vida empezada bajo tan tristes auspicios» (9).

Partiendo de semejantes presupuestos, Bentham deduce una consecuencia fundamental, a saber: que castigar con pena de muerte el infanticidio cometido por los padres supone uno de los más

que se prodiguen en todos los puntos del Estado receptáculos para sus partos clandestinos; se cubra y oculte su debilidad, en vez de infamarlas...» (pág. 172).

(7) BENTHAM: *Tratados de legislación civil y penal* (obra extractada de los manuscritos del señor J. Bentham, jurista inglés, por Esteban Dumont, y traducida al castellano, con comentarios, por Ramón Salas), II, Madrid, 1821, págs. 185 y sigs. (En la ed. de Ferrer y Valls, Madrid, 1834, II, págs. 245 y siguientes.)

(8) BENTHAM: ob. cit., pág. 217 (ed. Ferrer y Valls, pág. 277). Distinto es el supuesto—añade BENTHAM (loc. cit.)—de que el infanticidio sea cometido *sin el consentimiento* de los padres del recién nacido, porque en este caso, la alarma (mal de segundo orden) sí que existiría, y en grado casi tan elevado como si de la muerte de un adulto se tratase. Innesario es advertir que los perjudicados, es decir, las víctimas del temor producido por el delito, serían los padres.

El mismo criterio fué mantenido por TISSOT (*Le droit pénal étudié dans ses principes*, etc., 3.<sup>a</sup> ed. t. II, París, 1888, págs. 55-56), influenciado, sin duda, por la doctrina del filósofo: «El infanticidio así entendido (es decir, el perpetrado por el padre o la madre sobre un niño verdadero, infans y recién nacido)... es menos grave que el homicidio, aun cuando sea más contra naturaleza. Los padres atentam en menor escala contra el orden social (subrayo) matando a sus hijos que causando la muerte a otras personas que les fueren extrañas».

(9) BENTHAM: ob. y loc. cit.

inhumanos desequilibrios a que pueda someterse la ecuación penal-delito. He aquí sus argumentos textuales: «Las leyes contra este delito, con el pretexto de humanidad, han sido la violación más manifiesta de ella. Compárense los dos males, el del delito y el de la pena... ¿Cuál es la pena? La imposición de un suplicio bárbaro, de una muerte ignominiosa a una madre desgraciada, cuya excesiva sensibilidad aparece del delito mismo; a una mujer ciega por la desesperación, que a nadie ha causado mayor mal que a sí misma, resistiéndose al más dulce instinto de la naturaleza, se la sacrifica la infamia porque ha temido demasiado la deshonra, y se envenena con el oprobio y el dolor la existencia de los amigos que la sobreviven, ¡y si fuese el legislador la primera causa del mal, si se le debiera mirar como el verdadero homicida de estas criaturas inocentes, cuánto más odioso parecería aún su rigor! Sin embargo, el legislador es quien únicamente ha excitado en el corazón de una madre el combate dolorosísimo entre la ternura y la afrenta, castigando con severidad una fragilidad tan digna de indulgencia» (10).

Pero contrariamente a cuanto cabría inferir de tan retórico alegato, Bentham no propuso la impunidad absoluta para este delito, justificando su actitud mediante argumentos de índole defensorista (11). El infanticidio debe castigarse porque, aun estando desprovisto de maldad de primero o de segundo orden, constituye, en su opinión, un síntoma de la tendencia criminal de sus autores y un claro exponente del carácter de los mismos. Ahora bien: la sanción que le corresponda, justificada en virtud de la presunta peligrosidad de los infanticidas, sólo será eficaz si se adecúa a la *causa* que motivó la conducta de éstos. La causa normal del infanticidio, concluye el ilustre pensador, es el temor a la afrenta: sea la pena una afrenta mayor, capaz de reprimirlo, por ejemplo, alguna nota infamante (12).

Esta doctrina, naturalmente, ofrece amplias zonas vulnerables. El propio don Ramón Salas, traductor y comentarista, en plena euforia humanitaria, de los «Tratados de legislación civil y penal», extractados de los manuscritos del filósofo, se extraña, con razón de que el infanticidio no produzca mal de primer orden: «Yo no puedo pensar como él (como Bentham). Desde que el hombre nace y entra en la sociedad, las leyes de ésta le reciben bajo su protección y le dan un derecho, al cual, como a cualquier otro, corresponde una obligación a la que no puede faltarse sin violar las leyes y, por consiguiente, sin delinquir» (13). Por nuestra parte, añadamos que no menor equivocación entraña concebir el infanti-

(10) BENTHAM: ob. y loc. cit.

(11) Téngase en cuenta que BENTHAM fué uno de los primeros expositores del principio de la defensa social y de sus diversas consecuencias prácticas. (Vid. CASTEJÓN, Prólogo a la obra de PRINS, *La defensa social y las transformaciones del Derecho penal*. Madrid, 1912, págs. 7-8.)

(12) BENTHAM: ob. y loc. cit.

(13) SALAS: Comentarios a la obra de BENTHAM, ed. cit., pág. 218.

cidio como delito que no produce alarma. La destrucción de una criatura recién nacida, tanto si ha sido causada por sus padres, con su consentimiento o por personas ajenas, supone un gravísimo atentado contra una vida independiente, aparejando, en consecuencia, todo el mal que la muerte de un hombre representa para sus semejantes. Es cierto, sin embargo, que tal hipótesis—y aquí debe centrarse todo el mérito de Bentham—delata mucha menor perversión cuando su autor haya sido la madre de la víctima, impulsada por el humano deseo de librarse de la vergüenza que la publicidad de su comportamiento sexual le causaría. Pero no lo es, en absoluto, la gratuita intuición del filósofo de que, en casos semejantes, el infanticidio se transforma en un síntoma inequívoco de peligrosidad criminal. Téngase en cuenta que su realización depende, casi por entero, de una causa sentimental, el móvil del honor, incompatible con aquélla (14). Podría objetarse, claro es, que dicha motivación sólo desencadena la conducta infanticida cuando la tendencia criminal de la autora actúe como apropiado cultivo. El reparo, sin embargo, carece de fundamento, puesto que la ejecución del infanticidio *honoris causa* depende, exclusivamente, de la compleja y momentánea constelación anímica que rodea a la madre en los momentos posteriores al parto.

De todas formas, haber individualizado, como lo hizo Bentham, el *leit-motiv* del privilegio en la influencia que la desmoralización ejerce en el ánimo de la infanticida, es suficiente para acreditar el gran valor que su doctrina encierra.

### 3. LA APORTACIÓN DE G. D. ROMAGNOSI (1761-1835): SU VERDADERO ALCANCE

La intervención de Gian Domenico Romagnosi en el movimiento hacia la atenuación del infanticidio *honoris causa*, debe acogerse con ciertas reservas. Algunos penalistas modernos suelen citar el párrafo 1524 de su «Genesi del Diritto penale» (1791) como claro exponente de su labor al respecto (15). Por mi parte, confieso que, a lo largo de su obra, no he encontrado otras referencias.

Analicemos el verdadero sentido de este párrafo 1524 (o del 1523 *nota*, para ser más exactos) (16). Corresponde al discurrir de Romagnosi acerca de que la cualidad de las penas ha de determi-

(14) Así, por ej., PRINS, ob. anteriorm. cit., pág. 120.

(15) Por ej., ALIMENA, *Dei delitti contro la persona* (Extracto de la Enciclopedia del Derecho penal italiano, dirigida por Pessina), Milano, Sel, 1908, pág. 588; CASALINUOVO, *La causa d'onore nella struttura del reato*, Napoli, 1939, pág. 105, nota, 72.

(16) En la ed. *Opere edite e inedite di G. D. Romagnosi sul diritto penale, con annotazioni di Alessandro de Giorgi* (vol. único, dividido en dos partes, Milano, Parelli e Mariani, 1842), encuentro la referencia en el § 1523 (parte 1.ª, pág. 402); en la ed. de la *Genesi*, de 1857 (Milano, Francesco Sanvito), aparece en forma de nota al mismo párrafo (t. II, pág. 713).

narse en vista de los apetitos criminosos que se reflejan o concurren en el delito (17). Nos dice: «No debo silenciar en este lugar una objeción que se me propuso con respecto al criterio de concebir la pena bajo la norma del *impulso* («spinta») criminal. El infanticidio cometido por una núbil para salvar el honor está realizado, ciertamente, con mayor impulso que el cometido por otra mujer con diverso fin. Y, sin embargo, se suele siempre castigar a la primera con pena menor que a la segunda. Ahora, antes que nada, pregunto si el oponente sabe que alude a una manera de sentir completamente *local* y no general. Conozco países en los cuales ninguna vergüenza cubre a la núbil que llega a ser madre; y conozco otros, vecinos a los primeros, en los que un hecho tal sirve de recomendación para procurar un matrimonio. En segundo lugar, pregunto si el impulso a que se hace referencia es un impulso verdaderamente *malvado* o, más bien, un impulso derivado de un sentimiento laudable, pero mal aplicado. Un poeta, dirigiendo la palabra a un feto abortivo, dijo: «Dos tiranos decidieron de tu suerte.—En contra del honor, el amor te dió la vida.—Y en contra del amor, el honor te dió la muerte.» ¿Puede, por ventura, una doncella colocada en esta alternativa mostrar un verdadero impulso criminal, entendiendo por tal el que nos indica el sentido moral natural y de razón? El pudor y el honor, incluso mal aplicados, ¿pueden acaso caer entre los elementos de este impulso, universal y socialmente valorado? Me excuso de examinar aquí las consecuencias.»

Tomando como base el párrafo transcrito, es lícito atribuir a Romagnosi un gran merecimiento, a saber: haber separado, por vez primera, del impulso criminal el móvil *honoris causa*. La infanticida por causa de honor, aunque actúe, efectivamente, bajo una motivación *más acentuada*, incluso, que la de la madre que mata a su recién nacido con el fin, por ejemplo, de conseguir beneficios económicos—porque aquélla «siente» con más intensidad que ésta los motivos que la conducen—, *no obra criminalmente*: el honor y el pudor, que son los elementos integrantes de la motivación de su conducta, impiden que se otorgue a ésta semejante calificación.

A pesar de tan valioso descubrimiento, no es correcto, sin embargo, situar la aportación de Romagnosi a la misma altura que las de Beccaria y Bentham. Para afirmarlo, me baso en estas dos razones principales: que las ideas de aquél en pro de la atenuación del infanticidio *no precedieron*, como las de éstos, al movimiento legislativo; y que cuando tuvo ocasión de ponerlas en práctica, ocasión favorecida por el ejemplo que ya habían anticipado algunos cuerpos legales, se abstuvo de hacerlo. Por lo que respecta al primer punto, basta tener en cuenta que el propio Romagnosi nos habla de un beneficio «que ya solía concederse». Nunca se ha otorgado, sin embargo, importancia alguna a tan inequívoca confe-

(17) El argumento comienza en el § 1504.

sión, sin duda porque, habiéndose publicado la primera edición de la «Genesi» en 1791 (Pavía), se ha venido pensando, pacíficamente, que su autor aludía a las muchas prácticas consuetudinarias que, en relación al infanticidio, venían suavizando, en diversos países, el excesivo y antipopular rigor de las leyes escritas. Semejante modo de pensar, único argumento que podría justificar la inclusión de Romagnosi en el movimiento que nos ocupa, constituye uno de los muchos errores que la pseudoinvestigación histórica transmite en cadena. Nadie ha advertido que las dos últimas partes de la «Genesi», a las que pertenecen los párrafos 1523-24 y la nota que sobre el infanticidio obra al pie del primero de ellos, no vieron la luz hasta la tercera edición de aquélla, edición publicada en Milán en 1823-24 (la segunda, que se titula corregida, es de 1807 y fué hecha en la misma ciudad); es decir, cuando ya eran varias las legislaciones que habían tipificado favorablemente el infanticidio «*honoris causa*».

En cuanto al segundo punto, el escaso interés de Romagnosi por llevar a la práctica la doctrina mantenida a partir de la tercera edición de la «Genesi», se pone de manifiesto considerando su comportamiento en la Comisión Redactora del «Proyecto de Código penal para el Reino de Italia, revisado por la Comisión instituída por S. A. I. el Príncipe Virrey, con Decreto de 30 de agosto de 1808, conforme a la sexta redacción y a las adiciones posteriores» (18). En el libro II (*Dei delitti contro i privati*), del título I (*Dei delitti contro la vita e l'integrità del corpo*), capítulo I (*Omicidià*), de este Proyecto, se lee: *Artículo 437*: «L'uccisione di un infante appena nato è infanticidio»; *artículo 438*: «L'omicidio premeditato, il veneficio e l'infanticidio sono puniti colla morte.» Se había, pues conservado, íntegramente, la severidad del Código francés que sirvió de modelo. Ni siquiera cabía la atenuación fundada en la *causa* (que sería un resquicio para privilegiar el infanticidio cometido por motivo de honor), ya que la pena decretada no era temporal (art. 451). Por si fuera poco, el *artículo 452* (capítulo II) disponía que la exposición de un infante recién nacido, hecha de tal modo que pudiese presumirse su muerte, sería castigada como infanticidio si aquélla tuviera lugar, y como tentativa («*attentato*») de infanticidio, si la muerte del abandonado no se produjera (19).

A la vista de tales disposiciones, la pretendida participación de Romagnosi en el movimiento que estudiamos, sólo podría seguirse afirmando si se probase que su influencia en la redacción de las mismas no fué decisiva. Ahora bien: basta leer sus «Observaciones a la quinta redacción del Proyecto» (20) para apercibirse de

(18) Publicado en la ed. cit. de las obras de ROMAGNOSI (Milán, 1842), 2.<sup>a</sup> parte, pág. 1085 y sigs. (Sobre este Proyecto, vid. FLORIAN, *Parte generale del Diritto penale*, 4.<sup>a</sup> ed. Milano, 1934, I, pág. 149).

(19) Vid. págs. 1194 y sigs. de la ed. citada.

(20) Tomadas de manuscritos inéditos y publicadas, también, en la ed. de 1842, 2.<sup>a</sup> parte, págs. 1281 y sigs. ROMAGNOSI elaboró, además, un *Contratpro-*

lo contrario; es decir, de que todo el capítulo de la sexta referente al homicidio se redactó *siguiendo al pie de la letra sus personales deseos* (21). Romagnosi, en una palabra, llevó la voz cantante en el Proyecto. Si hubiera querido privilegiar el infanticidio por causa de honor, lo habría hecho. Sin embargo, prefirió no romper los moldes tradicionales, quizá porque las ideas vertidas en la «Genesis» no eran demasiado sinceras, o porque, y ello resulta más probable, en el período transcurrido entre la redacción del Proyecto y la publicación de su obra fundamental, cambió radicalmente de opinión, dejándose llevar por el humanitario ejemplo de los ordenamientos que, ya por entonces, habían suavizado la terrible penalidad que venía decretándose para la madre infanticida.

#### 4. P. A. FEUERBACH (1775-1833), PRIMER SISTEMATIZADOR DE TALES CONCEPCIONES

Las sugerencias vertidas por los Reformadores, bella expresión de un mismo estado de ánimo, encontraron su primer sistematizador en P. A. Feuerbach, a cuyo fino ingenio jurídico debe atribuirse el mérito de haberlas transformado en categorías técnicas, desprovistas del marcado acento polémico que las imprimieran aquéllos.

En el § 236 de su famoso «Lehrbuch» (1801) se define el infanticidio, siguiendo, por vez primera, la concepción moderna: «Infanticidio es la muerte del hijo recién nacido, ilegítimo y viable, causada por la madre, previa ocultación de su embarazo» (22). De la simple lectura de la definición se infiere que la *causa honoris*, aunque no esté expresamente mencionada, constituye la característica esencial de la figura descrita. Lo demuestra el hecho de que aparezcan consignados, como elementos del tipo, los siguientes (23): Que sea la madre sujeto agente; que actúe sobre su hijo recién nacido; que éste sea ilegítimo, y que se hubiera ocultado el embarazo (24). La existencia de la deshonra sexual está englobada en el requisito de la ilegitimidad del hijo; el deseo de ocultar dicha deshonra (motivación *honoris causa*) se deriva de la previa oculta-

yecto (Vid. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, I, 2.<sup>a</sup> ed. Milano, 1947, pág. 67), cuya lectura es posible que aclarase alguno de sus puntos de vista con respecto al infanticidio. No he podido consultarle, a pesar mío, por estar inédito.

(21) En este sentido: FALCINI, *Il pensiero penalistico di G. D. Romagnosi*, Padova, 1932, parte III, y FLORIAN, loc. cit.

(22) *Kindesmord (infanticidium) ist die von einer Mutter, nach vorgängiger Verheimlichung der Schwangerschaft, an ihrem neugeborenen, lebensfähigen, unehelichen Kinde, begangene Tödtung* (Vid. *Lehrbuch des gemeine in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 12.<sup>a</sup> ed. de Mittermaier, Giessen, Druck und Verlag von G. F. Heyer, 1836, pág. 217).

(23) Vid. la enumeración que hace FEUERBACH de los mismos, en el § 237 de la ob. cit.

(24) El requisito de la viabilidad (Lebensfähigkeit), cuya exigencia está hoy en desuso, lo toma del art. 131 de la Carolina.

ción del embarazo; la extensión cronológica del móvil aparece limitada mediante la exigencia de que la víctima sea un recién nacido.

El infanticidio, así concebido, es un *delictum exceptum* (25 y 25 bis).

### III. TRASCENDENTAL INFLUENCIA DE ESTAS DOCTRINAS EN LAS LEGISLACIONES EUROPEAS DEL SIGLO XIX

Las consignas lanzadas por los Reformadores obtuvieron rápida y favorable acogida. Inmediatamente a su labor doctrinal, surgen en Europa las llamadas *legislaciones modernas*, cuya ininterrumpida aparición motivaría que se calificase a tal momento como «la época de las codificaciones». Es sabido que el movimiento perduró durante todo el siglo XIX, y no lo es menos que en el ámbito del Derecho penal estuvo gobernado por los principios humanitaristas que habían tomado carta de naturaleza en el último período de la centuria precedente.

Uno de los delitos más beneficiosamente afectados por este proceso fué el infanticidio. Los puntos de vista mantenidos por Beccaria, Bentham, Romagnosi y Feuerbach fueron recogidos, casi sin oposición (26), por el legislador decimonónico, participante del romántico sentimentalismo colectivo; de este modo, la tendencia especulativa hacia la dulcificación de la penalidad correspondiente a tan maltratado delito, cristalizó en la mayoría de los nuevos ordenamientos.

El paso de la antigua a la moderna concepción no se realizó, sin embargo, bruscamente, sino en dos etapas consecutivas (27). En la primera, que puede decirse representada por los Códigos promulgados en los comienzos del siglo XIX, se adoptó un criterio ecléctico, tendiente a armonizar la concepción tradicional con las directrices del momento: el infanticidio continuó tipificado como «la muerte de un recién nacido causada por cualquier persona»; pero se decretó que en todos aquellos casos en que la muerte de la criatura hubiere sido realizada por la madre, con el propósito de ocultar su deshonra, se apreciara de oficio *una atenuante específica*.

(25) Vid. § 238 y, sobre todo, § 239 (págs. 220 y 221 ed. cit.).

(25 bis) Todos los puntos esenciales de la definición comentada serían verificados, por el propio F., en el C. p. bávaro de 1813 (vid. más adelante).

(26) Tan sólo algunos criminalistas franceses siguieron defendiendo el concepto arcaico, apoyándose, una vez más, en el absurdo criterio de la premeditación presunta. Así, por ej., CHATAGNIER, en su voluminoso e impreciso estudio *De l'infanticide dans ses rapports avec la loi, la morale, la médecine légale et les mesures administratives* (París, 1855), y otros citados por CARRARA (obra cit., § 1214, pág. 349). Contra semejante parecer se pronunciaron, sin embargo la mayoría de los penalistas franceses y belgas del momento. Valgan los testimonios de DESTRIEUX (P. J.), *Essai sur le Code pénal*, Liège, 1818, páginas 118-125; IMBERT (C.), *Diss. de crimine infanticidii, sistens interpretationem et censuram eorum, quo ius hodiernum de hoc crimine statuit*, Lovaina, 1822, página 17, y BAVOUX, *Leçons préliminaires sur le Code pénal, ou examen de la législation criminelle*, París, 1821, pág. 421.

(27) Cfr. CARRARA: ob. cit., § 1218, págs. 355-356.

En la segunda etapa, se entronizó el concepto aún vigente: la objetividad del infanticidio fué reducida a los límites actuales, quedando éste tipificado como *delictum exceptum*.

Veamos, con algún detalle, las manifestaciones más características de esta evolución en las legislaciones europeas:

### 1. *Legislación austríaca.*

Comencemos por la legislación austríaca por haber sido la primera que renovó el concepto de infanticidio:

El Código promulgado por José II el 3 de septiembre de 1803 (28), decretó (art. 122) la pena máxima para todos los casos de muerte violenta de un recién nacido. Pero cuando dicha figura hubiere sido cometida por la madre ilegítima, con el fin de ocultar la deshonra, la penalidad se atenuaría obligatoriamente (art. 123). Se siguió, pues, el criterio correspondiente al primero de los estadios evolutivos que hemos señalado.

El 27 de mayo de 1852 se publicó una nueva edición del Código penal, hoy todavía vigente. De cómo fué tipificado el infanticidio en la misma, nos ocuparemos en el próximo capítulo; debemos adelantar, sin embargo, que se conservaron las líneas fundamentales de la anterior.

### 2. *Legislación española (29).*

Desde nuestro primer Código penal, el de 1822, el tratamiento legislativo del infanticidio fué favorable para la madre autora por causa de honor.

El Código de 1822 responde, no obstante, a la primera de las fases indicadas. No hizo del infanticidio *honoris causa* supuesto único e independiente, sino que le tipificó como excepción privilegiada del parricidio. El artículo 612 disponía:

«Los que maten a un hijo, nieto o descendiente suyo en línea recta, o a su hermano o hermana, o a su padrastro o madrastra, o a su suegro o suegra, o a su entenado o entenada, o a su yerno o nuera, o a su tío o tía carnal, o al amo con quien habiten, o cuyo salario perciban; la mujer que mate a su marido o el marido a su mujer, siempre que unos y otros lo hayan hecho voluntariamente, con premeditación, con intención de matar, y conociendo a la persona a quien dan muerte, sufrirán las mismas penas que los asesinos. Exceptúanse las mujeres solteras o viudas que, teniendo un hijo

(28) Este Código venía a ser una mejorada revisión de la Constitución Josefina (de José II) de 1787 (Vid. von HIPPEN., *Deutsches Strafrecht*. Bd. I (1925) pág. 377).

(29) Me limito a transcribir las disposiciones correspondientes, reservando para la segunda parte del trabajo los comentarios que procedan.

ilegítimo y no habiendo podido darle a luz en una casa de refugio, ni pudiendo exponerle con reserva, se precipiten a matarle dentro de las veinticuatro horas primeras del nacimiento para encubrir su fragilidad, siempre que éste sea, a juicio de los jueces de hecho y según lo que resulte, el único y principal móvil de la acción, y mujer no corrompida y de buena fama anterior la delincuente. Esta sufrirá en tal caso la pena de quince a veinticinco años de reclusión, y destierro perpetuo del pueblo en que cometió el delito y diez leguas en contorno.»

Nótese la bella redacción de la parte que afecta al infanticidio, así como la dureza del castigo, incluso en la excepción atenuada; rigor procedente, sin duda, del peso que todavía ejercía en aquel momento la legislación histórica.

En el *Código de 1848*, el infanticidio (*honoris causa*) integra ya una figura destacada. El *artículo 327* (cap. II. tít. IX, lib. II) decía así:

«La madre que por ocultar su deshonra matare al hijo que no haya cumplido tres días, será castigada con la pena de prisión menor. Los abuelos maternos que para ocultar la deshonra de la madre cometieran este delito, con la de prisión mayor.

Fuera de estos casos, el que matare a un recién nacido incurrirá en las penas del homicidio.»

Esta redacción pasó íntegramente al famoso *Código penal de Carlos VII* (Código penal—de—D. Carlos VII—por la gracia de Dios Rey de España—Edición oficial—Tolosa—en la imprenta real—1875), en cuyo *artículo 327* tan sólo se varió la penalidad, que fué aumentada a prisión mayor para la madre, en vez de prisión menor, y a reclusión temporal para los abuelos maternos, en lugar de prisión mayor.

E idéntica fué la del *Código de 1850*, cuyo *artículo 336* (capítulo II, tít. IX, lib. II) (art. 332, en la 2.<sup>a</sup> ed. oficial, de 1863) coincidía en todo con el 327 del Código anterior.

El *Código de 1870* aceptó también, con insignificantes diferencias de matiz, la misma redacción. El *artículo 424* (sap. V, título VIII, lib. II) preceptuaba:

«La madre que por ocultar la deshonra matare al hijo que no haya cumplido los tres días, será castigada con la pena de prisión correccional en sus grados medio y máximo.

Los abuelos maternos que para ocultar la deshonra de la madre cometieren este delito, con la de prisión mayor.

Fuera de estos casos, el que matare a un recién nacido

incurrirá, según los casos, en las penas del parricidio o del asesinato» (30).

### 3. *Legislación francesa.*

La regulación del infanticidio a través de los diversos momentos que abarca la codificación francesa, constituye una enconada lucha entre el sentimiento popular, inclinado hacia la valoración indulgente de dicho delito, y los principios legales del viejo régimen, contrarios a la misma.

Las causas de semejante discordia se descubren con bastante facilidad: Preparada por las enseñanzas de los Reformadores, la conciencia colectiva exigía que los infanticidios cometidos por la madre ilegítima para ocultar su deshonra obtuviesen un tratamiento penal más caritativo que en el antiguo sistema; contrariamente, el legislador, demasiado influido por los puntos de vista de la legislación tradicional, optó por mantener su rigor, amparándose, de manera especial, en el absurdo postulado de que la muerte de un recién nacido entraña siempre mayor gravedad que el simple homicidio, en virtud de la «premeditación» que debe presumirse en la conducta del agente (31).

De la pugna entre ambos criterios opuestos se derivó una lamentable consecuencia, a saber: la absoluta ineficacia de las prescripciones legales, motivada por los frecuentes y a veces escandalosos veredictos de absolución que los Jurados, con el fin de evitar una condena de tanta gravedad como la señalada en la ley, de-

---

(30) El *Código* de 1928 propuso una fórmula substancialmente idéntica, si bien introdujo las modificaciones de estilo y penalidad que obran en el art. 524 (cap. IV, tit. VII, lib. II), cuyo texto quedó redactado de la forma siguiente:

«La madre que por ocultar su deshonra matare al hijo que no haya cumplido tres días, será castigada con la pena de seis meses a cuatro años de prisión.

Los abuelos maternos que por ocultar la deshonra de su hija cometieren el delito a que se refiere el párrafo anterior, serán castigados con la pena de cuatro a ocho años de prisión.

No concurriendo las circunstancias de los párrafos anteriores, el que matare a un recién nacido incurrirá, según los casos, en las penas del parricidio o del asesinato.»

En el de 1932, la determinación cronológica del sujeto pasivo («menor de tres días») fué sustituida, con indudable acierto técnico, por la fórmula que hoy sigue en vigor. El art. 416 (cap. II, tit. IX, lib. II) decía:

«La madre que por ocultar su deshonra matare al hijo recién nacido, será castigada con la pena de prisión menor en sus grados mínimo y medio.

En la misma pena incurrirán los abuelos maternos que, para ocultar la deshonra de la madre, cometieren este delito.»

La *Ley de 11 de mayo de 1942* será estudiada a propósito de la legislación vigente.

(31) Además de los testimonios que obran en el cap. I, vid. los citados por CARRARA y la maravillosa crítica que de los mismos nos ofrece (ob. cit., I, § 1214, págs. 349 y sigs.).

cidieron emitir en casi todos los supuestos de infanticidio sometidos a su enjuiciamiento.

Para remediar tan peligroso estado de cosas (del que se derivaba la casi segura impunidad de la mayoría de los infanticidios que se cometieren), al legislador galo se le ofrecían tres soluciones: 1.<sup>a</sup>, destacar el infanticidio «honoris causa», tipificándole como figura privilegiada con relación a las demás posibles hipótesis de muerte violenta de un recién nacido; 2.<sup>a</sup>, rebajar la penalidad preceptuada para dicho delito, cuando hubiere sido cometido por la madre bajo cualquier motivación; y 3.<sup>a</sup>, disminuir la penalidad de todos los supuestos de infanticidio, para que el Jurado no pudiese continuar obstaculizando, en ningún caso, la aplicación de los preceptos legales, mediante el arbitrario expediente que acaba de referirse. La primera (que hubiese sido la más justa, por estar fundada en razones de justicia y avalada por el sentimiento colectivo y por la tendencia científica de mayor prestigio en aquellos momentos) fué rechazada en gracia a su radical contradicción con el espíritu de las disposiciones tradicionales; las otras dos, de naturaleza utilitaria y empírica, fueron puestas en práctica, alternativamente, durante la pasada centuria. En la legislación vigente se acudiría a la tercera, tal vez la menos recomendable.

Veamos los detalles más salientes de este curioso proceso:

a) El *Código penal revolucionario* de 6 de octubre de 1791 no reguló el delito que nos ocupa. En consecuencia, todos los supuestos de muerte de un recién nacido a manos de su padre, de su madre o de personas extrañas, quedaron absorbidos, según los casos, en el asesinato o en el homicidio (2.<sup>a</sup> parte, tít. II, sec. 1.<sup>a</sup>).

Al no haber cualificado el infanticidio, este texto se apartó, momentáneamente, del sistema tradicional, aun cuando, a efectos prácticos, conservase la severidad de la legislación histórica (32).

b) Llegado el momento de revisar la legislación revolucionaria, pareció que el infanticidio iba a ser objeto de un tratamiento más ajustado a las modernas directrices. En el *Proyecto de C. P. de 1804* se dispuso, efectivamente, que toda persona culpable o cómplice de dicho delito (que aparecía definido como el homicidio de un recién nacido causado por la madre o por los cómplices de ésta) fuese castigada con la suave pena de la «depórtación» (artículo 287).

No prosperaron, sin embargo, tales innovaciones. De nada valió que la jurisprudencia les dispensare entusiasta acogida (33) ni que insignes juristas como Treilhard y Berlier alzasen su mejor oratoria para demostrar las ventajas que, con miras a garantizar la represión, se derivarían de su puesta en vigor. El argumento de

(32) Vid. CHAVEAU-HELIE: *Tréorie du Code pénal*, 2.<sup>a</sup> ed. (anotada por Nypels). Bruselas, Bruylant-Christophe et Compagnie, I, 1863, § 2396, páginas 723-724. También: GARRAUD: *Traité théorique et pratique du Droit pénal français*, V, 3.<sup>a</sup> ed. París, 1924, pág. 186.

(33) Vid. CARRARA: ob. cit., § 1214, nota, pág. 351.

la gravedad que entraña la muerte de una criatura «indefensa» esgrimido con fogosos alegatos por Cambacérès (34), se impuso una vez más, motivando que los principios arcaicos volviesen a entronizarse en el que había de ser el más famoso ordenamiento punitivo de Francia: el Código penal de 1810.

c) La reglamentación del infanticidio en el *Código penal de 1810* (Código de Napoleón) no pudo ser más desafortunada. Se le elevó a una categoría excepcional; equiparándosele al asesinato (de nuevo el postulado de la «premeditación presunta») y castigándosele, en consecuencia, con la pena máxima!

Estas eran las disposiciones textuales:

Art. 300. «Est qualifié infanticide le meurtre d'un enfant nouveau-né.»

Art. 302. «Tout coupable d'assassinat, de parricide, d'infanticide et d'empoisonnement, sera puni de mort, sans préjudice de la disposition particulière contenue en l'art. 13, relativement au parricide.»

La muerte de un recién nacido—comentó Garraud—vino a constituir, de este modo, un crimen *sui generis* o, si se prefiere, un homicidio agravado únicamente por la cualidad de la víctima. Por una parte (continúa el insigne autor), el hecho de que se hubiere dado muerte a una criatura recién nacida se juzgó suficiente para decretar la última pena, sin que fuese preciso distinguir previamente si el infanticidio hubo sido cometido con o sin premeditación. Por otra, habiéndose definido dicho delito como el homicidio voluntario (meurtre) de un niño recién nacido, sin exigirse otras condiciones, bastaba que la conducta homicida hubiese recaído sobre un recién nacido, para que procediese la aplicación de la pena capital, fuese el autor del crimen el padre o la madre del niño o un extraño (35).

Por fortuna, la realidad vino a demostrar enseguida que tan severas prescripciones, lejos de conseguir una disminución del crecido número de infanticidios que por entonces se cometían, constituían, por las razones que antes expusimos, una medida absolutamente *ineficaz*.

Con el fin de subsanar esta anómala situación, se introdujeron, a instancias de los jueces, las siguientes modificaciones:

d) En el artículo 5.º de la muy importante *Ley de 25 junio 1824*, se declaró que la pena señalada en el artículo 302 del Código penal «podía ser rebajada a la de trabajos forzados a per-

(34) Sobre este debate, muy interesante, vid. GARRAUD: ob. cit., págs. 186-187, y CHAVEAU-HELTZ: ob. cit., I, § 2406, págs. 727-728.

(35) GARRAUD: ob. cit., pág. 186. GARÇON (*Code pénal annoté*. Tomo I, París, Sirey, 1901-1906, pág. 703) comenta, empleando casi las mismas palabras (insiste en el núm. 35 C., pág. 707).

petuidad», en favor de la madre infanticida, mediante la apreciación de circunstancias atenuantes.

Basta advertir que no se establecía distinción alguna entre la madre ilegítima y la legítima para darnos cuenta de que la reforma perseguía la exclusiva finalidad de impedir que los Tribunales continuasen optando por la injusta absolución de las infanticidas, antes que decretar la pena de muerte (36).

e) Posteriormente, la célebre *Ley de 28 de abril de 1832*, dando pruebas de una incorrección técnica todavía más acusada, canceló la distinción que se disponía en la anterior, a efectos de la penalidad, entre la madre y los demás posibles autores de infanticidio: Tanto aquélla como éstos podían ser, desde ahora, castigados a la última pena; en ningún caso, aunque se apreciases diversas circunstancias atenuantes, la sanción sería susceptible de descender por bajo de los cinco años de trabajos forzados.

f) Este indudable retroceso, corregido, a veces, por el mejor criterio de la jurisprudencia (37), alargó su vigencia hasta la *Ley de 21 noviembre 1901*, disposición que, aun dictada, también para remediar la ineficacia dimanante de las rigurosas prescripciones legales, entronizó puntos de vista más humanitarios (38).

En virtud de esta Ley, los artículos 300 y 302 del C. p. quedaron redactados de la manera siguiente:

Art. 300. «L'infanticide est le meurtre ou l'assassinat d'un enfant nouveau-né.»

Art. 302. «Tout coupable d'assassinat, de parricide et d'empoisonnement sera puni de mort, sans préjudice de la disposition particulière contenue en l'art. 13 relativement au parricide.

Toutefois, la mère, auter principal ou complice de l'assassinat ou du meurtre de son enfant nouveau-né, sera punie, dans le premier cas, des travaux forcés à perpétuité, et dans le second cas, des travaux forcés à temps, mais sans que cette disposition puisse s'appliquer à ses coauteurs ou à ses complices» (39).

(36) CARRARA: *ob. cit.*, § 1213, pág. 348. Vid., también, GARÇON: *ob. cit.*, 9 A, pág. 704.

El texto completo del art. 5.º de la Ley comentada puede verse en CHEAVEAUHELLE: *ob. cit.*, III (Complemento a la *Théorie du C. p.*), 1863, pág. 351.

(37) La jurisprudencia del período 1874-1878 valoró el infanticidio (y el aborto) con una indulgencia casi sistemática. La aplicación de atenuantes en estos delitos llegó a ser criterio unánime, con lo que se consiguió que la pena correspondiente, en los pocos casos en que se condenaba, fuese rebajada en dos grados (Cfr. *Revista penal*, año VII, vol. XIII (1880), pág. 321).

(38) Sobre esta Ley, vid. GARÇON: *ob. cit.*, 10 B, pág. 704, y GARRAUD: *obra cit.*, págs. 193 y ss.

(39) El apartado I (Meurtre, assassinat, parricide, infanticide, empoisonnement), de la sec. 1.ª (Meurtre et autres crimes capitaux, menaces d'attentat contre les personnes), del tit. II (Crimes et délits contre les particuliers), quedó así:

Art. 295: L'omicide commis volontairement est qualifié meurtre-

Se establecía, por consiguiente, un nuevo sistema de penas, en el que dejábase traslucir declarado favor en pro de la madre infanticida, contrastante con la severidad de los castigos (penas del parricidio o del asesinato) previstos para los demás posibles autores. Mediante tal reglamentación se introdujo un sistema escalonado de sanciones, concebido del siguiente modo: 1.<sup>o</sup> Si el infanticidio fuere *premeditado* (asesinato), la madre autora sería condenada a la pena de trabajos forzados a perpetuidad; los demás, a la pena de muerte. 2.<sup>o</sup> Si la premeditación *no* se apreciase (homicidio voluntario: muerte), a la madre se le aplicaría la pena de trabajos forzados temporales y, a los demás, la de trabajos forzados perpetuos.

Se habían logrado apreciables mejoras.

Por de pronto, el absurdo criterio de presumir la premeditación obtuvo justo y oficial descrédito. ¿Se consiguió, además, adecuar la legislación a la tendencia moderna, reconociendo la trascendencia de la motivación honoris causa? Tal parece que fuera en principio, junto con las preocupaciones de tipo utilitario a que antes aludimos, el espíritu de la reforma. En el momento de redactarla, sin embargo, no se supo o no se quiso traducir esa finalidad: el legislador, incurriendo en el mismo defecto que los anteriores, continuó sin establecer distinción alguna entre las conductas de la madre ilegítima y legítima, único criterio que nos hubiera permitido afirmar, con certeza, que el móvil del honor fué efectivamente valorado (40).

g) Superado el principio de la premeditación presunta, ninguna sería razón se oponía a que se reglamentase el infanticidio «honoris causa» como especialidad privilegiada. Pero el legislador francés no se decidió a dar este paso. Las disposiciones vigentes (vid. cap. sig.) han sido concebidas con el mismo criterio (40 bis).

Art. 296: Tout meurtre commis avec préméditation ou guet-apens est qualifié assassinat.

Art. 297: Se define la alevosía.

Art. 298: Se define la alevosía.

Art. 299: Est qualifié parricide le meurtre des père ou mère légitimes, naturels, ou adoptifs, ou de tout autre ascendant légitime.

Art. 300: Transcrito en el texto.

Art. 301: Se define el envenenamiento.

Art. 302: Transcrito en el texto.

(40) GARRAUD: *ob. y l. cit.*, págs. 193-194.

(40 bis) El Código francés de 1810 estuvo vigente en Bélgica hasta 1867, fecha en la cual se promulgó el primer Código propio de dicha nación, todavía imperante.

Las reformas que se introdujeron, en materia de infanticidio, en el Código napoleónico por las leyes francesas de 1824 y 1832 no tuvieron validez en Bélgica: hasta el Código de 1867, el delito de infanticidio estuvo configurado, en consecuencia, como un crimen asimilado, en todo caso, al asesinato.

Este sistema fué objeto de vivas críticas, reflejo, por lo general, de las que se suscitaron entre los penalistas galos. Destacó, de manera especial, la voz de HAUS, en cuyas *Observations sur le Projet de révision du Code pénal, présenté aux Chambres belges* (Gand, 1835, II, págs. 182 y s.) se demostró la in-

4. *Legislación italiana.*

Los diversos ordenamientos que componían el panorama legislativo italiano hasta muy avanzado el siglo XIX, pueden agruparse, por lo que al infanticidio se refiere, en función del criterio anteriormente expuesto.

A la *primera etapa* evolutiva, pertenecen los siguientes:

a) *Parma*.—El Código penal para los Ducados de Parma-Piacenza-Guastalla, de 5 noviembre 1820, calcado del francés, tipificó el infanticidio de la misma forma que éste en el artículo 308.

b) *Nápoles*.—En la segunda parte del Código promulgado por el Rey don Fernando, el 26 mayo 1810 (Codice per lo Regno delle Due Sicilie), destinada a las leyes penales, se definió el infanticidio (art. 349) como la muerte de un niño aún no bautizado o inscrito en los Registros del estado civil, castigándose dicho supuesto con la máxima pena. El artículo 387 decretó, sin embargo, la atenuación obligatoria de la penalidad en los casos de infanticidio por causa de honor; atenuación que, dado el lenguaje impersonal del artículo, podía beneficiar tanto a la madre como a los extraños autores o cómplices, siempre que se probase que su conducta obedeció al deseo de salvar el honor de aquélla (41).

c) *Cerdeña*.—El Código penal sardo, promulgado por Víctor Manuel II el 20 noviembre 1859 (Codice penale per gli Stati di S. M. il Rè di Sardegna), tuvo por base el Código de Carlos Alberto, del 26 octubre 1839 (dado para el Piamonte), del que constituyó una notable mejora. Los acontecimientos políticos posteriores a su promulgación determinaron que su vigencia se extendiese al antiguo Reino de Nápoles, primero (Decreto de 17 febrero 1861), a Venecia y Mantua, después (1866); al Estado Pontificio en 1870, y paulatinamente a toda Italia (excepción hecha de la Toscana), hasta que fué derogado, junto con el toscano en 1888, para ceder su puesto al Código de Zanardelli (42).

Definió el infanticidio en el artículo 525, castigándole con pena de muerte (artículo 531), salvo en los casos en que hubiese sido cometido por la madre sobre la prole ilegítima (artículo 532).

He aquí el texto literal de tales disposiciones:

*Art. 525.* (Sec. 1.<sup>a</sup>, cap. I, tít. X, lib. II): «L'omicidio volontario di un infante di recente nato è qualificato infanticidio.»

justicia derivada del absurdo principio de la «premeditación presunta». (Otras críticas, en CHAVEAU-HELIE: *ob. cit.*, I, nota al § 2407, pág. 728.

Los puntos de vista de HAUS fueron afortunadamente recogidos en el Código de 1867 (vid. cap. s.).

(41) Vid. CARRARA: *ob. cit.*, § 1229, nota, pág. 379.

(42) Vid. MANZINI: *Trattato di Diritto penale italiano*. Nuova edizione. I, Utet, Torino, 1950, pág. 90. (Hay trad. esp. de la ed. anterior. Buenos Aires, 1948.)

*Art. 531.* «I colpevoli dei crimini di parricidio, di veneficio, d'infanticidio e di assassinio sono puniti colla morte.»

*Art. 532.* «La pena dell'infanticidio potrà essere diminuita da uno a tre gradi riguardo alla madre che lo abbia commesso sulla prole illegittima» (43).

La fórmula empleada en el último artículo para la configuración de la atenuante, aun cuando laudable por significar una franca acogida de la tendencia humanitaria, no satisfizo del todo. Se consideró que manejada con habilidad podía suponer, en gracia a los argumentos que se expondrán a propósito del Código toscano, un cómodo expediente para beneficiar, sin merecerlo, diversas conductas motivadas por causas distintas a la de salvar el honor.

Enseguida se presentó la ocasión para corregir tales imperfecciones. Cuando, por obra de los acontecimientos políticos, se extendió la vigencia del Código sardo a las provincias napolitanas, substituyendo al promulgado por el Rey Fernando, pareció conveniente que una comisión de juristas de aquellas provincias revisase su articulado, acomodándole, en lo posible, a la legislación punitiva que hasta entonces había estado vigente en las mismas. Por lo que respecta al infanticidio, la Comisión encargada de las reformas, reconociendo la superioridad técnica del Código fernandino, se limitó a repetir las disposiciones de éste. Las modificaciones propuestas fueron sancionadas por el ya citado *Decreto de 17 febrero 1861*. A partir de aquel momento el articulado del Código sardo quedó redactado de la manera siguiente:

*Art. 525.* «L'omicidio volontario è qualificato per infanticidio quando è commesso in persona di un fanciullo di recente nato e non ancora battezzato, o iscritto ne' registri dello stato civile.»

*Art. 531.* «I colpevoli di parricidio, di venefizio, d'infanticidio e di assassinio per premeditazione sono puniti colla morte. Il condannato per parricidio sarà condotto al luogo del patibolo à piedi nudi e col capo coperto di un velo nero.»

*Art. 532.* «La pena dell'infanticidio sarà diminuita da uno a tre gradi quante volte sia stato diretto ad occultare per cagione di onore una prole illegittima.»

Se habían introducido, pues, dos importantes reformas:

Por un lado, se determinaba el sujeto pasivo del infanticidio no sólo en función de la edad (criatura recién nacida), sino también mediante los presupuestos alternativos de que no hubiere

(43) Vid. COSENTINO: *Il nuovo Codice penale del 20 nov. 1859, annotato per...*, libs. II y III, 4.<sup>a</sup> ed. Napoles, Sarracino, 1880, págs. 523-527.

sido bautizado o inscrito en el registro civil; por otro, la configuración de la hipótesis privilegiada aparecía concebida, sin lugar a dudas, bajo el prisma de la «honoris causa». La primera, procedente del artículo 349 del Código del Rey Fernando (inspirado, a su vez, en la legislación francesa), debido a su arbitrario casuismo, no reportó beneficio alguno. La segunda, en cambio, por las razones antes apuntadas supuso una indiscutible mejora técnica con relación al viejo artículo 532.

d) *Estados de la Iglesia*.—El llamado Código gregoriano (Reglamento de los Delitos y de las Penas), promulgado el 20 septiembre 1832 por Edicto de Gregorio XVI, verdadero Código penal de los Estados de la Iglesia, siguió la misma trayectoria: El infanticidio aparecía castigado con la pena máxima, salvo en los casos en que hubiere sido cometido por la madre ilegítima para ocultar su deshonra, supuesto en el cual la penalidad debería de ser notablemente atenuada (art. 276, núm. 7).

La aceptación de semejante criterio por el Código gregoriano reviste gran interés, teniendo en cuenta que significó el total abandono de los puntos de vista mantenidos por la doctrina canónica anterior (partidaria, como ya se ha indicado, de castigar con el máximo rigor cualquier hipótesis de infanticidio, incluido el realizado por causa de honor) y la sustitución de los mismos por los más técnicos y humanitarios que ya habían sido adoptados o estaban siéndolo por los ordenamientos civiles (44).

El criterio moderno fué acogido por las siguientes legislaciones:

e) *Toscana*.—El Código penal toscano fué promulgado por Leopoldo II el 20 junio 1853, y estuvo vigente, como más arriba hemos dicho, hasta 1888. En su elaboración tomaron parte insignes juristas, entre los cuales el gran Carmignani. Su exquisita corrección técnica suscitó unánimes alabanzas: Mittermaier le calificó justamente como «la última palabra de la ciencia» (45), juicio que ha sido ratificado por los penalistas actuales (46).

(44) A partir de la publicación de este Reglamento gregoriano, algunos canonistas modificaron los rigurosos puntos de vista que anteriormente se habían sostenido respecto al infanticidio *honoris causa*, reconociendo, con timidez, que el móvil de honor podía apreciarse, en algunos casos, como circunstancia atenuante (así, por ej., GRANCLAUDE: *Ius canonicum iuxta ordinem Decretalium*, tomo III, París, 1883, págs. 348-349).

El lib. V, destinado a la regulación de los delitos y de las penas, del *Codex iuris canonici* (promulgado por Benedicto XV en 1917) no hizo alusión al punto que nos interesa. Los principales comentaristas del mismo (EICHMANN, SOLÉ, ROBERTI, CIELODI, MICHELS, etc.) han observado la misma actitud.

Sin embargo, algunos eclesiásticos, como el P. SURBLED (*La moral en sus relaciones con la Medicina y la Higiene*, trad. de la 13.<sup>a</sup> ed. francesa. Barcelona, 1937, págs. 305 y ss.) continúan manifestando su disconformidad respecto al indulgente tratamiento que conceden las legislaciones civiles al infanticidio cometido por la madre para evitar la propagación de su ilícita concepción.

(45) Cfr. MANZINI: *Trattato*, I, cit., pág. 70.

(46) GRISPIGNI, por ej. (*ob. cit.*, I, pág. 64), afirma que «constituyó un monumento de sabiduría jurídica y de equitativa ponderación».

De acuerdo con los principios más modernos, definió el infanticidio como la muerte de la prole ilícitamente concebida, causada dolosa o culposamente por la madre, durante el parto o poco después del mismo (art. 316). La regulación de la penalidad correspondiente se hizo de manera muy minuciosa: En los casos de *infanticidio simple*, la madre autora podría ser castigada hasta diez años de reclusión en casa de fuerza si cometió el delito «por intantáneo ímpetu de pudor» (sigo la terminología de Carrara), y hasta quince años si lo hubiese «deliberado» antes del alumbramiento (art. 317). Si el infanticidio hubiese sido realizado por el deseo de evitar «insuperables calamidades» (sovrastanti porzie), la penalidad de la madre podría llegar, si ésta deliberó su conducta, hasta los diez años de reclusión y hasta los siete si actuó espontáneamente (art. 318). Cuando la acción hubiere recaído sobre una criatura no viable, la madre sería castigada con la pena de cárcel de seis meses a dos años (art. 319). Por último, el *infanticidio culposo* estaba sancionado con la pena de cárcel de dos meses a un año (art. 320).

Esta regulación motivó comentarios de índole muy diversa (47). Los puntos más destacados por la crítica fueron los siguientes:

1.º Que el infanticidio constituía un *título nuevo* y especial de delito cuya característica de concreción radicaba en el móvil determinante de la conducta materna: la «honoris causa». Partiendo de tal premisa, habrían de resolverse, en consecuencia, los problemas relativos a la participación de personas extrañas en la comisión del mismo (48).

2.º Que la fórmula empleada en el *artículo 316* presentaba un grave defecto técnico, a saber: la no alusión al móvil de ocultar la deshonra, referencia que el legislador toscano había reputado ociosa por considerar que dicho elemento aparecía subsumido en la exigencia de la *ilícita fecundación*.

Las injustas consecuencias que podrían derivarse de tal criterio fueron agudamente denunciadas por Carrara, mediante la descripción de algunos supuestos en los que la muerte de la criatura nacida, a pesar de haber sido realizada por la madre ilegítima, no obedece al deseo de ocultar la deshonra ni, por lo tanto, entraña una conducta merecedora del notable privilegio que según el tenor literal de los preceptos antes referidos debería corresponderla (49).

Para corregir semejantes imperfecciones, al propio Carrara recomendó que se introdujesen en el artículo 316 del Código toscano las mismas modificaciones que se llevaron a cabo en el corres-

(47) Vid., entre otros, PUCCIONI: *Saggio di diritto penale teorico-pratico*, Firenze, 1861, págs. 448 y ss.; id., *Il C. p. toscano illustrato*. Pistoia, 1855-1859 (4 vols.); ALIMENA: *Dei delitti contro la persona*, cit., pág. 593; IMPALLOMINI: *L'omicidio nel diritto penale*, 2.ª ed. Torino, Ute, 1900, pág. 547, y CARRARA: *obra cit.*, *passim*.

(48) CARRARA: *ob. cit.*, nota al § 1229, págs. 379-380.

(49) CARRARA: *ob. cit.*, § 1230, pág. 382 y ss.

pondiente del Código sardo, cuando este ordenamiento extendió su vigencia a las provincias napolitanas (50).

3.º La previsión del *infanticidio culposo* dió lugar a una amplia polémica, de cuyos términos, por ser idénticos a los que hoy todavía se proponen a propósito del argumento, nos ocuparemos en el lugar oportuno. Debemos adelantar, sin embargo, que Carrara defendió la tesis mantenida por el legislador toscano (51).

f) *Ducado de Módena*.—Las prescripciones del Código toscano relativas al infanticidio sirvieron de modelo a los redactores del llamado Código estense (publicado el 4 dic. 1855) (52), para describir los rasgos esenciales de dicha figura (art. 350). En orden a la penalidad, se decretó, sin embargo, que se privilegiasen únicamente aquellos supuestos en que la muerte de la criatura hubiere sido realizada por la madre ilegítima ante el temor de futuras calamidades insuperables (*sovrastranti sevizie*) (art. 358).

g) *Cantón Ticino*.—En el Código penal de 1873 (53), se definió el infanticidio utilizando una fórmula que aún no ha sido superada:

Art. 328. «Chiunque, a fine di salvare l'onore proprio o della propria famiglia, cagiona volontariamente la morte di un infante, nell'atto della nascita o poco dopo, è colpevole di infanticidio.»

La corrección técnica de este precepto se manifestaba, sobre todo, en la armónica descripción típica de los elementos integrantes de la figura, en función de la causa de honor: ampliación de los sujetos pasivos, por estimar que también los parientes próximos de la madre pueden actuar para salvar el honor de ésta; y determinación del límite temporal máximo de la conducta mediante una fórmula bastante elástica.

h) *Legislación unitaria: Código de Zanardelli*.—Lograda la unidad nacional mediante la constitución del reino de Italia, se sintió enseguida la necesidad de sustituir los ordenamientos punitivos a la sazón vigentes (Códigos sardo-italiano y toscano) por una legislación penal unitaria. Tras no pocas vicisitudes (54), en

(50) CARRARA: *ob. cit.*, II (4.ª ed., 1879), nota al § 1385, pág. 34.

(51) CARRARA: *ob. cit.*, I, nota al § 1227, pág. 373 y ss.

(52) Sobre este Código, que se publicó junto al de procedimiento criminal (*Codice criminale e di procedura criminale per gli Stati Estensi*, Modena, 1855), *vid.* MITTERMAIER en: *Archiv des Criminalrechts*, 1865, pág. 354 y ss.

(53) Codice penale della repubblica e cantone del Ticino. Lugano, 1873. Anteriormente había estado en vigor el Código de 1816, donde el infanticidio aparecía regulado en el art. 263.

(54) El primer voto en pro de una legislación penal única fué emitido por el Diputado Altieri, el 18 mayo 1860. Poco después, una Comisión, presidida por Conforti, trazó las líneas fundamentales de lo que habría de ser la parte general del Código. Este esquema sirvió de base al de 1868, y éste, a su vez,

1887 el Ministro Zanardelli presentó un proyecto de C. p. que, aprobado por la Cámara al año siguiente, sirvió de base al texto definitivo (redactado por una Comisión de la que formó parte Lucchini), cuya aprobación tuvo lugar el 30 junio 1889, entrando en vigor el 1 de enero de 1890.

En los trabajos preparatorios de este Código, la reglamentación del infanticidio sufrió diversas modificaciones. En el esquema presentado por la *Subcomisión Tolomei-Ambrosoli* (que había de dar lugar al Proyecto de 1868), se adoptó una fórmula (art. 325, 1) inspirada, sobre todo, en el Código toscano, si bien supieron corregirse las deficiencias de éste mediante la expresa mención de la «causa honoris»: «Comete el delito de infanticidio la madre que durante el parto o hasta que dure la situación creada por el mismo, priva de vida voluntariamente a su hijo ilegítimo, o con deliberada omisión de los cuidados necesarios le deja perecer con el fin de salvar el honor o para evitar insuperables calamidades.»

En el *Proyecto Vigliani* (1874) resucitaron algunos puntos de vista correspondientes a la primera etapa evolutiva, apreciándose en el infanticidio, ciertas circunstancias *aggravantes*, que se estimó no concurrían en la hipótesis ordinaria del homicidio, y tipificándose el infanticidio cometido por causa de honor como supuesto atenuado de aquella figura (art. 379). La *relación* que precedía a dicho proyecto demostraba, sin embargo, que en la mente de su autor se agitaron no pocas dudas, provenientes del entrecruzamiento, que por entonces todavía se operaba entre las concepciones antiguas y el criterio pregonado por los reformadores (55). A pesar de todo, la fórmula empleada para la redacción de la hipótesis privilegiada suponía indiscutible mejora con respecto a las

---

a un nuevo Proyecto de 1870. Los trabajos preparatorios fueron continuados por los Ministros De Falco y Vigliani, quienes en 24 de feb. de 1874 presentaron otro Proyecto, muy notable, que, tras algunas modificaciones, fué aprobado por el Senado al año siguiente. El mismo favor obtuvo, en 1877, el esquema elaborado por la Comisión que nombrara el Ministro Mancini. Pero ninguno de ambos llegó a transformarse en texto de definitivo.

Designado Zanardelli Ministro de Justicia en 1883, confeccionó un nuevo Proyecto, que no obtuvo aprobación a pesar de haber sido presentado por los Ministros Savelli (reelaborado), Pessina (en 1885) y Taiani (en 1886). Rehecho por el propio Zanardelli, cuando volvió a ser nombrado Guardasigilli, obtuvo, por fin, definitiva aprobación. (Sobre este complicado proceso: MANZINI: *Trattato*, cit., I, pág. 70 y ss. Bibliogr. en FLORIAN: *ob. cit.*, I, pág. 153.)

(55) La *Relación* decía: «Sería difícil designar elementos sustanciales de característica diferencia entre el infanticidio y el homicidio. Es obligado reconocer, sin embargo, que el primero lleva en su propia esencia algunas condiciones agravantes que no aparecen en la figura ordinaria del segundo: la barbarie del acto mediante el cual se destruye la vida de un ser incapaz de suscitar más que sentimientos de benevolencia, la supresión de toda huella de su existencia civil y la facilidad de ocultar el delito. De aquí la razón de que el Proyecto mencione la muerte de un infante únicamente para señalar los elementos determinantes de la agravación de la penalidad: la edad del infante, no superior a cinco días, y que la muerte tenga lugar antes de la inscripción del mismo en el Registro civil» (Cfr. PUGLIA: *Studi critici di Diritto criminale*, Napoli, Anfossi, 1885, cap. VII (*Del reato d'infanticidio*), págs. 175-176).

de los Códigos anteriores, en cuanto que extendían el beneficio no sólo a la madre, sino también a los parientes próximos que hubieren actuado para salvar el honor materno.

Una disciplina muy parecida se intentó en el *primer Proyecto de Zanardelli* (1883): En el *artículo 327* se establecía que el homicidio sería castigado con la pena de prisión de 21 a 25 años; disponiéndose en el artículo siguiente que en algunos casos dicha pena *no* podría aplicarse en el grado mínimo: uno de ellos era aquél en que el delito hubiere sido cometido sobre un infante no inscrito todavía en el Registro del estado civil y dentro de los cinco primeros días de su nacimiento (56). El privilegio penal para los infanticidios cometidos «honoris causa» estaba preceptuado en el *artículo 332*, en uno de cuyos párrafos se ordenaba que se rebajase de uno a tres grados la penalidad del homicidio cuando se hubiere causado la muerte de un infante para salvar el propio honor, o el de la mujer, la madre, la hija (incluyendo la adoptiva), o la hermana (57).

Impulsado por las críticas que suscitara esta concepción del infanticidio en general como supuesto *agravado* del homicidio ordinario (concepción que suponía un palpable retroceso respecto a los ordenamientos vigentes), el propio Zanardelli abandonó tales puntos de vista en el *Proyecto de 1887* cuyo articulado (58) habría de pasar al texto definitivo. En su virtud, la regulación del delito que nos ocupa en el Código penal italiano de 1889, quedó establecida de la manera siguiente:

a) La muerte de un recién nacido causada por cualquier persona se entendía absorbida en la objetividad del homicidio ordinario, previsto en la correcta fórmula del art. 364 (lib. II, tit. IX; cap. I): «Chiunque, a fine di uccidere, cagiona la morte di alcuno, è punito con la reclusione da diciotto a ventun anno.»

Las circunstancias de agravación del homicidio (art. 365, números 1 y 3, y art. 366) afectaban, por lo tanto, a aquel supuesto, siempre que concurriesen en el mismo.

b) No obstante, si la muerte de la criatura recién nacida hubiere sido cometida con el fin de ocultar la propia deshonra o la de un próximo pariente, se rebajaría la penalidad, según lo preceptuado en el art. 369:

«Quando il delitto preveduto nell'art. 364 sia commesso sopra la persona di un infante non ancora iscritto nei

(56) Las razones en que se apoyaba esta concepción del infanticidio como hipótesis agravada figuran también en la *Relación* que se acompañó a este Proyecto. Eran idénticas a las reseñadas en la que acabamos de citar. (Vid PUGLIA: *ob. cit.*, pág. 176.)

(57) En la *Relación* se enumeraban los argumentos que justificaban tal privilegio, en términos muy parecidos a los empleados por CARRARA. (Vid. la *Relación*, en PUGLIA: *ob. cit.*, pág. 177.)

(58) Este Proyecto definitivo está publicado en «Rivista penale», vol. XXVII (1888). (El art. 350, que es donde aparece tipificado el infanticidio, puede verse en la pág. 97.)

registri dello stato civile, e nei primi cinque giorni della nascita, per salvare l'onore proprio, o della moglie, della madre, della discendente, della figlia adottiva o della sorella, la pena è della detenzione da tre a dodici anni» (59).

Pronto se advirtió que, para la redacción de este artículo, se habían tenido a la vista varios Códigos vigentes (60), y que el requisito de que el niño no hubiere sido inscrito en el Registro—tan arbitrario como el límite de los cinco días—procedía del Código sardo-italiano, inspirado, a su vez, como arriba se dijo, en el fernandino. La mención del móvil de ocultar la deshonra fué alabada sin reservas, así como la extensión del mismo a los parientes próximos de la madre (61).

El extremo más discutido por la crítica fué el de si, tal como estaba redactado el Código, cabía afirmar que el infanticidio (honoris causa) constituyese una figura independiente, es decir, un delito *sui generis*, o si, por el contrario, era, tan sólo, un homicidio atenuado en razón del móvil. La jurisprudencia, Majno y Arena se inclinaron por la primera solución (62), pero la mayor parte de los comentaristas, discuriendo con mayor acierto, propusieron la segunda (63).

A la vista del art. 369 se afirmó, también, la imposibilidad de concebir el infanticidio (por causa de honor) culposo (64) (64 bis).

(59) En el Proyecto definitivo se había señalado la pena de seis a doce años (art. 350).

(60) Cfr. ALTAVILLA: *Delitti contro la persona*, cit., pág. 6.

(61) Vid. IMPALLOMONTI: *L'omicidio*, cit., págs. 306, 542 y 553-554 (en estas últimas se transcribe el párrafo CXIV de la *Relación ministerial* que se acompañó al Proyecto definitivo, y en el que se exponen los motivos en virtud de los cuales se extendió el privilegio a los próximos parientes de la madre). Sobre tales extremos, vid., también, ARENA (Pasquale): *Intorno al delitto d'infanticidio* (art. 369), en *Supplemento alla Rivista penale*, vol. VIII (1899-1900), Torino, Ute, págs. 40-44.

(62) MAJNO (Luigi): *Commento al Codice penale italiano*, 3.<sup>a</sup> ed., vol. III (artículos 246-40-), Torino, 1922, pág. 278; ARENA: *trab. cit.*, pág. 38.

(63) Así: ALIMENA: *Dei delitti contro la persona*, cit., págs. 596 y 605-606; IMPALLOMONTI: *ob. cit.*, págs. 553-557; CARFORA (Francesco): *Infanticidio*, en *Il Digesto italiano*, vol. XIII-I, Torino, 1902-1906, pág. 703 (bibliogr. exhaustiva, en las págs. 663-664. El artículo lleva fecha 12-II-1904); y, especialmente, CONTI (Ugo): *Omicidio volontario e infanticidio*, en «La legge» (*Monitore giudiziario e amministrativo*), año XLIII (1903), Roma, col. 1653. (Entre los modernos, igual MANZINI: *Trattato*, VIII, 2.<sup>a</sup> ed., 1947, pág. 53.)

(64) IMPALLOMONTI: *ob. cit.*, pág. 542; ALIMENA: *ob. cit.*, pág. 597.

(64 bis) Más comentarios en torno a la regulación del infanticidio en este Código, en CRIVELARI-SUMAN: *Il C. p. per il Regno d'Italia*, vol. VII, Torino, 1896, pág. 713 y ss. (bibliogr. en las págs. 706-708); CIVOLI ((V.): *Diritto penale*. Sel. Milano, 1907, pág. 1021 y ss.; CIVOLI (C.): *Trattato di Diritto penale*, vol. IV, P. S., Milano, 1916, pág. 144 y ss.; CALABRESI (Armando): *La causa honoris nell'infanticidio*, en «Suppl. alla Rivista penale», vol. VIII (1889-1900), págs. 219-228; PUGLIA (F.): *Causa d'onore e vizio parziale di mente nel reato d'infanticidio*, en «Giustizia penale», vol. V (1899), cols. 1361-1364, etc.

5. *Legislación alemana.*

La regulación del infanticidio en los Códigos penales de los diversos Estados que componían la Alemania del siglo XIX se hizo, por lo general, de acuerdo con los modernos postulados:

Se ha dicho que estas legislaciones fundamentaron el privilegiado tratamiento de tal delito, no tanto en la situación *psicológica* de la madre autora, como en el estado *fisiológico* en que ésta se encuentra durante el parto o en los momentos posteriores al mismo (65). Semejante afirmación resulta bastante dicutible: Si el fundamento del privilegio se hubiera cifrado, efectivamente, en la anormal situación de la parturienta, no se habría limitado su conducta a un período temporal—tres días, según el Código bávaro, que es el que señaló plazo más amplio—totalmente insuficiente para abarcar la posible duración que, cuando surjan complicaciones patológicas, puede tener tal estado: varios meses, en algunos casos (66). Por otra parte, de haberse seguido ese criterio, se habrían atenuado, por igual, las conductas de la madre legítima e ilegítima, en cuanto que tanto la una como la otra pueden sufrir las influencias patológicas del alumbramiento. La prohibición de conceder el privilegio penal a la meretriz (expresamente preceptuada en el Código bávaro, uno de los pilares fundamentales del movimiento codificador alemán) acredita, además, de manera inequívoca, que, según el legislador germano, la verdadera característica de concreción del infanticidio estaba constituida por el deseo de ocultar la deshonra (*honoris causa*), no concebible en aquéllas mujeres que voluntariamente renunciaron a la reputación sexual.

A pesar de todo, la tesis referida pudo sostenerse alegando el argumento de que los Códigos alemanes, aun cuando incluyeran el requisito de la ilegitimidad de la criatura en la descripción del infanticidio, no mencionaban, de modo expreso, el móvil del honor. Nos parece, sin embargo, que tal silencio debió de valorarse, únicamente (ya lo dijimos a propósito del Código toscano), como un defecto de técnica legislativa: el legislador estimó que la motivación de la conducta materna estaba implícita en la exigencia de la ilegitimidad de la víctima, sin prever que, en ciertos casos, dicha presunción no se cumple.

Pasemos revista a los ordenamientos más importantes:

a) *Babiera*.—En el Código penal de 16 de mayo de 1813 (*Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern*) (67), elaborado por

(65) Cfr. CARRARA: *ob. cit.*, I, nota 3 al § 1226, pág. 372, quien añade que este criterio estaba inspirado en los puntos de vista de MITTERRMAYER.

(66) De ahí que WERNER (cit. por CARRARA, *loc. cit.*) propusiera, ya por entonces, que se concediese el *privilegium levioris poenae* hasta un año después del nacimiento. Este largo plazo ha sido aceptado (*vid. cap. sig.*) por la consecuente legislación inglesa.

(67) Vid. la ed. hecha en München, en 1814 (hay trad. francesa, con notas, de Ch. VATEL, París, 1852).

Feuerbach, estaba definido el infanticidio (art. 159) como: «la muerte de un recién nacido causada por la madre ilegítima durante los tres días posteriores al nacimiento», disponiéndose, como antes se dijo, que el beneficio penal concedido a tal figura no se apreciase en favor de la meretriz.

Una reglamentación muy parecida se estableció en los *arts. 157 y 158* del Código de *10 de nov. de 1861* (68), estrechamente vinculado al prusiano de 1851.

b) *Oldenburg*.—Las disposiciones del Código bávaro fueron repetidas en el *art. 164* del C. p. de Oldenburg, de 1814, que era una reproducción casi literaria de aquél (69).

En el Código de 1858, basado en el prusiano de 1851, se conservó la misma regulación.

c) *Sajonia*.—En el Código penal de 30 de marzo de 1838 (70), muy influido por el bávaro, se tipificó el infanticidio (artículo 126) como la destrucción de una criatura ilegítima causada por la madre durante el parto o dentro de las veinticuatro horas posteriores al nacimiento.

En el de *13 agosto 1855* (en vigor desde el 1 oct. 1856 (71)), se amplió a dos días el límite máximo de la conducta materna, ampliación que fué mantenida en la edición revisada de 1868.

d) *Brunswick*.—En el Código penal de *10 de jul. de 1840* (72), se transcribió, íntegramente, en el *art. 149*, el precepto correspondiente del Código sajón de 1838.

e) *Württemberg*.—El Código penal de *1 marzo de 1839* (73), reflejo fiel del bávaro, siguió los mismos pasos que éste, aun cuando redujera la extensión cronológica de la conducta materna hasta las veinticuatro horas posteriores al parto (art. 249).

f) *Baden*.—La misma regulación se adoptó en el *art. 215* del C. p. de Baden, de *6 marzo 1845* (en vigor desde 1 de marzo de 1851) (74).

(68) Das Strafrecht für das Königreich Bayern. Correcter abdruck der amtlichen Ausgabe und Anmerkungen hiezu. München, 1862.

(69) Strafgesetzbuch für die herzoglich Oldenburgischen Lande von 1814; mit Einschlagung des bis Ende 1836, ergangenen neuen Bestimmungen. Oldenburg, 1837.

(70) Vid. las ed. de Gross: *Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen, mit Anmerkungen*. Dresden, 1838, 2 vols., y de F. B. BRUCH: *Die neuen Criminalgesetzbücher des Königr. Sachsen, etc.* Leipzig, 1848.

(71) Vid. ed. de KRTG (A. O.): *Das Strafgesetzbuch für das König. Sachsen, mit erläuterungen*. 2.<sup>a</sup> ed. Leipzig, 1856.

(72) Das Criminal-Gesetz-Buch für das Herzogthum Braunschweig. Nebst den Motiven der herzogl. Landesregierung und Erläuterungen aus dem ständischen Verhandlungen. Braunschweig, 1840.

(73) Strafgesetzbuch für das Königr. Württemberg; nebst dem Einführungs und Competenz-Gesetz. Stuttgart (s. f.).

(74) Hay trad. italiana, de MORI (en *Scritti germanici*, t. IV).

g). *Código penal prusiano de 1851 y derivaciones posteriores.* Después de una larga preparación, el 1 jul. 1851 entró en vigor el célebre C. p. prusiano (75)—más inspirado en el ordenamiento napoleónico que en la tradición alemana—que había de ser el fundamento principal de la vigente legislación germana.

El infanticidio fué tipificado en el art. 180, en los siguientes términos:

«La madre que durante el parto o inmediatamente después matare voluntariamente a su hijo ilegítimo, cometerá infanticidio y será castigada con la pena de cinco a veinte años de reclusión.

Si el homicidio del niño hubiere sido cometido por cualquier otra persona, o si cualquier otra persona hubiere participado en el infanticidio, se aplicarán a éstas las disposiciones concernientes al asesinato o al homicidio, o las que regulan la participación en estos crímenes».

El extremo más destacable de esta disposición radicaba en la *no comunicabilidad* a los cómplices de la madre del título especial y privilegiado del infanticidio, principio que perduró en el artículo 50 del *Código penal para la Confederación alemana del Norte* (Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund. Promulgado el 31 mayo de 1870) (76) (76 bis), ordenamiento que, transformado en *Código penal del Reich alemán*, habría de llegar a ser el Código aún vigente.

#### 6. Otras legislaciones. Reenvío.

De otras legislaciones europeas del siglo XIX (holandesa, sueca, etc.), que aceptaron la moderna disciplina del infanticidio, nos ocuparemos en el próximo capítulo, habida cuenta de que están todavía en vigor.

(75) Strafgesetzbuch für die Preussischen Staaten, nebst Gesetz über die Einführung desselben, von 14 april 1851. Amtliche Ausg. Berlin, 1851, Nauck & Co. (Hay trad. francesa, de J. S. G. Nypels, Bruselas, 1862).

(76) Vid. SCHÜRZE, *Lehrbuch*, § 82, nota 8 (Cfr. CARRARA, págs. 380-381).

(76 bis) Constituida la Confederación de la Alemania del Norte, bajo la hegemonía de Prusia, se preparó este Código, que fué redactado sobre la base del prusiano. Al realizarse la unidad del Imperio, el predominio de Prusia motivó que dicho ordenamiento absorbiese al de los demás Estados, pasando a ser, en 15 de mayo de 1871, el C. p. del Reich alemán (Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich). En 1872 extendió su vigencia a Baviera, Württemberg y Baden. En la actualidad, profundamente modernizado y germanizado, sigue vigente.

## RESUME

*La conception de l'infanticide honoris causa comme delictum exceptum provient du mouvement humanitaire - utilitariste du XVIII<sup>e</sup> siècle. Le premier qui défendit la mère infanticide fut Beccaria qui fut suivi par Filangieri et Jérémie Bentham avec quelques points de vue personnels. La contribution de Romagnosi dans ce procès doit être accueillie d'après l'auteur avec quelques réserves, car lorsqu'il manifesta ses sentiments bénévoles il y avait déjà plusieurs législations qui avaient typifié l'infanticide par suite de l'honneur comme une spécialité privilégiée et que lorsqu'il eut l'occasion de les mettre en pratique il s'abstint de le faire. Le mérite d'avoir été le systématiseur de telles conceptions correspond à Feuerbach.*

*Les points de vue des Réformistes furent acceptés par la plupart des législations européennes du XIX<sup>e</sup> siècle dont on offre dans ce travail un examen très détaillé. La française fut la plus opposée à admettre les nouveaux postulats car elle était trop influencée par le principe insensé que la mort d'un enfant nouveau né suppose, en tout cas, une conduite préméditée. Après une longue série des réformes elle finit aussi par adopter la conception moderne, en la justifiant, par des raisons purement utilitaires.*

## SUMMARY

*The conception of the infanticide honoris causa as a delictum-exceptum derives from the humanitarian-utilitarian movement of the 18th century. The first one to declare himself favourable to the infanticide mother was Beccaria followed by Filangieri and by Jeremy Bentham with some personal points of view. According to the author, Romagnosi's contribution to that process should be accepted with some mental reservations as there were already some legislations which had typified the infanticide by causes of honor as a privileged specialty when he declared his benevolent sentiments and that he did not put them into practice when he had a chance to do so. The glory of having been the systematiser of such conceptions belongs to Feuerbach.*

*The points of view of the Reformists were accepted by the majority of the European legislations of the 19th century from which a minute survey is offered in the present study. The greatest opposition to the new principles was to be found among the French legislation which was too influenced by the absurd principle that the death of a newly born creature shows always a premeditated conduct. After long series of reforms they finally adopted too the modern conception but justifying it on pure utilitarian reasons.*

# SECCION LEGISLATIVA



## ALEMANIA ORIENTAL

### Ley para la protección de la paz (15-XII-1950)

Traducción por ANTONIO QUINTANO RIPOLLES

#### EXPOSICION DE MOTIVOS

La política agresiva llevada a cabo por los Gobiernos imperialistas de los Estados Unidos, Gran Bretaña y Francia, propugnando una nueva matanza universal, amenaza conducir a Alemania a una guerra civil criminal. La remilitarización de la Alemania Occidental, los esfuerzos para restablecer el imperialismo y militarismo alemanes, constituyen un grave peligro para la existencia y futuro de la nación alemana, así como para la paz y seguridad de Europa entera. Solamente por los medios de la paz y la democracia puede ser asegurada la unidad e independencia de Alemania. La política imperialista de arrastrar a una nueva guerra la Zona occidental de nuestro país, que resultaría criminal y absurda desde sus comienzos, constituye una real amenaza contra nuestro pueblo y nuestra Patria. La Nación ha de ser liberada de tal amenaza. El mantenimiento de la paz es el primario interés nacional y el deseo de todos los elementos democráticos y patriotas del pueblo alemán.

La propaganda de guerra de los imperialistas anglo-americanos y de sus auxiliares constituye además un serio peligro para la paz europea y para las relaciones de amistad entre el pueblo alemán y las otras naciones pacíficas.

En consecuencia, la propaganda de guerra, en cualquiera de sus formas, es uno de los más graves crímenes contra la humanidad. Por lo cual, la Cámara popular, de acuerdo con los artículos 5.º y 6.º de la Constitución, ha decidido la promulgación de esta Ley.

Parágrafo 1.º Quien insultare a otras naciones o razas o tratare de boicotearlas con objeto de alterar las pacíficas relaciones entre los pueblos y arrastrar al alemán a una nueva guerra, será castigado con la pena de prisión y, en caso grave, con la de presidio.

Par. 2.º Quien propugne un acto de agresión, especialmente una guerra agresiva, o de otro modo, cometa actos de incitación bélica, reclute, seduzca o facilite a ciudadanos alemanes para participar en acciones militares tendentes a subyugar un pueblo, será castigado con prisión y, en casos graves, con presidio.

La misma pena será aplicable a quien reclutare nacionales alemanes para el servicio de la Legión extranjera francesa o parecidas unidades mercenarias o les indujere a tales actos.

Par. 3.º Quien propugne el restablecimiento del agresivo militarismo o imperialismo alemán o la integración del país en un bloque militar de carácter

agresivo, será castigado con la pena de prisión y, en graves casos, con la de presidio.

Iguales penalidades corresponderán a quienes inciten contra el cumplimiento de los Tratados establecidos para mantener y asegurar la paz o para el desenvolvimiento de la Alemania democrática y pacífica.

Par. 4.º Quien glorificare o propagare el uso de armas atómicas u otras tendentes al exterminio en masa, tales como venenos, sustancias radio-activas, químicas o bacteriológicas, será castigado con pena de prisión y, en casos graves, con la de presidio.

Par. 5.º Quien sirviendo a los fines de incitación a la guerra ridiculizare o hiciere menosprecio de los movimientos para el mantenimiento de la paz, o quien promoviere agitación contra los participantes en tales movimientos o les persiguere, será castigado con la pena de prisión y, en casos graves, con la de presidio.

Par. 6.º En supuestos de particular gravedad contra lo previsto en los párrafos anteriores, la pena puede ser de trabajos forzados no inferior a cinco años y posiblemente a perpetuidad.

Si los actos perpetrados fueren susceptibles de alterar el orden del Estado, sus autoridades o servicios, incitádoles a una política de agresión contra las naciones pacíficas, podrá ser aplicada la pena de muerte.

Par. 7.º Los actos preparatorios y tentativa de crímenes previstos en los párrafos 1.º al 6.º de esta ley son susceptibles de punición.

Par. 8.º Además de las penas personales previstas en esta ley, pueden ser aplicadas a los culpables otras pecuniarias en cuantía ilimitada.

La confiscación parcial o total es aplicable igualmente. Deberá ésta ser pronunciada en todos los casos de pena de muerte y de trabajos forzados de más de cinco años de duración.

Par. 9.º En los casos de imposición de penas de trabajos forzados, temporales o perpetuos, se entiende como accesorias las de:

- a) Inhabilitación para todo cargo público o de dirección económica o cultural.
- b) Inhabilitación para elegir o ser elegido.

En los casos de imposición de penas menos graves, la adopción de las accesorias anteriores es potestativa.

Par. 10.º El procedimiento criminal por delitos contra esta ley será incoado por acción entablada por el Fiscal General de la República.

Es competente para entender de esta especie de procesos la Corte Suprema, pero el Fiscal General puede atribuir la competencia a otro Tribunal o delegar las funciones acusatorias a otro Fiscal territorial.

La competencia de la Corte en asuntos referentes a la presente ley es extensible a infracciones perpetradas por súbditos alemanes fuera del territorio de la República Democrática Alemana, incluso cuando su residencia no se encontrase dentro de su territorio.

Par. 11.º Leyes aclaratorias de la fundamental presente pueden ser promulgadas por el Consejo de Ministros de la DDR.

Par. 12.º Esta ley entrará en vigor el 16 de diciembre de 1950.

Berlín, 15 de diciembre de 1950.—El Presidente de la DDR., *W. Pieck*.

## ESPAÑA

## Ley de 20 de diciembre de 1952, por la que se modifican los párrafos cuarto y quinto del artículo 443 del Código penal

La especial protección dispensada en nuestro Código Penal a personas menores de veintitrés años, en ciertos delitos contra la honestidad, demuestra el decidido propósito del legislador de lograr la máxima eficacia en la defensa de la juventud frente a determinadas conductas criminales; mas tal propósito puede frustrarse si en los preceptos que regulan el perdón de la parte ofendida no se exige alguna condición que garantice en forma suficiente esa especial protección que la ley pretende, y que debe mantenerse frente a una concesión del perdón hecha por aquélla con plena capacidad, pero quizá sin la madura reflexión que la importancia del acto exige, o lo que es peor, bajo el influjo de ofrecimientos o recompensas.

El hecho de que aun después de la promulgación de la ley de 13 de diciembre de 1943, que determinó se alcanzaría la mayoría de edad a los veintiún años, se mantuviera el límite máximo de veintitrés años para sancionar algunos delitos contra la honestidad, revela que el fundamento de esa especial protección no pudo estar inspirado en la mayoría de edad civil, pero no era causa eficiente.

No puede afirmarse que en la actual situación exista una pugna entre las leyes Civil y Penal. Sin embargo, resulta evidente que la reducción en la edad operada en aquélla es posible que reste eficacia al fin perseguido por ésta, pues si el perdón puede otorgarlo la parte ofendida a los veintiún años sin ninguna limitación, no hay compensación alguna a la norma penal que la defiende enérgicamente hasta los veintitrés.

Sin que se produzca merma de la capacidad civil a estos efectos, la mejor garantía que puede establecerse es limitar la eficacia del perdón cuando éste se conceda por mayores de veintiún años y menores de veintitrés, exigiendo la aprobación del Tribunal en la forma ya establecida en el propio artículo, que se modifica para el caso en que el perdón se otorgue por el representante legal de la persona ofendida.

Otra finalidad perseguida por la reforma es la de agregar a las personas que pueden conceder el perdón dos figuras surgidas en el campo del Derecho y cuya existencia real no cabe ignorar no sólo por ser producto de nuestras leyes, sino por la importancia práctica de su misión: «El protector», a que se refiere el párrafo 4.º del artículo 446 del Código Penal, y el «guardador de hecho», reconocido en el párrafo 1.º del artículo 443, imponiéndose al perdón de ellos la misma limitación que se fija para el otorgado por los representantes legales, en atención a la analogía del caso.

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

Artículo único. Los párrafos 4.º y 5.º del artículo 443 del Código Penal quedarán redactados en la siguiente forma:

«En los delitos mencionados en el párrafo 1.º de este artículo, el perdón expreso o presunto del ofendido mayor de veintitrés años extingue la acción penal o la pena impuesta o en ejecución. El perdón no se presume sino por el matrimonio de la ofendida con el ofensor.»

«El perdón del representante legal, protector o guardador de hecho del menor de edad y el del ofendido, mayor de veintiún años y menor de veintitrés, necesita, oído el Fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente. Cuando lo rechazare a su prudente arbitrio, ordenará que continúe el procedimiento o la ejecución de la pena representando al menor o al ofendido el Ministerio fiscal.»

## Ley de 20 de diciembre de 1952, por la que se modifica el artículo 118 del Código penal ordinario sobre cancelación de antecedentes penales

Consideraciones de equidad, dados los efectos que los antecedentes penales producen en la vida civil, aconsejan suavizar los requisitos que para la rehabilitación de los condenados exige el artículo 118 del vigente Código Penal cuando aquéllos observan buena conducta con posterioridad al cumplimiento de la condena, permitiendo así la cancelación de notas penales que, con el régimen en vigor actualmente, es casi ilusoria cuando se trata de penas de gran duración que exigen un mayor plazo de prueba de conducta, con lo que se impide la total reintegración del reo a la vida civil.

Por otra parte, la exclusión de los reincidentes y reiterantes del beneficio de la rehabilitación da por supuesta, de un lado, la idea de la imposibilidad de su regeneración, que es contraria a los principios cristianos, y de otro, una peligrosidad que no siempre existe, sobre todo cuando ambas condenas son muy distantes en el tiempo.

A obviar tales obstáculos de la legislación vigente tiende también esta ley, que concede a los reincidentes y reiterantes el derecho a solicitar la cancelación de sus antecedentes penales, aunque en términos de mayor rigor que a los demás delincuentes. De esta forma, el plazo máximo de prueba de quince años establecido en el Código Penal actual, y que en esta ley se reduce a diez, se mantiene para los reincidentes y reiterantes, a los que ahora se les concede el beneficio de la rehabilitación.

Asimismo, tratándose de condena condicional, que lleva aneja, como es sabido, un período de prueba de conducta del reo beneficiario, se incluye aquél en el cómputo del plazo para la cancelación de la correspondiente nota penal, siguiendo con ello el precedente del Código de 1928.

Por último, se suprime el privilegio de que venían gozando los menores de edad penal, habida cuenta de que la reducción de pena que por ministerio ahora se implanta hacen innecesario aquel privilegio.

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

Artículo único. El artículo 118 del Código Penal vigente quedará redactado en la forma siguiente:

«Los condenados que hayan cumplido su pena o alcanzado su remisión condicional podrán instar y obtener del Ministerio de Justicia la cancelación de sus antecedentes penales, previo informe del Tribunal sentenciador, siempre que concurren los requisitos siguientes:

Primero. Haber observado buena conducta.

Segundo. Tener satisfechas, en lo posible, las responsabilidades civiles provenientes de la infracción.

Tercero. Haber transcurrido, desde que quedó extinguida su condena o expirado el plazo de suspensión condicional de la misma, un año si se trata de penas leves, tres años si de pena de arresto mayor o de condena de delito de imprudencia, cuatro años en las penas que no sean de privación de libertad, cinco años en las de prisión y presidio, diez años en las de reclusión y quince años en todos los casos de segunda o posteriores condenas o rehabilitación revocada.

Sin necesidad de declaración especial, quedará sin efecto la cancelación concedida y recobrará plena eficacia la inscripción cancelada respecto a los ya rehabilitados que cometieron un nuevo delito.»



# SECCION DE JURISPRUDENCIA



# De las injurias

JUAN DEL ROSAL

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

SUMARIO: 1.º *Supuesto de hecho.*—2.º *Sentencia del Tribunal "a quo".*—3.º *Impugnación por la parte recurrente.*—4.º *Exposición y comentario de la mentada sentencia.*

## I. Supuesto de hecho

Resulta probado lo siguiente: "Que en 1949 la Editorial M. publicó una novela de la que era autor el hoy procesado, D. J. A. Z. L., titulada "L. U.", P. N. de L. del año 1948, que contiene un prólogo debido al autor de aquella obra, que literalmente dice así: Las cartas sobre la mesa.—En una gaceta de M. del invierno pasado vino la propuesta de la D. G. de B. A. para el P. N. de L. (1948), y era ésta: Tema: Novela de humor; un premio de 10.000 pesetas y un accésit de 3.000 pesetas. Dentro del plazo y de las dimensiones señaladas (300 ó 400 cuartillas a dos espacios), yo presenté un original. El 1.º de enero me enteré que mi novela "L. U." había sido premiada con el único premio, del cual se había rebajado 3.000 pesetas para crear un segundo accésit, que en la jerga de los concursos, cuando esto sucede, que es a menudo, se llama consola-ción. Ese mismo día el periódico M., titulaba la noticia Z. P. N. de L., J. A., primer accésit; C. G., segundo accésit. El autor del suelto era M. A., redactor del periódico y uno de los tres jurados del P. N., que se acababa de discernir. I., después de dar en la cabecera mi nombre y el de los accésits con el mismo tipo de letra, decía con titulares grandes: Premios Nacionales de Literatura. Y a continuación: Reunido el Jurado del P. N. de L. ... "Obtuvo el primer premio el novelista bilbaíno J. A. Z., por su novela "L. U.". No obstante, sólo se le entregaron siete mil de las diez mil pesetas que dotan el premio, y las otras tres mil fueron a formar un tercer premio. El segundo y el tercero así formado fueron concedidos a ..." Como estaba enterado de lo que había sucedido en la reunión del jurado a la hora de discernir el premio, vi en seguida en esta nota de I., la mano, o por lo menos la inspiración, del jurado A. M. El acta original escrita a mano por J. M. A., y que yo he leído, dice así:

“Concedemos el premio a la novela “L. U.” por su calidad y mérito literario.” Y más adelante: “El accésit a J. A., y el segundo accésit, formado con la segregación de las tres mil pesetas del premio, a C. G.” Esta acta está firmada por los tres señores del jurado. De modo que “el único P. M.” me lo he llevado yo, incluso con el voto de M. Por otra parte, el M. de E. N. dice que la disminución por el Jurado de la cantidad señalada al premio no quita ni un adarme del valor y significación de ésta. ¿Por qué, pues, el periódico I. inventaba dos premios más y hablaba de premios nacionales de Literatura cuando no había habido más que un premio y dos accésits? Por la sencilla razón de no querer decir que el premiado con el único premio había sido yo. M. intentó en un principio dejar fuera de concurso mi novela, sosteniendo que no era de humor... Y como no lo consiguiese, intentó dividir el galardón en tres premios, elevando los accésits a “la categoría de presión”, cosa que tampoco alcanzó. A la hora de extender el acta, el Presidente del Jurado, profesor de Literatura de la Central, señor E., tuvo buen cuidado de que la redacción fuera clara y sin confusión. Un único premio para J. A. Z. y dos accésits, el segundo de creación del Jurado. “Esto es para evitar lo que está sucediendo muchas veces, que haya accésit que luego se titulan indebidamente Premios Nacionales.” Subrayó J. E. M. había salido derrotado en su proposición en toda la línea, y entonces fué cuando desde I., expelió su rencor, elevando los dos accésits a la categoría de premios. Accésit viene de accederse, que significa acercarse y, según el último Diccionario de la Academia, es: “La recompensa inferior inmediata al premio de certámenes científicos, literarios o artísticos. ¿Por qué, pues, esta tozuda equiparación de conceptos de tonelaje dispar? Conociendo a M., a mí no me extraña ésto. La confusión ha sido siempre el arma de los fracasados. El fracaso suspira porque todos seamos iguales. Con fecha 2 de enero, yo envié una carta al Director de I. protestando de esta equiparación, indicándole que no había tales premios nacionales, sino un solo premio, que era el mío, y dos accésits, y que tuviese la bondad de rectificar. El Director se guardó la carta y nada dijo. Pero diecisiete días después, el 19 de enero, cuando ya el eco de la noticia se había apagado en los periódicos, salió con un suelto largo titulado: “Z protesta”, y con caja más baja: “Qué es el único premio nacional de literatura”. A continuación el periódico reproducía la carta enviada por mí a su Director, y añadía en cursiva: “Debidamente informados (yo completo por el señor M.) podemos decir cómo se discernió el Premio Nacional de Literatura de 1948. De las tres novelas destacadas, dos miembros del Jurado mantenían que la novela de Z. no respondía a la condición de humorista que exigían las bases, y que, por lo tanto, no debía perjudicar a las otras dos. Tras intercambios de puntos de vista, se decidió restar tres mil pesetas del premio de diez mil para premiar con ellas a C., y se galardonó a los tres escritores de la siguiente manera: J. A. Z., siete mil pesetas; J. A., tres mil; C., tres mil... Y en este sentido se redactó el acta. Los tres, pues, están premiados en el Concurso Nacional de Literatura; nosotros diferimos de Z. en creer que por llamarse “accésit”

son ya cosa muy distinta; apenas varían por una cuestión de conceptos." Primera. Es falso, y esto lo sabe M., que el acta se redactase así. El acta se redactó dando un premio único a la novela "L. U.", de Z., y dos accésits, que son recompensa inferior al premio, a los señores A. y C. Y. en cuanto a la maniaca tozudez de M. de no querer considerar a los accésits de condición inferior al premio y galardón distinto de él resulta ya divertido. Apañado estaría el Estado español si las aproximaciones a la Lotería fuesen iguales al premio gordo. Menudo lío se le armaría a la hora de pagar... Pero todo tiene su explicación. C. dijo en cierta ocasión que la envidia era catalana. ¿Por qué descartar las demás regiones españolas, verdad, M.? El año 1933 el tema del P. N. de L. era: Libro de poesía lírica: primer premio, seis mil pesetas; segundo premio, cuatro mil. Accésit primero, dos mil. Accésit segundo, dos mil. El Jurado estaba formado por don M. M., don D. A., y don G. D. M. fué a este concurso con un librito de versos titulado "R.". El resultado fué el siguiente: primer premio, a don V. A., por su libro "L. D. o el a". Segundo premio, a J. M. M., por su libro "M. de e". Accésit primero, L. C. Accésit segundo, M. A. Discernidos premios y accésit, vino el momento para los del Jurado de querer consolar a éste o el otro. Y es que la vida es una red de compromisos y los odios literarios son luego tremendos y eternos. A don M. M., presidente del Jurado, como buen andaluz y hombre generoso, se le ocurrió sacarse de debajo de la capa cuatro nuevos accésits de mil pesetas cada uno. "Pa que toos queen contentos..." Estos cuidados accésits nacían ya tarados. Eran unos accésits amarillos, escrofulosos y careados. Ninguno de ellos tenía la robustez y el salero del accésit de C., que andaba tiesito pisándole los talones al segundo premio. Ni la honradez un tantico triste del de A. Eran accésits avitaminados y tiñosos, pitañosos y enclenques. Apenas si podían sostenerse sobre la única muleta de sus mil pesetillas... Pues con uno de estos accésits de caridad de última hora... Que ni siquiera era una cercanía al premio, sino una cercanía a unas cercanías de otras cercanías a otra cercanía, del segundo premio que galardonado... La D. G. de B. A. (Sección 10, Concursos Nacionales) informa: Que sólo podrán ostentar el título de Premio Nacional en la portada de los libros galardonados aquel libro y autor que hubiese obtenido el premio, y que de ser dos o más los premios, se deberá aclarar si es primero, segundo, etc..., así como que los accésits deberá manifestarse su jerarquía. Cuando M. publicó "E. R." campeaba en su portada: P. N. de L. Desde los balbucesos del idioma, jamás se ha dado en la literatura española un caso de impudor y desvergüenza como el de este sujeto. Aquel accésit hospiciano y gangrenosillo se nombraba petulante: P. N. Después se lo ha seguido llamando en otros libros y en declaraciones a los periodistas (a J. D., en 1943). A río revuelto, ganancia de aventureros, y la literatura, como la vida, está llena de éstos... M. empezará a darse cuenta ahora de por qué el M. de E. N. establece esa escalonada jerarquía de premios y accésits... porque, claro es, no es lo mismo esa deliciosa birria poética de "R." que la de ... o el de A., uno de los más ori-

*ginales y poderosos poetas de la literatura española de todos los tiempos... Y ahora, el que quiera leer la novela... que pase.*

El premio otorgado a la novela referida, original del encartado señor Z., lo fué por el jurado correspondiente y en acuerdo que hizo constar en acta que dice así: "En Madrid, a 31 de diciembre de 1949, reunido el Jurado designado por el M. de E. N., para discernir el P. N. de L., correspondiente a aquel año, Jurado compuesto por D. J. E., como Presidente, a propuesta de los restantes miembros, y por D. A. M. y D. J. M. A., éste como Secretario, acuerdan por unanimidad, después de leer detenidamente los trece originales presentados y cambiar impresiones minuciosas acerca de los textos sometidos a su juicio y deliberación: Primero. Conceder el P. N. de L. a la novela L. U., original de D. J. A. Z., en virtud de calidades y méritos indiscutibles de las novelas D. B. a la C. de D. J. A., y El E. de las E., de D. M. C. G., que, por su carácter están plenamente dentro del tema, proponer a la Superioridad lo siguiente: Que el accésit se conceda a la novela de (D. J. A. C. D. B. a la C.), y que se amplíe a la del Sr. C. de G., para lo cual se solicita que los dos accésits—el existente y el propuesto—se vean retribuidos con igual recompensa, invocando el precedente de concursos anteriores en los cuales se siguió criterio análogo al que vamos a proponer y que es éste: Segregar de las 10.000 pesetas asignadas al P. N., 3.000 que se apliquen como asignación al accésit propuesto por el Jurado. El Presidente, J. E. Rubricado, El Vocal Secretario, J. M. A. Rubricado. El Vocal, A. M. El Concurso Nacional de L. de 1933 fué resuelto por fallo del Jurado designado que se contiene en el Concurso N. de L. del año actual (Poesía Lírica), compuesto por D. M. M., Presidente, y los Vocales D. G. D. y D. D. A., con la encargada de los cursos nacionales en ausencia del Secretario D. J. L. R., D. C. G., después de leer atentamente los setenta y nueve trabajos presentados al concurso, entre los cuales, además de los ocho que más abajo se citan, figuran otros muy estimables que le hacen lamentar no poder disponer de más elementos para adjudicarles alguna recompensa, acuerdan por unanimidad proponer a la superioridad lo siguiente: Que el primer premio de este concurso, dotado con 6.000 pesetas, se adjudique al trabajo que lleva el número 36, lema "M. de la S." Que el segundo premio, dotado con 3.000 pesetas, se conceda al trabajo número 56, que lleva por lema "P."—Segundo. Asimismo proponer al Jurado que las 8.000 pesetas transferidas del tema segundo de este primer concurso de L. (ensayo sobre crítica desde el R. a nuestros días) se concedan, en concepto de recompensa parcial, 2.000 pesetas al trabajo número 31, que lleva por lema "M."; 2.000 pesetas al número 61, que lleva por lema "S.", y 1.000 pesetas a cada uno de los números 51, 66, 59 y 58, que llevan por lemas, respectivamente, "A.", "R.", "E.", "q. m. d. r. m. s.", "M. C." y "G.". Abiertas las plicas correspondientes resultaron autores de los trabajos los señores siguientes: Del número 36, D. V. A.; del número 56, D. J. M. M.; del número 31, D. L. C.; del número 61, D. M. A.; del número 51, D. A. M.; del número 68, D. A. del V. R.; del número 59, D. J. J. A. M. R.; del número 58, D. B. A. T.

Y para que conste firmo el acta presente en Madrid, a 14 de diciembre de 1933. M. M., rubricado; G. D., rubricado; D. A. G. G., rubricado.

## II. Sentencia del Tribunal "a quo"

La decisión del Tribunal de instancia estimó que los hechos anteriormente expuestos no eran inscribibles en ningún tipo delictivo, y, en consecuencia, absolvió al procesado tanto del supuesto delito de *calumnia* como del de *injuria*, declarando las costas de oficio.

## III. Impugnación por la parte recurrente

De frente a la mentada sentencia, el querellante recurrió al amparo de los pertinentes artículos de la Ley Rituaria Criminal, alegando como "motivos de casación" los siguientes: a) Por *quebrantamiento de forma*: único, ya que se infringió "el artículo 142, regla 2.ª de la Ley del Proceso Penal e inobservancia del punto quinto de la Orden del Ministerio de Justicia de 5 de abril de 1932, por cuanto en la sentencia recurrida, como antecedente de los hechos, limitase la Sala sentenciadora a la transcripción literal del escrito objeto del cuerpo del delito, y de dos actas de unos jurados de concursos literarios, sin haber extraído de estas escuetas, formales transcripciones, ninguna consecuencia que fije y determine propósitos, intención, circunstancias que generaron el delito una vez terminantemente definidas las de las personas, activa y pasiva, del mismo; que de los antecedentes, de la ocasión, de las circunstancias del ofendido pudo y debió declararse en los Resultandos de la Sentencia que el actor resultaba probado ser persona de dignidad y altas prendas en la consideración pública, por cuanto si no fuera un escritor de rango y persona de excelentes cualidades morales, no habría sido designado Vocal de un Jurado Nacional para discernir qué obra literaria de todas las producidas en España, a lo largo de un año, mereciera el supremo galardón: el P. N. de L., y que el ofendido, como jurado del C. N. de 1948, no realizó, como tal, acto ni gestión alguna en la que no participasen unánimes los demás jurados, estando conformes en mermar la cuantía metálica del P. N. de L., por lo que propusieron a la Superioridad que se redujera a 7.000 pesetas, que el encausado vertió sobre el nombre y la fama del ofendido las palabras de la calumnia y de la injuria con ocasión de haberse producido el dictamen de un jurado literario del que formaba parte D. A. M., pero cuyos acuerdos fueron tomados por unanimidad, y que las calumnias e injurias se produjeron contra éste con ocasión de ejercer funciones públicas por delegación, representación o designación directa y personalísima del Gobierno de España, sobre el que, naturalmente, revertirían las ofensas de hacerse representar por "un sinvergüenza", por un impúdico", por un "aventurero", nada menos que en funciones tan altas como de enjuiciar toda la obra literaria del país y elegir de entre todas las obras producidas en 1948 una

sola como la mejor, la más descollante, la merecedora del P. N. de L., y que en las causas por injuria no es la vida, es la honra, el crédito, la buena fama de un hombre lo que se mata, y hay que consignar en los hechos de la sentencia, expresa y terminantemente, las circunstancias de esa honra, de ese crédito, de esa buena fama, objetos del delito e ignorarlos en la sentencia, es un modo de afirmar que aquellos objetos no existen, y si no existen hay que absolver al acusado de dañarlo; la omisión, por tanto, en la sentencia recurrida, de las circunstancias de la persona pasiva del delito, es una omisión esencial, tan esencial que, borrando, como se borra, el objeto del delito se borra el delincuente, y que la falta de procedimiento ha impedido que en la sentencia exista declaración expresa y terminante de hechos probados y que se pueda indicar sobre qué hechos ciertos descansa el fallo absolutorio que contiene".

b) *Por infracción de Ley.* Primero: infracción por violación de los artículos 453 y 454 del Código Penal en relación con el número 1 del artículo 529 del mismo Código, equivocadamente interpretada bajo la alegación de que la calumniosa imputación de la causa es ésta: "cuando M. publicó R. campeaba en su portada "P. N. de L."; desde los balbuceos del idioma jamás se ha dado en la literatura española un caso de impudor y desvergüenza como el de este sujeto. Aquel accésit hospiciano y gangrenosillo se nombraba petulantemente "P. N.", etc., etc., a río revuelto ganancia de aventureros". Es decir, que el encartado hizo al recurrente la imputación falsa del hecho concreto, preciso y determinado de hacer camppear en la portada de su libro R. este cartel: "P. N. de L.", sin que tal obra hubiese merecido estuviese dotada de este singular galardón, que el ofendido acompañó al escrito de querrela, elevado al Juzgado de Instrucción, un ejemplar de su libro R, en cuya portada no campea aquel cartel. ¿Es que de haber existido efectivamente en la portada del libro R. el cartel de la imputación calumniosa no habría perpetrado el recurrente el delito de estafa del artículo 529, número 1.º, del Código Penal, perseguible de oficio? Si lo que caracteriza el delito de estafa es el engaño, éste culminaría en atribuir a la obra R. una cualidad de la que carecía; si lo que caracteriza la estafa es la obtención de un lucro ilegítimo, mediante el concurso decisivo de una engañosa seducción, tal lucro se obtendría excitando a las gentes a adquirir, previo el pago de su precio, una obra literaria que si resultaba apetecible para algunos por la obra misma, sería apetecida extraordinariamente por muchas personas más, por todas aquellas personas que determinadamente ansían leer y poseer no este o aquel libro de actualidad, sino concreta y precisamente el que haya merecido el "P. N. de L.". De haber sido incierta la falsa imputación que el difamador estampó contra el recurrente, éste habría estafado a cuantas personas, atraídas por el engaño, hubieran adquirido el libro.—Segundo. *Infracción por violación* de los artículos 457 y 458, núms. 2.º, 3.º y 4.º, 459 y 463 del Código penal vigente, ya que lo que se persigue como injurias graves, hechas por escrito y con publicidad, es deshonor, descrédito y menosprecio de la persona del D. A. M.; injurias graves que por su naturaleza, ocasión y circunstancias, son teni-

das en el concepto público por afrentosas; injurias que racionalmente merecen la calificación de graves, atendidos al estado, la dignidad y las circunstancias del ofendido y del ofensor, son aquellas palabras y conceptos que expresa, o sea, las que afirman que el recurrente, no el litigante, sino el sujeto, la persona, el hombre “desde los balbuceos del idioma constituye un caso de impudicia y desvergüenza como jamás se ha dado en la literatura española”, y que la significación de la acepción gramatical, la interpretación culta y común de las palabras objeto de la querrela, de la instrucción, del juicio de la sentencia y del recurso tenía el Tribunal *a quo* que afrontar el examen y calificación de las mismas comprensivas de las injurias graves y fijar, por su significación, tanto académica y culta cuanto vulgar y usual, su eficacia en orden a ocasionar deshonra, descrédito y menosprecio de la persona contra la que se vertieron, y a este fin traslado el ambiente, la mentalidad, los sujetos, la ocasión, la forma, las relaciones de esta causa, el año 1726 echó mano de un informe referido al Diccionario de Autoridades de la Real Academia de la Lengua y declaró que “desvergüenza, tanto vale como desconocimiento, atrevimiento, inmodestia, libertad excesiva, falta de respeto, descaro, insolencia, duros términos injuriosos, que son en el caso de autos, una faceta de las agriadas relaciones literarias por reales o supuestos agravios existentes entre actor y encartado, pero que no pueden en este proceso, en que han de enjuiciarse en atención a las circunstancias expuestas, llegar a constituir la grave figura del delito de injurias calificado”; y consignemos previamente que entre actor y encartado no existieron jamás agriadas relaciones literarias, reales o supuestas; no hay en autos ni en el mundo un solo testimonio de que el señor M. agraviase al señor Z., por lo tanto, enjuiciar a base de las circunstancias expuestas unas relaciones agriadas, sin que estas relaciones agriadas hayan existido, ni que esas circunstancias se hayan hecho constar, es puro arbitrio dialéctico inadmisibile; y además, las injurias proferidas contra el recurrente, no lo han sido intencionadamente para surtir efectos en la conciencia social de hace dos siglos, sino para deshonorar, desacreditar y menospreciar a un hombre de hoy ante sus contemporáneos, amigos, compañeros, masa de sus lectores y opinión pública en general, ¿van a acudir todos los ciudadanos de este tiempo, sabedores de las palabras injuriosas a valorarlas cabalmente mediante la consulta de un diccionario que data de 1726 y que además de su vejez inoperante es imperfecto e incompleto? Siendo lo racional, lo pertinente, que el Tribunal hubiere consultado la última edición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, que es la que lógicamente manejamos los hombres de este tiempo, que es la que con más moderna ciencia y expresión “limpia, fija y da esplendor” al lenguaje, y la décimosexta edición del indicado Diccionario—año 1939—define la palabra “desvergüenza” así: descarada ostentación de faltas y vicios. Dicho o hecho impúdico y, naturalmente, en su primera acepción: falta de vergüenza.

c) *Infracción por violación* de los artículos 19, 101, núm. 3.º, y 104 del Código penal vigente, así como el 109 del mismo Código, en cuanto a las

estas procesales, ya que estimando el recurrente que la responsabilidad criminal existe, que los daños morales y materiales engendrados por los delitos perpetrados ocasionaron perjuicio que la sentencia recurrida incrementó al añadir a los específica y directamente derivados de los delitos mismos, los cuantiosos gastos consiguientes al sostenimiento de estas altas y costas instancias judiciales, y aunque se ve compelida la víctima para obtenerla con digna reparación, es por lo que, una vez fundamentados los motivos del recurso de casación en cuanto a fijar la existencia de los delitos, fundamenta asimismo el motivo pertinente a la determinación de la responsabilidad civil del delincuente, y a la legitimidad de que por éste se paguen a la víctima las indemnizaciones que procedan por daños y perjuicios materiales y morales, invocando el artículo 1.902 del Código civil y la Jurisprudencia de este Tribunal, en punto a demandar la indemnización de 500.000 pesetas a don A. Z. para que se las pague al recurrente, por los daños materiales que aquél le causó a éste, por acción en que intervino culpa. Por otrosí, hizo la manifestación de no conceptuar necesaria la celebración de vista."

El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso y estuvo de acuerdo con la parte recurrente en cuanto a la no celebración de vista e impugnando el de quebrantamiento de forma y haciendo las oportunas alegaciones en lo referente a los otros motivos de casación.

#### IV. Exposición y comentario de la mentada sentencia

No cabe duda que la actual sentencia revista particular interés penal, independiente de que con ella se haya sellado una contienda intelectual, de bien distinto linaje. La razón de su curiosidad penalista radica, en buena parte, en que dota de relevancia jurídicopenal a frases y expresiones literarias, que en mayor o menor medida venían hasta ahora amparadas en una especie de patente de corso, con que en ocasiones pudiera revestirse la crítica literaria. En un ámbito en que el alimento y cifra de su vida proviene de una rigurosa actitud discriminadora de la propia y extraña creación, excusado es decir que la mayoría de las veces habrán de deslizarse vocablos que en otro terreno pecarían de injuriosos, en tanto que en el recinto literario circulan sin grave quebranto de conciencia.

La decisión de la Sala Segunda del T. S. puntualiza extremos de marcada importancia, tanto en orden a las acepciones gramaticales cuanto a la actitud del sujeto que las profiere en referencia con el tipo delictivo en cuestión. Pero sería conveniente, antes de penetrar en el análisis sistematizado de los razonamientos decisionales, resumir los alegatos de la parte recurrente para, al menos, comparar hasta qué punto ha acogido las argumentaciones penales empleadas en la correspondiente pretensión punitiva. Y éstas se dejan ordenar del modo siguiente:

1.º Quebrantamiento de forma, a causa de no haber deducido de la simple transcripción de los escritos los propósitos que animaban a aqué-

llos. 2.º Infracción de los artículos *cuatrocientos cincuenta y tres y cuatrocientos cincuenta y cuatro*, ambos del texto punitivo vigente, en relación con el número *uno* del artículo *quinientos veintinueve* del mismo Código. En los dos primeros artículos se define el delito de *calumnia*, propagado por escrito y con publicidad, y en el tercero una especie de *estafa* (1). 3.º Igualmente se argumenta por violación de los artículos *cuatrocientos cincuenta y siete y cuatrocientos cincuenta y ocho, números dos, tres y cuatro; cuatrocientos cincuenta y nueve y cuatrocientos sesenta y tres* (2), todos del Código penal en vigor, y concernientes a las *injurias*. 4.º Infracción de preceptos relativos a la responsabilidad civil y costas, tales como los artículos *diecinueve, ciento uno, número tres, y ciento cuatro* (3).

En cuanto al quebrantamiento de forma, fundamentado en el número primero del artículo *ochocientos cincuenta y uno* (4), llamado por los

(1) Art. 453.—Es calumnia la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio.

Art. 454.—La calumnia propagada por escrito y con publicidad se castigará con las penas de prisión menor y multa de 1.000 a 10.000 pesetas.

Art. 529.—Incurrirá en las penas del artículo anterior: 1.º El que defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o cualidades supuestas, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociaciones imaginarias o valiéndose de cualquier otro engaño semejante que no sea de los expresados en los casos siguientes.

(2) Art. 457.—Es injuria toda expresión proferida, o acción ejecutada, en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona.

Art. 458.—Son injurias graves: 2.º La de un vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias pueden perjudicar considerablemente la fama, crédito o interés del agraviado.

3.º Las injurias que por su naturaleza, ocasión o circunstancias fueren tenidas en el concepto público por afrentosas.

4.º Las que racionalmente merezcan la calificación de graves, atendiendo el estado, dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor.

Art. 459.—Las injurias graves, hechas por escrito y con publicidad, serán castigadas con la pena de arresto mayor o destierro, y en todo caso, con la multa de 1.000 a 10.000 pesetas.

No concurriendo aquellas circunstancias, se castigarán con las penas de destierro y multa de 1.000 a 5.000 pesetas.

Art. 463.—La calumnia y la injuria se reputarán hechas por escrito, y con publicidad cuando se propagaren por medio de papeles impresos, litografiados o grabados, por carteles o pasquines fijados en los sitios públicos, o por papeles manuscritos comunicados a más de diez personas.

Se equiparan a las del párrafo anterior la calumnia y la injuria emitidas ante un concurso de personas, o por discursos o gritos en reuniones públicas o por radiodifusión o en circunstancias o por medios análogos.

(3) Art. 19.—Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente.

Art. 101.—La responsabilidad establecida en el Capítulo II, Título II de este Libro, comprende: 3.º La indemnización de perjuicios.

Art. 104.—La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado por razón del delito, a su familia o a un tercero.

Los Tribunales regularán el importe de esta indemnización en los mismos términos prevenidos para la reparación del daño en el artículo precedente.

(4) Art. 851.—Podrá también interponer el recurso de casación por la misma causa:

1.º Cuando en la sentencia no se exprese clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideren probados, o resulte manifiesta contradicción entre ellos, o

procesalistas de "incorrecta consignación de los hechos" (5), el primero de los "considerandos" provee en la forma siguiente... "puesto que no se ofrecen ni se denuncian siquiera algunos o, cuando menos, alguno de los defectos que pudieran revestir las sentencias, a que de manera específica señala fuerza de nulidad el número primero del artículo 851 de la ley procesal—fundamento del motivo único por quebrantamiento de forma—, queda de manifiesto la improcedencia del recurso de esa clase, con tanta más razón cuanto que la cualidad de jurado que ostentase el actor en el último de tales certámenes se desprende ya del acta respectiva, y no puede obligarse a la Sala sentenciadora a que aprecie otros merecimientos literarios o hechos distintos, sin la que tache de errónea una omisión indisculpable para los fines de fallar la causa con las mayores garantías de acierto".

En el segundo de los "considerandos" la Sala del T. S. sale al paso, con justo argumento, del supuesto montaje de la calumnia en el delito de estafa, ya que si bien es conocido el parentesco subjetivo de la calumnia con la injuria, en la primera se exige como requisito condicionante del *animus* que éste se cifre y concrete en un delito de los que da lugar a procedimiento de oficio. Y a este respecto recuérdese que la parte recurrente alegó la existencia de las maquinaciones engañosas, uno de los elementos configurantes de la estafa, sin que pudiera en su argumentación matizar la cuantía del daño patrimonial inferido, con lo que la tesis sentada en el "considerando" que vamos a transcribir descarta la posibilidad de la susodicha provincia punitiva, en razón a la atipicidad del escrito del procesado, ya que determinando cuantitativamente el artículo 528 las sanciones y variedad conforme al interés lesionado, en el caso actual resulta, por supuesto, indeterminable, o cuando menos, no se ha comprobado un extremo de esta clase. Así, pudiera decirse que la decisión judicial se atiene a la tesis de naturaleza económica del daño producido (6), con lo que dicho se está que es insubsumible en la calumnia por carencia de un concreto tipo delictivo de los perseguibles de oficio.

Y así razona el alto Tribunal de Justicia: "Que con invocación del artículo 453 del Código penal, definidor del delito de calumnia como la falsa imputación de acciones delictivas perseguibles de oficio, construye el recurso su tesis acusatoria en este punto, sobre la base de que al sostener el prólogo cuestionado usurpó el actor la cualidad de P. N. de L., cual si se le otorgase a cierta obra suya en vez de la simple accésit, único galardón obtenido en el oportuno concurso, equivalió a imputarle la comisión de un delito de estafa, pues hubo de valerse de tal engaño para defraudar los intereses de las personas adquirentes del libro, cuyo

---

se consignen como hechos probados, conceptúa que, por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo.

(5) V. M. FENEBICH: *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Ed. Labor, Barcelona, 1952, páginas 492-498.

(6) V. J. GRAVEN: *L'escroquerie en droit penal suisse*. Basel, 1947, págs. 6, 43 y siguientes; R. HIRSCHBERG: *Der Vermögensbegriff im Strafrecht*. Springer, Berlín, 1934, páginas 6 y sigs. Igualmente 285 y sigs.; K. BINDING: *Lehrbuch des G. D. Strafrechts*. Bes. Teil. Leipzig, 1896, págs. 120 y sigs.

mérito resultaba así inferior del que se aparentaba tener, pero la falsía jurídica del argumento se descubre con sólo advertir que aunque el hecho que designase fuere incierto, extremo esencialísimo que no se declaró, y supuesto de igual manera que el procesado achacara la mutación de la verdad a un torpe afán de perseguir lucros ilícitos, más que el vanidoso alarde de triunfos ilusorios que es lo que fustiga tan acerbamente, siempre precisaría se produjeran verdaderos fraudes patrimoniales o, por lo menos, la posibilidad de realizarlos traducibles a dinero, requisito para el encuadramiento del caso en cualquiera de los números del artículo 528 del propio Código que forman escala cuantitativa de infracciones y penas, ya que sin el mismo no sería factible sancionar la hipotética estafa, y escaparía de la esfera de la delincuencia, según el artículo primero, comprensivo del concepto genérico de los delitos, en cuanto exige se trate de actos penados de manera expresa."

Como se ve, el fallo pondera el libre juego de las actitudes psíquicas de la persona, de un lado, predominio en aquéllas del afán puramente vanidoso literario; de otra parte, que el deseo de lucro está postergado a segundo plano, y, en consecuencia, el ingrediente subjetivo del tipo de la estafa queda diluido ante el simple alarde de triunfo. Sólo cabe pensar hasta qué punto aquel propósito de ostentación y de apariencia de victorias literarias no alcanzadas en el riguroso sentido de la palabra no enmascara un anhelo de conseguir un mayor número de venta de ejemplares, ya que propaganda de obras literarias a base de premios figurados repercute favorablemente en la venta, pues predispone al supuesto lector a adquirirlo. Ahora bien, por cima de esta disquisición en torno al auténtico cuadro motivante de colocar el autorizado título de P. N. de L., mejor todavía, de la finalidad perseguida al ostentar un título literario que no le correspondía con vista al halago literario o a la busca de la más fácil venta, aparecen otras circunstancias coadyuvantes en el esclarecimiento de la postura psíquica del sujeto, tales como, por ejemplo, la producción literaria, el nombre y prestigio, etc., etc., y en este caso concreto no cabe duda alguna que dada la categoría intelectual del recurrente, no puede pensarse que obrara impulsado por ánimo de lucro, sino antes bien, como acepta la decisión judicial, por el afán de simple ostentación literaria y, en consecuencia, queda radiado el requisito subjetivo de la supuesta estafa, simbolizado en el ánimo de lucro, traducible en un perjuicio patrimonial logrado o intentado conforme al doble criterio de medición del resultado en la estafa.

De modo que más que acudir a la inexistencia del requisito del fraude patrimonial logrado o a la mera posibilidad de realización traducible en dinero, creemos que el tipo delictivo de la estafa cae por su base en consideración a una valoración de la postura psíquica del individuo, pues el engaño no está montado con el objetivo de alcanzar una defraudación y la conexión entre ambos se quiebra, ya que prepondera, sobre todo, un deseo de exhibir un galardón literario, sin mezcla de aquellos componentes que esmaltan el mundo psíquico de la conducta del estafador.

En el tercero de los "considerandos" el fallo acentúa aún más la

trayectoria expuesta en el anterior, al decirnos textualmente "que la doctrina expuesta obliga a rechazar el motivo primero de infracción de ley, por inexistencia en los hechos atribuidos al autor de las características de un posible delito de estafa generadora, a su vez, de calumnia, y para convencerse aún más de que ello es así, bastará tener en cuenta que sin el absurdo de equiparar las producciones literarias a otra clase de objetos o mercancías de precio real calculable en el mercado, se presenta el impedimento de concebir el valor económico de un libro de poesías según poseyere Premio Nacional en sentido estricto o sólo un simple accésit, único medio comparativo capaz de determinar si su venta con aquel título honorífico fingido perjudicó—y en qué medida—el patrimonio de los compradores, mucho más cuando premiada o dejada de premiar la obra, su precio en librería comprende los gastos de la edición, la utilidad comercial de libreros y editores y el justo pago del esfuerzo intelectual de quienes la escribieron, no sujeto a tasas preestablecidas de tipo obligatorio, todo lo que representa un conjunto de bienes físicos y espirituales que el adquirente recibe siempre a cambio de su dinero, con independencia de las declaraciones críticas que acerca de los merecimientos intrínsecos de la obra rodeasen la publicación, discordes frecuentemente con el criterio subjetivo o gustos personalísimos de cada lector."

De nuevo refuerza la línea de la defraudación, valorable en cantidad tangible, al modo como vino sosteniendo una parte de la dirección jurisprudencial (SS. 3 febr. 1879, 1 dic. 1933 y otras más), apoyándose para ello en el supuesto de la penalidad, que dicho sea en verdad, ni en éste ni en cualquier otro tipo penal debe constituir el plano de referencia en orden a la formación de la figura delictiva, entre otras razones de carácter lógico y sustancial, valgan, por ejemplo, que la sanción es la *consecuencia* directa e inmediata de la realización de un concepto completo, que diría H. Mayer (7), que no es otro sino el delito. En segundo lugar, que el proceso de elaboración y la contextura técnica y dogmática de "delito" y "pena" no guardan parentesco alguno y, en consecuencia, mal que pese, sería incorrecto aducir fundamentos de la penalidad en punto a la comprobación o no de la perpetración de un ente penal, cuando de lo que se trata, en verdad, es de cerciorarse si la persona enjuiciable ha conjugado con su hacer u omitir una figura delictiva, compuesta de ciertos elementos objetivos y subjetivos, los cuales habrán de ser abarcados en el comportamiento de una persona concreta y determinada.

La apelación al argumento de la penalidad se sobreentiende, sin demasiado esfuerzo, en atención a una idea civilística de la *propiedad*, que no guarda semejanza con la contemplación penal (8), así como nos delata la explicación el examen histórico de estos delitos, aspectos que no es la ocasión de examinar en este breve comentario.

Esta falta de precisión del daño patrimonial, valorable en dinero,

(7) V. H. MAYER: *Das Strafrecht des deutschen Volkes*. 1936. Enke Stuttgart. páginas 73 y sigs.

(8) Véanse las obras citadas en la nota 6, así como la de A. DE MARSICO: *Delitti contro il patrimonio*. Ristampa. Jovene Napoli, 1951, págs. 4 y sigs.

resulta de difícil determinación en el caso de autos, si recordamos de pronto que se polemiza sobre una posibilidad tan sumamente aleatoria, cual la que consiste en saber si se venderían más o menos ejemplares de un libro de poesías por el hecho de figurar estampado en la sobrecubierta o en la fajilla el pomposo título de Premio Nacional. Incluso si se contestara por la afirmativa, siempre pende otro elemento, de mucha más difícil estimación, cuando sucede, como pasa aquí, que nos hallamos con un producto—valga el vocábulo—intelectual, que aparte del precio con que se lanza al mercado del libre, contiene otros valores inherentes al esfuerzo de creación, que siempre son de suyo inaprensibles. Y en este sentido, el razonamiento de este “considerando” es correcto, ya que rompe una lanza en pro de los fueros de la creación literaria, que, por mucho que se diga, siempre resulta desasistida económicamente.

Y ahora vayamos lisa y escuetamente al núcleo del problema en debate, tanto fáctica como penalmente, puesto que descartado el supuesto de unas figuras delictivas, de calumnia y de estafa, sólo queda en pie lo que propiamente forma la espina dorsal de la querrela, que no es otra sino las frases estampadas en el prólogo de la novela “L. U.”. Y aquí es necesario traer a colación para una justa valoración del elemento subjetivo, vértebra de la injuria, el valor y alcance concedido a la crítica literaria, puesto que según sea mayor o menor, las frases en cuestión son inscribibles o no en el tipo penal correspondiente. Pero antes convendría iluminar el alegato con algunas viejas y siempre nuevas reflexiones acerca del llamado elemento intencional, tal como se denominó en la escuela clásica. Nos referimos, claro está, al *animus injuriandi*.

Conocidas las dos perspectivas en que se fragmenta el precepto del artículo *cuatrocientos cincuenta y siete*, que no son otras sino una *objetiva* y *material*, consistente en el hecho de proferir una expresión o de realizar una acción; *otra*, que tanto las expresiones cuanto las acciones tiendan a una determinada *finalidad*, esto es, de deshonrar, desacreditar o menospreciar a una persona con lo que salta a la vista un elemento *subjetivo*, que, dicho sea de paso, es acaso el que da vida y pensamiento al delito de injurias. Las expresiones, escritos, acciones carcerían de relieve jurídicopenal si no van embutidas en una especial actitud psíquica de la persona, es decir, si con aquellas exteriorizaciones no nos descubre, dadas las circunstancias concurrentes del “hecho” y de la “persona”, un especial estado de ánimo, radicante en el propósito de desprecio contra una persona, en sentido lato. “De este modo, el *animus injuriandi* es reconocido como principalísimo para constituir la esencia de hecho de este maleficio, que consiste totalmente en la comunicación de una idea” (9).

Ahora bien; la índole de los vocablos y palabras empleadas, de apariencia injuriosa, pueden tener una explicación exculpadora, en cuanto sea uno de los *animus* que desaloje de suyo la supuesta finalidad injuriosa. Y de todos es bien sabido con la suma largueza con que fué y han

(9) V. F. CARRARA: *Programa*. P. Esp. Vol. III. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1946, página. 65.

sido empleados para buscar una absolución o justificar la pretendida actitud injuriosa de las frases o vocablos utilizados. Así, por ejemplo, y por lo que se refiere concretamente al hecho en cuestión, no cabe duda alguna que las frases estampadas en el prólogo de la susodicha novela pretenden buscar amparo, de una parte, en la *realidad* de la imputación que se le dirige, puesto que demuestra que no era estrictamente Premio Nacional; pero, de otro lado, la forma en que viene expresado tal aserto, los términos empleados, el seleccionado cuidado en la elección de adjetivos, en suma, la *intencionalidad* con que se redactan tales párrafos evidencia que se traspasaron los amplios límites en que se desenvuelve el llamado *animus* de criticar, máxime en un recinto de tanta libertad cuanto es el de la llamada crítica literaria. Además, en cierto modo, la narración contenida en el prólogo no encaja dentro de la ortodoxia de la crítica, ya que sin venir a cuento el autor enfila un reproche personal y concreto contra otro autor, sirviéndose de unos cáusticos vocablos y revestidos de franco aspecto injurioso. Veamos cómo argumenta el último de los Considerandos. Dice así: "Que la frase referida al querellante desde los balbuceos del idioma, jamás se ha dado en la Literatura española un caso de impudor y desvergüenza como el de este sujeto", junto con el tono de franca animosidad y áspero desprecio hacia la misma persona que domina en el prólogo de la novela "L. U.", cuya actitud traspasa abiertamente el límite del respeto mínimo que merecen los demás, constituye el delito de injurias graves por escrito y con publicidad, previsto en los artículos 457, número 3 del 458 y 459 del Código penal, porque las palabras "desvergüenza", "impudor", enlazadas entre sí, aunque tengan acepciones menos duras cuales las que asigna a la primera algún Diccionario antiguo, se entienden hoy sinónimas de cinismo y de carencia de pundonor, recato y propia estimación, lo que las hace afrentosas en el concepto público, adonde trascendieron, dada la circunstancia de consignarse dentro de un texto impreso destinado al conocimiento de las gentes, y no se puede olvidar que ni se está en el caso de dirimir controversias lingüísticas donde amantes de la Filología discuten el valor más puro de cierto vocablo, ni de ponderar el efecto difamatorio probable de aquella frase, en el supuesto de ser los receptores especialmente versados en cuestiones idiomáticas o en equivalencias más o menos arcaicas de nuestro lenguaje, sino del análisis de conceptos gramaticales que se lanzan a la difusión en época actual con ánimo de desacreditar la fama ajena a través de la masa anónima de lectores de un libro, quienes si, a ellos afectase sentirían, sin duda, el escozor de la ofensa, aunque ahora para fines defensivos pretenda atenuarse su intensidad con la disculpa de que se trata sólo de una censura, siquiera violenta, de ciertas actividades literarias, mal separables del sujeto que las ejerció."

Basta con la simple transcripción del anterior Considerando para llegar a la conclusión que no cabe inscribir en ninguno de los varios *animus* excluyentes del tipo las frases condenatorias que dirige contra el recurrente, puesto que no las libera de su tipicidad en las injurias la intención con que están escritas, ya que no es ésta la forma adecuada

para delatar una falsa atribución de premios. Y a pesar de que en casos de este orden se debe proceder con suma cautela, al modo como nos indicaba el gran CARRARA, "rigor en encontrar el elemento material; benignidad en valorar el elemento intencional; he ahí la fórmula en la que se resume toda la doctrina de la injuria con respecto a sus criterios esenciales" (10), no es posible buscar ningún argumento que apoye una narración en forma tan cruda, pues con razón la decisión judicial destaca en sendas ocasiones "el tono de franca animosidad y áspero desprecio hacia la misma persona" y también el "ánimo de desacreditar la fama ajena", que salta por cima de la censura, siquiera sea realizada con aire violento, que es, según reza el Considerando, en donde quiere apoyarse la defensa.

Si se recuerda la relación circunstanciada, en la que se trae a colación la noticia publicada en un diario madrileño, la rectificación hecha por el recurrido, las peripecias de la concesión del accésit, se vendrá a caer en la cuenta que en el fondo se trata de una cuestión agriada por referencias personales que ha sido finiquitada por parte del procesado con las frases que dan lugar al ejercicio de la querrela, y posterior condena. Ni el ánimo de *narrar*, ni el de *criticar*, ni tampoco el de *aconsejar* pueden amparar estos vocablos, en los que resulta fácil dar en seguida con el *animus* exigido por el artículo 457 del Código penal, con lo que el T. S. reitera la doctrina sentada en otros fallos de que las frases vayan dirigidas contra determinadas personas, que se descubre un propósito de desacreditar medios adecuados para ello, resultando, en consecuencia, aquel dolo especial del que ya se hablaba de antiguo, consistente en que el autor *sabe* que con estos vocablos se menosprecia a una persona, puesto que carece de consistencia cualquier argumento que intente dar un giro significativo distinto a las palabras empleadas, ya que basta y sobra con una exégesis vulgar y técnica para ver de cerca la peyorativa resonancia que entraña el uso de tales vocablos. De aquí que la sentencia nos diga que no es necesario enzarzarse en una polémica filológica, sino que es suficiente un análisis de conceptos gramaticales, para hacerse de la idea del carácter afrentoso que revisten. Añádase a ello, para completar el diseño criminológico de este ente punitivo, el medio de su propagación en un libro destinado al gran público, en prólogo a una novela premiada, la fama literaria del autor y del destinatario; todo en fin, configura, tal como ha inferido la sentencia actual, los ingredientes subjetivos que dan vida y color a esta figura de injurias.

Respecto al último de los "motivos" el Tribunal lo descarta, ya que sobre este extremo recayó un pronunciamiento absolutorio, condenando por unas injurias graves hechas por escrito y con publicidad, de los artículos 457, número 3.º del 458 y 459, todos ellos del Código penal, y que por vía de indemnización de perjuicios se fije una "cantidad pru-

---

(10) V. F. CARRARA, obra cit., pág. 99.

dencial, suficiente a cubrir los morales y materiales que se calcula fueron causados, sin llegar al enriquecimiento del perjudicado”, cuya cantidad en la parte dispositiva se establece en veinticinco mil pesetas, y al pago de la mitad de las costas (11).

---

(11) Ha sido ponente el Excmo. Sr. Don Francisco Díaz Plá.

# REVISTA DE LIBROS



**BALLBE PALLISE (Faustino): «Función de la tipicidad en la dogmática del delito».**—Tesis para obtener el grado de Licenciado en Derecho.—México, 1951.—119 páginas.

Consta la presente tesis de los siguientes titulares: Justificación del tema. I. Los elementos del delito. II. El tipo. III. Tipo y norma. IV. La conjura contra la tipicidad. V. Análisis y síntesis. VI. El tipo, como fundamento de la unidad del acto: a) Contenido e individualidad del tipo. b) Concurrencia ideal y de leyes. c) Conexidad y concurrencia real. d) El concurso de delincuencia. VII. Tipismo inconsecuente: a) Causa y tipo. b) Tentativa y bien jurídico. c) Codelincuencia y causalidad. VIII. Más allá de Beling: a) Acto y acción. b) La culpabilidad. c) Ilegalidad y penalidad. d) La definición del delito. IX. Criminología y Derecho penal. X. Conclusiones. Bibliografía. Notas.

A través del capital cuestionario se examina el fenómeno social de la criminalidad, influido su conjunto por causas sociales y anomalías individuales, pero que en cada caso concreto aparece como fruto de la libertad individual. El crimen es un mal social, contra el cual hay que luchar con medios preventivos y correctivos. La prevención ataca las causas generales del delito; la represión no debe olvidar que los delincuentes son hombres. El Derecho penal, consecuente con los principios de libertad y responsabilidad, reflejará el estado actual de la criminología y traducirá la política criminal en preceptos imperativos debidos a motivos de índole moral, social y científico-experimental, culminando en la última fase de un proceso teórico, en la elaboración técnica de la ley penal. No hay por ello un derecho penal general independiente del lugar y del tiempo. Como ciencia, recibe su unidad de un elemento fundamental, que es la dogmática del delito, destinada a organizar toda la fenomenología delictuosa y resolver armónicamente todos los problemas que plantea. Hasta Beling, inspirador de las ideas de Ballbe Pallise, no se había conseguido construir una dogmática del delito que constituyera una unidad orgánica sobre la base de un elemento técnico, definiendo el delito como «un hecho típico imputable a personas humanas y conminado con una pena».

D. M.

**EDELSTON (H.): «THE EARLIEST STAGES OF DELINQUENCY» («Los primeros pasos hacia la delincuencia»).**—Londres y Edimburgo, E. & S. Livingstone, Ltd., 1952.—VII-200 páginas.

Mr. Edleston, psiquiatra y Director de la Clínica de Orientación Juvenil de Bradford, ofrece en este libro el fruto de quince años de trabajos dedicados a la infancia «descarriada». La obra responde tanto a la tendencia, modernamente registrada en todos los sectores científicos, consistente en concen-

trar la investigación sobre los primeros brotes del fenómeno objeto del estudio respectivo, como al propósito de hallar una solución entre los criterios antagónicos aducidos a propósito del tratamiento más adecuado para los delincuentes.

Recuerda el autor cuanto se ha escrito sobre la conducta ilícita y sus mejores antidotos; cómo la cuestión pasó del ámbito de la Ética y de la Pedagogía a la competencia de psicólogos y psiquiatras; lamentándose seguidamente de la reiterada propensión a dejarse sugestionar por las doctrinas más exacerbadas: las que precisamente y por desgracia no suelen ser más acertadas. Creyendo, en suma, que en la evolución de la delincuencia la fase juvenil es la que más esperanzas ofrece al investigador, así como que la Clínica de Orientación, con su técnica propia, la más alentadora oportunidad, concluye reconociendo en su «Prefacio» que la obra aporta los nuevos métodos psiquiátricos, sin perder de vista los valores éticos tradicionales, y confía en que siempre hay lugar para ambos sistemas cuando se trata de una investigación sincera y objetiva.

En la parte primera (de las tres en que el libro se halla dividido) expone Mr. Edelston cómo la legislación penal, aparte la sola ventaja de su concepción simplista del problema, adolece de ineptitud para responder a las complejas exigencias de la vida real; cómo hasta cierto punto es cierta la censura que Radzinowicz y Turner dirigen al criterio legalista clásico cuando achacan a éste haber convertido virtualmente en habituales a los delincuentes anormales, «dejando indefensa a la sociedad ante su criminalidad persistente» (*Mental Abnormality and Crime*, Cambridge Studies in Criminal Science, 1944).

Bien es verdad que, por lo que a Inglaterra atañe, la «Criminal Justice Act 1948», al atraer también la atención de los Tribunales hacia el ambiente familiar de los delincuentes jóvenes, así como al reconocer circunstancias que, sin constituir propiamente demencia, ejercen empero indiscutible influjo mental en la actitud delincuente, implica dicha Ley, en definitiva, una orientación nueva y «radical», que Mr. Edelston recoge y aprovecha para enfocar el curso sucesivo de su obra hacia la etiología del delito en los menores, etapa en la que, a tenor de William Healy, «todos los criminales consumados inician prácticamente su carrera» (*The Individual Delinquent*, 1915).

Y así como ya antiguos Tribunales ingleses y, sobre todo, la «Children's and Young persons Act 1933», también inglesa, trasladaron el centro de gravedad de la justicia penal desde el delito o la infracción a las circunstancias del infractor, del castigo a la rehabilitación; modernamente, merced a la Clínica de Orientación, puede avanzarse—cree el autor—eficazmente en la investigación de las condiciones personales más significativas al respecto que, si Carlos Goring descubría particularmente entre los quince y veinte años («The English Convict», 1913), C. Burt localizaba rotundamente en la primera infancia («The Young Delinquent», Univ. of London Press, 1925), antes, desde luego, de la primera manifestación «oficialmente» delictiva; poniendo en práctica un método muy similar al de la moderna Clínica de Orientación, y convencido en ello de que «la psicología del delincuente joven arrojará gran luz» no sólo sobre la conducta propiamente delictiva, sino también sobre «los cotidianos problemas de disciplina escolar y sobre el comportamiento del niño difícil».

Como respondiendo al llamamiento del propio Burt—«no tanto al hombre de

leyes como al psicólogo, al médico, al maestro y a los sociólogos prácticos—surge para nuestro autor la tan repetida Clínica de Orientación, cuya terapéutica se asemeja a la del médico con su paciente, con la diferencia de que en el delincuente «se da un problema con ramificaciones sociales mucho más extensas de las que puedan presentar habitualmente los enfermos. Trátase, en fin, de un tipo de paciente que requiere una técnica de tratamiento peculiar».

Esa técnica—cuya descripción emplea los capítulos 3.º y 4.º de la primera Parte—se inspira en un criterio analítico, que el autor cuida de distinguir del erróneo concepto que el vulgo atribuye al «psico-análisis», propio del punto de vista freudiano, y que, como una superación de este último, comprende las diversas formas de tratamiento psicológico que refieren dicho análisis al origen de los síntomas objeto del mismo; método a su vez opuesto a los más antiguos basados en la persuasión, reeducación o en los distintos matices de la sugestión.

Dotada la Clínica de Orientación, en su plantilla completa, de los servicios de un médico psiquiatra, de un psicólogo-pedagogo y de un experto en psiquiatría sociológica, ha de procurarse—según Edelston—que en tal género de instituciones se respire una atmósfera de simpática tolerancia y amparo, rehuviendo el deplorable espectáculo que suelen ofrecer las salas de espera en la consulta general de algunos hospitales y disponiéndose pacientemente a dedicar todo el tiempo preciso a las entrevistas (coloquios, no interrogatorios) preliminares, precavidos en todo caso ante la frecuente actitud de aquellos padres que se mantienen «a la defensiva» en las cuestiones concernientes a los problemas familiares, debiendo finalmente desvanecer en los menores todo posible prejuicio de temor o culpabilidad.

Así que un niño es remitido a una de tales instituciones, ha de disponerse del informe suministrado por la escuela o institución docente respectiva y relativo a la regularidad del alumno en la asistencia a sus clases, a su grado de aplicación, a su nivel intelectual, a sus dificultades en el trabajo o especialidad determinados; a sus aptitudes, a su conducta para con el profesor y condiscípulos; al modo que tiene de conducirse en los recreos, a su carácter, con especificación también de si en alguna ocasión ha dado muestras de nervosismo o revelado síntomas extraños; de si sus padres se interesan por el progreso que haga en los estudios y del motivo determinante de su envío a la Clínica.

Previa convocatoria del menor y de su madre, simultánea a la recepción del precedente informe, y tras escuchar al familiar o encargado que remitió al niño a la institución, ha de procederse por el psicólogo al reconocimiento encaminado a graduar su nivel intelectual, la reacción del menor ante sensaciones gratas o de decepción, el ambiente de su familia. Entrando en funciones el sociólogo-psiquiatra, ya más ceñido éste a los antecedentes de la irregularidad o infracción en que haya incurrido el examinado, han de indagarse sus precedentes familiares, el respectivo sector social; procurando aprovechar todas las coyunturas que esos «reconocimientos» deparen para dispensar en su caso las medidas terapéuticas de índole psicológica pertinentes, ya que «en psiquiatría no hay una demarcación entre el diagnóstico y el tratamiento».

Un cambio de impresiones entre los tres especialistas de la clínica aboca a la fase final, en la que el psiquiatra dialoga con el muchacho procurando lograr su confianza y, con ella, su opinión sincera de la propia situación; empeño

en el que ha de desplegarse la mayor habilidad, absteniéndose de todo gesto de repulsa o acritud ante cualquier manifestación que por parte del menor se produzca. A dicho efecto se recurrirá incluso a los precisos rodeos, aprovechando, particularmente con los de menor edad, el estado de ánimo que les suelen proporcionar los juegos o distracciones.

En el Capítulo IV, final de la Parte 1.<sup>a</sup>, se refiere Mr. Edelston a las dos clínicas experimentales que ya existían en Londres en 1930 (la East London C. G. C., sostenida con aportaciones voluntarias; y la más amplia de Canonbury, espléndidamente dotada con fondos de la Comunidad americana), advirtiéndole después cómo se ha difundido tal clase de institución hasta el extremo de asegurar no hay núcleo de población regular que no cuente con alguna, habiéndose promovido una organización para atender a las comarcas menos densamente habitadas. Aunque principalmente dichas clínicas se hallan atendidas por la administración local, sanitaria o pedagógica, figura ya dependiendo del Servicio Nacional de Sanidad.

El sistema de clínicas que nos viene ocupando registra para el autor como precedentes directos, por una parte, los trabajos del ya citado Healy, quien, como psiquiatra adscrito a un tribunal juvenil de Chicago, «llevó a cabo el primer estudio científico» de la delincuencia infantil, si bien dando mayor importancia a las circunstancias sociales del infractor: trabajo, situación económica, domicilio, etc., realizando grandes esfuerzos para lograr el cambio de conducta, mejorando las condiciones materiales de vida. Por la misma época, los problemas que la conducta de los menores suscita ocupaba la atención de los psiquiatras de Viena, aunque con otro criterio: partiendo del tratamiento para los desórdenes neuróticos en los adultos, explicados como la consecuencia de conflictos emotivos duraderos en la mente de los pacientes, llegaron aquéllos a investigar las tensiones de orden personal entre padres e hijos y reveladas en éstos también respecto a otros miembros de su familia; tensiones en las que se creyó encontrar los primeros focos de ulteriores anomalías y que condujeron a Adler y a sus colegas al establecimiento de clínicas destinadas a los llamados «niños difíciles». El criterio predominante, pues, en este segundo sistema era casi por completo ajeno al método sociológico, de orientación fundamentalmente subjetiva.

Aunque las técnicas más recientes implican una gran evolución sobre ese punto de vista, una de las bases del tratamiento actual entraña la adopción de ambos criterios, personal y psicológico, de cuyo maridaje ha brotado la moderna Clínica de Orientación juvenil.

Las modalidades que puede revestir el tratamiento dispensado en esta clase de centros—objeto de la Parte 2.<sup>a</sup> del libro de Mr. Edelston—consisten en el ingreso del menor en casas de adopción, escuelas especiales o cualquier otra clase de centro análogo disponible, cuando aquél, aún esencialmente normal, se haya visto influido por las malas condiciones de su hogar o ambientales en general; o incluso si, a pesar de venir disfrutando del nivel común de vida, adolece de síntomas patológicos por lo que a la evolución de su carácter respecta.

Por el contrario, sin precisar el cambio de ambiente, puede ser el joven sometido a un régimen de vigilancia condicionada o a un tratamiento psicoterápico basado en distracciones y libertad de conversación, cuando el inconvenien-

te a remover radica en los círculos que el muchacho frecuenta, sobre todo en la escuela; revirtiendo la terapéutica hacia la modificación de las actitudes familiares cuando la causa es de índole personal o psicológica.

Tras un capítulo circunscrito a los «desórdenes agudos del carácter», entre los que se registran los casos de etiología neurótica» y los de pacientes «desprovistos de aptitud normal para un nivel medio de íntima moralidad» o «carentes de sentimientos altruistas», viene la Parte 3.<sup>a</sup> a ocuparse del diagnóstico—que el autor advierte no va referido a «enfermedades», sino a «situaciones sociales» y a «tipos de reacciones subjetivas»—; a los «factores psicológicos», con especial consideración de los señalados por Healy y Bronner, Carr, Saunders, Friedlander Suttie, Bowlby y Augusto Aichorn, y por último, después de prestar atención a las deficiencias orgánicas, aquellas que por causa de una constitución endeble «parcialmente acarrear efectos patológicos», con especial mención también de la «madurez emotiva», a la que en rigor se contraen los estudios sobre la «Escala de Madurez Social» de Edgar A. Doll en América y de Bodman en Inglaterra, concluye por fin nuestro autor propugnando, como remedios especiales o peculiares del sistema a que viene dedicado, se concentre en el ámbito familiar la intensidad del tratamiento, sin menospreciar a este respecto la importancia de esa célula social primaria, como dice no han podido por menos de reconocer Rusia y, más recientemente, las Colonias comunales de Israel; fomentando en la organización pedagógica la creación de secciones escolares «tuitivas» para los menores de instrucción retrasada, más frecuentes que los de escaso desarrollo intelectual, así como centros especiales de adopción para los hijos de familia indóciles, y brindando el asesoramiento preciso con vistas a la orientación profesional llegada la edad oportuna. Igualmente aconseja se mantengan los más estrechos contactos con otros centros o instituciones como albergues, internados del régimen de prueba y demás establecimientos similares, ya existentes en Inglaterra, pero que el autor considera insuficientes o, lo que viene a ser prácticamente igual, de difícil acceso para todos los menores verdaderamente necesitados de tales servicios.

José SANCHEZ OSES

Secretario de Audiencia Territorial

**FENECH (Miguel): «El abogado de todos».—Dos volúmenes.—Barcelona, 1952.**  
1569 páginas.

Consta de dos tomos esta útil obra, donde se exponen con claridad y en forma asequible a todas las inteligencias, los arduos problemas de la legislación vigente. Si el art. 2.<sup>o</sup> del Código civil preceptúa que «la ignorancia de la Ley no excusa a su cumplimiento», de todos es conocido el fenómeno—aunque no a todos sea dado conocer sus causas—producido en los últimos tiempos, de la multiplicidad de las leyes con las que el Estado pretende tutelar nuestra vida en todas sus manifestaciones y actividades. Este criterio primordial que preside el prólogo de la *Enciclopedia práctica del Derecho* indica la necesidad de comprobar el aludido fenómeno, que obliga a grandes sectores de la población, «a una constante preocupación por el conocimiento de las leyes, que hasta hace

poco se reservaba a los técnicos del Derecho». En efecto, disposiciones oficiales de diversa índole y contenido se promulgan a diario y no queda ningún sector de la actividad humana que no haya sido regulado por una disposición legislativa, en la mayor parte de los casos ignorada por el público.

A remediarlo tiende la obra del Profesor Fenech, dirigida en principio a los no profesionales del Derecho. Ello explica la selección de las materias que abarca: «la Ley en general, patrimonio, familia, contratos, la ciudad, el campo, el comercio, el trabajo, los seguros y los transportes» contenido del tomo I, con todas las cuestiones y los múltiples problemas que encierra la legislación de arrendamientos urbanos, régimen legal de solares, sociedades inmobiliarias, inquilinatos, subarriendos, arriendo de viviendas amuebladas, etc. Asimismo se estudian las materias relativas a espectáculos, explotación agrícola y propiedad rural, expropiación forzosa, posesión en general y en precario, servidumbres, censos, contratos agrarios, arrendamientos rústicos y sus problemas, aparcería, seguros agrícolas y accidentes de trabajo en la agricultura. El comercio, la empresa mercantil, los bancos, bolsas de comercio, cámaras de compensación y el trabajo con todos sus múltiples problemas.

Muy importante es el examen de los Seguros y sus clases, como son los de accidentes, de responsabilidad civil, acumulativo contra accidentes, para emigrantes, y los Seguros sociales, Seguros del campo, Seguros de transportes terrestres y marítimos.

El libro contiene ejemplos prácticos, gráficos y profusión de formularios que faciliten la comprensión. Precede a cada uno de los grandes temas en que se distribuye la materia, que por su amplitud no podemos, ni siquiera enumerar, unos Índices-Sumaríos que facilitan la orientación rápida sin más que consultar los números de los epígrafes a cuyo fin las páginas de la obra llevan una doble numeración: a la cabeza de cada una, los números de los epígrafes, y al pie de la página, a fin de encontrar el concepto que buscan las empresas, propietarios, industriales, hombres de negocios y en general, cuantos necesiten en un momento dado un consejo y orientación segura en asuntos jurídicos y hasta los profesionales del Derecho para los que esta enciclopedia puede constituir un valioso auxiliar.

Por último, se inserta un vocabulario jurídico elemental para uso de los que pretendan en un momento dado conocer el significado de un término de derecho o la acepción jurídica de una palabra corriente.

D. M.

**G. DE VALDEAVELLANO (Luis):** «Sobre los conceptos de hurto y robo en el Derecho visigodo y postvisigodo».—Separata de la *Revista Portuguesa de Historia* (Homenagem a Gama Barros).—Coimbra, 1947.—45 páginas.

Nacieron los conceptos de *hurto* y *robo* en las antiguas legislaciones, y los recoge la historiografía del Derecho, como dos delitos diferentes, que cualificados por circunstancias distintas y dos acciones punibles de naturaleza diversa en los diferentes sistemas del Derecho, se incorporan a la mayor parte de los Códigos penales modernos, entre ellos el portugués y el español. Del ideal común de sustracción de la propiedad—hoy se habla genéricamente del

patrimonio—de la tenencia ajena como constitutiva de una figura de delito, se derivaron circunstancias especiales en la forma de realizarse la sustracción. El autor de la documentada y sistematizada monografía, diserta ampliamente y aprecia la distinción entre los aludidos conceptos de hurto y robo, a través del derecho visigodo y en el período siguiente, es decir, en el Derecho leonés-castellano de la más alta Edad Media.

Los precedentes históricos se encuentran en el Derecho romano y germánico, pero la distinción no obedece a la apreciación de las mismas circunstancias cualificativas. El «furtum» de los romanos era una figura de delito privado que lesionaba un interés particular, protegido por el Código de las XII Tablas, que distinguió entre el *furtum manifestum*, sorprendidos en el momento de cometerse, y el *nec manifestum*, que no ha sido descubierto in fraganti. La mera sustracción material de la cosa pasó a definir el apoderamiento con ánimo de lucro o utilización abusiva de un bien ajeno sin necesidad de que haya hurto material. El Derecho justinianeo recogió estas tipicidades y además la aprehensión de la cosa al poseedor por el propietario mismo, como en el caso del acreedor pignoraticio a quien el dueño de la cosa empeñada sustrae la posesión antes de ser satisfecho el crédito que garantiza. Del hurto se derivó, en el Derecho pretorio, la *rapina* o sea el hurto realizado con violencia, que es el robo en su denominación actual. El Derecho germánico distinguió entre el robo y el hurto. El hurto, en sentido estricto, es «la aprehensión clandestina y antijurídica de una cosa mueble ajena, con la intención de apropiársela» y en sentido amplio, son también calificados de hurtos otros casos de violación clandestina de la tendencia ajena, como la malversación, detentación o retención furtiva de la cosa. El concepto germánico de robo supone, en sentido estricto, la aprehensión pública, manifiesta y antijurídica de una cosa mueble que se halla en la tenencia (*gewere*, vestidura) ajena» y por tanto pueden ser también robos la toma en prenda ilegítima, la sustracción de la cosa por el propietario al poseedor pignoraticio y en sentido amplio, se denomina robo asimismo, a «la apropiación de un fundo y la negativa de satisfacción de una deuda».

El atento examen de las leyes visigodas y de algunos documentos de los siglos X y XI nos revelan la distinción entre el *furtum* y la *rapina*, y al propio tiempo que el Derecho post-visigótico—que rigió en el período astur-leonés y que sólo conocemos a través de diplomas y de los primeros Fueros municipales—se mantuvo fiel a esta cuestión García de Valdeavellano utiliza en el estudio de estas cuestiones, además de los documentos citados, el Fuero de León, el canon del Concilio ovetense del siglo XII, y las «Estampas de la Vida en León hace mil años», de Claudio Sánchez Albornoz.

La distinción romana visigoda, en cuanto a la suma a satisfacer según se tratase de un hurto o de un robo, no se aprecia en los diplomas altomedievales. Probablemente se fijó en aquellos siglos primeros de la Reconquista, no con arreglo a una tarifa fija y siempre la misma en todos los casos, sino de conformidad con la costumbre del lugar. La composición del duplo (debidá por los ladrones y también reparación debida por cualquier daño patrimonial que haya podido causarse, según el Código de Turico) y el pago de nonuplo (suma de nueve veces el valor de la cosa hurtada) subsistieron, sin embargo, durante toda la Edad Media y así resulta del Fuero de Cuenca.

Concluye la interesante monografía, auténtico trabajo de investigación, con

la inserción de dos apéndices referentes a un pleito entre el Monasterio de San Salvador de Loberuela y un tal Conancio, y otro entre una mujer llamada Itilo y Argemendo y su mujer Ranilli, a propósito de un hurto de diez bueyes hecho a Itilo por Ranilli.

D. M.

**GONZALEZ Y BUSTAMANTE** (Juan J.): «Euthanasia y Cultura». — México D. F., 1952.—74 páginas.

Consta el ensayo expositivo de los titulares siguientes: «Introducción. 1.º Concepto de la euthanasia. 2.º Diversas formas de euthanasia. 3.º La euthanasia a través de la Historia. 4.º Los procedimientos anticonceptivos. 5.º La euthanasia y el Derecho. 6.º Derecho comparado sobre euthanasia».

En su introducción preliminar, expresa el ilustre autor su agradecimiento a los organizadores del II Congreso Nacional de Sociología, celebrado en los días 12 a 16 de octubre de 1951, en Guadalajara (Méjico), con motivo de la invitación a tomar parte en los actos culturales, en los que se otorgó a este trabajo la mención honorífica. En él se abordan cuestiones complejas cuyo solo enunciado conmueve el espíritu del autor al recordar las bellas páginas de Maeterlinck en *La Muerte*: «Me llaman maestro por razón de no sé qué prestigio de mi palabra y de mis pensamientos; pero soy un niño desamparado ante la muerte».

Con acierto se fija la etimología de la voz euthanasia, derivada del griego y su significación, en un sentido estricto, como la muerte tranquila, dulce y misericordiosa que en el tránsito de la vida terrena hacia el mundo de lo desconocido, se hace sin dolor ni sufrimiento. Preocupación hondísima de médicos, filósofos, sociólogos y juristas, destacando la labor de Morselli, que en *L'uccisione pietosa* sintetiza conceptos referentes «a la muerte que otro da a una persona, aquejada de una enfermedad incurable o muy penosa, para suprimir la agonía demasiado larga o dolorosa». Señala que fué Bacon de Verulanio el primero en usar el vocablo euthanasia en su «Historia de la vida y la muerte» escrita en 1623.

Examina las distintas formas de euthanasia que señalan los autores y especialmente las tres conocidas clases de *libertadora*, *eliminadora*, y *económica*. A la pregunta de Morselli ¿por qué imponer a los sanos y robustos la carga de mantener existencias destinadas a bastardear las razas?, respondieron algunos Estados, como la Alemania nacional socialista, dando exagerada importancia a los caracteres hereditarios transmisibles.

Después de estos dos primeros capítulos, se estudia con todo detalle en el tercero, la euthanasia a través de la historia, a partir de los celtas que practicaron la euthanasia eugénica; cuando el hombre tuvo que luchar despiadadamente contra animales feroces su preocupación mayor no fué la de la nutrición, sino la seguridad personal y la de descanso. Los grupos humanos permanecían temporalmente en parajes que les ofrecían los medios para alimentarse.

En el capítulo IV dedicado a los procedimientos anticonceptivos y de esterilización obligada, es analizada la legislación que los defiende y la que los prohíbe. En el Estado de Indiana se permitió el empleo de la esterilización des-

de el principio del siglo xx y en la actualidad más de las dos terceras partes de las entidades que componen la Unión Americana la han admitido con distintos procedimientos de técnica. También usó la Alemania nazi métodos de esterilización que rechazó el fascismo italiano. El Código penal de 1930 sostuvo la tesis de considerar como delictuosas las prácticas abortivas y la instigación a cometerlas y para ello agravó considerablemente las penas, creando además los delitos de esterilización voluntaria y de inducción a ejecutar procedimientos anticoncepcionales y de proselitismo a las prácticas anticonceptivas.

Los restantes capítulos V y VI están dedicados a la Euthanasia y el Derecho y al Derecho comparado. Recogen el ideario de que en Derecho no prevalece el principio de que «el fin justifica los medios»; por consiguiente, no existe base científica ni jurídica para que los responsables de homicidios, aun cometidos con consentimiento de la víctima, sean exceptuados de toda penalidad, alegando que lo hicieron para procurar el mejoramiento de la raza, o para abreviar el sufrimiento de los incurables presos de atroces dolores. En el Derecho comparado, descubre el notable expositor, que con excepción de dos países iberoamericanos, Colombia y Uruguay, donde la muerte dada a un semejante por móviles piadosos queda exenta de pena, la euthanasia es un delito porque viola un derecho legalmente tutelado.

Concluye el autor del opúsculo afirmando que «es grave adoptar una postura como la que adoptó el legislador uruguayo extendiendo el manto protector del perdón judicial, a los casos de euthanasia», y por iguales razones critica el art. 364 del Código penal colombiano, que también consagra el referido perdón judicial aun cuando excepcionalmente faculta al Juez para aplicar una pena atenuada u otorgar el perdón.

D. M.

**GRAVEN (Jean):** (*L'injustice en tant que système ou le Droit menacé*).—Ginebra, 1943.

Constituye este nuevo trabajo del Magistrado y Profesor ginebrino una crónica y comentario al «Congreso de Juristas Libres» tenido lugar en Berlín a finales de julio del pasado año de 1952, del que ya tienen noticia nuestros lectores por haber sido publicadas sus conclusiones en el número anterior de este ANUARIO. La activa parte tomada por el autor en dicho certamen, como Ponente de la sección de Derecho penal, hacen su trabajo especialmente valioso, debiéndose resaltar su absoluta oposición y neto repudio de los métodos pseudo-jurídicos de las zonas orientales de Alemania, donde—son sus palabras finales—se realiza una condenable «asimilación del Derecho de la Fuerza y al interés político, precisándose una unión de los juristas de los países libres para la «lucha por los derechos del hombre, es decir, por el hombre al mismo tiempo que por el Derecho».

A. Q. R.

HURWITZ (Stephan): «Criminology».—Copenhague: G. E. C. Gad.—Diciembre 1952.—442 páginas.

Patrocinada por la Fundación danesa «Rask-Orsted para el Fomento de las Ciencias», esta 3.<sup>a</sup> edición de la obra del Profesor de Derecho penal y Criminología en la Universidad de Copenhague, traducida al inglés por Miss Else Giersing, aparece precedida de un prólogo de Thorsten Sellin (Universidad de Pennsylvania) y consta de seis partes que sucesivamente se ocupan del ámbito, división y método de la Criminología, de su historia y sus relaciones con otras ciencias, particularmente el Derecho penal; la segunda parte va dedicada a los factores fisisicológicos del delito; la tercera, a los ecológicos y sociológicos; la cuarta, al desarrollo de la personalidad delictiva bajo el influjo de factores más inmediatos al individuo, y la sexta parte contiene una clasificación diagnóstica de los delincuentes, con indicación del tratamiento respectivo.

Asumiendo para Hurwitz la Criminología la misión de «descubrir los factores de la delincuencia mediante la investigación empírica», ha de abordar también los problemas relativos a clasificación, pronóstico y tratamiento de los delincuentes y, pues las investigaciones recientes acusan además la presencia de individualidades delictivas especiales—a veces designadas con terminología sociológica—, deberá aquélla comprender asimismo la «Tipología», rama especial dedicada particularmente a la criminalidad homicida, sexual y contra la propiedad.

Discrepa el autor del sueco Olof Kinberg por cuanto éste, agrupando el contenido de la Criminología entre la etiología, profilaxis y terapéutica, incluye además en esta última parte la policía criminal y de modo tal que incluso abarcaría el Derecho penal sustantivo y el enjuiciamiento penal; cuando la terapéutica, de índole fundamentalmente médica, carece de ámbito suficiente para acoger en su seno la «compleja función del sistema jurídico normativo» al que en fin de cuentas, incumbe la definición de los hechos delictivos.

Más correcto parece a Hurwitz distribuir las ciencias criminales entre el Derecho penal normativo, la Investigación criminal (comprensiva del enjuiciamiento), la Penología, la Policía criminal y la Criminología; esta última integrada a su vez por la Metodología y ésta por la Estadística. También debe abarcar la Criminología, a juicio de nuestro autor, a la Sociología criminal, a la Psicología social, la Fenomenología, la Clasificación de los delincuentes, Pronósticos y Biología criminal. Esta última debe recoger las aportaciones de la Biología hereditaria, de la Investigación constitucional (estructura), la Psiquiatría y Psicología criminales.

Deliberadamente omite la «Criminalística», relativa a los procedimientos técnicos, instrumental de los delincuentes y métodos de averiguación y captura; pues considera que es un vocablo que fácilmente puede dar lugar a malentendidos.

Aunque la Biología criminal estudie la personalidad del reo y para la Sociología sea la delincuencia fenómeno de su órbita de acción, ciertos factores como la edad, raza y sexo, pese a su índole biológica, y también el clima, de orden evidentemente físico, se hallan indudablemente influidos en su trascendencia etiológica por las condiciones externas de factores estrictamente sociales.

De ahí que, al examinar los fundamentos sociológicos de la criminalidad, incluya las circunstancias climatológicas, geográficas y etnológicas, así como las que implican modificaciones de la personalidad jurídica, entre las causas económicas e institucionales; mientras que no le importa disgregar, de estas últimas, situaciones que atañen al ambiente moral y económico de la familia, a la instrucción, profesión y al estado civil. Y es que, al respecto, prevalece en Hurwitz la metodología sobre el rigorismo empírico, sin que pueda negársele la dificultad de establecer una línea divisoria nítida entre dichos factores.

A propósito de las relaciones entre la Criminología y el Derecho penal (ciencia normativa), comprende el autor las dificultades que también se oponen a una idéntica demarcación de los sectores respectivos, puesto que, aun dentro del segundo, la diferencia de conceptos es radical, no sólo en la misma época, aunque en diferentes esferas culturales, sino que incluso resulta de la comparación entre códigos de países diversos, pero de idéntico grado de cultura. Sobre este particular, tampoco olvida los «abusos políticos del Derecho penal», ni las circunstancias accidentales que determinan el ámbito «legal» del crimen; razones en suma opuestas a que la Criminología adopte sistemáticamente los criterios de aquel Derecho.

Aunque en lugar diferente de la obra, se resumen los esfuerzos realizados para dotar a la Criminología de un contenido indiferente al concepto legislativo, esfuerzos que culminan en discernir la conducta delincuente entre las anomalías del carácter y ecológicas, en creer encontrar una definición del hecho criminoso de contenido capaz para deducir conclusiones estrictamente criminológicas: el delito «natural» en cualquiera de sus dos acepciones, la de Garófalo, restringida a la lesión del sentimiento de una comunidad determinada (de la que es trasunto danés la tesis de Goll), o la más especulativa, a cuyo tenor la idea de «delito» va referida a cualquier acto que repugna a la naturaleza, sin mayores requisitos. Teoría es ésta que a su vez tiene la variante, de formulación eminentemente médica, y que consiste en definir el fenómeno criminoso como acto «biológicamente anormal». Invoca Hurwitz, para combatir tal teoría, el argumento de Bongér: «El proceso que se desarrolla en el cerebro del guarda cuando mata al cazador furtivo que le hace frente, sería idéntico al del cazador al matar al guarda que le persigue. En tal opinión, sólo el criterio social convierte en crimen la segunda hipótesis.

A pesar de la «arbitrariedad del derecho positivo», y a despecho también del criterio sociológico de Sutherland y Hooton (cuando respectivamente destacan «el valor protegible para un grupo dominante» o «la atrocidad del hecho en el sentir de la mayoría», lo que en definitiva no es más que la «alarma social», tal como se entiende por quienes detentan el poder), rechaza Hurwitz igualmente el «behavior system» propugnado por el primero de dichos autores (y que se basa en un «sentimiento de identificación de determinado grupo»), y, consciente también nuestro autor de que «sólo razones técnicas determinan el cisma entre las apreciaciones legales y las éticas, éstas de trascendencia punitiva sólo apreciable en casos extremos», concluye esta materia estableciendo que la Criminología debe sopesar el material que le adjudican los conceptos legales con un criterio psico-sociológico, incluso rebasando las lindes de Derecho penal (como predicán Cyril Burt y el propio Sutherland), sobre todo cuando la cien-

cia en cuestión debe adelantarse a estudiar «las propensiones al crimen»; pero sin que tal libertad de movimientos redunde en completa desconexión con los preceptos jurídico-penales y menos modernamente en que estos últimos, «aunque sin romper con el pasado, han evolucionado hasta el punto de adoptar actitudes—cual la especialidad de los menores y anormales, la «individualización» en suma—inequívocamente criminológicas».

Acerca de la «delincuencia solapada» (Hidden Criminality), advierte que no ha de ser confundida con la «latente» (mera disposición no exteriorizada por temor al castigo u otra causa accidental), ni con la de «cuello blanco» (carencia del sentido ético común), sino que ha de entenderse por tal la categoría integrada por los delitos «efectivamente perpetrados, aunque no descubiertos», y cuya realidad ha servido de plataforma para combatir la consistencia científica de la Criminología, al quedar ésta reducida entonces a los delitos cometidos por «ingenuos y toscos»; ataque del que se defiende Hurwitz arguyendo que ello equivaldría a propugnar el descuido de enfermos hospitalizados por la sola razón de no haberse localizado todos los casos expuestos a la epidemia.

Dentro ya del aspecto etiológico, distingue con Kinberg la «predisposición» como una tendencia (biológicamente impresa y motivada por factores hereditarios (a sufrir ciertas reacciones ante estímulos determinados; mientras que el «ambiente» rodea a aquélla en el individuo, bien en un estrato próximo, más bien «interno» («el humoral que cubre el sistema nervioso central»), ya en su integración externa natural, fisiocósmica, incluso social. Ambos elementos se influyen recíprocamente en el individuo y se condicionan en igual forma, según sustentan Exner, Devon y Abrahamsen.

Refiriéndose a los resultados de las investigaciones antropológicas, entre las que hace especial reseña de las realizadas por el neolombrosiano Ernest A. Hooton, califica a aquéllos de «pobres» y añade que debe considerarse fenecida la tesis originaria de que los criminales más peligrosos revelan estigmas degenerativos, sólo demostrados estadísticamente, así como los presuntos rasgos distintivos, y ceñidos a grupos determinados. Aunque en alguno de estos grupos no puede negarse que su estudio arroja cifras inferiores a las de la población normal, tales diferencias se limitan al peso y estatura, lo que a juicio de Hurwitz se explica, más que en la etiología hereditaria, en la desnutrición durante la etapa infantil, pues dice ha de tenerse en cuenta que todos los delinquentes examinados proceden de los sectores sociales más humildes, perteneciendo su conducta a la delincuencia contra la propiedad.

Sintetiza después los desenvolvimientos de la tipología de Kretschmer (Böhmer, Blinkow, Riedl, Grulle, Schwab, Willemsse y Landecker) en la opinión de que los esquizotímicos (de estructura atlética o leptosómica) son los que predominan entre los delinquentes habituales; mientras que los pínicos entre los de ocasión.

Mayor interés inspiran a nuestro autor las tentativas para establecer correlación entre los tipos constitucionales y la psicología del criminal, y más todavía la clasificación de Sjöbring (1913), basada tanto en la «capacidad» (para registrar las variantes de inteligencia), como en la «aptitud» (para producir energía cerebral), en la «estabilidad» (frente a las alternativas de depresión), y en la «solidez» (síntoma de la cohesión psíquica); clasificación que para Kinberg ofrece mayor realismo que la de Kretschmer, pero que a Hur-

witz sólo merece el dictado de vaguedad al definir los rasgos diferenciales de los diversos tipos y de escasa aptitud instrumental a efectos de su clasificación.

También se consagra un capítulo al papel que en el temperamento humano juegan las glándulas de secreción interna, así llamadas por carecer de conducto deferente para las hormonas (que por ello vierten directamente en la sangre que riega el tejido glandular). Esta materia ha venido siendo estudiada por Schlapp y Smith («The New Criminology», New York, 1928), Pende («Constitutional Inadequacies», Philadelphia, 1928), Berman («The Glands Regulating Personality», New York, 1928), Ege («De lukkede Kiriler og deres Betydning», Copenhagen, 1932), Kinberg («Basic Problems of Criminology», Copenhagen, 1935), Mjöen y Brantenberg («Hormomene», Oslo, 1939) y Beach («Hormones and Behavior», New York y Londres, 1948).

Estos criterios causales, que en más de una ocasión llegan a pretender repercusiones legislativas de exculpación o de atenuante de la responsabilidad, tienen también sus contradictores en los Glueck («1.000 Juvenile Delinquents», Cambridge, Massa., 1939), en Wood y Waite («Crime and its Treatment», New York, 1941), Taft («Criminology», New York, 1945<sup>th</sup>), y hasta en los expertos de las Naciones Unidas, para quienes el delito «cara vez es debido, originariamente, al «desarreglo endocrino» («World Health Organisation, Technical Report Series» núm. 9, Ginebra, 1950).

En relación con el que precede, dado el nexa fundamental de ambos, aborda Hurwitz el problema de la castración, cuyo planteamiento sintetiza oponiendo a los pretendidos efectos de readaptación social atribuidos por cierta literatura germánica, los de mera neutralización mostrados mediante recientes experimentos daneses y el testimonio de Louis le Maire (Copenhagen, 1946) respecto a la reincidencia en un grupo de 40 operados, de los que nos dieron la nota curiosa de no incidir en delito sino tras la castración.

Entre las «Psicosis» incluye Hurwitz la esquizofrenia, la variedad maniaco-depresiva (manías, melancolía y demencia intermitente), la epilepsia, el alcoholismo y otras intoxicaciones del sistema nervioso, la demencia senil, pre-senil, la parálitica o preparalítica, las encefalitis crónicas (procedentes de enfermedades infecciosas, incluyendo la difteria), las que obedecen a lesiones cerebrales y a «traumatismos psíquicos» (impresiones por disgustos, calamidades, etcétera). Entre las «reacciones patológicas aisladas» agrupa las impulsivas, afectivas, paranoides e histéricas; todas ellas de la clasificación de Helweg.

Tras las neurosis, de las que segrega la neurastenia, pasa el autor a las «oligofrenias» («feeble-mindedness» y retraso mental), y luego a las «psicopatías» (de carácter congénito, no progresivas cual las psicosis y sin afección para la inteligencia como la debilidad mental, con la que sólo tiene de común la índole estacionaria); categoría esta última en la que Schneider incluye hasta 10 tipos individuales.

De los temas que integran la parte tercera, ha de destacarse cómo Hurwitz parece otorgar mayor papel etiológico, en lugar de a un régimen económico general, a circunstancias más concretas, como son, por ejemplo, dentro de ese orden, el empleo prematuro e intermitente y, sobre todo, la obsesión por una posible pérdida de ocupación, así como la carencia del descanso preciso.

En cuanto a la literatura, en general, la prensa y el cinematógrafo, reco-

ge las convencidas opiniones de quienes ven en tales medios comerciales de difusión un indudable efecto nocivo, sobre todo por la excitación emotiva que producen, por las habilidades criminales que divulgan y hasta por la apología incluso que hacen de la inmoralidad cuando no del propio delito; con el lamentable menosprecio de la aptitud que dichos medios disponen para fomentar por el contrario la elevación del nivel ético y sentimientos altruistas, según, entre otros, asevera Burt («The Young Delinquent», Londres, 1945).

De los dos órdenes de factores que principalmente se señalan para explicar el número inferior de delitos femeninos, los biológicos y sociológicos, son estos últimos los que, a juicio de Hurwitz, revisten mayor trascendencia y, en efecto, así como modernamente se puede percibir, con Torsten Eriksson, un incremento en la criminalidad de la mujer según ésta va tomado mayor participación en la vida social; también puede comprenderse a la inversa cómo el «mayor ambiente de protección» que hasta ahora vino rodeando al sexo débil, es la causa principal de su menor propensión al delito. Esto no quiere decir se niegue la presencia de otros factores: la menor afición de la mujer a las bebidas alcohólicas; pero sin que sea preciso recurrir al extremo argumento que ve en la prostitución un equivalente de la delincuencia masculina contra la propiedad.

Insertando el estudio de la guerra y de la postguerra entre los temas propios de la Criminología «sociológica», adopta al respecto el autor el criterio menos simplicista consistente en ver en tales situaciones, no una causa directa de criminalidad, sino indirecta, determinante de mayor profusión delictiva mediante el trastorno de las condiciones normales de vida que toda conflagración lleva aparejado, incluso para los países neutrales.

La catalogación de los delincuentes que, desde el punto de vista psicológico, inspira mayor atención al autor de la de «ocasionales» y «afectivos o emotivos», como contrapuestos a los «intencionales». Desde el ángulo más objetivo de la persistencia del delito, en reincidentes y no reincidentes; si bien esta división, por lo inadecuada a supuestos en que media gran lapso de tiempo entre el primer delito y la reincidencia, cree debe ser completada con las categorías de «agudos» y «crónicos», aunque también esta última nomenclatura habría de sustituirse por la de «intermitentes» o «periódicos». Por último, en el orden terapéutico, se remite a la Ley danesa de 15 de abril de 1930 (cuyos promotores fueron Carlos Torp y Augusto Goll), completada por el Reglamento de 7 de diciembre de 1932, y a cuyo tenor los delincuentes se agrupan en jóvenes, anormales, responsables, profesionales y habituales.

Conclúyese, en fin, esta reseña como viene a concluirse la obra a que se contrae: denotando, al propio tiempo que un profundo escepticismo hacia los resultados de tanta investigación criminológica, «todavía en la infancia»; el convencimiento empero de que ello es bien opuesto al fracaso o a la decepción, pues del mismo modo es innegable que a esos trabajos se debe el importante servicio de haber fomentado un criterio más racional al afrontar los problemas que el delito entraña.

En cuanto a la obra de Hurwitz, como bien advierte en su prólogo Thorsten Sellin, aparte de su clara exposición y tono crítico, tiene además el mérito de hacer comprensibles al estudioso cuestiones heterogéneas que no suelen ser de su especialidad, brindando un interesante resumen de las principales apar-

taciones europeas y norteamericanas (sin omitir las escandinavas); lo que presta al libro un indiscutible valor docente, al par de hacerlo muy estimable como introducción a las materias que comprende.

José SANCHEZ OSES

*Secretario de Audiencia Territorial.*

**JUNG (Carlos Gustavo): «Teoría del psicoanálisis».—Traducción y prefacio del doctor F. Olivier Brachfeld.—Editorial Apolo.—Barcelona, 1951.—283 páginas.**

El que reivindique como título de gloria haber sido el primero en España que reaccionó contra el pansensualismo freudiano, no quita que admita que el psicoanálisis o psicología profunda esté llamado a producir y esté produciendo ya una revolución en la psicología y, por tanto, en la psicología criminal, y por ello, aunque sólo en cierto modo y con reservas, entre en las Ciencias Penales y sea siempre interesante seguir la evolución de esta escuela, para lo que nada es mejor que la lectura de este libro de Jung, ya traducido al castellano.

No es, precisamente, como podría deducirse del título, una obra compacta, sino la agrupación de cinco ensayos entre sí independientes, pero tan íntimamente trabados que sería difícil el entendimiento de uno sin la previa lectura del anterior. Véanse los títulos, que dan idea de ello: «De la teoría traumática a la teoría dinámica»; «La teoría de la libido y las tres fases de la vida humana»; «Sueños y neurosis»; «Los principios de la terapia psicoanalítica», y «Análisis de una niña de once años». Es decir, desde fijar su posición dentro de esta escuela hasta la aplicación y explicación de su doctrina en un caso práctico.

Respecto a su posición en la escuela, su gran afán, ya presentido en sus «Tipos psicológicos», traducida al castellano en 1947, en Buenos Aires, es devolverle su unidad rota por la radical oposición a Freud sostenida por Adler, sobre todo en «El sentido de la vida», traducido al castellano, en Barcelona, por primera vez en 1925, oposición que el magnífico prologuista de esta obra de Jung no duda en calificar de herejía y en la que yo creo ver una escuela nueva, de salvar la sima entre ambas tendencias o escuelas y recompuesta la rota unidad seguir en superación desarrollando sus postulados. Para ello, con la técnica y terminología de Freud va haciendo revisión de su doctrina, pero la va templando a la luz de su más diáfana y optimista concepción en la que son claras las huellas dejadas en él por la Psicología individual de Adler. Así ve las neurosis, no como consecuencia de un traumatismo, sino de un desequilibrio por el predominio de uno de los extremos de la personalidad humana, la desexualización de la libido que para Jung es algo como la energía en física, su afán espiritualista que llega a desconcertantes comparaciones con dogmas religiosos, etc.

Así va llegando al final, al caso práctico, al ejemplo aleccionador sobre su técnica y análisis, a la exploración de la niña de once años, por cierto no realizado por él, sino por una auxiliar suya, que a lo largo de once sesiones de las que se nos antojan sobran las nueve últimas, va mostrando su terapia de

la neurosis, en cuya lectura vuelve el recuerdo del reproche que confiesa el autor se hace a su técnica de sugerir sin quererlo la respuesta del paciente y al final no se piensa ya en esta obra y en este autor, sino en la Historia de San Michelle de Aleix Munther.

Domingo TERUEL CARRALERO

**NICEFORO (Alfredo): «CRIMINOLOGIA»** («La donna, biopsicología, delinquenza, prostituzione. Le varie età della vita umana»).—Fratelli Bocca, Editori.—Milano, 1952.

En este estudio, el autor de esta obra realiza un análisis amplio, que divide en varias partes, sobre el tema de la delincuencia femenina, y las influencias de las distintas edades en la criminogénesis. Sucesivamente trata de la mujer, desde el punto de vista biopsicológico y desde el plano delincuente para tratar en la segunda parte de las varias edades de la vida humana desde ambos puntos de vista. Este volumen es el IV de la obra general de Nicéforo, titulada «Criminología», y cuyo primer tomo apareció en el año de 1949, y en el que el autor trató de «doctrinas antiguas y modernas en torno al concepto del delito». El II volumen estudiaba el hombre delincuente «en su facies externa», y el III «en su facies interna».

En este IV volumen de la obra aludida, Nicéforo, después de referirse a las estadísticas sobre la delincuencia femenina, plantea el problema de si la mujer tiene o no una bondad constitucional, analizando las teorías en pro y en contra, y estudiando los caracteres fisiológicos y psíquicos, la inteligencia y las motivaciones de las diferencias entre la mujer y el hombre, analizando también los problemas antropométricos y psiquiátricos de la mujer delincuente, las conclusiones de la estadística criminal, las distintas modalidades delictivas según las distintas profesiones, la conducta femenina en las relaciones sociales, las interferencias de caracteres masculinos y femeninos en los mismos seres, y la llamada criminalidad femenil, ignorada u oculta, la prostitución y los que califica de equivalentes femeninos de la criminalidad varonil.

El autor califica de incompreensión de otros tiempos, la afirmación de que la criminalidad femenina era inferior en razón a factores somáticos y psíquicos, olvidando el factor social, y poniendo de relieve cómo las estadísticas conducen a criterios equivocados y parciales, y manteniendo la tesis de que sin el análisis de todos los factores no puede llegarse a obtener resultados seguros.

En lo que respecta a la edad y su importancia en la delincuencia, estudia sucesivamente Nicéforo las curvas de la criminalidad, a través de las varias épocas de la vida, con referencia a los puntos cruciales del ciclo vital. Analiza sucesivamente los valores individuales y sociales de la ancianidad y de la juventud, los resultados de las estadísticas, la curva de los diferentes delitos en las varias edades de la vida, y poniendo de relieve cómo existe una relación entre edad y delincuencia cómo en un diagrama que se desenvuelve inexorablemente a través del tiempo, desde el nacimiento hasta la muerte, o mejor, cómo una serie de diagramas que se presentan de tal modo, que hacen pensar si al correr de los años tiene el hombre a su disposición verdaderos sustitutos del

delito, refiriéndose en este aspecto al suicidio y a la enajenación mental. Finalmente, analiza los supuestos culposos, de gran interés informativo y los delitos contra la moral y las buenas costumbres, en los que puede observarse cómo alcanzan su máxima intensidad de los dieciocho a los veintinueve años, y el menor porcentaje después de los setenta, como si la ancianidad significara la serenidad y el equilibrio, o más exactamente quizá, que el río de la vida ha llegado, entre amarguras y sufrimientos, a su desembocadura, que es la muerte...

Este libro de Nicéforo, que no desmerece de los anteriores, redactado con el estilo original a que nos tiene acostumbrados, contiene datos informativos muy valiosos y conclusiones personales que sirven para precisar conceptos en las interesantísimas materias objeto de estudio.

Valentín SILVA MELERO

*Catedrático de la Universidad de Oviedo*

**PETINATTO (Roberto): «Perón y las realizaciones del penitenciarismo justicialista».**—Buenos Aires, 1952.—48 páginas.

Conferencia pronunciada en el Aula Magna de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales de la Universidad de Buenos Aires el 23 de mayo de 1952, por iniciativa del Instituto de Derecho penal y Criminología.

El conferenciante D. Roberto Petinatto, Director General de Institutos penales de la nación argentina, disertó sobre el tema arriba indicado, afirmando que «en esta era justicialista con su singular tono vital, optimista y reparador, donde se vuelcan en moldes nuevos las formas de la vida argentina, cabe al penitenciarismo el honor de ocupar esta prestigiosa tribuna universitaria, trayendo el modesto aporte de sus ideas y experiencias». En tal sentido, plasma la prevención del delito realizada desde la ejecución penal en una fórmula moderna, en la nueva concepción sancionadora, que estructura un Derecho penal mejor, algo así como un *derecho de mejora* del hombre que delinque. Se concibe entonces la pena como un tratamiento al que se somete al sujeto para alcanzar su corrección y readaptación social.

Desenvuelve la idea en dos etapas: En primer lugar, la concepción doctrinaria, contenida en los supuestos que la informa, que son: 1.º Reconocer en el recluso sobre todo la presencia sustancial del hombre. 2.º Reconocer en el recluso un valor potencial proyectado al futuro. 3.º Determinar como contenido del quehacer penitenciario, la regulación social. 4.º Reconocer el sentido humanitario de la función penitenciaria, y 5.º Adecuación de los institutos penitenciarios para cumplir su finalidad reeducativa.

Aspira el autor de este trabajo a que «la cárcel, lejos de ser un lugar de oscuro confinamiento, sea una verdadera escuela de readaptación de hombres; por eso las cárceles del futuro no estarán compuestas por celdas y patios, estarán complementadas con talleres, escuelas y campos de deporte. Talleres para enseñar, escuelas para reeducar el espíritu y deportes para mantener la salud del cuerpo».

A continuación expone las realizaciones jurídicas y técnicas. Con relación al nuevo régimen de derecho de ejecución penal propiamente dicho, adopta los principios correlativos de la individualización y el tratamiento correccional

progresivo. El terreno de las realizaciones técnicas se cimenta en el trabajo, considerado en función reeducadora social, como medida técnica de aprendizaje y perfeccionamiento; servicios asistenciales; régimen atenuado de disciplina; institución de las visitas para reclusos casados; y aportaciones a la tarea legislativa.

D. M.

**PETROCELLI (Biagio): «Saggi di Diritto penale».—Cedam.—Padua, 1952.**

El ilustre profesor de la Universidad de Nápoles recoge en este volumen sus escritos menores, que únicamente pueden denominarse así atendiendo a extensión, más no a la calidad de su contenido, en el que campea el mismo tecnicismo y profunda sagacidad jurídica que en las tan conocidas obras fundamentales de este maestro italiano continuador de la línea trazada por figuras tan egregias como Massari y Rocco.

Mucho debe la ciencia del Derecho penal de Italia a este profesor que le ha dedicado de lleno su vida y lo mismo desde el campo de la magistratura o desde el de la cátedra o abogando ante los Tribunales de Justicia, porque de todas maneras ha vivido Petrocelli el derecho, le ha rendido culto manteniendo con intransigencia loable, cuando ha sido preciso, los principios de su concepción que se enlaza con la de los maestros anteriormente citados.

La importancia de la obra y especialmente la destacada figura de su autor, que como es sabido visitó España hace unos años y nos deleitó con su palabra brillante y ajustada, nos lleva a hacer una reseña más extensa que de ordinario y en la que el lector hallará un breve resumen del pensamiento del ilustre profesor italiano sobre cada uno de los interesantes temas que desarrolla en este magnífico volumen que comentamos.

#### I.—*Los límites de la Ciencia Penal.*

Para proceder al estudio y determinación de los límites de la Ciencia penal y de sus relaciones con otras ciencias es fundamental partir de un principio aún no muy conocido: la distinción de las fases en que se presenta la norma penal; *formación, cognición y actuación*, propuesta ya por Rocco, Impallomeni, Longhi y Ferri. Fase de formación de la norma es la que precede a la recepción de ella en el ordenamiento jurídico positivo; comprende el proceso de preparación, más o menos largo, durante el cual un fenómeno social determinado se presenta en la conciencia, exigiendo la necesidad de una disciplina penal, determinado en tal sentido la actividad del legislador. En esta fase entran no sólo los procesos de preparación *ex novo* de normas jurídicas, sino también los que se refieren a la modificación de normas preexistentes. Es característico de esta fase, no sólo un momento inicial, durante el cual el fenómeno, tanto por su naturaleza como por sus causas y efectos aparece como regulable por una norma jurídica penal, sino también aquel en que la norma se elabora técnicamente para ser introducida en la ordenación jurídico-positiva. Por tanto, hay que distinguir un momento de gestación político-social y otro de elaboración técnico-legislativa.

Fase de cognición de la norma es aquella mediante la cual la norma se convierte en objeto de interpretación y elaboración lógico-sistemática de su contenido. Dicha fase de cognición puede tener en relación a su diverso fin dos aspectos: *jurisprudencial* y *científico*.

La fase de actuación es aquella en que la norma penal entra en la realidad práctica, y cabe subdividirla en dos momentos: de *aplicación* y *ejecutivo*.

La fase de cognición se distingue de la formación porque ésta es *prejurídica*; es decir, de preparación político-social. Tanto si se la considera desde el punto de vista científico como desde el jurisprudencial, se distingue de la fase de actuación por cuanto de ella llevamos dicho. En la primera hallamos un análisis general de la norma; en la segunda, un análisis especial, es decir, el análisis de la norma aplicada a un caso concreto.

## II.—*La función de la pena.*

La teoría de la pena expuesta por el autor permite la absoluta posibilidad de existencia y desarrollo al más extensivo y moderno sistema de prevención que quepa concebir, y, por otra parte, la satisfacción del sentimiento de justicia como fin de la pena es para él satisfacción de una exigencia moral, en cuanto ésta es una verdadera exigencia de la vida social, cuya satisfacción es como las demás, necesaria al mantenimiento de las condiciones de la vida.

A los positivistas cabe el mérito de poner en primer plano de la vida social el problema de la prevención delictiva. Sin embargo, han creado un doble peligro: disolver los límites entre la ciencia penal, como ciencia jurídica, y las otras disciplinas interesadas por la lucha contra la delincuencia, y hacer caer en el olvido el verdadero concepto de la pena, obtenida según la idea custodiada por infinitas generaciones y transmitida a lo largo del tiempo.

El primer peligro fué salvado por Rocco que restableció los confines del derecho penal con otras ciencias.

Contra el segundo, mientras se afianza la lucha preventiva contra la delincuencia, cabe resaltar el concepto de la función penal como función de justicia.

Un retorno del concepto ético-retributivo de la pena cuenta ya en los tiempos actuales con apoyos autorizados y significativos.

No obstante, precisa continuar. La batalla es digna. Es una lucha por la civilización y el derecho.

## III.—*Tecnicismo jurídico y libertador de opinión.*

Bajo este epígrafe lamenta Petrocelli la crítica que hizo Antolisei sobre el trabajo precedente (la función de la pena). No es cierto—dice—que la tesis por él mantenida fuese la que le atribuye Antolisei: «El Estado es el guardián de la virtud»; ello no es cierto, ya que a través de cuanto dice se colige un punto cual es la distinción entre moral y derecho.

## IV.—*En memoria de Eduardo Massari.*

Massari fué de los primeros penalistas italianos en propugnar, en una obra titulada *El proceso penal*, la unificación conceptual del proceso penal y civil. Pone de manifiesto la claridad que traslucen las obras de Massari y concluye con emocionadas palabras de recuerdo para su maestro fallecido.

V.—*Violencia y fraude.*

Tanto en lo relativo a los delitos de peligro común, como en lo que concierne a los delitos contra el patrimonio, la distinción adoptada por el proyecto de Código penal relativa al ya tradicional *vit aut fraude delinquitur*, sea sin más eliminada. Tomados en estricto y específico significado, los conceptos de violencia y fraude no pueden ser determinados a base de una larga clasificación, ya que, referidos sólo a un limitado número de casos, carecerán de los caracteres de precisión y perspicacia, que, para los fines de la clasificación resultan imprescindibles. Otro tanto cabe decir para el supuesto de que la violencia y el fraude estén mezclados, o, por el contrario, falte uno de los dos.

La inevitable variedad y complejidad de interpretación doctrinal que se desarrolla en torno a estos conceptos, viene a tratar impropiaemente los significados de los términos correspondientes para los casos en los que ambos hayan surgido no como base de una clasificación genérica, sino como parte intrínseca de tal o cual disposición, designando verdaderos y propios elementos y circunstancias del delito.

VI.—*La licitud penal de las lesiones deportivas.*

El interés del Estado para incrementar los deportes debe, necesariamente, tener un límite en el concepto de la verdadera educación física que es, a su vez, educación del espíritu. La actividad deportiva es apoyada por cuanto es un complemento de la disciplina social y de la educación espiritual de la juventud, no debiendo ser, por el contrario, un elemento creador de fanática sugestión individual y colectiva y de bárbaros instintos de violencia.

El Estado, apoyando todos los deportes que carezcan de la idea de lucha podrá consentir, en otra categoría de competiciones deportivas, un empleo mesurado de la fuerza.

Por otra parte, el Estado no puede limitarse a una mera disciplina extrínseca de la actividad deportiva, en el sentido de prohibir unas y permitir otras manifestaciones. Debe intervenir en la reglamentación técnica, reglamentando las acciones y los medios de los competidores. La responsabilidad de las lesiones deportivas no debe ser colocada en el título de las lesiones en general, sino en un título aparte, que deberá tener en consideración, como elemento fundamental, la violación de las normas limitadoras, y constituir una subclase de los delitos contra las personas.

La violación podrá tener carácter doloso y culposo, según el límite impuesto por la norma reguladora del juego haya sido violado por impericia, imprudencia o negligencia, o lo haya sido intencionadamente.

VII.—*El consentimiento del paciente en la intervención quirúrgica.*

Examina el autor el conocido caso en el que fué procesado un médico italiano junto con otros, como autores de un delito de lesiones por haber extirpado—con consentimiento del paciente—un testículo para injertárselo a otro individuo.

Demuestra cómo el hecho descrito se distingue del ordinario y lícito tra-

tamiento quirúrgico, ya que éste se hace en favor del paciente enfermo, mientras en el caso objeto de examen se ha sufrido una lesión, un daño y no una cura del cuerpo ni de la salud.

Demuestra cómo el hecho tiene todas las características objetivas y subjetivas que constituyen la estructura típica del delito de lesión personal voluntaria, y como no cabe aplicar la norma general del consentimiento expresada en la frase: bienes disponibles.

La norma general del consentimiento no puede aplicarse ni aún acogiéndose a la teoría de la eficacia del consentimiento en las lesiones perseguibles a instancia de parte, porque ha sido producida una lesión con debilidad permanente de un órgano.

Demuestra, en fin, cómo el caso de la extracción consensual de un testículo no entra en el campo de aquellas para las que es eficaz el consentimiento por efecto de la costumbre.

Examina finalmente el contraste entre la rigurosa definición jurídico-positiva del hecho y la valoración social del mismo. Según el derecho positivo, el hecho entra de lleno en la disciplina común de las lesiones personales voluntarias, mientras cabe suponer que este hecho, no obstante su ilicitud, debería ser disciplinado de otra forma. Más que un retorno a una norma que determine una disminución de la pena con respecto a la lesión *propio sensu*, sería más oportuna la creación de una autónoma e independiente hipótesis jurídica.

#### VIII.—*Moral y consentimiento de la víctima.*

Se presenta ahora clara y precisa la determinación de la conciencia pública respecto al caso determinante tratado.

No obstante la necesidad—*de iure condendo*— de una propia y diversa disciplina, el hecho entraba en el campo de la lesión personal; para la opinión pública, esto no aparecía tan claro. Se esperaba con sumo interés el fallo de la Corte Suprema, al cual se recurrió; ésta, la Corte Suprema, después de larga consideración, no ha podido decir sino que el hecho no es punible, porque se trata de un negocio no contrario a la moral. Todos los juicios expresados acerca de esta sentencia están claramente en contra de tal moralidad del acto.

Concluye diciendo que la responsabilidad por lesiones personales voluntarias es la única con fundamento, pese a lo defectuoso de la legislación vigente, y que no excluye el estar de acuerdo con la opinión pública al mantener que, moralmente, el hecho no es similar a la lesión personal.

#### IX.—*La nueva legislación de menores y la imputabilidad moral.*

Comenta la Ley de menores de 20 de julio de 1934; dice de ella que no aporta novedad alguna con respecto a las anteriores y aun a las leyes de otros países, imprimiendo a las penas una dirección reeducativa.

Concluye diciendo que la opinión pública relativa a la protección del menor delincuente no es sino reflejo del sentimiento, por el cual se reclama el castigo incondicional para el delincuente adulto reconocido como plenamente culpable.

X.—*Instituciones y términos del Derecho privado en el Derecho penal.*

Indica el autor la existencia de dos corrientes, la primera—que cuenta entre sus adeptos a Rocco y Pampaloni—, que mantiene que el valor y significado atribuidos a varios términos, como propiedad, patrimonio, posesión, etcétera, proviene del Derecho privado y es inalterable para el Derecho penal. La otra corriente, de gran importancia en Alemania—y que cuenta entre sus partidarios a Binding, Frank, Schmidt, etc.—, mantiene que cabe atribuir a tales términos otro concepto y contenido de acuerdo con el Derecho penal.

El Derecho penal ni modifica ni puede modificar las nociones de propiedad, etc., las cuales pertenecen al Derecho privado; se incurre en un error al tratar de posesión o de propiedad, por ejemplo, en sentido penal, etc.

Concluye diciendo que el adoptar términos o conceptos de otras ramas del Derecho no significa absorberlos y modificar por completo su contenido, sino conceptualizarlos de acuerdo al fin particular de que se trate.

XI.—*De la posesión en Derecho penal y de las cosas guardadas bajo sobre cerrado.*

Comenta el autor una sentencia en la que se establece que el depositario de un sobre cerrado tiene la posesión del contenido; es más, la simple detención del contenido, si la cosa está confiada al depositario sin otra vigilancia directa del depositante. La sustracción del contenido constituye hurto y la apropiación del conteniente constituye apropiación indebida. Ahora bien; si ocurre la comisión de ambos delitos, existe—dice la sentencia—un concurso material. Todo cuanto llevamos dicho induce a dudar de la exactitud del concepto de «cerrado» y parece significar la existencia de una solución unitaria, que comprende conjuntamente el conteniente y el contenido.

XII.—*Provocación y motivos morales.*

Al poco tiempo de entrar en vigor el vigente Código penal italiano, la jurisprudencia se inclina hacia el principio de la conciliabilidad de las dos circunstancias atenuantes: de la provocación y de los motivos de particular valor moral y social.

Señala la existencia de tres grupos de sentencias, las primeras partidarias de que ambas circunstancias se funden sobre diversos elementos; las segundas, partidarias de distintas y autónomas circunstancias; el tercer grupo, movido por una visión más cercana a la naturaleza de las dos atenuantes, establece que son necesarios motivos diversos y distintos, aludiendo claramente al sentido de impulso psicológico.

No obstante, tanto la atenuante primera del art. 62: «Obrar por motivos de particular valor moral y social», como la segunda del mismo artículo, «Haber obrado impulsado por un estado de ira provocado por un hecho injusto de otro», tienen un neto contenido psicológico. Ya en uno como en otro caso el legislador parte de la consideración de un estado de ánimo como constitutivo de un impulso psíquico de la acción.

Concluye diciendo que la sentencia que comenta manifiesta a cada paso el

reconocimiento de actos de los dos distintos sentimientos y estado de ánimo: el de ira por el hecho injusto y el de la deshonra. La sentencia—dice—deja entrever, aunque esforzándose en reducir al estado de ira la situación del acusado, que éste «se encontró en la imposibilidad de evitar la más triste situación que le fué creada», lo cual nada tiene que ver con el sentimiento de ira.

La Corte Suprema, al casar la sentencia, ha cometido un grave error de interpretación y ha creado nuevos y claros elementos para la determinación de la causa de honor como circunstancia atenuante.

#### XIII.—*Para una dirección italiana en la ciencia del Derecho penal.*

No existe crisis en el Derecho penal. La política debe entrar en el Derecho. El Derecho es esencialmente política en la fase de formación normativa. No es posible una formación teleológica de los conceptos jurídicos; sí, en cambio, una formación teleológica de los datos que sirven para la construcción de los conceptos jurídicos. Se pretende la libre reglamentación de un caso concreto. El Derecho, en cuanto es norma establecida preventivamente para una serie indefinida de casos posibles, carece de intuición y voluntad para el caso concreto. La mejor tradición italiana y la más elevada tendencia del temperamento ético y jurídico coinciden, en primer lugar, en una reafirmación de la dogmática jurídica como ciencia eminentemente lógica, la cual debe permanecer por encima y fuera del objeto de su dirección, y debe encontrar un impulso y no un obstáculo en la exigencia de la práctica. En segundo lugar, conduce a una reafirmación del Derecho como complejo de imperativos y a establecer el criterio de su propio fin como fundamento de una fiel interpretación o de una armónica elaboración dogmática.

#### XIV.—*En memoria de Arturo Rocco.*

Arturo Rocco representa una época en la ciencia penal italiana.

Rocco, en el prólogo sobre *El problema y el método de la ciencia penal*, denunció la grave crisis que atravesaba el Derecho penal, poniendo obstáculos, por una parte, a la sobreviviente dirección insnaturalista, y de otra, a los errores metodológicos de las nuevas corrientes.

Su obra *El objeto del delito* es fundamental, no ya para el Derecho penal, sino para la teoría general del Derecho, y constituye un ejemplo, en Italia aún no superado, de tratado dogmático, donde el delito y la pena aparecen fijados a las bases esenciales, comunes a cada fenómeno jurídico.

#### XV.—*La escuela positiva como dirección técnico-científica.*

Comentario al pensamiento que se desprende de la obra de Felipe Grispigni y de su tentativa de presentar a la Escuela Positivista bajo un nuevo aspecto y orientación, hasta el punto de emplear la denominación de «dirección técnico-científica».

«La pena defensiva—dice Grispigni—no excluye la posibilidad de concebirla como retribución moral, a condición de que se trate de retribución moral objetiva.» Esta retribución, llamada jurídico-social, consistirá «en la contrariedad de la conducta con la norma...».

La dirección técnico-científica no aduce como principio fundamental la ne

gación del libre albedrío. No se niega la diferencia entre personas moralmente imputables y no imputables; no se niega la retribución moral subjetiva, o sea: no se niega el libre albedrío, sino que se prescinde de él.

XVI.—*Tecnicismo y antitecnicismo en el Derecho penal.*

El antitecnicismo en el Derecho penal es una especie de moda, que tiene de cuando en cuando, sus retornos.

La general adhesión de los prácticos al tecnicismo jurídico y al positivismo que constituye su inspiración y finalidad se desprende de los criterios en que aquél se inspira y que, lejos de dar lugar a una dirección nueva, surgen, naturalmente, del sentido claro, preciso y definido que es natural en el jurista y en su tendencia a establecer del modo más seguro los términos de la disciplina jurídica.

XVII.—*Retribución y defensa en el Proyecto de 1949.*

El Código será para Grispigni, sin lugar a dudas, el Código de la defensa; el Proyecto, sin embargo, contendrá el principio de la retribución.

Reconoce que el Proyecto no ha encontrado buena acogida, lo cual es sumamente lamentable.

Termina haciendo una crítica a las observaciones de Grispigni.

XVIII.—*La pena, como enmienda del reo.*

La doctrina de la pena como enmienda del reo tuvo en el pasado siglo un serio adversario: Francisco Carrara.

La enmienda puede resultar imposible, ya en relación a la cualidad de la pena, ya en relación a la cualidad de los sujetos.

La pena de muerte, las cortísimas penas de carcelarias, la pena pecuniaria, son penas sin enmienda posible. Cabe decir que esas penas... no son tal. Según Carnelutti, «para enmendar al reo es preciso conservarle la vida».

Veamos ahora la valoración de la doctrina de la enmienda bajo el aspecto práctico, o para precisar más, de su realización práctica. Son tres—dice Petrocelli—los puntos de mayor relieve: los medios para una eficiente organización de la finalidad de enmienda; la idoneidad del ambiente carcelario unida a tal finalidad; la posibilidad de la enmienda.

Considera como un magnífico milagro el regenerar el alma de los condenados; pero más concreto y racional es—dice—regenerar, en cuanto sea humanamente posible, el contenido de la pena.

XIX.—*El Ministerio público y la unidad de la institución penal.*

Todo cuanto hemos expuesto—dice Petrocelli, a modo de conclusión—es el resultado de una cotidiana e intensa experiencia común a cuantos, con fervor de idealidad y de obra, nos dedicamos a funciones jurídicas. Es, hoy más que nunca, universalmente reconocida la necesidad de revigorizar y humanizar la justicia penal, otorgando independencia a sus órganos, simplificando y desmecanizando sus funciones, poniendo fin a la cotidiana quimera de una justicia

sobre el papel, que pone fin, que destruye los impulsos y las iniciativas formales y los obstáculos de todo género.

Para reunir estos buenos principios hay que dar unidad y personalidad a la instrucción. El resto—que es mucho—aparecerá como consecuencia natural de esta primera evacuación de defectos de viejos fragmentos, en un camino más fácil y a través de una senda más clara y segura.

#### XX.—*Los vicios de la voluntad en el proceso penal.*

La voluntad en el negocio procesal penal puede ser viciada, al igual que la voluntad en el negocio jurídico de derecho privado, por violencia, por error o por dolo.

La voluntad puede, sin embargo, ser reducida a determinar un cierto efecto jurídico procesal por el falso conocimiento de un hecho o de una norma jurídica (error de hecho, error de derecho) que induzca a querer otra cosa de la realmente deseada si la noción errada no hubiese desviado a la mente.

Los vicios de la voluntad pueden surgir en cualquier manifestación autónoma de voluntad procesal.

El tema de los vicios de voluntad en el proceso es de mucha importancia y es de esperar que otros lo tomen en consideración.

#### XXI.—*Acción, instrucción, acusación.*

El término acción surge, en la doctrina y en la legislación, ya en el proceso penal como en el civil, en dos sentidos: como derecho y como actividad.

La acción ha sido concebida como un derecho de naturaleza típica procesal, consistente en el poder jurídico de poner de manifiesto su condición para la actuación de la voluntad de la ley (Chiovenda).

Tres puntos básicos señala Petrocelli para determinar a la acción como actividad:

1.º La acción penal considerada como un único acto consistente en la manifestación de voluntad dirigida, ya para investir al Juez, ya para provocar su decisión.

2.º La acción penal es considerada no sólo como la actividad de promover, sino como la esencia de la actividad de preparación, propulsión o actuación de la decisión judicial.

3.º La acción penal es considerada, en sentido amplio, como el compendio de toda la actividad procesal, de persecución, de cognición, casi como sinónimo de proceso.

La acusación puede ser entendida, en sentido amplio, como actividad de acusación, o en sentido restringido, como acto de acusación. En este segundo caso corresponde a la acción penal en sentido restringido como acto de instauración del juicio, consistente en la determinación del hecho plenamente ilícito sobre el cual se pide la decisión judicial.

XXII. *Para la supresión de los Tribunales por Jurados.*

La existencia de los Jurados en Italia no ha tenido razón de ser, ni por tradición, ni por constituciones políticas, ni por ninguna necesidad de intervención en la función de la magistratura.

La mejor solución del problema, bajo todos sus aspectos, es la de atribuir la competencia para todos los delitos hoy enviados al Tribunal por Juzgados, al Tribunal ordinario y de éste al de Apelación, en el que cabría constituir una sección de lo criminal.

La Magistratura italiana es más que digna de esta manifestación de confianza, la cual debería ser una excelente ocasión para la efectiva elevación de su prestigio y de sus condiciones de existencia para los intereses del Estado y de todos los ordenamientos civiles.

XXIII.—*En defensa de la Universidad.*

Comenta aquí Petrocelli el artículo que con el título de «Para mejorar nuestra Universidad» publicó el Padre Gemelli, Rector de la Universidad Católica de Milán, y en el cual considera como gravísimo problema el del extraordinario aumento de alumnos matriculados en dicho Centro.

El autor rebate tal opinión y dice que no sólo no ve en ello ninguno de los motivos de alarma que señala el P. Gemelli, sino que cree hallar un motivo de orgullo y satisfacción para Italia.

XXIV.—*Retorno a la tortura.*

Comenta el caso Egidi, quien sufrió innumerables interrogatorios, el último de los cuales tuvo una duración de veintidós horas ininterrumpidas. Después de tal prueba de tortura, Egidi se confesó culpable, retractándose a los pocos días, alegando no haber sabido lo que confesaba, dado su total agotamiento.

Propone el autor que para evitar tal verdadero retorno a la tortura mediante el interrogatorio inicial sea hecho por el Juez.

Octavio PEREZ-VITORIA

*Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Barcelona*

QUINTANO RIPOLLÉS (Antonio): «La falsedad documental».—Reus.—Madrid, 1952.—270 páginas.

Este nuevo libro de Quintano, como sus publicaciones anteriores, es de considerable interés. Versa sobre un tema pequeño; a pesar de su gran importancia ha sido hasta ahora poco cuidado por los penalistas españoles, pues aparte de las páginas que en los Tratados de Derecho penal consagran a la falsedad documental, son muy escasas las monografías dedicadas en nuestro país a tan trascendental materia, entre las que destaca el excelente trabajo de Antón Oneca, *Las formas de la culpabilidad en las falsedades documentales*.

Después del estudio de la falsedad en la doctrina general del Derecho y

en la especialidad penal, el autor investiga las falsedades documentales en el antiguo Derecho y en particular en la antigua legislación española, a cuya indagación sigue una detallada exposición de Derecho comparado, que comprende la regulación de estos delitos en la mayoría de los códigos europeos y americanos.

Cuestiones apenas tratadas por los criminalistas son examinadas con profundidad y detalle, como la falsedad en documentos nulos, la falsedad recayente sobre cláusulas o partes no sustanciales de documentos válidos, la falsedad no mendaz, con cuyo motivo hace interesante disquisición sobre lo verdadero y lo genuino; sobre el objeto de estos delitos (en los que no considera posible hablar de ataque a la fe pública, ni aceptar el criterio de Bindig, restringido a una mera finalidad probatoria; ni el de otros autores alemanes, que encuentran su objeto en la seguridad y pureza del tráfico jurídico), que halla en el interés colectivo, en la autenticidad y sinceridad de las formas.

El concepto de «documento» tiene para Quintano gran amplitud. Reiterando la tesis mantenida en sus *Comentarios al Código Penal*, rechaza su limitación a «escritos» le parece no sólo posible, sino deseable en el abarcar en el término documento cosas no escritas, pero de trascendencia documental y probatoria evidente, y esta extensión, gracias a la imprecisión del Código penal, lo estima factible en nuestro Derecho. Consecuente con esta idea, considera que el documento, para los efectos penales, pudiera ser definido como «todo objeto transmisible emanante de una persona y que sea susceptible de constituir, disponer o testimoniar un derecho o un hecho de trascendencia jurídica»

El capítulo de mayor destaque en este denso libro es, sin duda, el referente a la falsedad documental culposa. En contra de la tesis generalmente mantenida por los penalistas españoles y recientemente por Antón Oneca en la monografía citada, para quienes falsedad y culpa son incompatibles, Quintano defiende la incriminación de la falsedad culposa. Inspirándose en la concepción de la culpa como violación de un deber (*Pflichtwidrigkeit, antidouerosità*), mantenida por Von Hippel y algunos escritores italianos, y dado el concepto amplísimo y puramente negativo de imprudencia contenido en el artículo 565 de nuestro Código Penal, admite la modalidad culposa en la falsedad documental en particular en la de documentos públicos perpetuada por funcionario público, coincidiendo así con la constante jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo más apartándose de los fallos fundados en criterios éticos, por estimar con razón el autor que el punto central en la cuestión relativa a las falsedades documentales culposas estriba en el elemento psicológico de apreciación de la ausencia de malicia.

Es este un libro bien sistematizado, lleno de ideas originales, de crítica profunda, escrito con perfecto convencimiento de la moderna doctrina científica y de la legislación extranjera; su estilo ágil y claro hacen en extremo amena su lectura. Trabajo excelente, indispensable para todos los juristas, los científicos y los prácticos

Eugenio CUELLO CALÓN

**REGIMEN DE VISITAS PARA RECLUSOS CASADOS** (Artículo 64 del Decreto 35.758/47).—Edición a cargo de la División Cultura de la Dirección General de Institutos Penales.—Buenos Aires, 1952.—56 páginas.

Consignado el principio de régimen de visitas para reclusos casados, en el Decreto Reglamentario de Prisiones, vigente en la Nación Argentina, aprobado en 14 de noviembre de 1947, permite «a todos los reclusos casados, a su requerimiento, visitas privadas íntimas con sus esposas; autorización independiente de la clasificación de conducta, que sólo se suspenderá durante el tiempo en que se cumpla una sanción disciplinaria. El citado Decreto motiva el presente opúsculo que consta de un prefacio que no solamente llama la atención de cumplirse en el mes de junio de 1952, un año de funcionamiento de la institución, sino que tiene el propósito de exponer los fundamentos del referido Decreto, que tiende a la dignificación del hombre que delinque, el respeto a sus derechos subjetivos, la protección del vínculo conyugal, la conservación y mejoramiento de los nexos nobles de su vida de relación y la tutela de su familia. También recoge la opinión del criminólogo norteamericano Negley K. Teeters después de su visita a los establecimientos penales argentinos, que vertió sus impresiones sobre esta realización en su trabajo «South American Penology in 1951» publicado en «The Prison Journal» diciendo «el segundo aspecto asombroso del sistema penitenciario argentino son las visitas conyugales... A nosotros nos resulta difícil contemplar esta parte humana, racional y necesaria de la vida penitenciaria. Sin embargo, nuestro grupo observó sus características, y estuvo de acuerdo en considerarlas llenas de dignidad, cuidadosamente planeadas».

A continuación viene el comentario acerca del fundamento del art. 64, examinándose el problema de la relación conyugal y su ubicación en el ámbito penitenciario; los varios aspectos considerados; solución adoptada; justificación de la institución, y cumplimiento de uno de los deberes primordiales del matrimonio. Examina después la reglamentación y orientación de los servicios, estudiada en antecedentes explicativos; características y funcionamiento de la casa de visitas, instalada fuera del ambiente penal propiamente dicho y construida contemplando las necesidades teleológicas que determinaron su singular concepción, insertándose numerosas fotografías y planos.

Termina con conclusiones, que, sin prejuzgar el éxito definitivo, detallan los principales elementos reunidos en las observaciones realizadas de índole familiar y social. A modo de colofón entienden los redactores que designó el Ministerio de Justicia para la divulgación institucional implantada, que la cuestión, propuesta a crítica razonada, es de exclusiva incumbencia de la administración penitenciaria; y dada la seriedad del asunto y carácter técnico de la exposición reseñada, hace destinatarios exclusivos de la misma a estadistas, magistrados, funcionarios, profesores, criminólogos y juristas y cultivadores de las ciencias antropológicas, sociales, penales y penitenciarias.

ROYAL COMMISSION ON CAPITAL PUNISHMENT: «MEMORANDA AND REPLIES TO ITS QUESTIONS BY THE UNITED STATES OF AMERICA» (Real Comisión Británica para la Pena Capital: Informes y Respuestas a su Cuestionario, emitidos por los Estados Unidos de América).—His Majesty's Stationery Office, 1952.

La expresada Real Comisión inglesa, designada por el Jefe del Gobierno en 20 de enero de 1949, presidida por Sir Ernest Gowers, y cuyas deliberaciones se inauguraron en 4 de agosto de dicho año, dirigió un «Cuestionario» a todos los países de la «Commonwealth», a determinados gobiernos europeos y al de los U. S. A., así como invitó también particularmente a varios penalistas, europeos y americanos, a que formularan los respectivos informes que creyesen oportunos sobre lo que constituye el encargo conferido a dicha Comisión que, al menos oficialmente, fué formulado en los siguientes términos: «Dictaminar si debe limitarse o modificarse, conforme al Derecho penal inglés, la imposición de pena capital a los reos de asesinato. Caso afirmativo, con qué amplitud y por qué medios. Plazo y demás condiciones de la reclusión que habrían de sufrir los condenados a muerte en lugar de esta pena y qué variaciones ello exigiría en el régimen legal y penitenciario vigentes; investigandó y teniendo en cuenta al efecto la práctica observada en aquellos países cuya experiencia pueda arrojar alguna luz sobre tales cuestiones».

Las respuestas norteamericanas a las mismas se han publicado, bajo el patrocinio de la Comisión Real exhortante, en el 2.º volumen de sus «Memoranda and Replies», al que se contrae la presente reseña; volumen en el que se insertan las contestaciones formuladas por el Gobierno federal, las de ocho Estados de la Unión, y también los informes de Louis B. Schwartz (Catedrático de Derecho de la Universidad de Pennsylvania), de Sanford Bates (Comisario del Estado de New Jersey por el Departamento de Instituciones y Agencias), del Dr. Winfred Overholser (Superintendente del Hospital de Santa Isabel, de Washington), y de Herbert Wechsler (Profesor de Derecho en la Columbia University de New York). También comprende el referido volumen, en su parte final, las respuestas dadas por catorce Estados norteamericanos al apartado «E» del «Questionnaire», relativo a los métodos de ejecución de la última pena.

Para dar una idea de los aspectos más importantes abordados al evacuar el requerimiento británico, agruparemos la reseña de tales datos y opiniones bajo los epígrafes en que la Comisión Real inglesa clasifica su interrogatorio:

A.—*El delito de asesinato desde el punto de vista legal.*

Define el asesinato («murder») la sección IV del Título 18 (revisado) del Código federal de los U. S. A. como «la muerte ilícita de un ser humano con malicia premeditada».

Ha de advertirse antes de proseguir que la especial referencia al delito de asesinato en la publicación a que nos dedicamos ahora obedece a que el cuestionario inglés circunscribe toda la cuestión de la pena de muerte a dicho delito, como «capital crime» que es; aunque existen otros que pueden comprenderse en este último calificativo, cual el de violación, «treason» y secuestro, también susceptibles de tan grave penalidad.

En el propio título y sección del Código federal americano se establecen dos grados para el asesinato: perteneciendo al primero el cometido mediante veneno, emboscada «o cualquier otra clase de muerte, voluntaria, deliberada, maliciosa y premeditada», así como la ocasionada al perpetrar, o intento de perpetrar cualquier incendio, violación, robo con escalo o pillaje; o llevada a cabo con deliberado y malicioso propósito de causar la muerte de persona distinta de que la que resultase efectivamente asesinada.

Cualquier otro asesinato pertenece al segundo grado.

Incumbe al jurado, una vez instruido al efecto por el Tribunal, pronunciarse por el grado a que corresponde el asesinato cometido a su veredicto en cada caso concreto.

Según hace constar, en sus «Memoranda» respectivos, el Profesor Herbert Wechsler, la definición y categorías precedentemente aludidas se remontan a la primera modificación adoptada por Pennsylvania al reformar en este aspecto el «common law» en 1794, limitando el asesinato en primer grado al cometido en los términos legales que se recogen en el primer párrafo de este epígrafe. Añade dicho Profesor que otros Estados incluyen en tal categoría la mutilación y el secuestro y otros cinco, uno de ellos New York, todas las «felonies». La frase «toda otra muerte» que también la Ley americana emplea para designar el segundo grado de asesinato, se explica con la referencia «a los demás homicidios que, conforme al «common law» serían también asesinatos». Finalmente, debe hacerse constar que la citada reforma abordada por el Estado de Pennsylvania razonaba su diversa gradación del asesinato por la variedad de los delitos que esa figura abarca «tan diferentes unos de otros por la atrocidad que entrañan, que es injusto dejarlos comprendidos en un solo castigo» (pág. 785, núm. 5).

La responsabilidad penal en que incurre el que auxilia o instiga a la comisión de un asesinato en segundo grado es la misma que la del autor del hecho (Sección 2.ª del Título 18) («Replies», pág. 741).

La pena de muerte se halla prevista sólo para el delito de asesinato en los Estados de California, Kansas, Massachusetts, Nebraska, New York, Oregón, Pennsylvania, Vermont y Washington:

Para el de asesinato y «treason», en los de Montana y New Jersey.

Para el de asesinato (por supuesto en primer grado) y el secuestro: los de Colorado, Connecticut, Iowa, New Hampshire y Ohio. El secuestro se halla castigado con pena capital, si de dicho delito resulta lesión corporal producida por el secuestrador, en Idaho, New México, Utah y Wyoming.

Para el asesinato y el de violación: en el Estado de Tennessee.

Se castigan con la última pena tanto los delitos de asesinato como los de «treason» y secuestro en Arizona, Illinois e Indiana.

Los de asesinato, violación y secuestro en Missouri.

Además del asesinato, la violación y «treason» en Kentucky y West Virginia.

El asesinato, violación y el asalto a mano armada, en Texas.

El asesinato, violación, secuestro y «treason», en Florida y por la Jurisdicción federal.

El asesinato, «treason», violación y el descarrilamiento provocado, en Georgia.

El asesinato, violación, incendio y robo con escalo, en Louisiana.

El asesinato, violación, incendio y «treason», en Maryland y Mississippi.

El asesinato, robo con escalo en primer grado, violación e incendio, en Carolina del Norte.

El asesinato, violación, asalto a mano armada y secuestro por rescate, en Oklahoma.

El asesinato, incendio, violación y secuestro, en Carolina del Sur.

El asesinato, violación, incendio, pillaje y asalto a mano armada, en Virginia.

La violación, incendio, «treason», asalto a mano armada y secuestro, en Delaware.

Siendo, finalmente, Alabama el Estado que prevé la pena capital para mayor número de delitos: asesinato, violación, incendio, asalto a mano armada, «treason» y el asalto en carreteras.

Por último, la pena de muerte *fué abolida* definitivamente en los Estados de Michigan (1847), Rhode Island (1852), Wisconsin (1853), Maine (1887), Minnesota (1911) y North Dakota (1915). («Replies», págs. 744 y ss.).

B.—*Otras sanciones establecidas para el delito de asesinato.*

Conforme a la ya citada inicialmente Sección 1.111 del también referido Título XVIII del Código federal, «cualquier culpable de asesinato en primer grado sufrirá la pena de muerte, salvo que el jurado atempere su veredicto añadiendo al mismo la frase «sin pena capital»; en cuyo supuesto será condenado el culpable a reclusión perpetua»; que es pena asimismo prevista, aunque con carácter alternativo, para los reos de asesinato en segundo grado.

Siempre que en el hecho concurren las circunstancias que, para definir el asesinato en primer grado, establece la repetida Sección del Código federal, podrá imponerse también pena capital cuando se cause la muerte de un funcionario o empleado del Gobierno, o aquélla se produzca a consecuencia de accidente ferroviario provocado o de asalto a un banco; dependiendo del veredicto discrecional del jurado la imposición de esa pena, la de reclusión perpetua o, cuando menos, superior a diez años en cualquiera de los dos casos últimamente citados (Título XVIII, Secs. 1.114, 1.115, 1.992 y 2.113).

Es de significar también en este lugar que como consecuencia de la aplicación de la gracia de indulto, privativa del Presidente de la Unión, según precepto constitucional (art. 2.º, Sec. 2), puede resultar la sustitución de la pena de muerte por cualquiera otra, ya que el ejercicio de dicha gracia es sin limitación por razón de la pena sustituida; si bien estas conmutaciones no se han venido produciendo con frecuencia, a tenor del informe americano.

Por otra parte, ha de advertirse igualmente que no hay restricciones en cuanto a la imposición de la pena de muerte por razón de edad, sexo u otras circunstancias del reo. («Replies», pág. 741).

Aunque en la Jurisdicción federal no hay precepto a favor de los penados a reclusión perpetua en cuya virtud pueda dispensárseles la redención de sus condenas por sus trabajos o buena conducta, las Secciones 4.161 a 4.163 del Título XVIII prevén, para los reclusos en establecimientos correccionales por tiempo determinado, que no sea aquella clase de reclusión, los siguientes tipos de remisión parcial:

Cinco días de remisión por cada mes cumplido, si la condena oscila entre los seis meses y el año.

Seis días, si la condena oscila entre uno y tres años.

Siete días, si entre tres y cinco años.

Ocho días, si entre cinco y diez años; y

Diez días por cada mes de cumplimiento, si la condena es por tiempo superior a diez años.

Además, el recluso puede redimir su condena a razón de tres a cinco días por cada mes que cumpla trabajando en algún oficio o faena agrícola. («Replies», pág. 742).

#### C.—*Cumplimiento de las penas de reclusión por los reos de asesinato.*

En el régimen penitenciario federal, los condenados a reclusión perpetua como reos de asesinato, ya obedezca tal pena a imposición de plano por el Tribunal o a conmutación de la originaria de muerte, sufren su castigo en iguales condiciones y en las mismas instituciones que los reos de otros delitos penados también a reclusión perpetua. Estimando el informe americano que en los establecimientos de cada Estado se aplica la misma regla y sin que sea conocida la circunstancia de que en ninguna institución penitenciaria norteamericana se aplique la reclusión indicada en la modalidad de «aislamiento» (*solitary confinement*); sólo aplicado, y por periodos breves de dos o tres días, como castigo disciplinario, de régimen interno.

Todos los penados federales a reclusión perpetua que hayan extinguido quince años, son susceptibles de acogerse al régimen «bajo palabra» cuando así lo disponga el Departamento respectivo; dependiendo principalmente el beneficio de la propensión del reo a observar una conducta honesta en la comunidad tras su excarcelamiento. (Los requisitos a que se condiciona el régimen «bajo palabra», consignados al dorso del certificado respectivo, se reseñan en la página 772 de las «Replies», Apéndice A, del Estado de Wisconsin.)

En el ámbito federal no existe la sentencia indeterminada, si bien en algunos Estados y en el Distrito de Columbia se aplica una modalidad de tal institución, fijando condenas de límites máximo y mínimo de duración. (Véase el *Report of the Judicial Conference of the Committee on Punishment for Crime*, 1942, págs. 4 y 5.) («Replies», pág. 742.)

#### D.—*Enajenación mental.*

Defínese tal circunstancia, a efectos penales, naturalmente, como «la enfermedad o defecto mental que determina la incapacidad para comprender la índole de los propios actos, para conocer si son lícitos, para abstenerse de su comisión. Ha de haber un defecto o enfermedad «actuales» de las facultades de la mente que afecte a la razón o a la voluntad en modo tal que el agente no pueda superar la reacción antes de haberse repuesto de su acto delictivo. Este último ha de reconocer como origen una mentalidad morbosa o desordenada». (Del informe judicial aprobado por el Tribunal Supremo en el caso «Fisher»: 328, U. S. 463.)

La «Public Law 285, 81 st Congress, 1 st Session», dicta normas para el cuidado y vigilancia de los dementes reos de delitos previstos en el derecho federal; para cuando tal achaque sea conocido antes de dictarse sentencia (Sec. 4.244); durante su cumplimiento (Sec. 4.245); y al aproximarse la extinción de la condena (Secs. 4.246 a 4.248). («Replies», pág. 743.)

Las circunstancias generalmente aceptadas por los Tribunales de la esfera federal como equivalentes a enajenación mental a efectos de la exención de la responsabilidad del reo, se resumen así: 1.<sup>a</sup>, Que el reo revele tal desorden mental, a causa de enfermedad de igual índole, que sea incapaz de distinguir entre lo recto y lo ilícito; 2.<sup>a</sup>, Que no tenga conciencia del hecho que realiza; 3.<sup>a</sup>, Que, aún consciente de la índole del hecho y capaz de discernir entre lo probo y lo ilícito y que el acto reviste este último carácter, su voluntad se halle, no obstante, en tal modo aniquilada por enfermedad mental, que su conducta no esté sujeta a sus deseos.

Se han advertido, empero, dos ampliaciones a los criterios que acaban de exponerse: una, rechazada de plano por los Tribunales americanos, en cuya virtud habrían de reconocerse iguales efectos exculpatorios a la «debilidad mental», aunque esta situación no llegase al extremo de la verdadera «demencia», en el sentido legal de la palabra. Otra, la sustentada por los psiquiatras modernos, en cuanto éstos no conciben como objeto de estudio de la Psicología los «juicios morales» («moral judgments»), sino tan sólo lo relativo al diagnóstico y terapéutica; en cuanto tienden a considerar el entendimiento, más que como la causa efectiva de la conducta, como su mera racionalización. De todo ello se advierte el desconcierto en que inciden los psiquiatras cuando, en su papel de peritos forenses, intentan conciliar los criterios terapéuticos peculiares de su profesión con el «juicio moral» del Derecho penal. («Replies», págs. 746 a 748.)

Al respecto asevera el informe del Gobierno federal que esos criterios «amplios» han sido rechazados por nueve Estados, incluyendo el Distrito de Columbia (Arizona, Arkansas, California, Idaho, Maryland, Missouri, Texas y Washington); sujeto a estudio, aunque la tendencia es también adversa, en otros dos (New Jersey y Pennsylvania); motivo de mayores dudas en cuatro (Indiana, Kentucky, Massachusetts y New York); y aceptado por seis (Connecticut, Illinois, Rhode Island, Utah, Virginia y Wisconsin).

Por último, ha de recogerse también que, a tenor del informe emitido por Sanford Bates («Replies», pág. 778), es muy frecuente en los Estados ordenar un reconocimiento psiquiátrico del reo de asesinato condenado a la última pena.

#### E.—Métodos de ejecución de la última pena.

El título 18 (revisado) del Código federal, en su Sección 3.566, prescribe que el modo como ha de cumplirse dicha pena será el que establezcan las leyes del lugar donde se dictó la sentencia y, si en éste no estuviere establecida tal pena, el Tribunal designará otro Estado para su ejecución.

La fecha de la misma se fija en el mandamiento judicial, si bien el cumplimiento se suspende mientras se sustancia la apelación interpuesta por el procesado.

*Electrocución.*—Emplean este procedimiento los Estados de Connecticut, Massachusetts, New Jersey, New York, Pennsylvania y Vermont, entre los «orientales»; los de Illinois, Indiana, Nebraska, Ohio y South Dakota, entre los del Centro y Noroeste; los de Alabama, Arkansas, Florida, Georgia, Kentucky, Oklahoma, South Carolina, Tennessee, Texas y Virginia, entre los del Sur, y el de New México, en el Oeste.

La instalación consiste en una silla especialmente construída para que resista

en su caso la presión corporal sufrida al instante de la ejecución; en un tablero, con dos interruptores que controlan corrientes de 2.300 y 650 voltios, instalado en un aposento separado de la silla, delante de la cual está situado el espacio que se destina a los testigos, dotado éste último de una separación de cristal.

El Jefe de la prisión indica al operario cuándo ha de conmutar la primera corriente, que durante diez segundos llega a 2.300 voltios y durante treinta segundos a los 650. (Estado de Illinois.) Esta operación puede repetirse si el médico que asiste así lo considera preciso. Son dos los médicos que acreditan la defunción.

El tiempo invertido desde que el reo sale de la celda hasta la ejecución oscila entre dos y ocho minutos. La ejecución suele efectuarse al amanecer, permitiéndose al reo la elección de su cena. Unos veinte minutos antes de la ejecución se afeita la cabeza y la pantorrilla izquierda del penado, que es maniatado durante esta operación para evitar arrebate la navaja.

Al cabo de medianoche, el número preciso de guardianes sujetan los brazos del reo a los costados, conduciéndole al lugar de la ejecución, distante unos quinientos pies de la celda. También es allí sujetado con correas a la silla, donde se le cubre la cara. Después, se le aplica un electrodo en la parte alta de la cabeza y otro en la pantorrilla. Cada electrodo, de cobre, va forrado con una esponja humedecida, en agua salada con el fin de reducir la quemadura y facilitar el paso de la corriente.

Rara vez se aplican sedativos o narcóticos antes de la ejecución, y ello en todo caso bajo prescripción facultativa. Siempre se permite que el penado esté asistido por ministro de su religión, una vez que le es leído el testimonio de la sentencia.

*Gases letales.*—Emplean este sistema los Estado de Arizona, California, Colorado, Missouri, North Carolina, Nevada, Oregón y Wyoming.

El informe de California fija en cuarenta segundos el tiempo invertido desde que el penado entra en el lugar de ejecución hasta que pierde el conocimiento. En contadas ocasiones, y a petición del reo, se le ha dado una onza de whiskey en presencia del facultativo. California no registra incidencias en la aplicación del procedimiento.

La expansión de la mezcla gaseosa, colocada bajo el asiento donde se sujeta al penado, es producida accionando una palanca situada fuera de la cámara. Esta, de hormigón, en el Estado de Nevada, tiene una capacidad de 348,52 pies cúbicos, comprobándose posibles escapes antes de la ejecución mediante emanaciones sulfurosas. Se halla empotrada en el pavimento la silla donde se sujeta al reo, asegurándose sobre el pecho de éste un estetoscopio conectado al exterior, por el que un médico comprueba el corazón y otras reacciones. En el Estado de Oregón se aplica además un cardiógrafo.

Confirmada la defunción por el facultativo, se extrae el gas de la cámara por medio de un aspirador, neutralizándose los posibles residuos con la aplicación de un álcali volátil. En Carolina del Norte, el local de ejecución tiene instaladas dos ventanillas: para testigos y funcionarios. La silla consta de una compuerta inferior, accionada eléctricamente, por la que se dejan en libertad los gases.

*Horca.*—Aplican este método los Estados de Delaware, Idaho, Iowa, Kansas,

Lousiana, Maryland, Mississippi, Montana, New Hampshire, Washington y West Virginia. En el de Utah, el reo puede optar por el *fusilamiento*.

En Maryland, la instalación estriba en una plataforma con una compuerta que, al accionarse y ceder, deja colgado al reo. La distancia desde el punto de suspensión al suelo depende del peso, haciéndose previamente la prueba con un saco de arena equivalente al peso del reo. Se emplea para cada ejecución cuerda nueva y el nudo corredizo dé modo que quebrante la cerviz.

Desde la salida de la celda hasta la efectiva ejecución, transcurren de dos a seis minutos, y durante tres o cuatro los reflejos musculares tras el desvanecimiento.

\* \* \*

En cuanto a las opiniones sobre el método menos inhumano, cada informante se inclina de modo sistemático por el procedimiento en vigor en su respectivo Estado. Sin embargo, Clinton T. Duffy, Director de la prisión de San Quintín (California), hace constar que con el empleo de gases no se desfigura parte alguna del cuerpo y el penado queda rápidamente desvanecido, «lo que es menos horripilante, sobre todo para los señores allegados». Por su parte, el Fiscal general de Oregón revela en su informe la impresión que le produjeron dos «fallos» por él presenciados cuando en dicho Estado se ejecutaba con horca la última pena. («Replies», págs. 786 a 789.)

F.—*Efectos advertidos con ocasión de abolirse o reducirse la aplicación de la pena capital.*

Contestando a la pregunta (núm. 28 del Cuestionario británico) de si la abolición en algún caso ha registrado como consecuencia disminución o aumento en la delincuencia de carácter grave, advierte el Gobierno americano que no dispone de informes al respecto de suficiente consistencia; pero que «puede decirse en términos generales que en Estados como Michigan (donde se abolió tal pena en 1847) que el número de asesinatos revela mayor frecuencia que en otros Estados, donde, asimismo, por ejemplo, se sigue ejecutando tanto a raptos como a los asesinos». (Pág. 744.)

Asevera, además, el informe norteamericano, que desde 1.º de julio de 1941 a 30 de junio de 1949, fueron declarados reos de asesinato en primer grado, por los Tribunales federales de distrito, 35 condenados; de los que 12 lo fueron a pena de muerte y los 23 restantes a reclusión perpetua. De aquéllos, fueron ejecutados siete antes de finalizar el expresado período; dos vieron conmutadas sus condenas por la de reclusión, y uno logró que el Tribunal Supremo devolviese la causa para nueva vista.

Desde 1941 a 1947 se ejecutaron 925 penas capitales impuestas por Tribunales ordinarios, de la que 558 recayeron sobre reos de raza negra; 757 fueron motivadas por delitos de asesinato; 155 por violaciones; siete por otros delitos (pillaje y robo a mano armada), y seis impuestas a reos de espionaje. Estos datos se suministraron por la Oficina Censal del Departamento de Comercio («Replies», pág. 744.)

Sanford Bates manifiesta que, si bien no ha habido una oscilación significativa en cuanto a número de penas de muerte conmutadas durante los últimos cincuenta años, han percibido, en cambio, una propensión de los jurados a pro-

nunciar veredictos más benévolos y una creciente actitud, por parte de los Tribunales, refractaria a dicha pena. («Replies», pág. 778, f.)

Según el Dr. Overholser, la existencia legal de dos grados de asesinato es más bien una invitación a que los jurados mitiguen su veredicto mediante la apreciación de circunstancias atenuantes. («Replies», pág. 782.)

Por su parte, Wechsler, abundando implícitamente en esa última opinión, añade que «cualquiera que sea la finalidad perseguida mediante el castigo, espera en que todos convengan respecto a que, si ha de subsistir la pena de muerte, no sólo debe estar prevista para los casos más graves, sino además determinada por la índole del acto delictivo y lo que pueda comprobarse acerca de las condiciones del reo». Concluye citando la opinión del Juez Frankfurter, para quien la gradación legal de la gravedad en el homicidio es «un reconocimiento de que la pena capital puede servir de intimidación tan sólo cuando el asesinato es deliberado y además se caracteriza por la premeditación»; si bien el citado Wechsler concluye que un homicidio impulsivo, causado por una provocación débil, difícilmente merece más atenuación que el perpetrado tras la lucha íntima que puede seguir a una provocación de intensidad mayor. («Replies», página 784 y núm. 6.)

J. S. O.

**SCHONKE (Adolf): «Strafgesetzbuch. Kommentar».—6.ª edición.—C. H. Beck, Munich y Berlín, 1952.—XVI - J 012 páginas.**

Apenas transcurrido un año de la quinta edición de este libro aparece, enteramente puesta al día, esta nueva edición. Tan rápida sucesión de sus ediciones es prueba bien clara del extraordinario valor de la obra que reseñamos.

Dos novedades de gran interés hallamos en la reciente publicación, una es el comentario de la *Strafänderungsgesetz*, de 30 de agosto de 1951, ley que contiene los preceptos referentes a la protección penal del Estado; es otra la jurisprudencia del, ha poco creado *Bundesgerichtshof*, el más alto Tribunal de la Alemania occidental, sucesor del hoy extinguido *Reichsgericht*.

Como en las anteriores ediciones, el autor no se limita a la exposición de la doctrina y de la jurisprudencia alemanas, sino que da también amplia noticia sobre la legislación y la doctrina extranjeras, siendo de notar que en la información referente al Derecho penal extranjero, circunscrita hasta ahora a pocos países, se contienen, por vez primera, las publicaciones españolas.

El comentario del texto legal alemán siempre se mantiene claro y profundo. Es éste un libro del mayor interés para el conocimiento de la doctrina, de la legislación y de la jurisprudencia germánicas.

E. C. C.

SELLIN (Thorsten): «MURDER AND THE PENALTY OF DEATH» «El delito de asesinato y la pena de muerte», en los «Annals of the American Academy of Political and Social Science».—Philadelphia, 1952.—Vol. 284, noviembre.—238 páginas.

En los Estados Unidos, la recepción del «Cuestionario», formulado por la «Royal Commission on Capital Punishment» inglesa, a fin de investigar y tener en cuenta la práctica observada en otros países cuya experiencia pudiera ilustrar tales cuestiones» (pág. II), aparte de la emisión de las correspondientes «Respuestas», determinó también la publicación de una serie de artículos en los «Anales» epigrafiados; publicación estimulada por su Director, el Profesor de Sociología en la Universidad de Pennsylvania, Dr. Thorsten Sellin, quien ya había aportado su informe personal ante la susodicha Comisión británica.

La publicación, que seguidamente se reseña, distribuye los 19 artículos que la integran en cinco capítulos, sucesivamente dedicados al aspecto estadístico y etiológico del delito de asesinato (éste como el más comúnmente sancionado con pena capital en los países de antecedentes jurídicos ingleses), a las consecuencias derivadas de la aplicación de dicha pena, a la discusión sobre la presunta conveniencia de su mantenimiento o abolición y, finalmente, a una reseña histórica de las vicisitudes legislativas en otros países, con especial mención del Canadá e Inglaterra.

Iniciase la cuestión con un artículo del Profesor de Sociología de Minneapolis, George B. Vold, quien, sin perjuicio de los obstáculos que encuentra para precisar los delitos que en los Estados Unidos de América llevan aparejada indefectiblemente la pena de muerte, y a pesar también del valor solamente relativo que para él revisten los datos contenidos en los «Uniform Crime Reports», en las «Judicial Criminal Statistics» o en los informes de la «National Office of Vital Statistics», nos ofrece algunas cifras, también de interés parcial, cual la de 3.029 correspondiente al número de ejecuciones registradas entre los años 1930 a 1950, de las que el 87,3 por 100 fueron determinadas por asesinatos, 11,1 por 100 impuestas a «raptos» (término no equivalente a nuestra nomenclatura legal, por cuanto también abarca el estupro y la violación o incluso los meros abusos deshonestos), y 1,6 por 100 por delitos diversos. Concretamente, en el año 1949 hubo 119 ejecuciones y solamente 82 en 1950 (págs. 1 a 7). De carácter predominantemente estadístico es la aportación de Norman S. Hayner y John R. Cranor (sociólogo y funcionario de Prisiones, respectivamente), si bien limitada al Estado de Washington (págs. 101 a 104).

Frank E. Hartung, sociólogo adscrito a la Wayne University de Detroit, alude a la difusión de la idea según la cual la post-guerra entraña un recrudescimiento de la pena de muerte, creencia que dice controvertida por Emerson Deets, y al respecto advierte que si bien en Austria, Italia y Rumanía volvió a establecerse dicha pena, por otra parte Suiza extiende en 1942 el criterio abolicionista que desde 1874 sólo regía en 15 cantones; Islandia, a raíz de su absoluta independencia, confirma en 1944 tal abolición, que venía ya decretada desde 1930, y Brasil limita su imposición, a partir de 1946, a los delitos militares y en tiempos de guerra.

Prosigue el mismo articulista con un bosquejo histórico en el que se recoge la cita al «Gran Código» del Estado de Pennsylvania, que en 1682 limitó ya la

pena capital a sólo el asesinato en primer grado, aunque la implantación del régimen inglés al siguiente día de la muerte de William Penn (30 mayo 1718) implicó su extensión a 14 clases de delitos, sin contar los de naturaleza religiosa, que no figuraban en el precitado Código de la Colonia. Esta, tras su independencia, vuelve a reducir el número de delitos susceptibles de pena de muerte, destierra el delito de «brujería», y en 1794 sólo subsiste la pena en cuestión para el asesinato.

En cuanto a Inglaterra, registra en 1780 hasta 350 figuras de delitos penadas con muerte (con absoluta despreocupación en cuanto a la edad o sexo del reo). Los delitos que a partir de 1.500 fueron adquiriendo el carácter de «capitales» lo eran en su gran mayoría contra la propiedad; si bien posteriormente ven reducir su número a 220 en 1825, y 177 en 1839, y a sólo cuatro en 1861, hasta que finalmente en 1948, la pena de muerte, suspendida por el Parlamento británico (Sesión de 14 de abril, en la Cámara de los Comunes), ha quedado prácticamente limitada al asesinato, pese a que nominalmente continúe prescrita para la «treason» y delitos de piratería e incendio en arsenales y depósitos de municiones.

También recoge Hartung la exclusión a favor de los menores de dieciocho años, a partir de 1908, y la circunstancia de que, de 935 mujeres acusadas de asesinato en los primeros cuarenta y ocho años de este siglo, sólo 126 fueron condenadas en Inglaterra a la pena de muerte, sólo 11 ejecutadas. De las 18 mujeres condenadas a muerte desde 1939 a 1948, sólo una sufrió ejecución.

Volviendo a los Estados Unidos, tras advertir que en los últimos treinta años el promedio anual sólo alcanza a 135 ejecuciones (promedio que aumenta en los años de la depresión económica), indica luego el propio Hartung que luego se produce un descenso rápido a partir de 1939; aparte de que en la Unión las ejecuciones han ido perdiendo, asimismo, su carácter público: a partir de 1835, en New York, y en que en Inglaterra ha sucedido lo propio desde 1868. En Francia, pese a la publicidad mantenida, queda desvirtuada por la distancia a que es mantenida la multitud por la policía en cada ocasión.

Con mayor detalle si cabe en cuanto a los síntomas abolicionistas y vicisitudes parlamentarias en tal sentido, por lo que concierne a Inglaterra, se describe la cuestión en otro artículo del colaborador Max Grünhut, ex Profesor en las Universidades de Bonn y Jena (págs. 158 a 166).

A propósito de uno de los aspectos más discutidos sobre la pena de muerte, el de su presunto efecto intimidativo (tema que también ampliamente se aborda en otro de estos artículos: el de Karl F. Schuessler, págs. 54 a 62), es digna de mención la postura del Jefe de la prisión Lewis E. Lawes («Life and Death in Sing Sing» y «Twenty Thousand Years in Sing Sing», 1928 y 1932), quien no conforme en exigir se presencien las ejecuciones por el promotor y Tribunal de la causa, hace constar además que no puede por menos de reputarse ilógico que, si la única razón de mantener la última pena radica en su intimidación, mal cabe esperar ésta cuando aquélla sólo se ejecuta en presencia de personas las menos necesitadas de tal clases de advertencias.

En cuanto a la preocupación por reducir en lo posible el sufrimiento del reo (otra de las características que Hartung advierte en los tiempos modernos), cierta descripción, también transcrita, del susodicho jefe de penal, evidencia que lo que en tal sentido haya podido lograrse mediante la electrocución, aventaja en

intensidad lo que pueda abogarse por la duración del procedimiento (páginas 8 a 19).

En el aspecto ecológico, el artículo de John L. Gillin, dedicado al asesinato como fenómeno social, es un resumen de observaciones de su autor con motivo del estudio por él realizado sobre 486 reos de tal delito, reclusos en Waupun; observaciones que le hacen señalar como notas más relevantes la insuficiencia de escolaridad, excesivo trabajo prematuro y situaciones familiares anómalas, aparte de un escasísimo porcentaje de procedencia de ambientes rurales (págs. 20 a 25).

Otro estudio sobre la etiología mental del asesinato, debido a la pluma de Bernard A. Cruvant y Francis N. Waldrop, médicos psiquiatras del Hospital de Santa Isabel en Washington, y derivado de los estudios sobre pacientes internados en dicha institución, actualmente una de las que abarca la «Federal Security Agency», concluye por la aseveración de que más de la mitad de los reos acusados de asesinato en primer grado adolecían de esquizofrenia (páginas 35 a 44).

En su artículo «The Death Penalty Abroad», Peter P. Lejins (Profesor de Sociología en la Universidad de Maryland), destaca, por una parte, la poca fidelidad que debe atribuirse a las estadísticas oficiales que «a causa de la creciente revalorización de los métodos de propaganda para el manejo de las masas», se desentienden despreocupadamente de los datos y circunstancias reales. Por otro lado advirtiendo el carácter eventual, también por causas políticas, del resurgimiento de la pena de muerte en algunos países abolicionistas, tras un breve resumen de la evolución legislativa sobre el particular en el mundo, concluye lamentándose de la falta de un informe científico y «extra-legal», dedicado al estudio del problema en todas las naciones.

También a otro sociólogo, el Dr. C. W. Topping, Profesor de la Universidad de la Columbia Británica, se debe el artículo que estudia la pena de muerte en el Canadá. En este antiguo «Dominio», conforme a su Código Penal y «Selected Statutes» de 1927 (Ottawa, 1948; edición que contiene las modificaciones sucesivas), los delitos susceptibles de pena capital son los de asesinato, «treason», alzamiento en armas y violación.

En aras de la brevedad impuesta por la índole de toda reseña, ha de concluirse recogiendo, de ese último trabajo sobre el Canadá, el resumen de los alegatos ineficazmente aducidos en reiteradísimas ocasiones ante el Parlamento de Ottawa por el gran abolicionista Mr. Robert Bickerdike. Tales argumentos son los que siguen:

1. Dicha pena es un asesinato y una mancha para la Cristiandad.
2. Brutaliza al público y a los funcionarios que presencian su ejecución.
3. No intimida y, al contrario, es menos temida por algunos delincuentes que la propia reclusión perpetua.
4. No puede evitarse con absoluta certeza la ejecución de reos inocentes.
5. Todas las penas han de ser reformadoras, pero no han de parecer venganza.
6. Hay menos asesinos en los países abolicionistas, que en los que conservan tal pena.
7. Esta es una verdadera reliquia de los tiempos de barbarie.

Por su parte, el articulista, incierto respecto a lo que el porvenir determine

en su país respecto a la persistencia de tal castigo, propugna que cuando menos para los que delinquen por vez primera, aunque su delito sea el de asesinato, se observe un sistema más objetivo del hasta ahora seguido y en el que deberán desempeñar el discreto, pero eficiente papel que les corresponda, los psicólogos, psiquiatras y los expertos en Sociología (págs. 147 a 157).

J. S. O.

**SILVA MELERO (Valentín): «Un ovetense: Profesor penalista y poeta romántico» (Don Félix Pío Aramburu Zuloaga).—Oviedo, 1952.—198 páginas.**

Un admirable discurso constitutivo de una monografía, que estudia la vida de D. Félix Pío Aramburu, como poeta romántico, penalista, catedrático de Derecho civil, primero, y de Derecho penal, después, Senador y Magistrado del Tribunal Supremo, distribuido en los siguientes epígrafes: El orto; Noches de Luna; Historia de pájaros; Ciencia penal; Intermedio nupcial; Sinfonía asturiana; La amargura del patriota; Lealtad al viejo Magisterio Académico de Ciencias Morales y Políticas; El canto del Cisne, y poeta y penalista romántico. Apéndices con selecciones de poesías de Antología poética inédita, de Noches de Luna; documentos alusivos, que figuran en el expediente del biografiado como Catedrático de las Universidades de Santiago y de Oviedo y Rector de esta última; hojas de servicios; publicaciones y trabajos científicos, datos sobre la elección de Senador; extracto de cartas enviadas por Aramburu a Menéndez y Pelayo y Bibliografía.

Su ilustre biógrafo y digno sucesor en la Cátedra de Derecho penal de la Universidad de Oviedo, D. Valentín Silva Melero, glosa la ilustre figura de su antecesor, «de quien debe decirse que puso tan alto el prestigio de la Cátedra en la que—dice modestamente Silva—tengo el honor de sucederle, que al desarrollar su labor diaria en el mismo lugar, donde resonó su voz, me imagino que llevado de aquella bondad y comprensión que le adornaron, sería indulgente con mi actuación, ya que a falta de dotes mejores, sólo puedo poner a contribución la mejor voluntad, y el ímpetu vocacional por la enseñanza, sin otra aspiración que ser útil a la juventud universitaria, en la que todos ciframos nuestras mejores esperanzas».

Retratado de mano maestra el jurista, civilista primero y penalista después, examina el autor las valiosas aportaciones a las notas que Aramburu puso a los *Elementos de Derecho penal*, de Enrique Pessina, como más tarde lo hiciera, en nueva edición, el Profesor Cuello Calón, reflejando la actual orientación del Derecho penal y de la lucha contra el delito y su constante preocupación en pro de la espiritualidad del Derecho penal, en momentos que nuevos ideales científicos amenazaban con negar toda la aportación del clasicismo. Se estudia, asimismo, la influencia en Aramburu del correccionalismo penal, y las innovaciones del positivismo compatibles con los derroteros clásicos. En su notable *Monografía de Asturias*, premiada por la Real Academia de la Historia, entre cosas muy diversas, contiene indicaciones sobre criminología primitiva astur, y es merísimo su discurso sobre «El delito colectivo».

La contestación de Estrada Acebal, al discurso de Silva Melero, en su ingre-

so en solemne recepción académica en el Instituto de Estudios Asturianos, que es también digna de todo elogio, recoge la brillante carrera literaria y científica del Profesor Silva Melero.

D. M.

«UNRECHT ALS SYSTEM» («La injusticia como sistema»).—Bundesministerium für gesamtdeutsche Fragen. Bonn, 1952.—239 páginas.

El Ministerio federal para las cuestiones alemanas, de la República de Bonn, ha publicado este amplio libro, que no es más que una recopilación de documentos procedentes de las zonas de la Alemania soviétizada, en los que se pone de manifiesto los nuevos modos de administrar justicia en las mismas. Textos de leyes, ordenanzas, circulares y disposiciones gubernativas de toda índole, sentencias íntegras pronunciadas por los Tribunales ordinarios y de excepción; la obra resulta de un interés considerable para los estudiosos que quieran lanzar una ojeada a través de los secretos del telón de acero, que aquí se levanta levemente en lo que atañe a la Alemania oriental. Gran parte del libro, su capítulo I, con un total de 84 nutridas páginas, hace referencia concreta a materias de Derecho penal, con la exposición de 88 casos, incluyéndose los de presuntas violaciones de la llamada «Ley de Defensa de la Paz» y aplicaciones de la novísima sobre delincuencia infantil y juvenil, de 1 de junio de 1952. Las otras secciones se ocupan de Derecho laboral, económico y administrativo, abundando en ellas, asimismo, cuestiones penales, dada la prevalencia del Derecho represivo, tan característica de los regímenes totalitarios de cualquier signo.

A. Q. R.



# REVISTA DE REVISTAS



## A L E M A N I A

### ZEITSCHRIFT FÜR DIE GESAMTE STRAFRECHTSWISSENSCHAFT

SAX, Walter: "DER GRUNDTATBESTAND BEI DEN TOETUNGSDELIKTEN UND BEIM DELIKT DER ABTREIBUNG" ("El tipo básico en los delitos de muerte y en el de aborto"). Berlín. De Gruyter, 1952, IV Heft.

Realiza el autor de este trabajo, Magistrado y colaborador del Instituto de Criminología de Colonia, un acucioso análisis de dos parejas figuras delictivas concretas, la de muerte en su forma de homicidio y de asesinato de los párrafos 211 y 212, y la de aborto ajeno o propio de los dos incisos del párrafo 218 del Código penal alemán. Todas ellas presentan un tipo básico idéntico caracterizado en el hecho de la muerte de un ser humano, ya nacido en los delitos propiamente homicidiales, ya meramente concebido en los de aborto, pero sobre dicho sustrato primordial y fáctico los tipos ulteriores se construyen siguiéndose en el Código una sistemática que denomina "de exclusión". Así, el homicidio simple, comprendido en el tipo de "Toetung", se configura por la condición negativa de no ser asesinato ("Mord") en el párrafo 212. Y de parejo modo el aborto de persona extraña, esto es, el no propio de mujer embarazada, está caracterizado por igual noción excluyente en el inciso tercero del párrafo 218.

La singularidad de la tipificación "de exclusión" origina diversas cuestiones en cuya solución se han acreditado desde antiguo profundas divergencias doctrinales en la ciencia como en la Jurisprudencia alemanas. Tras de examinar algunas, insiste como las más importantes en las que hacen referencia a la codelicuencia, cuando participan en el hecho base personas a quienes es diversamente aplicable una u otra especial normatividad; por ejemplo, la concurrencia de la embarazada consistente en el propio aborto con el "extraneus". Generalmente se ha planteado y resuelto el asunto con arreglo a la actividad personal del participante por separado, pero el autor estima científicamente preferible la referencia unitaria, de origen al menos, al tipo base. Singularmente, en lo que atañe al aborto, se ha denegado casi unánimemente hasta Nagler-Schaefer, la unicidad típica, afirmándose, por el contrario, su absoluta morfología dual, según que se trate del propio aborto o del de otra persona. Semejante solución entrañaba, según él, la imposibilidad de una correcta aplicación de la doctrina general de la codelicuencia en cada forma delictual y con abstracción de las cualidades personales de los

concurrentes en ella. Otro tanto ha sucedido en torno al asesinato, susceptible de concurso personal efectivo únicamente en los supuestos de previo conocimiento y aceptación de los elementos cualificativos.

En opinión contraria, y desde luego minoritaria en la ciencia jurídico-penal germánica. Schroeder ha sostenido la de la permanencia de las tipicidades fundamentales, que son de valorar y operar por encima de lo que denomina "divergencias cuantitativas". Pero tal sistema tampoco merece la completa aquiescencia del autor del artículo, principalmente por las complicaciones prácticas que su aplicación entrañaría. La justa solución, según él, estribaría en considerar si los elementos constitutivos del tipo constituyen o no un todo morfológico homogéneo; concretamente, si son meramente logísticos, deducibles por exigencias de la tipicidad misma, o si fueron prefijados ex profeso por el legislador en referencia al "plus" que la cualificación añade al tipo base. Precísase estudiar asimismo la caracterización de la tipicidad en sus facetas objetivas y subjetivas, al modo belinguiano, distinguiéndose entre los tipos llamados "movibles" y los "rígidos"; en los primeros es factible, al parecer, dicha tramutación con la consiguiente posible extensión de responsabilidades al "extraneus", en tanto que en los segundos no es hacedera semejante operación, persistiendo en ellos las diferencias aun bajo el peso de la tipicidad básica originaria. Sólo en atención a tales consideraciones puede lograrse una solución científica que requiere insoportablemente el examen detenido de la morfología de cada figura y caso concreto. En abstracto, empero, y de una manera apriorística, resulta impropcedente tanto la solución tradicional discriminatoria de la jurisprudencia del "Reichsgericht" como la heterodoxa unitaria propugnada por Schroeder y los pocos penalistas que le siguen.

**KREBS, Albert: "SCHWEDENS GEFAENGNISWESEN" ("Sistemas penitenciarios de Suecia").**

Fruto de un viaje de estudios en Suecia emprendido por el autor, oficial letrado del Ministerio en Wiesbaden durante el otoño de 1951, recógense en su estudio las más interesantes innovaciones del régimen penitenciario en que tradicionalmente se distinguió dicho progresivo país nórdico. En él coexisten pluralidad de sistemas en plano de constante observación y perfeccionamiento, desde el clásico pensilvaniano de aislamiento total, diario y nocturno, introducido allí por influjo del Rey Oscar I ya en 1841, y aun existente en parte en Uppsala y Längholm, hasta los más audaces ensayos permite la innovadora ley de ejecución de penas de 21 de diciembre de 1945. Los primeros frutos sazonados de ésta comienzan a recogerse actualmente, perfectamente estudiados y expuestos por los trabajos de la laboriosa Comisión de Prisiones del Reino de Suecia, presidida por el sabio ex Ministro Karl Schlyter, decano de los penalistas del país.

La divisa del régimen penitenciario sueco se resume, según el autor,

en la fórmula de "ayudar para la autoayuda". Mediante ella se pone el acento felizmente en el desarrollo individual de las propias actividades del penado, que un exagerado sentido de tutela directa puede efectivamente debilitar con obvios peligros; dado de lo que interesa en realidad es el fortalecimiento de la actividad, voluntad y conciencia del reo y no su perpetua dependencia de tutores, que al faltarle fatalmente algún día le lancen de nuevo en el camino del crimen. Lucidas consideraciones muy de tener en cuenta en un tiempo en que los prejuicios humanitaristas o los alardes de propaganda suelen primar sobre los estrictos datos de la técnica penitenciaria con los riesgos y males consiguientes.

En Suecia es extraordinariamente reducida la población penal, como lo prueba el dato de que en un país de unos siete millones de habitantes solamente se hallen reclusos en prisiones unos dos mil bajo sentencia condenatoria judicial, arrojando una proporción de 28,57 presos por cada 100.000 habitantes. No hay que inferir de tan sorprendentes estadísticas una pareja mínima criminalidad, sino tan sólo el hecho de la preferencia decidida por las penalidades de multa, evaluadas en el artículo en un porcentaje de 91 por 100 de las dictadas en sentencias condenatorias por los tribunales suecos. Así se evitan los tan conocidos daños de las penas cortas privativas de libertad y aun de gran parte de las prisionales, hacia las que cada día es más desfavorable la opinión científica y jurisprudencial de aquel país, donde, por otra parte, conocido es el grado de perfección alcanzado por el sistema de graduación de las penas pecuniarias mediante el uso de las "penas-días de jornal". El psiquiatra sueco Olav Kinberg se ha señalado sobre todo por la campaña contra las penas prisionales, poniendo de relieve su carácter de grave factor criminógeno. Es la multa, pues, la reina de las sanciones en Derecho penal sueco, visto el moderado uso de las privativas de libertad y la ya antigua abolición (desde 1921, salvo la alta traición y crímenes militares en tiempo de guerra) de la de muerte (la última ejecución capital data de 1910).

Aun dentro del escasísimo radio de acción de las penas prisionales procurase en el sistema penitenciario sueco la resocialización del penado en base principalmente al trabajo y al contacto con el exterior, pilares sobre los que descansa la reforma de 1945. Prefiérese, en consecuencia, y a ello tienden todas las reformas, la regulación de los establecimientos abiertos, que paulatinamente van sustituyendo a los cerrados, siendo modelo de aquellos el de Skenäs, y de éstos el de Uppsala (ambos para delinquentes juveniles). Muy interesante es en todos ellos, también en los de mayores, el régimen de permisos, otorgables como premio a la buena conducta, con el que trata de resolverse, además de los necesarios contactos sociales y familiares, el tan debatido problema sexual de los reclusos. El sistema sueco, y nórdico en general, de salidas periódicas parece más propio para ambas finalidades que el contrario de visitas de extraños a la propia prisión, con el que se pone en riesgo la moralidad de los visitantes al contacto con el siempre pe-

ligroso ambiente carcelario. En materia de organización es de destacar la existencia en casi todos los establecimientos penitenciarios de un organismo, el "Kurator", encargado de velar por las necesidades de los presos en nombre de las instituciones benéficas extracarcelarias.

También es de destacar la predilección de la administración sueca por los pequeños establecimientos de 30 a 100 reclusos, por término medio, evitando las grandes aglomeraciones prisionales que no hacen sino complicar y dificultar los problemas de toda índole. La descentralización penitenciaria está al orden del día en aquel país.

Especial y bastante original es el sistema empleado con los delinquentes alcohólicos, tan enormemente frecuentes en toda Escandinavia, practicándole los análisis de porcentaje de alcohol en la sangre, sobre todo en los delinquentes por imprudencia en conducción de vehículos. En referencia a los delinquentes menores de edad, existe asimismo un régimen especial para los juveniles de hasta veintidós años, en los que se aplica una relativa indeterminación de condenas con un máximo de cuatro años de duración.

Completa este cuarto Cuaderno del "Zeitschrift" la sección bibliográfica acostumbrada, en él dedicada a la organización de tribunales, así como tres extensos estudios de legislación y ciencia penal comparada: uno de Marc Ancel dedicado a la francesa, de 1938 a 1949; otro de Lang-Hinrichsen sobre la codificación brasileña, y un tercero de Honkasalo relativo a las novedades penales finlandesas en 1950.

A. Q. R.

## BELGICA

### *Revue de Droit Penal et de Criminologie*

Marzo 1952

GLASER, Stefan: "QUELQUES REMARQUES SUR L'ETAT DE NECESSITE EN DROIT INTERNATIONAL"; pág. 570.

La idea de necesidad envuelve en el Derecho penal contemporáneo dos conceptos que, aunque aproximados, son de carácter completamente diferente: uno conduce a la legítima defensa por un lado, y otro al estado de necesidad; su consecuencia se ha de demostrar al comienzo de la evolución de la idea de necesidad, que está lejos de ser la misma en su avance progresivo en los momentos actuales de la legítima defensa. El Derecho romano mencionaba en la "Les Rodia" algunos casos: la impunidad del delito necesario estaba fundado en aquel Derecho, sobre todo en la falta de intención delictuosa, según decía Ulpiano; las fuentes alemanas señalaban entre otros casos el de las necesidades impuestas a la mujer encinta, el robo de alimentos y otros. El Derecho canónico, a pesar de la aparente generalidad de sus prescrip-

ciones, no nos legó más que algunas disposiciones especiales incompletas. Recoge, el autor, también algunas disposiciones del Código de la Carolina, que se refieren al robo en el caso de angustia alimenticia real y hacen referencia a la obligación de robar alimentos para salvarse a sí mismo, a su mujer y a sus hijos.

Seguidamente el autor del artículo expone la evolución histórica con acertadas observaciones, hasta llegar al concepto actual, que parte del hecho esencial de que la necesidad consiste en el conflicto con motivo de una lucha de intereses justificados, entre los cuales no puede prevalecer cada uno sino a expensas de los otros. Destaca dentro de los principios generales el de interés preponderante, o de la evaluación de dichos intereses; la conservación del mayor valor en interés del menor, por lo que el Derecho penal interno define en general al estado de necesidad como un estado de peligro presente que amenaza intereses protegidos por la Ley y en el cual no existe otra solución que el quebrantamiento de intereses jurídicamente protegidos. Sin embargo, el Derecho penal contemporáneo considera generalmente esta situación diferente de la legítima defensa; no como una causa de justificación tan rigurosa, pero sí como una razón que exime de responsabilidad. Dicho en otros términos, no es un caso de legítima defensa, más se considera el acto cometido en estado de necesidad de legal justificación que dispensa al autor de la pena, y a título de ejemplo cita el artículo 33 del Código penal suizo, que se ocupa de la legítima defensa reconociendo a la persona atacada ilegítimamente el derecho de repeler el ataque, mientras que en el artículo 34, relativo al estado de necesidad, dice que el acto en cuestión "no será punible" y la misma distinción se encuentra en la mayor parte de los Códigos penales vigentes.

Seguidamente estudia la aplicación de estas ideas al campo del Derecho internacional.

Dr. A.: "L'ADOLESCENT DELINQUANT"; pág. 616.

Se refiere a un trabajo publicado en el "British Medical Journal", de 2 de junio de 1951, que recoge un resumen de los trabajos de una Comisión jurídico-psiquiátrica, constituida en el seno de la "British Medical Association", sobre delinquentes adolescentes. El problema a debatir es complejo, ya que la criminalidad juvenil aumentó extraordinariamente a causa de la guerra.

Párrafos brillantes de la información son consagrados a los perniciosos medios familiares, a los trabajos femeninos, que apartaron a las madres del hogar, a la situación especial de los niños escolares, que, por una razón cualquiera, están fuera de su familia, al carácter de los tutores y a la inteligencia y la educación de los delinquentes menores, considerados en sí mismos; a las características profesionales; en suma, a todas las características de la educación de los menores. El trabajo preconiza diversas medidas para el tratamiento en casos

de crueldad o de negligencia relativos a los niños, tanto para los adoptados, cuanto para los ilegítimos, insistiendo sobre la necesidad de establecer una enseñanza especial para los insuficientes mentales educables.

**CARTON DE WIART, Xavier:** "Le NOUVEAU CODE PENAL YUGOSLAVE"; pág. 619.

Está dedicado este trabajo a estudiar el texto del nuevo Código penal yugoslavo, que entró en vigor en 1.º de julio de 1951, que va precedido de un prólogo explicativo de los motivos del proyecto codificador, presentado por el ministro de Justicia, Frane Frol, a las sesiones públicas de las Comisiones legislativas de la Asamblea deliberante.

Con razón, dice el autor, recordaba el mariscal Lyautey que "existe entre los pueblos un común denominador, constituido por ciertas reglas morales esenciales". Con no menor razón Frol llamó al Código "el mirador del ordenamiento social juntamente con el ordenamiento estatal de un país, puesto que el edicto de represión de los atentados a las relaciones sociales existentes, al propio tiempo provee a la protección penal de derechos de los ciudadanos".

El nuevo Código, añade el autor del trabajo, es la coordinación sistemática de leyes existentes y en particular de principios de derecho inspirados por la Revolución y la liberación nacional. La modificación más importante en el Proyecto elaborado por la Comisión, presidida por Mocha Pijade y el Ministerio de Justicia, es la introducción en el artículo 1.º de una declaración—contraria al principio clásico de la legalidad—que debe servir de guía y dirección al juez, de forma análoga al pronunciamiento contenido en el Código penal ruso, que proclama que "la legislación penal de la R. S. F. S. R., tiene por objeto la protección del Estado socialista de obreros y campesinos que el orden jurídico establece contra los actos socialmente peligrosos (delitos) por la aplicación a sus autores de medidas de defensa social indicadas en el presente Código". El artículo 1.º del Código yugoslavo proclama en efecto: "el presente Código protege contra la violencia, la arbitrariedad, la explotación económica y demás actos socialmente peligrosos, la persona de los ciudadanos, sus derechos y libertades garantizados por la Constitución y las leyes, las bases políticas, nacionales, económicas y sociales de la República federativa popular de Yugoslavia, su independencia y su seguridad, su organización social sobre bases socialistas y su orden público instituido por la Constitución y por las leyes". El Código consta de una parte general (artículos 1 al 99), con los capítulos titulados: 1.º Disposiciones preliminares. 2.º Infracción y responsabilidad penal. 3.º Perpetración de la infracción. 4.º Las penas. 5.º Las medidas de seguridad. 6.º La aplicación de las penas, de medidas de educación y de corrección, y de medidas de seguridad contra los menores. 7.º La extinción de la pena y la rehabilitación. 8.º Los límites de aplicación de la ley

penal. 9.º Las definiciones legales. Distingue entre la pena y la medida de seguridad. La parte especial (artículos 100 a 362), comprende los capítulos X a XXV.

Abril 1952

**WARLOMONT, René: "LA FONCTION JUDICIAIRE ET LES POSITIONS ACTUELLES DE LA DEFENSE SOCIALE";** pág. 710.

Las interesantes cuestiones que plantea y dilucida el presente trabajo son los siguientes: I. "Conceptos que acusan las instrucciones procesales penales belgas en los momentos presentes": 1. Irreductibilidad necesaria de la función judicial. 2. Incidencia de la formación criminológica acerca del ejercicio de la función judicial. 3. Límites reales de esta función. 4. Su campo de actividad en la actualidad. II. "Antes de la audiencia pública del juicio: 5. Diálogo entre el perito y el juez. 6. Naturaleza jurídica del dictamen pericial. 7. Pericia bilateral y experiencia contradictoria. 8. Papel propio del Consejo técnico. 9. Los efectos de intervención del Consejo técnico. 10. La lista de peritos y de Consejos técnicos. 11. Formación pericial. 12. La asistencia médica de las mismas. 13. El Estatuto pericial en la legislación comparada. 14. La información de personalidad y los derechos individuales del justiciado III. "Durante la celebración del juicio: 15. Unidad y pluralidad de la Cámara del Consejo. 16. El asesoramiento médico. 17. Ventajas de esta confesión. 18. Objeciones.

A partir del II Congreso de Defensa social de 1949, se viene discutiendo sobre la formación profesional del magistrado, completada con estudios criminológicos y la conveniencia de crear una Magistratura médica especializada. La revolución científica contemporánea no sólo vela por la conservación de la Magistratura estructurada en leyes orgánicas y procesales, sino por la cooperación de la pericia técnica para garantía de los derechos individuales del justiciable y acertada apreciación de la prueba conforme a los avances de la política criminal, precisando, desde el punto de vista doctrinal y práctico, el papel y función exacto del perito, ya que en la concepción clásica, tanto en materia civil como penal, el perito es un hombre de ciencia y arte, mandatario del Tribunal sentenciador, para emitir dictamen en nombre propio sobre cuestiones determinadas y proponer conclusiones.

**LEY, Augusto, y VERSELE, Severino: "L'AVEU";** pág. 740.

Se trata de la reproducción, debidamente autorizada, de una Memoria publicada en junio de 1951 en los "Annales Médico-Psychologiques", que investiga la importante cuestión del testigo y el testimonio, que tanto interesa al jurista, al psicólogo, al educador y al psiquiatra. "Pecado confesado es la mitad perdonado", proclama una vieja máxima moral, y

de hecho el franco testigo o el encartado que testimonia una falta cometida, atraen la indulgencia, mientras que su disimulo callado no deja de ser irritante; viene a ser lo mismo que la comisión de un delito de fuga del automovilista después del atropello y es una falta que suscita una indignación general. Sin embargo, es forzoso reconocer que el testimonio entraña una decisión débil y penosa. Constituye un conflicto con tendencias profundas y muy fundamentales que el individuo puede plantear en su defensa, prestándose a no reconocer un acto que le consta es reprobado por la moral y las conveniencias sociales y que además entraña por sí mismo sanciones punitivas. Tampoco debemos asombrarnos que en el comienzo de la mayor parte de las informaciones judiciales, el inculcado niegue los hechos de que se le acusa. El testimonio es casi siempre impuesto al acusado bien por la evidencia de las pruebas o más raramente bajo la influencia espontánea de la reflexión y de los remordimientos.

**MAHILLON, P.:** "D'INSTRUCTION CONTRADICTOIRE"; pág. 756.

El autor del trabajo manifiesta que su propósito no es entrar a fondo en el debate planteado por eminentes penalistas, sino expresar la perplejidad que sentimos cuando se implanta una reforma que a juicio de sus promotores tiende a hacer la justicia más accesible para su defensa, más serena y más imparcial también.

La instrucción contradictoria fué instituída mediante la identidad judicial del procesado en colaboración con la Policía; el juez tomará la iniciativa en las pruebas, interrogará a los autores presuntos de un crimen, proseguirá el sumario indagando con la excesiva circunspección que debe impulsar los actos del magistrado instructor auxiliado de funcionarios competentes. Si el testimonio es esencial y determinante, dando vida al procedimiento judicial y medio eficaz para las indagaciones del juez, no puede dejar esta tarea a la Policía; equivaldría, al decir del autor, a abrir el vientre del enfermo y no actuar el bisturí del cirujano.

D. M.

## **C U B A**

### **Revista Penal de La Habana**

Año V. Volumen V. Julio-agosto 1952

**MACHADO, Manuel:** "EL DOCTOR MIGUEL ANGEL CESPEDES, NUEVO MINISTRO DE JUSTICIA"; pág. 3.

Comienza la Revista que dirige el ilustre profesor Dr. José Agustín Martínez Viademonte, tan conocido en los ambientes culturales españoles, con este artículo editorial, que es una semblanza del ministro de

Justicia cubano, en el que se resalta su personalidad de jurisconsulto y sus vastos conocimientos en las diferentes ramas del Derecho penal, civil, administrativo y mercantil.

**MARTINEZ, José Agustín: "ETIOLOGIA DEL PISTOLERISMO EN CUBA"; pág. 6.**

Consta el artículo de seis apartados, con numeración correlativa, admirables por su exposición y método. En el primero hace alusión al crimen, que en cualquiera de sus manifestaciones es una enfermedad social, que tiene su morfología, su etiología y su terapéutica. Un crimen, dice el ilustre maestro cubano, no es un producto de la nada; la "nada" nada crea. Es un producto de factores múltiples; algunos conocidos, otros desconocidos; pero todos presentes en su etiología particular. El autor recomienda paciencia para descubrir estos factores, y a veces valor para ponerlos al descubierto y combatirlos. No adelantará la Criminología si no nos valemos de la experimentación biológica. "De la misma manera que si la ciencia médica descubre el microbio productor de una dolencia cualquiera, se encuentra en camino de combatir la enfermedad y vencerla, del propio modo si el sociólogo o el criminalista llegan a descubrir las causas productoras del crimen, se encontrarán en una posición admirable para luchar contra esta enfermedad social."

En el apartado segundo, se comenta el alcance científico del II Congreso Internacional de Criminología, celebrado en la Sorbona de París, en el otoño de 1950, al que asistió el autor de este artículo presidiendo una de sus secciones destinada a controvertir la etiología del delito, en todos sus aspectos, pero de manera particularísima en relación con la delincuencia juvenil.

El tercer apartado contiene curiosas investigaciones acerca de las causas del pistolero, tema que el autor abordó con anterioridad en un artículo publicado en "El Mundo", de La Habana, con el título de "La generación perdida". Esta generación es la juventud ociosa; fenómeno social debido a la clausura de la Universidad y los Altos centros docentes; con tal motivo muchos estudiantes cubanos se ejercitaron en el cultivo del odio, poseídos de la pasión política del sectarismo, y adquirieron destreza en el manejo de la escopeta recortada y de la bomba.

Los tres enunciados restantes deducen consecuencias tristes del triunfo de la revolución demagógica. Apenas instalado en el Palacio presidencial Grau San Martín, abundan los atentados personales, asesinatos, exigencias de dinero, secuestros, grupos de pistoleros forman la comidilla diaria, que llena la crónica del crimen. Elevado por primera vez a la Presidencia Batista, logra un período de calma. Muchos de los componentes de estos grupos o pandillas, no hallando ambiente favorable en Cuba, se alistaron como voluntarios en los ejércitos de los Estados Unidos, tomando parte en la segunda guerra mundial. Terminada ésta regresan a su país, no encontrando un clima favorable para establecerse

pacíficamente. Concluye el artículo con la afirmación de que el problema del pistolero puede llegar a controlarse dentro de ciertos límites. Labor de aniquilamiento que no es obra de un jefe de Policía, por muchas que sean sus buenas intenciones, ni de una Comisión del crimen; es tarea complicada y difícil porque obedece a muchas causas combinadas de índole educativa, económica, políticas y sociales, comercio de drogas patrocinado a veces por altos funcionarios del Gobierno cubano, que constituye, en fin, problema de autoridad y de justicia.

**CHAVES MILANES, Francisco; "EL DISPARO DE ARMA DE FUEGO Y LA NUEVA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL DELITO DE HOMICIDIO IMPERFECTO";** pág. 13.

Corresponde a un trabajo doctrinal que, según afirma modestamente el autor, "no reviste los caracteres de un estudio fundamental doctrinal ni tiene por objeto realizar una investigación jurídico-penal acerca de la naturaleza y elementos constitutivos de un delito de creación legal bastante discutida en el terreno científico, sino una mera investigación de carácter práctico en las fuentes de interpretación del precepto vigente en Cuba, que contribuya a fijar los verdaderos caracteres de la figura punible y a hacer más justa y acertada su aplicación".

Sin embargo, goza de una documentación seleccionada, a través del artículo 423 del Código penal español de 1870, adaptado al 421 del Código penal anterior y 436 del vigente en Cuba. Figura autónoma entre los delitos contra las personas, que el autor examina en los comentaristas de los Códigos españoles y en la jurisprudencia de nuestra patria.

**MOSQUERA, Guillermo; "LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES EN LOS DELITOS CULPOSOS";** pág. 26

Crítica el artículo la jurisprudencia cubana que sostiene "que en los delitos culposos no son apreciables las circunstancias atenuantes, ya que expresamente el artículo 72 A, del Código de Defensa social, fija como índice regulador de la sanción imponible". Doctrina que no comparte el autor del trabajo, aunque reconoce la mucha trascendencia que tiene en el orden práctico, principalmente en lo que se refiere a la remisión condicional, ya que no puede otorgarse ésta si en la sentencia no se aprecian dos circunstancias atenuantes personales o de menor peligrosidad; y negar la posibilidad de aplicar la condena condicional en los casos de sanciones impuestas por delitos culposos, mientras es imperativa en determinados casos para los dolosos o formales, es desnaturalizar la institución, más aún de lo que ha hecho el propio Código de defensa social, que para cada delito señala la sanción correspondiente, pero se entiende que es para el delito formal y sólo por excepción incrimina especialmente la forma culposa.

Sostiene que en los delitos culposos es de apreciar las circunstancias atenuantes que concurren y sean compatibles con ese tipo de responsabilidad. Mas no ha sido uniforme el modo de incriminar la culpa, en todos los países, ni lo ha sido siempre en Cuba. Bajo el régimen del Código penal de 1879, no era dable en los delitos culposos apreciar circunstancias modificativas, porque dicho Código expresamente lo prohibía, lo que no ocurre, en opinión del autor, en el Código de defensa social.

D. M.

**E ' S P A Ñ A**

P R E T O R

**Revista técnica de Justicia Municipal**

**Número primero. Septiembre 1952**

**VIADA, Carlos: "LA APELACION EN EL JUICIO DE FALTAS, ¿PUEDE AGRAVARSE LA PENA?"**

Como en España no existe más antecedente respecto al problema que las sentencias de 5 de mayo de 1900 y 19 de noviembre de 1927, en las que el Tribunal Supremo resuelve que puede condenarse en juicio de faltas por el Juzgado Municipal y, en su caso, por el de Instrucción, al que no ha sido denunciado ni acusado, si existen pruebas de responsabilidad contra él, basando la decisión en que para las faltas no rige el sistema acusatorio, el autor del artículo estudia la cuestión en la doctrina y en la legislación italiana para después referirla a nuestro sistema. Así, arranca de un trabajo de Delilata, en que afirma la conveniencia de la desaparición del principio "reformatio in peius" en el proceso penal, opinión que tuvo acogida en el proyecto de Código de Procedimiento Penal de 1929, pero que sólo la consiguió en parte en el texto definitivo de 1930 para cuando la apelación se interpusiese por el condenado y el Ministerio Fiscal, pero no cuando sólo lo fuese por aquél. Estudia después la posición de Calamandrei en esta cuestión, Partidario de la prohibición de su aplicación en el proceso civil donde domina el principio dispositivo y de su admisión en el proceso penal como manifestación, aunque aislada y excepcional del principio de autoridad. No ve el autor esta diferencia según el proceso, sino según domine en él el principio dispositivo o el de oficialidad, y respecto a las faltas públicas por predominar en ellas el interés general y, por tanto, el principio de oficialidad ha de admitirse el de "reformatio in peius", llegando así a la conclusión de nuestra jurisprudencia, aunque por otras razones.

**Número segundo. Octubre 1952****TORRES AGUILAR, Juan de: "EL DELITO DE ACUSACION Y DENUNCIA FALSAS Y LAS FALTAS".**

La refundición de los artículos 331 y 332 del Código penal del 34 en el 325 del de 1942, crea para el autor unos problemas que cree inexistentes en la legislación anterior, unos de carácter procesal, como la manera de proceder para que se castiguen como falsa la acusación o denuncia así calificada por el juez municipal en juicios de faltas; otros, de proporcionalidad de la pena, inexistente para él entre el presidio menor establecido para la denuncia falsa de delito, y el arresto mayor para la de falta, agravada esta desproporción—sigue hablando el autor—al fijarse la misma pena para la de todas las faltas, sean delictuales o contradictorias, problemas que quedarían resueltos—y estas son sus condiciones—si la denuncia falsa de faltas fuese falta y no delito y se pudiese aplicar en su salvación el perdón judicial en casos excepcionales, pero con el correctivo de imposición—no condena—de costas al denunciante doloso.

Domingo TERUEL CARRALERO.

**F R A N C I A****Revue Internationale de Police Criminelle**

Octubre 1952

**LECHAT, René: "PROPOS SUR L'OBTENTION DES AVEUS"; página 246.**

El autor del artículo, siguiendo la huella de criminólogos eminentes, consigue llamar la atención acerca de la importancia que reviste el interrogatorio del presunto culpable.

Cuida de sistematizar el mecanismo del interrogatorio del modo siguiente: 1) Urgencia de ponerse en contacto con el acusado. 2) Creación de una atmósfera propia. 3) Apreciación por separado y en conjunto, con otros elementos probatorios, de los testimonios y confesiones. 4) La comprobación de la veracidad de estos testimonios y confesiones.

Un conocimiento profundo de los medios probatorios, contenidos en el cuaderno o legajo sumarial permiten la rapidez en rechazar contradicciones y engaños; el sentido suficiente de la psicología del criminal es de tal envergadura, que los vecinos más próximos al interrogado amenazan con reacciones propicias a provocar y alterar las confesiones; emotividad en las sensaciones, sentimiento de la culpabilidad, remordimientos, apegos familiares, ideales religiosos, esperanza en la demencia, temor al castigo, incorrecciones sociales, confesiones de coautores y cómplices, en suma, infracciones a la ley del medio ambiente. Todo ello

limitado a una breve y documentada explicación que lleve al ánimo del juzgador la certeza de un medio de prueba de gran importancia, sobre todo en lo que respecta al primer punto del interrogatorio.

**SICOT, M.: "LA C. I. P. C., A LA VII.ª SESSION DE LA COMMISSION DES STUPEFIANTS DE L'O. N. U."; pág. 251.**

Continuación de la crónica informativa que apareció en el número de marzo de 1951, de la Revista que examinamos, relativa a las funciones de los tres organismos que actúan en la O. N. U. y que tienen por nes de los tres organismos que actúan en la O. N. U. y que tienen por distribución de los estupefacientes, con el fin de adaptar su consumo a las únicas necesidades médicas y científicas. Entre ellas figura la Comisión de Estupefacientes, constituida por 15 técnicos de diferentes países, con objeto de examinar los informes de las investigaciones anuales de los Gobiernos signatarios, dando cuenta de la ejecución de los convenios relativos a esta materia, que especialmente tratan de reprimir el tráfico ilícito.

Identificada con el Comité ejecutivo de la Comisión Internacional de Policía criminal, reunida en Cannes, en febrero de 1952, decidió enviar representante a la VII sesión de la Comisión de Estupefacientes de la O. N. U., que tuvo lugar en abril de dicho año. En el orden del día de la referida sesión fueron puestas a discusión cuestiones tan interesantes como el proyecto de unificación de convenciones internacionales; otro proyecto de resolución concerniente a la cooperación internacional con miras a la lucha del tráfico ilícito; este mismo problema en general; discusión del Memorándum de la C. I. P. C.; proyecto de resolución de visado de equipajes de barcos mercantes. La Comisión de Estupefacientes examinó también los métodos científicos empleados para la determinación del origen del opio.

**KANETKAR, V. G.: "LE PISTAGE DES MALFAITEURS"; pág. 253.**

El acontecimiento histórico reciente de la independencia de la India ha permitido que su régimen policial posca una técnica tan perfecta como los pueblos más adelantados en determinadas situaciones, pero otros servicios observan un procedimiento sencillo para descubrir a los malhechores, utilizando el empleo de seguidores de pistas profesionales, que acaban por descubrir el sitio donde están ocultos, persiguiendo las huellas que dejan por el suelo. Método cierto, poco científico, pero que gracias a la facultad de observación, a la tenacidad y a la experiencia de hombres, en la mayoría de los casos iletrados, con frecuencia consiguen resultados excelentes. En el artículo, cuyo autor ocupa el cargo de Inspector general de la Policía de Saurashtra (India), se citan ejemplos de bandidaje peligroso, que venían cometiendo los mayores crímenes, hasta caer en poder de la Policía, llegándose a apresar al jefe de la más im-

portante organización, famoso criminal por su astucia, y ocultación de su verdadera personalidad, que individualmente había perpetrado crímenes, consiguiendo la impunidad y organizando la banda de los "Dacoits", bandidos hindúes, que también realizaron asesinatos por supuestas razones políticas y sociales. La policía científica puede conseguir grandes éxitos utilizando a estos empíricos colaboradores en la persecución de la delincuencia, con ayuda de los nuevos adelantos en la lucha contra el delito.

#### Noviembre 1952

**STUMM, Walter:** "LES MEURTRES D'ELISABETH KUSIAN"; pág. 278.

Relata el autor del artículo los homicidios cometidos por Elisabeth Kusian en diciembre de 1949; distribuyendo el trabajo en "Introducción; los hechos: 1.º Descubrimiento de los cadáveres, investigaciones y confesiones de la culpable; 2.º Reconstitución de los hechos; personalidad y responsabilidad penal; condena".

Los homicidios cometidos tienen la apariencia de inconcebibles. Mas el estudio detallado del carácter de su autora esclarecen sus astucias y seducciones. Esta trabajaba en 1932 en las faenas domésticas y en 1936 contrae matrimonio, del que tuvo tres niños. Movilizado su marido, fué hecho prisionero en 1945. El año anterior Elisabeth entra a trabajar como asistente en una Casa Municipal para recogida de niños. En aquellos días de la "débañe", durante el curso de los combates de Berlín, es herida en la rodilla y destinada en concepto de voluntaria a los servicios de Sanidad. A consecuencia de la lesión sufrida es sometida a tratamiento de la morfina, acostumbándose al uso de la droga, adquiriendo el vicio habitual de los morfínomanos.

Acusada de asesinatos, el informe médico legal, con ocasión de su proceso, define a la acusada como "una anormal psicopática de tendencia disarmónica, presentando rasgos claramente histéricos, que sin ser tarada de enfermedad mental o simpleza de espíritu, altera su estado psíquico por el uso de la morfina". Condenada por los dos asesinatos a prisión perpetua, para unos representa la premeditación alevosa, para otros, los crímenes de la locura.

**BOON, Dr. Mile. J.:** "LE DETECTEUR DE MENSONGES"; pág. 289.

Se trata de una síntesis, o tesis compendiada, que su autora, distinguida jurista en los Países Bajos, presenta a los lectores, sobre el discutido problema del empleo del "detector" de mentiras y el narcoanálisis, como uno de los medios de prueba en el procedimiento criminal, para evitar supercherías, y que promovió discusiones en los Países Bajos con motivo de un proceso ante la Audiencia o Tribunal de Apelación de Arnhem, contra un delincuente acusado de falsificación de moneda ameri-

cana, provocando una corriente de opinión en pro de la aplicación del detector, que registra las variaciones psicológicas de la presión sanguínea, del pulso, de la respiración, de los sujetos sometidos a este examen, y pendiente de su interrogatorio con objeto de descubrir la mentira, siempre que sean correctamente interpretadas.

**LERICH, L.:** "FAUSSES IDENTITES"; pág. 294.

Afirma el articulista que "debiera titularse su trabajo, más bien, "La necesidad para el policía de poseer multitud de conocimientos que no figuran en ningún Manual". El maquillaje, sobre todo. Locard lo estudió bajo todas sus formas, y citaba el caso de Carrony, que para modificar el tamaño grande en apariencia de los ojos, rompió con un cuchillo los ángulos de los párpados, y además se dió un corte en la oreja derecha para hacer inutilizable su retrato hablado.

El simulador puede adoptar un disfraz cualquiera, por ejemplo un uniforme, y Locard citaba un célebre caso de un pretendido eclesiástico. El autor de este artículo cita el caso, curiosísimo, de dos artilleros que durante la guerra europea de 1914-1918 estuvieron siempre en primera línea, y que pese a las advertencias, suben sobre el parapeto donde permanecen unos instantes después del fuego de las ametralladoras y desaparecen; la artillería alemana desarrolla un tiroteo violento sobre los cañones franceses, y cuando acuden al lugar donde se encontraban los defensores de estas piezas aquellos dos artilleros llevaban en el cuello de su uniforme un número de un regimiento que jamás había sido visto en la región.

Cítense otros casos, por más interesantes, de falsas identidades como la del que oculta su verdadera personalidad, cubriéndose con una falsa identidad, pero se olvida de la suplantación y firma una declaración con su verdadero nombre. En resumen, concluye el escritor deduciendo que la moral de las historias que relata no deben ser improvisaciones para la policía y entiendo por funcionario de este servicio toda persona que coadyuva a la mejor formación de los procesos criminales, debiéndose encargar de tan importante misión a los que hayan estudiado profundamente el medio en el cual operan los criminales.

Diciembre 1952

**ALVAREZ DEL REAL, V., y CASTILLO GUERRA, O.:** "POLICE ET REHABILITATION DU DELINQUANT"; pág. 310

Se trata de un trabajo presentado por los Servicios de la Policía Nacional de Cuba, en el que se hace constar que el delincuente es producto del medio que influye sobre su responsabilidad alterando su naturaleza física y psíquica. Seguidamente se sintetizan las características del acto delictivo que es resultante de fuerzas emanadas del organismo, físico y

psíquico del agente y que provienen del medio físico y social, factores internos y externos. Entre los primeros figuran el organismo del agente determinado por condiciones congénitas; la raza, la edad, el sexo, los caracteres adquiridos por la herencia. Entre los segundos están comprendidos las influencias del mundo físico externo como el clima, la temperatura, la alimentación, etc.

Las causas provenientes del orden social que obran sobre el delincuente, son: la educación, falta de instrucción, estado civil, profesión, alcoholismo, libertinaje, etc.

A continuación se analiza la rehabilitación social y legal, representativa de un problema grave que se plantea ante el espíritu humano, y que las orientaciones modernas vienen a neutralizar la acción policial en defensa de la víctima y de los prejuicios contra el individuo que observa una conducta antisocial, ya que se trata de indagar los orígenes del crimen, ensayando explicaciones sobre su naturaleza compleja y descubrir sus medios. La policía, más que castigar el crimen quiere prevenirlo. No investiga seguramente para que la sociedad se vengue del criminal, sino para que se regenere y se le recluya, sin ningún peligro para el cuerpo social donde violó normas fundamentales. He aquí para los autores la misión de la policía, que indiscutiblemente debe ser un organismo altamente especializado.

**ANSLINGER, H. J.: "LA QUESTION DES STUPEFIANTS AUX ETATS-UNIS ET LE ROLE DU FEDERAL BUREAU OF NARCOTICS"; pág. 317.**

El 16 de junio del pasado año, el autor de este trabajo presentó ante la Asociación nacional de Jueces y Magistrados una serie de observaciones curiosas acerca de la cuestión de los estupefacientes y sobre el papel llamado a desempeñar por la "Federal Bureau of Narcotics". Sostiene que la policía local constituye la base de la legislación y orden público americano. La policía federal realiza un papel importantísimo en la persecución del delito y especialmente en materia de estupefacientes. La toxicomanía no es una novedad en los Estados Unidos. Sin embargo, a la terminación de la última guerra mundial se reduce considerablemente, y en los últimos años el empleo de los tóxicos ha ido en constante disminución, coincidiendo con la aplicación de leyes penales especiales.

**SORRENTINO, Hugo.: "EMPREINTES DIGITALES", pág. 329.**

Trabajo encaminado a resaltar el Sector de la policía científica que apasiona más al público: el descubrimiento e identidad del delincuente por la impresión de las huellas digitales. Cumple el autor su propósito ilustrando a los lectores, no con casos aislados, sino ahondando en el cuadro de las directrices de orden general, que la policía italiana observa en todos los dominios a que alcanza su actividad preventiva y judicial.

Directrices que en toda su extensión responden a la técnica sobre la evolución que han experimentado súbitamente todas las ciencias al traer consigo el cuidado de "observar", "fijar" lo que fué observado y "clasificar" los datos establecidos, con miras a descubrir la certeza, por la constancia del método empleado.

D. M.

## Revue de Science Criminelle et de Droit Penal comparé

Julio-septiembre 1952

VOUIN, Robert: "L'EXERCICE DE L'ACTION CIVILE EN CAS DE PARTICIPATION VOLONTAIRE DE LA VICTIME A L'INFRACTION PENALE", pág. 345.

El autor del artículo plantea, en el terreno de los principios y en el Derecho positivo, la tesis de la cuestión sobre el ejercicio de la acción civil en los casos de participación voluntaria de la víctima de la infracción penal. Reconoce que no es nueva si se considera que ya aparece en decisiones judiciales antiguas y, especialmente, en los supuestos que se relacionan con las resultancias jurídicas de los duelos; pero el problema a resolver ha sido, después de la segunda guerra mundial, materia y objeto de vivas controversias y fallos judiciales, que sugieren una modalidad singular al desprenderse de la unidad de criterio y a través de los viejos casos ocurridos que motivaron la aplicación de normas que adquieren esencial relieve y apropiado marco para llamar la atención de civilistas y criminalistas.

Desde el punto de vista del Derecho penal, es de todos conocido que el consentimiento de la víctima dificulta muchas veces una mirada certera acerca de la calificación penal; cita el autor al efecto, a J. Hemard, en su artículo: "El consentimiento de la víctima en el delito por golpes y heridas". El problema que atañe al consentimiento en sí mismo, puede originar lo que concierne al ejercicio de la acción civil y evidentemente su solución interesa a la represión penal, puesto que la acción civil constituye para la víctima de la infracción un importantísimo agente de la represión. El Derecho civil, por su parte, debe preguntarse, una vez más, en méritos de justicia, acerca del sentido y de las consecuencias jurídicas que entraña la máxima romana "Nemo-Auditor", que conoce y aplica sin excitaciones de clase alguna, acaso por razón de que todavía no ha llegado a concebir una idea más precisa conforme a la doctrina expuesta por Ripert en "La regla moral en las obligaciones jurídicas". Es de toda evidencia que semejante cuestión sobre el ejercicio de las acciones civiles, nacidas de una infracción penal, son susceptibles de enfrentar unas contra otras las dos ramas del Derecho con el despertar de la teoría de la autonomía del Derecho penal que Vouin reserva para otra ocasión, analizándola debidamente.

El propósito del autor en este momento es hallar una teoría que dé solución general y abstracta al problema del ejercicio de la acción civil, en casos del consentimiento voluntario del ofendido, en los delitos de golpes y heridas causadas en duelo; en el proselitismo; ultrajes en público al pudor; estafas y cheques sin provisión de fondos, y abortos; exponiendo las reflexiones críticas doctrinales y análisis detallado de la Jurisprudencia más reciente, con miras a puntualizar las tendencias dominantes en las principales hipótesis que ofrecen las infracciones consignadas.

**STRAHL, Ivar:** "LA REFORME DU DROIT PENAL EN SUEDE", página 359.

Corresponde este trabajo a una conferencia pronunciada en el Instituto de Derecho comparado, en la Universidad de París, el 14 de mayo de 1952.

Comienza el exordio con la afirmación de que los problemas que plantean y tratan de resolver los criminalistas son los mismos en nuestros días en todos los países; las experiencias realizadas en un pueblo deben despertar interés entre los juristas de las demás naciones. Tal es el tema que justifica el presente discurso relativo a Suecia.

Entrando en materia dedica unas cuantas palabras a historiar el Derecho penal sueco. Desde hace mucho tiempo, el legislador sueco ha tenido especial cuidado en adaptar el Derecho a las necesidades de la época, con reformas apropiadas. En este sentido es reformador; ello no impide que en ciertas medidas sea también conservador, ya que en las reformas siempre trató de evitar rupturas en el desenvolvimiento del Derecho; su ideal es el de una evolución sucesiva que por lo mismo explica el curiosísimo hecho de que la base del Derecho penal sueco esté contenida aún en el Código de 1734. Prescripciones penales esenciales pasaron al Código penal de 1864, inspirado en la escuela clásica, que prescribía para la mayor parte de las infracciones, penas de multa, prisión y trabajos forzados, que más bien eran de reclusión, pues el término sueco de "Straffarbete" significa "trabajos forzados", pero el régimen de ejecución de esta pena corresponde con más exactitud con el de reclusión. A partir del siglo XX su sistemática fué sensiblemente modificada. Empieza por establecerse en 1902 el tratamiento educativo para niños menores entre quince y dieciocho años—la mayor edad legal en Suecia es a los quince años—; medida más tarde suprimida al ordenarse que, en la mayoría de los casos, los Tribunales se abstengan de citar a los delincuentes menores de dieciocho años, confiándolos a las Comisiones de Patronato de la Infancia.

Se introduce en 1906 la "libertad condicional" ampliamente modificada en 1943, en el sentido de que cada detenido condenado a una pena de seis meses o más tiempo, debe ser liberado condicionalmente cuando ha cumplido cinco semanas de pena, si no es que por una conducta meritoria obtuvo la libertad total. Razón de aplicarse de esta manera la li-

bertad condicional para toda pena que exceda de cierta duración y el preso no es de mala conducta, llegan de este modo a situar a los reclusos en un estado de libertad vigilada, después de su internamiento. En 1927 son introducidas las medidas de seguridad, en lo que concierne a los delincuentes peligrosos, destinadas a aquellos que no son del todo normales y a los reincidentes. En 1945 refórmase la ejecución de las penas privativas de libertad tradicionales, prisión y trabajos forzados, suprimiéndose en principio el sistema celular, reemplazándolo en una determinada medida en las prisiones clásicas, por establecimientos abiertos, y orientándose resueltamente la ejecución de la pena hacia la clasificación de los internados.

A continuación, el conferenciante hace un examen del estado actual de la delincuencia en Suecia y la lucha por el delito, deteniéndose a examinar las ventajas que reporta la estadística policial, la sustitución del arresto por multa en las contravenciones, la prisión-escuela para los delincuentes peligrosos como medida de seguridad, por tiempo mínimo de un año, fijado por el Tribunal o la Ley, estudiando los excelentes resultados obtenidos con la condena y libertad condicional, libertad vigilada, trabajo al aire libre de ciertos reclusos y poniendo de manifiesto el hecho de que es menor el número de evasiones en los establecimientos penitenciarios abiertos que en los cerrados.

Concluye el trabajo recomendando la atención que merece el personal penitenciario, encargado de cumplir las sanciones para conseguir el fin apetecido y para que rinda toda su eficacia la reforma penal y penitenciaria, por los servicios que presta y su adaptación científica a los nuevos métodos implantados en sustitución del régimen celular.

**GRAVEN, Jean: "LE PROCES ET LE JUGEMENT DE DAME RENARD", pág. 377.**

Se trata asimismo de una conferencia pronunciada por el insigne penalista suizo en el Palacio de Justicia de Bruselas, el 18 de diciembre de 1951, tan interesante como documentada y con la elegancia literaria de todos los libros, ensayos y discursos de su ilustre autor.

Esta vez ha acudido el profesor Graven a los trabajos eruditos sobre la "novela del Zorro", basados en un texto clásico, que suele producir la hilaridad en sus innumerables lectores. Refiere Paulino Paris que la ficción consiste en atribuir a los animales las pasiones y el lenguaje de los hombres, remontándose a las primeras edades de todas las literaturas. El apólogo es patrimonio de todo el mundo y por lo mismo edifica y causa placer a todos. Sigue distrayéndonos como en el primer día de su aparición. En el apólogo francés y germánico figura, en primer término, el "señor Lobo", símbolo de la violencia y la voracidad, y "el Zorro", personificación de la astucia y del engaño. La violencia y la astucia son tan viejas como el hombre y son siempre causa de disputas en el mundo;

apenas aparecen quieren desembarazar todo obstáculo. La aplicación de los apólogos, fábulas y recitales, entre el lobo y el zorro, son personajes eternos, desempeñan un papel preponderante y están al corriente de lo pasado como de lo que ocurre hoy. Lafontaine, con sus exquisitas fábulas llena de encanto poético las hazañas de los dos personajes aludidos, que han dejado honda huella en todas las memorias infantiles.

Graven se sirve de estas lecciones y descubre bajo estas máscaras de la violencia y la astucia los actos correspondientes a los hombres, formando emboscadas, proponiendo traídoramente la paz, protestando contra la agresión al "cordero", como ocurre en la fábula, buscando un pretexto que se esconde a veces en una maliciosa querrela para realizar expoliaciones, mientras se persuade a los débiles de encontrar un defensor que los aleje de todo peligro que acaba por devorarlos y destruirlos.

La asimilación con actos humanos, imputados a los animales, campea en la narración de la novela. El zorro, como dijo Calvet en "Tipos universales de la literatura francesa", es el héroe y el personaje de un inmenso libro, de una extensa epopeya animal, que se desenvuelve durante más de cuatro siglos, desde el siglo XI hasta el XVI, que parece eterno por haber canalizado en ese largo espacio de tiempo la inspiración popular nacional de la nación francesa; también debe entenderse en su verdadero sentido como el libro por excelencia, a modo de un árbol de gran altura, donde cada episodio es rama que fructifica en muchas composiciones literarias. Además, Graven ve en el proceso del lamento que llevó al pleito y en la sentencia del Zorro, el fenómeno del Antropomorfismo, que entra de lleno en la novela, como más adelante en otros géneros literarios, crítica del Derecho feudal, y especialmente en sátiras contra la justicia y la diplomacia de todos los tiempos.

Finalmente hemos de resaltar que la bibliografía del penalista suizo está admirablemente seleccionada.

**SAVEY-CASARD, Paul: "LES ENQUETES DE VICTOR HUGO DANS LES PRISONS"; pág. 427.**

El problema del crimen y de la pena—comienza el autor—es uno de aquellos que más vivamente solicitaron la atención de Víctor Hugo. Desde su juventud experimentó por las cuestiones penitenciarias y reformas en la administración de justicia, un verdadero interés, como se refleja en no pocas de sus obras. En una de sus primeras novelas, "Han d'Islandie", que escribió a los diecinueve años, nos dejó trazado con mano maestra el retrato del criminal Han y contiene una diatriba formal en toda regla contra la pena de muerte, que calificó de "homicidio judicial". Años después atacó a los que defendían la pena de muerte. Esta es la idea cumbre de "El último día de un condenado", que es un alegato contra la pena capital, que se publicó en 1892, que no trata únicamente de

la abolición de la pena de muerte, sino de recomponer y reconstruir de manera completa la penalidad en todas sus formas, de arriba abajo, de la más alta a la más pequeña, desde el "cerrojo hasta el hacha", según metáfora expresiva del poeta, que propugna no sólo la desaparición de la pena capital, sino que estima que la pena de prisión debe ser completamente transformada y concebida como un tratamiento en donde han de penetrar la dulzura y la indulgencia, ya que la Ley de Cristo ha de animar a los Códigos que deben mirar al crimen como una enfermedad.

El articulista, a continuación, saca deducciones del argumento de "El último día de un condenado" y de su protagonista, Claude Gueux, que realmente existió, y acusado de robo de un pan para alimentar a su familia estuvo encarcelado en Clairvaux y sufrió la pena capital.

Se relatan en el artículo que examinamos las impresiones de Víctor Hugo asistiendo a ejecuciones capitales; su visita a las cárceles e informes sobre presidios de Francia y de otros países: Brest, Toulon, Olerón (fortaleza y galera militar), Conserjería de París, donde sufrieron tormento mártires como la reina María Antonieta y delinquentes comunes como Cartuche y la Volsin, las cárceles de las riberas del Rhin y la prisión de Ginebra, que merece la repulsa del poeta.

Concluye el trabajo con el análisis de "los Miserables", donde sigue Víctor Hugo acentuando su pesimismo, condenando el régimen penitenciario de su tiempo; el presidio de Tolón, que albergó a Juan Valjean, corrupción y no enmendaba a los reclusos, al decir del insigne novelista.

#### Octubre-diciembre 1952

**MERQUIOL, André: "UNE NOUVELLE EXPERIENCE DE SEMI-LIBERTE EN FRANCE", pág. 535.**

Consta el artículo de los apartados siguientes: Introducción. I "Los medios de acción". 1.º Los locales. 2.º El personal. a) Los educadores. b) La asistencia social. c) Personal superior. II "El desarrollo de la residencia". 1.º La residencia normal. a) La fase de observación. b) La fase de trabajo en el exterior. 2.º Problemas particulares. a) Alimentación. b) Cuidados médicos. c) El peculio y los salarios. d) El problema de los permisos. III "Los primeros resultados obtenidos". 1.º Resultados desde el punto de vista administrativo. 2.º Las enseñanzas científicas.

A través de siete páginas y notas de referencia, se estudia una nueva experiencia de semilibertad, emprendida en Francia, que primero se aplicó en Marsella a los condenados a trabajos forzados que obtuvieron el beneficio de la libertad condicional, tomando por base una Ley de 5 de enero de 1951.

Las realizaciones actuales sobre el estado de libertad condicional tuvieron su origen en las críticas lanzadas en las postrimerías del siglo XIX al régimen penitenciario de traslado a las colonias. En diciem-

bre de 1936 se presentó a la Asamblea legislativa un proyecto de Ley para suprimir esta clase de penas, que dió lugar a la suspensión de los convoyes a Guyana. Un Decreto-ley de 17 de junio 1938 estableció que la pena de trabajos forzados se cumpliera en el territorio de la metrópoli en una "Casa de Fuerza". Pese a las diferencias del régimen previsto por el legislador en la indicada fecha, la modalidad de ejecución en los trabajos forzados se confundían poco a poco con las penas largas de prisión. Esta tendencia de confusionismo en penas privativas de libertad se explica por razones prácticas, por la dificultad de destinar locales separados a los comunes y a los forzados, cuyas situaciones carcelarias fueron agravadas por la guerra.

La reforma penitenciaria vino a proclamar nuevos principios: selección y progresividad, fundadas sobre otros criterios acerca de la naturaleza de la pena impuesta para su ejecución en el departamento penitenciario por el Juez, que aplica sencillamente el Código penal a toda infracción objetivamente determinada, toda vez que existía gran diferencia hasta 1951 entre los condenados ordinarios y los forzados, excluyendo a estos últimos de la liberación condicional; disposición vivamente censurada y que no dejó de chocar que a hombres culpables, por grave que fuera la infracción, pero enmendados en la prisión, no pudieran gozar del beneficio de los presos comunes y las mujeres reclusas, aunque condenadas a trabajos forzados, no pasan de ser reclusas como todas las demás. A remediarlo vino el nuevo régimen de 1951, con todas las circunstancias, sumariamente anotadas, y eligiendo como guía y cuadro de experiencia la ciudad de Marsella.

**KARANICAS, Demetre: "LES CAUSES DE LA CRIMINALITE", página 549.**

Numerados sucesivamente los cuatro puntos cardinales de los motivos de la criminalidad, en el primero, Karanicas, Profesor de Criminología y de Derecho penal en la Universidad de Tesalónica, explica el delito desde su aparición, casualidad y lucha contra los delincuentes, que constituye un fenómeno social. A partir de una época lejana, en su evolución primitiva, creada por el Logos, el Dios de la filosofía platónica que hace brotar como de una fuente las ideas hasta nuestros días, el tratadista descubre un esfuerzo continuado a esclarecer el fenómeno de la actividad antisocial y criminal de los delincuentes. Las tentativas a este respecto, y en términos relativos, el espíritu del hombre primitivo colocado en las tinieblas de las ideas metafísicas y religiosas, no puede sobrepasar de la concepción simplista de que el crimen era un acto profanador de la divinidad en la cual creía ciegamente este hombre primitivo; después vendría el Talión, ennoblecido por griegos y romanos.

El misticismo religioso medieval en cuanto a las ideas penales, sucede al ontologismo de Eurípides que en sus tragedias apunta conceptos

teocráticos del crimen en expiación a la divinidad ofendida por el acto criminoso y los sistemas filosóficos de Platón y de Aristóteles hasta el advenimiento del clasismo penal y positivismo, que tiene su entronque en el sofista Protágoras, doctrina sistematizada en Hume y Comte y desarrollada por Lombroso y Quetelet, que el escritor llama "los dos faros indicadores del objeto de un nuevo movimiento que estaba destinado a combatir el antiguo concepto dogmático del delito, a fin de alumbrar el nuevo terreno para que los inspiradores de la ciencia penal trabajen más cómodamente".

En el segundo punto se habla, con perfecta documentación, de las ciencias naturales: Antropología, Biología, Psiquiatría, Endoninología; casi todas las ramas de la medicina, Psicología y Caracteriología, que dando bases científicas a la teoría de Lombroso y purgándola de muchas de sus exageraciones, han contribuido al progreso de la criminología. En el tercero de los puntos distribuidores de la investigación procura el autor rechazar ciertas exposiciones que desconocen o interpretan mal el influjo del medio en la delincuencia y no le dieron la importancia que merecía. Destaca el papel preponderante de Quetelet, sin perjuicio de discutir sus doctrinas en orden a los factores sociales, sobre todo por la serie de condiciones económicas depresivas.

Finaliza el ensayo sosteniendo, en el apartado 4.º, que el resultado de las indagaciones en la criminología contemporánea va orientada hacia la tesis conocida por la influencia de causas endógenas y exógenas sobre la criminalidad, entendiéndose que si algunas veces se alzan voces de protesta y crítica contra aquéllas, provienen de partidarios fanáticos de la Biología criminal y de la Sociología criminal. Al discutir algunos tratadistas el concepto de influencia recíproca de las dos causas aludidas, por erróneas y prácticamente mal aplicadas, Karanicas las compara con "los ciegos, y, por consecuencia de su fanatismo, no pueden ver con claridad las cosas".

**CHLALA, Joseph:** "UN NOUVEAU CODE EGYPTIEN DE PROCEDURE PENALE", pág. 591.

La Ley de Egipto número 150, de 3 septiembre 1950, ha promulgado un nuevo Código de procedimiento penal, a cuyo estudio se dedica el presente trabajo.

Después de una reseña histórica, el autor expone las nuevas tendencias codificadoras agrupándolas en dos grandes divisiones: simplificación del proceso penal y la garantía del derecho de defensa. La primera es vista a través de la transacción, los ordenamientos y la sustitución de unas autoridades por otras durante la instrucción sumarial; los juicios llamados contradictorios, la acción civil, cuestiones accesorias y pérdida del derecho de recurrir en alzada y en casación. El derecho de defensa está estudiado en el ejercicio de la ciencia penal, régimen especial de jóvenes delincuentes, instrucción penal, vías de sustanciación de recursos.

Estudia el trabajo en cuestión las innovaciones que recoge el novísimo Código de procedimiento penal, que dispone en uno de sus artículos que no comenzará a contarse el tiempo de prescripción, en relación con las infracciones perpetradas antes de la fecha de su entrada en vigor, que es la que arriba consignamos. En efecto, dicho artículo prescribe que "en ningún caso se dilatará la prescripción de la acción penal si no puede prolongarse de hecho la interrupción o prorrogarse por la mitad de su duración". Para impedir la prescripción de gran número de acciones penales en curso, y sobre todo aquéllas que exijan informaciones y pruebas periciales, tales como en falsedades, bancarrotas por quiebras fraudulentas, etc., esta nueva adición ha sido juzgada necesaria.

D. M.

## G R E C I A

### **Revista Penitenciaria**

Septiembre-diciembre 1952

Contiene el número interesantes artículos, como son un estudio de orientación científica de M. Van Helmont, que lleva por título "El tratamiento de los reincidentes en Inglaterra"; otro de Geor Katopodis, "Readaptación social de los menores", y otros dos trabajos más sobre el Derecho penal soviético y una información de servicios penitenciarios extranjeros (Estados Unidos y Francia).

Se hace después una referencia a Congresos internacionales, estudiando los acuerdos de la XXI Asamblea General de la Comisión Internacional de Policía Criminal.

En materia penitenciaria sigue la "Historia de las prisiones helénicas", y se insertan Proyectos de Ley para el régimen de las prisiones de Atenas. Se dan, asimismo, noticias sobre disposiciones legales, tales como el Decreto-ley de 28 septiembre 1935 sobre organización del personal penitenciario, y una circular francesa de 10 febrero 1949 referente a evasiones y tentativas de evasión.

Finalmente, contiene una amplia información bibliográfica de libros y revistas, ocupándose, entre éstas, de nuestro ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES.

Enero-febrero 1953

Consta el sumario de los artículos siguientes: "El funcionario penitenciario y el preso", por M. Demètre Babacos, traducido del francés. El estudio de la "Prueba y régimen de la apreciación de los medios de prueba", por Triantaphyllidis, Director General de la Justicia penal; "La ejecución del trabajo de los detenidos", M. Van Helmont.

En la Sección de Congresos internacionales reseña el III Congreso Internacional de Criminología. Continúa la "Historia de las Prisiones helénicas", con referencia a la "Correspondencia de los detenidos".

En la Sección de legislación figuran el "Reglamento inglés de 1949, relativo a prisiones", y la continuación de las "Disposiciones referentes a evasiones y tentativas de evasión en Francia", comenzada en el número anterior de esta revista.

D. M.

## ITALIA

### La Giustizia Penale

Enero 1953

SABATINI, G.: "LEGUM SERVI SUMUS", I col. I.

Comienza Sabatini señalando cómo la aspiración a una supremacía propia de los diversos poderes del Estado italiano—ya latente en dicho ordenamiento—ha tomado el aspecto de una abierta y peligrosa rivalidad, en la cual se fundamentan la jurisprudencia y legislación. Pero, añade, la realidad no puede ser violentada: el legislador puede del mismo modo dirimir un conflicto particular y sustituir a la jurisdicción que modificar situaciones desarrollando especiales intereses públicos, con lo cual no hace sino sustituir a la administración.

Trata, acto seguido, del principio de la división de poderes y concluye considerando que para resolver el problema se acudió a la "Corte di Casazione", la cual supo reafirmar el incondicional imperio de la ley... "dura lex sed lex".

LANCIA, P.: "LA PAZZIA E LA TEORIA PSICHIATRO-ZOOLOGICA DI C. LOMBROSO", I, col. 13.

Salvo los casos de grave locura, debida a específicos agentes patógenos, mantiene el autor que esta sea la ausencia completa o parcial del "buen sentido" en las relaciones de convivencia. La locura—como el error—es una tregua en el proceso mediante el cual la lógica reconstruye el mundo de las cosas exteriores a expensas de las sensaciones recibidas.

Señala después, como de enorme importancia para el examen de los delincuentes, el fenómeno de la locura colectiva descrita ya por Luciano Nass en "La pazzia dell'assedio di Parigi".

La teoría psiquiatro-zoológica de Lombroso—dice—encuentra plena confirmación—después de cincuenta años—en las experiencias psiquiátricas realizadas sobre perros en la clínica de Ottawa. Los doctores Anderson y Jensen, de la Universidad de Cornell, observaron en los perros

síntomas similares a los de neurastenia y demás enfermedades mentales similares a las del ser humano. Tales observaciones confirman las hipótesis de Pavlov, que muchos años ha, afirmaba que el porcentaje de locura entre los perros corría parejo al del ser humano.

Concluye lanzando acerva crítica al manicomio para delinquentes de Broadmoor, cuyo Director, dice, se ha hecho la ilusión de haber creado una institución modelo para enmendar a los locos. En Inglaterra—señala Lancia—algunas casas de cura de locos-criminales producen cierta hilaridad dando que pensar acerca de si muchos funcionarios del Ministerio de Higiene (del cual dependen los manicomios) no serán menos inteligentes que los locos.

**MACALUSO, G. B.: "SE LA PERDITA DELLA MILZA IN CONSEGUENZA DI FERITE ADDOMINALI COSTITUISCA LESIONE GRAVE O GRAVISSIMA", I, col. 17.**

Ya Galeno y Plinio sabían que el bazo puede ser estirpado sin gran peligro. La primera esplenectomía con buenos resultados fué realizada en 1549 por el italiano Zaccarelli, y Morgagni expuso el caso de una mujer a la que fué preciso extirparle el bazo, lesionado por herida abdominal, y que pudo no ya sobrevivir, sino incluso ser apta para la generación.

Después de considerar la función que en nuestro organismo desempeña el bazo, mantiene el autor la teoría de que su pérdida, como consecuencia de heridas abdominales, constituye generalmente lesión grave por debilitamiento general del mismo, ya que no se trata de un órgano independiente, sino de un elemento de un órgano cual el de la función linfopoyética y hematopoyética.

Febrero 1953

**PIAZZOLA, M.: "LIBERTA, DELITO E COLPA NELL'OPERA LETTERARIA DI JEAN PAU SARTRE", I, col. 82.**

Al filósofo y literato francés Jean Paul Sartre corresponde—en el último decenio—el haber suscitado el mayor interés en el mundo intelectual, a la par de las mayores críticas y discusiones. Cualquiera que pueda ser el destino de este fenómeno, Piazzola cree difícil para cuantos sean sensibles al ritmo del pensamiento contemporáneo, negarle la actualidad y vitalidad desinteresándose así de su naturaleza y de sus causas.

Considera seguidamente el autor cómo la actualidad y vitalidad de Sartre no radican solamente en procesos pornográficos y en tal o cual suicidio impropriamente denominado "existencialista"; si los primeros son síntomas de una polémica entre Sartre y la sociedad, los segundos no pueden serle atribuidos.

El nexo entre Sartre y el pensamiento contemporáneo está más bien asegurado por la presencia evidente en su filosofía y literatura del problema de la libertad y de la justicia, presencia que sugiere insertar el fenómeno en la dialéctica de la razón y valorizarlo en el cuadro de la razón humana.

**LUZZATTO, F.: "SUICIDI E OMICIDI", I, col. 96.**

Comienza Luzzatto señalando la posibilidad de trazar una línea de demarcación moral entre los que frente a las adversidades cometen el acto de violencia sobre sí, y aquéllos que en igualdad de circunstancias consuman un delito dañando a un semejante.

Trata acto seguido de los fundamentales móviles que pueden impulsar al suicidio y al homicidio, señalando como motivadores del primero la desesperación originada por la miseria, la dolorosa enfermedad incurable y el desengaño amoroso; para el segundo, esto es, para el homicidio, considera a los celos y la venganza.

Es probable—dice—que las estadísticas, al considerar tales actos bajo su aspecto cuantitativo y no cualitativo, señalen un decrecimiento tanto para el caso de suicidios como para el de homicidios.

Concluye, después de tratar detalladamente acerca de los diversos estados, bajo los cuales cabe concebir la acción homicida, determinando como al igual que la sociedad humana "produce" enfermedades y toma medidas de higiene social, da lugar al fenómeno de la delincuencia y, por ello, el estudio de las circunstancias que la determinan es la búsqueda de los medios para obtener una disminución de la misma, es la traducción en acto de tales medios que representan el primer deber de los gobiernos y deben constituir el primer objetivo de la política, entendida ésta en el preciso y conciso sentido de arte de gobierno.

**LANCIA, P.: "DELITTI E PAZZIA DEI MONOMANIACI", I, col. 101.**

Trata el autor inicialmente de contagio de monomanía por imitación, citando como casos característicos el de Hamlet y los de Rossi, que durante muchos años fué magistral intérprete teatral de tal personaje, así como el de Miss Manford, famosa actriz que representaba el papel de Ofelia, y que después de fugarse del manicomio se presentó en el teatro consiguiendo salir a escena, donde después de representar la parte final del drama cae sin vida.

Señala a continuación como Lucas, Marc y Gall tratan asimismo del contagio de monomanía homicida. La causa del contagio de las monomanías—dice—es el instinto de la imitación. Nuestro espíritu—añade—se camufla con la habituabilidad de la locura y es entonces cuando el acto reflejo se transforma en instintivo.

Marzo 1953

**BATTAGLINI, M.:** "ASPETTI GIURIDICI DEL PROBLEMA DEL SUICIDIO NEL MONDO ROMANO", I, col. 129.

Después de examinar cuanto al respecto contienen los cuerpos legales romanos, el autor afirma que la autoejecución de la pena de muerte era de muy antiguo uso en el mundo romano, teniendo el carácter de conmutación de pena.

Hasta Marco Aurelio únicamente el Emperador, personalmente, podía conceder dicho beneficio.

La decisión de la mentada conmutación se comunicaba oralmente al condenado.

Tal es la conclusión adoptada por Battaglini acerca del tema motivo de su artículo.

## COMENTARIOS A SENTENCIAS

Enero 1953

**Corte di Appello di Cagliari**

17 octubre 1952

**GIGLIO, Ugo:** "L'ORGANO DELLA MASTICAZIONE E LA GRAVITÀ DELLE LESIONE", II, col. 72.

La pérdida de 24 dientes, como consecuencia de lesión, y con pérdida del uso de la masticación, que constituye lesión gravísima a tenor del artículo 112, fué calificada por la sentencia comentada como constitutiva de lesión grave, toda vez que para el Tribunal sentenciador la pérdida de todos los dientes, si no coincide con otras lesiones del maxilar, hace difícil, pero no imposible, la masticación y, por lo tanto, constituye lesión grave y no gravísima. Tal argumento lo juzga el comentarista como poco consistente y concluye diciendo que tal sentencia debe ser objeto de casación por error de derecho y reenviar el juicio a otro Juez para proceder a nuevo examen.

Marzo 1953

**Corte di Cassazione**

16 mayo 1953

**PUNZO, M.:** "L'ATENUANTE DELLA PROVOCAZIONE IN RELAZIONE AL DELITTO DI MALTRATTAMENTI", II, col. 213.

La atenuante de provocación debe ser compatible con el delito de malos tratos, aunque en la práctica los casos no sean frecuentes y la concreta aplicabilidad del beneficio, más que de una manera puramente teórica, aparezca establecida con relación a la realidad y a la modalidad de hecho.

Abril 1953

**Corte di Cassazione**

17 noviembre 1952

**ANTONINI, F.:** "BREVI NOTE IN TEMA DI CONCUBINATO", II, col. 299.

Se muestra de completo acuerdo el comentarista con la sentencia dictada, la cual mantiene que la ilegitimidad, desde el punto de vista penal, de las relaciones entre ambos litigantes no podía ser revisada hasta que se hiciese firme la sentencia del Tribunal civil, que declaraba la plena validez del primer matrimonio.

A. GARCIA DEL CID,  
Ayudante de Derecho penal de la Universidad de Barcelona.

**Rassegna di Studi Penitenziari**

Julio-agosto 1951

**PATTINI ETTORE,** Profesor: "CRITERI E LIMITI DELLA PERIZIA PSICHIATRICA" (Criterios y límites de la pericia psiquiátrica), páginas 317-360.

Comienza el autor de este artículo refiriéndose al problema que plantea al Perito psiquiatra emitir al dictamen como cuestión que afecta a la ciencia y a la conciencia, ya que de él depende formular un juicio de normalidad o de enajenación o semienajenación mental, y sobre cuya base el Juez valorará la responsabilidad criminal del inculpado. En al-

gunos casos—dice—es facilísimo pronunciarse en los supuestos de enajenación mental patente, difícil en otros de enajenación lúcida, en ocasiones hábilmente disimulada, imposible, al menos, en el sentido científico en casos excepcionales, en los cuales la alteración mental no se deja exteriorizar en el período de tiempo en que el proceso penal se desenvuelve. Estudia después algunas cuestiones que califica de preliminares, siendo la primera la de que no puede hablarse de la necesidad de una pericia, si no se parte del presupuesto de la libertad espiritual, y en una legislación penal en que se negase tal libertad, sería intrascendente, ya que todos los delincuentes aparecerían “a priori”, inimputables; con ello se refiere a la cuestión de determinismo, aludiéndose a Claudio Bernard y a la noción clásica antigua, no entendida como libertad absoluta al modo escolástico, sino como un concepto en el que los motivos se presentan todos igualmente indiferentes frente al yo, el cual aparecería dotado de la potestad de elegir. La libertad tiene sus límites, asegura, y debe hablarse por ello, de libertad condicionada parcialmente, refiriéndose a actos posibles en los que la libertad consiste en poder realizarlos o no. En el fondo, la cuestión se reduce a responder a las preguntas de si son los motivos los que imponen al yo a que actúe según su mayor o menor fuerza atractiva, o si el yo es el que atrae los motivos, actuando para realizar los fines. El problema de la responsabilidad mental, indirectamente afecta al Perito psiquiatra. Se trata de una cuestión filosófica, y si el Perito no tiene un poco de sentido de esta ciencia, corre el riesgo de equivocarse, aunque difiera su punto de vista de los criminológicos; los cuales están siempre persuadidos de que el delito depende de un estado morbozo, generalmente de una psiquis anormal, pagando con tal convencimiento su tributo consciente o inconscientemente a la filosofía determinista. Menos justificable y más curioso es todavía la posición de los que adoptan para todo el género humano que no delinque, el criterio determinista, aplicando el determinismo sólo a los delincuentes, siendo muy cómodo hacer dos pesos y dos medidas; por consiguiente, la pericia psiquiátrica no tendría sentido, si no parte del supuesto de que todos los hombres de mente sana gozan de la libertad espiritual y al cometer un crimen son responsables criminalmente y sólo en caso de que intervengan factores perturbadores puede hablarse de que la actuación humana, la conducta y el sujeto caiga bajo el dominio del determinismo, que es cabalmente lo que el perito ha de aclarar. Otra cuestión es la que se refiere a la semi-enajenación mental en relación con la llamada capacidad de entender y querer, y el autor se pregunta si tal distinción corresponde a situaciones reales de la psiquis humana a condiciones que efectivamente se efectúen en la práctica, o si son problemas artificiales o ficticios. Una semi-enfermedad mental es una enfermedad, asegura Pattini, más leve, pero en su reflejo sobre la conducta social del enfermo resulta difícil de distinguirla de una enfermedad mental más grave. El autor declara que no deben excluirse de la práctica médica legal los factores de la serie de enfer-

medades mentales con una disminución de la imputabilidad, y no porque ellos tengan un valor por sí mismos, sino porque en la administración de la justicia penal intervienen criterios de clemencia, de piedad, a los que el corazón humano no puede renunciar y a los que la semi-enajenación puede dar ocasión, materia y forma. Ahora bien, el perito psiquiatra debe demostrar que en la psiquis del ser humano existe o no una perturbación. El perito psiquiatra formula juicios de hechos, pero el juicio sobre la imputabilidad no se basa en ver y oír, y el perito, en la órbita psiquiátrica, pronuncia también en cierto sentido un juicio de valor, entrando por ello en la esfera que le permite juzgar sobre la capacidad de entender y querer, que es la antesala de valoración de la responsabilidad penal que declara el juez. Examinado este juicio de valor, debe escindirse en dos juicios fundamentales la distinción entre el bien y el mal y la distinción de lo lícito y lo ilícito penal. Se trata de un valor complejo, ya que la primera afecta a la ética y la segunda al Derecho, lo cual no deja de ser otra dificultad para la pericia, aunque sea exageración afirmar que para juzgar de la moralidad del autor del delito no sea necesario ser profesor de filosofía moral, ni tampoco que para juzgar de la consciencia o inconsciencia de lo lícito o de lo ilícito jurídico se necesita ser jurista. Es evidente que el primer juicio pertenece a la ética y no a la psiquiatría, aunque sea la ética intuitiva, y el segundo tampoco es psiquiátrico sino que pertenece a las disciplinas jurídicas.

El perito psiquiatra es oficialmente el único competente para juzgar el hecho mental en cuanto es revelador de salud o enfermedad, pero no es el único competente para pronunciarse sobre el juicio de valor que implique la capacidad de entender y querer que desemboca en la responsabilidad o irresponsabilidad penal, aunque tampoco es de pensar que el psiquiatra absorba todas las demás competencias de otras especialidades, por ello, es necesario aludir a los criterios que es preciso tener en cuenta. El primero y más importante, según el autor de este artículo, es determinar si el sujeto objeto de pericia posee o no posee el "sentido finalista" de la vida, y en el caso de que falte este sentido final, nos encontramos con estado de confusión mental, acompañado por ilusiones o alucinaciones, con ello podría obtenerse un diagnóstico que abarque las más variadas formas de enfermedad mental, pues si falta este sentido la alteración mental es evidente, y cuando el programa de la vida subsista se puede hacer diagnóstico de ausencia de enajenación mental, aunque con las naturales reservas, ya que de la capacidad de formarse un programa de vida es solamente indicio de ausencia de enajenación, que no significa por ello total normalidad, pues hay muchas personas que presentan irregularidades que, sin ser enajenados, tampoco se les puede conceptuar normales. Se trata, pues, de un signo provisional, pues así como la ausencia de aquel sentido finalista es indicio de enajenación, la ausencia del mismo no siempre conduce a la conclusión contraria, pues el perito

psiquiatra ha de tener en cuenta que en el período preclínico de la equizofrenia, por ejemplo, una persona puede cometer un delito cuando comienza a estar enferma, aun cuando su personalidad en la esfera del conocimiento, como en el de la actuación, aparece todavía normal y su acto criminoso asemeja en todo al cometido por una persona de mente sana, si bien posteriormente hacen explosión los síntomas de la enfermedad. También en la paranoia, especialmente cuando no hay disturbios sensoriales, puede conservarse el sentido finalístico de la vida, si bien subordinado a veces al delirio organizado o sistematizado. En los casos de personalidades simultáneas, desdoblamientos de la personalidad, personalidades sucesivas, en los estados sonambúlicos, en el automatismo psiquiatra en frases involuntarias, y, en fin, en tantos otros, las dificultades no dejan de ser importantes en relación a esta cuestión. El perito, además, necesita no sugestionarse con factores concomitantes o precedentes familiares hereditarios, o con anomalías morfológicas o de otro tipo, que signifiquen solamente elementos colaboradores al examen mental del sujeto, que es la única vía insustituible para llegar a una diagnosis exacta. Los demás factores son criterios de presunción o de posibilidades, pero no de demostración o de prueba para el diagnóstico, y cuando éste no resulta del examen mental, aquellos criterios carecen de valor. Este examen ha de ser completo y profundo, buscar todas las posibilidades psíquicas del inculpado, incluso con referencia a la dinámica del delito, ya que una primera, e incluso una reiterada observación, pueden ser incompletas y determinar el fundamento de un diagnóstico preferentemente sobre presunciones, apariencias o perjuicios, con el riesgo de conducir a una arbitrariedad en el orden jurídico y, desde el punto de vista psiquiátrico, a un verdadero sofisma.

Septiembre-octubre 1952

**PINATEL, J.: "I PROBLEMI ATTUALI DELLA CRIMINOLOGIA"**  
(Los problemas actuales de la criminología), págs. 657 a 670.

El Secretario general de la Sociedad Internacional de Criminología, autor de este artículo, comienza aludiendo a "lo reciente" de la ciencia criminológica, creación de la Escuela positiva italiana, afirmando cómo ha sufrido una crisis de crecimiento, que pudo serle fatal.

En efecto, mientras vivieron sus fundadores se encontró con una furiosa oposición a sus conclusiones ingenuamente intransigentes, siendo éste el drama de la vida de Lombroso. Contra la Escuela positiva italiana—dice—se opuso una resistencia en la cual se reunieron todos los que creían todavía en las virtudes y en las nociones represivas escritas en los Códigos de Napoleón; los que se inspiraban en el gran movimiento romántico y humanitario de la Escuela penitenciaria, y los que pen-

sában con la nueva sociología de Durkheim y Jhering que la historia social de la pena se resumía en una constante abolición.

Los críticos encontraron un poderoso argumento en la disparidad y en la ausencia de coordinación de las primeras investigaciones criminológicas, en su terminología confusa y en sus métodos inciertos. Todo ello pudo hacer pensar en un fracaso definitivo de la tentativa positivista, que por fortuna no se produjo.

Es evidente que no puede existir una política criminal válida, sin volverse hacia el delito y hacia el mundo de la delincuencia, y sin precisar las leyes sociológicas, biológicas y psicológicas que le rigen como se puso en evidencia con la creación de la Sociedad Internacional de Criminología en 1934, que organizó en Roma en 1938 el primer Congreso Internacional de Criminología, y después de la guerra, reorganizada aquella Sociedad, al fijar su sede en París, organizó allí el segundo Congreso Internacional de aquella disciplina científica. En este último Congreso se trató, sobre todo, de precisar el objeto de la Criminología, del que dice Pinatel que es muy difícil de definir dogmáticamente. Las definiciones conocidas no van muy lejos por estar subordinadas a la noción del delito. Con razón la Sección de Derecho comparado del referido Congreso de París declaró "que la definición criminológica del delito debe ser la base de los estudios de esta índole a causa de su interés evidentemente fundamental". Estudio ciertamente interesante, dice el autor de este artículo, que podemos conducir provisionalmente a las definiciones de la infracción penal que aparece en los Códigos punitivos, base suficiente para emprender una investigación orientada hacia la realidad y no hacia las abstracciones filosóficas o jurídicas.

Para el autor de este artículo, el contenido de la Criminología desde un punto de vista práctico, puede decirse que abarca el estudio de las causas, de los mecanismos y de la prognosis de la criminalidad, estudiando en este aspecto la dos direcciones, la psicoorgánica y la psicosocial. Considera después Pinatel, sobre el método biotipológico, que ha permitido, en su sentir, una renovación de los tipos antropológicos, aludiendo luego al punto de vista psicosocial en Criminología, según el autor, de origen específicamente francés. En este aspecto se refiere a la teoría de Gabriel Tarde para aludir luego al movimiento psicoanalítico y a la concepción psicológica del "behaviourismo americano" que estudia la conducta externa, y a la psicología soviética edificada sobre la base del materialismo dialéctico, poniendo de relieve cómo la Escuela sociológica americana ha vuelto por los cauces de la Escuela francesa.

A continuación, se refiere Pinatel a la criminogénesis, cuyas conclusiones deben polarizarse en torno a dos direcciones complementarias: las circunstancias del acto y posición del autor después de la infracción, las dos estudiadas en sus relaciones con la personalidad del delincuente, refiriéndose a las relaciones de estos problemas con la medicina legal y la policía científica. Alude a los delincuentes infantiles y juveniles, una parte de los cuales pueden ser clasificados como anormales de ca-

rácter, otros como débiles mentales y otros como normales, aludiendo en este aspecto al punto de vista de Frey.

Pasa a tratar el autor de este estudio, después, a la imposibilidad de disociar Criminología y Política criminal, a la necesidad de iniciar una batalla para introducir en el proceso penal el examen criminológico del inculpado, a la continuación de la reforma penitenciaria y en este aspecto dice que no puede considerarse la prisión como la pena por excelencia, ya que se ha demostrado que ésta es un factor criminógeno. Es necesario, asegura, combatir a las cárceles y desenvolver al máximum la institución anglosajona del "probation system".

Se refiere al problema del método en la Criminología, y a la cuestión que plantea la autonomía de esta Ciencia, afirmando que no existe un problema de método peculiar de la Criminología, sino en lo que respecta a la organización de los métodos de trabajo de los criminólogos, que deben de ser constantemente mejorados, sustituyendo la labor colectiva a la individual, y poniendo de relieve la exigencia de una organización internacional que coordine las investigaciones científicas y desenvuelva la enseñanza superior de los estudios criminológicos.

Termina asegurando que la influencia de la Criminología en el campo de la prevención y de la pena, será forzosamente lenta; mas está destinada a afirmarse decisivamente, ya que sustituye a la noción de un delincuente abstracto, por lo que forzosamente terminará por imponerse, en tanto que la Política penal del futuro será menos represiva que preventiva, y ningún aspecto de la Medicina o de la asistencia social puede serle extraño.

Y si un último residuo de pesimismo o de excepticismo hace dudar de este porvenir, cree Pinatel que será suficiente para alejarlo repetir la frase de Guizot: "Los pesimistas son espectadores, sólo los optimistas son los constructores..."

Valentín SILVA MELERO

*Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Oviedo*

## MEXICO

### Criminalía

Septiembre 1952

CAMAÑO ROSA, Antonio: "HOMICIDIO INTENCIONAL".

Este trabajo, el mejor sin duda de los contenidos en los números de la revista de que voy a dar noticia, es una preciosa y pequeña monografía. Como tal, hace una ligera referencia a los problemas generales planteados por la doctrina para luego aplicarlos o mejor relacionarlos con el tema objeto de ella. Así, tras de decir la situación de este delito en el Código penal uruguayo, al que se refiere el trabajo, determina cuál es el bien jurídico lesionado por él, sus sujetos activo y pasivo, elemento material y justicia de hecho, causalidad, ejecución, pluralidad de delinquentes y de delitos, su elemento psicológico y medidas aplicables al

homicida. En resumen, contiene todos los elementos de una monografía, que podía tener más amplitud sin desorbitar el tema.

**FINZI, Marcelino: EL PROBLEMA CARCELARIO ITALIANO, VISTO POR EX RECLUSOS.**

Es un extracto y comentario del fascículo que la revista italiana "Il Ponte", dirigida por Calamandrei, dedica a dar a conocer las impresiones de veinticuatro presos políticos italianos sobre su vida y relaciones carcelarias. Versan, por tanto, como tema obligado, sobre la tristeza de la cárcel y el sentimiento que produce, sobre la transformación psicológica del recluso, que yo afirmo no puede volver a ser el que era; sobre la siempre deficiente alimentación carcelaria, sobre el problema de aglomeración, etc. Surgen obligadas la crítica al sistema carcelario y a la pena de prisión, así como los proyectos de reforma, que llega en algunos de los que toman parte en la encuesta a proponer la reclusión previa y por vía de experiencia de los que han de desempeñar los cargos directivos de las prisiones o funciones judiciales. Opina también Batagline, con su experiencia de haber desempeñado el cargo de juez encargado de vigilar el cumplimiento de las penas. Con esto y la revelación de que algunos de los participantes en la información contestaron de forma humorística, el que como el recensionista, tiene también su experiencia personal de preso político, puede afirmar que la prisión de los que toman parte en la encuesta no fué tan dura, como se quiere hacer creer, cuando ya pueden bromear sobre ella, pues además, de haberlo sido, no podría faltar, si habían conseguido dominar ya sus nervios, la descripción de la bestial crueldad de los carceleros improvisados y del pánico infrahumano de los reclusos en las noches de "saca" o de la angustia cósmica que se apodera de una prisión la noche anterior a las ejecuciones oficiales, de que aquí sabemos tanto.

**Octubre 1952**

Este número, de escaso valor, contiene los siguientes artículos:

**REPLICA DE UN AFICIONADO**, por Eduardo Pañarés; **REPLICA A UN AFICIONADO**, por Alfonso Quiroz; **LA RESPONSABILIDAD CIVIL PROVENIENTE DE DELITO**, por José Arellano; **LOS LLAMADOS DELITOS FORMALES Y SU TECNICA CIENTIFICA**, por J. J. Bustamante, y **LUCHA CONTRA EL DELITO**, por Luis Cova.

**Noviembre 1952**

**CENICEROS, José Angel, y PIÑA PALACIOS, Javier: LAS PRISIONES EN MEXICO.** Sus problemas en el Distrito Federal.

Es un trabajo presentado al Congreso de Sociología Criminal recién celebrado en Monterrey. En él, reducida su extensión, como indica el

subtítulo, se hace un esquema de antecedentes legislativos en la materia para acabar haciendo resaltar las deficiencias de las prisiones federales el exceso de población reclusa en relación con la capacidad de la Penitenciaría, debiendo al aumento de la población del país y, sobre todo, del Distrito Federal, y la lentitud en la instrucción de los procesos. Propone como remedios, para evitar dicho hacinamiento: medidas tendentes a conseguir una mayor rapidez en la justicia penal; que la penitenciaría federal deje de ser prisión preventiva; destino de los sentenciados de procedencia rural a granjas y colonias penales, dejando sólo el resto en la penitenciaría, y una mayor claridad en las disposiciones que se dicten regulando su funcionamiento, para saber al menos cuáles son las vigentes.

Diciembre 1952

**CENICEROS, José Angel: EL "TRAJE RAYADO", GRILLETE PSICOLOGICO.**

El título dice bastante sobre la orientación del trabajo. En él sienta la afirmación de que en Méjico no hay Ley que obligue a su uso; únicamente el precepto reglamentario de que se dé un número a los reclusos y que éstos lo lleven en la gorra.

**RUIZ-FUNES, Mariano: CONCEPTOS CRIMINOLOGICOS DE LA SOCIOLOGIA CRIMINAL.**

Sólo el desempeñar la Cátedra de Criminología en la Universidad Nacional de Méjico ha podido llevar al autor a presentar al Congreso de Monterrey, antes recordado, este trabajo, que siendo indudablemente superior a los demás que la revista transcribe, es inferior a lo que nos tiene acostumbrados y a lo que es de esperar de él. Destaca el concepto de Sociología Criminal y de su función respecto a las ciencias penales en Florián, Manzini, Grispigni, Tarde, Ferri y Garraud. Es, en suma, un apresurado ensamblamiento de fichas, pero hecho por quien tiene un dominio absoluto en la materia.

**R. VELA, Alberto: VAGANCIA Y MENDICIDAD.**

Otro trabajo que fué ponencia, estudio o informe al Congreso Nacional de Monterrey. En él, el autor, que en ningún caso deja de considerar a la vagancia malviviente como delito, siguiendo al Código penal federal mejicano, que lo incluye entre los que atacan a la economía pública, hace un somero estudio de la personalidad del vago malviviente y, tras de un esquema de estudio histórico, en que atribuye a los conquistadores la aparición de la vagancia en el paradisíaco Anahuac de los sacrificios humanos, precisamente de los vagos, analiza la fórmula legal del Código penal para los territorios federales de su país y propone acer-

tadamente la obligatoriedad del dictamen médico-legal que en todo proceso por vagancia malviviente y que se imponga como sanción a los reos de este delito la de trabajo obligatorio por el tiempo indeterminado necesario para que el vago deje de serlo, pero además propone la sustitución de la fórmula legal por otra en que se considere vago "al holgazán y malviviente, al que ha sido ejecutoriamente condenado una o varias veces por..., etc.", que transcribo y no comento.

Finalmente incluye este número dos artículos que son, o, mejor dicho, fueron proposiciones presentadas al Congreso a que nos venimos refiriendo: **LOS FACTORES DE LA DELINCUENCIA** por Mario Lins, y **EL CRIMEN, OBJETO DE ESTUDIO DE LA SOCIOLOGIA**, por Oscar Uribe Villegas.

Domingo TERUEL CARRALERO

## S U I Z A

### REVUE DE CRIMINOLOGIE ET DE POLICE TECHNIQUE

#### Número especial. 1952

Corresponde este número especial al trimestre enero-marzo 1952, y está dedicado a solicitar de los Poderes públicos suizos el restablecimiento de la pena de muerte ante el aumento de la criminalidad violenta. A ello responde el trabajo titulado "Los bandidos de Zurich", debido a la pluma de Carlo Morcetti, director general de la revista, en la sección especial de "Ecos y variedades". Se publica en la misma sección: "Una delicada encuesta de policía.—Una verdadera novela", por Alexandre Guibbal, inspector general de la Seguridad Social y antiguo jefe de la XII brigada regional de Policía Móvil de Marsella. Pero realmente el número que nos ocupa lo llena totalmente un interesante trabajo, auténtico estudio monográfico, del eminente maestro de la Universidad de Ginebra, Jean Graven, que lleva por título "Le problème de la peine de mort et sa réapparition en Suisse", del que vamos a ocuparnos a continuación.

El sumario del trabajo en cuestión comprende: Introducción; 1) El período antiguo de la expiación y de la intimidación; 2) La reacción humanitaria y liberal; El movimiento abolicionista; 3) La reacción positivista y de defensa social; El retroceso del movimiento abolicionista; 4) La posición del Derecho penal suizo y la situación contemporánea; 5) El debate actual sobre la pena de muerte en Suiza; El problema ante la razón; 6) Ensayo de una solución que responda a las necesidades de nuestro tiempo. Conclusión.

En la Introducción se aborda el complejo problema de la pena de muerte, que el profesor Graven considera como "la primera y más antigua pena impuesta a la Humanidad y no ha dejado de preocupar a la misma y "dulcificarla", conforme progresaba, en los medios empleados para su ejecución". Con tal motivo, evoca "La filosofía penal",

de Gabriel Tarde, el gran sociólogo francés, que inicia su estudio sobre esta eterna cuestión en los siguientes términos: "El vino más impuro en sus heces puede hacerse aún más impuro cuando se le despoja de sus acideces e impurezas. La prisión mal organizada, conserva en su población el residuo de seres completamente desorganizados, y si se manifiestan incorregibles, poco importa destinarlos a cualquier parte. ¿Qué hacer de este desperdicio social?" Prosigue la cita larga de Tarde, para deducir en conclusión que tratándose de gentes que nunca conocieron la piedad, ni sintieron jamás el remordimiento, resulta pueril soñar con su enmienda. La única finalidad de la pena, en lo que concierne a esta clase de delinquentes, debe ser poner término definitivo a la serie de sus crímenes, y la pena capital es la única que puede intimidar a sus imitadores, todavía impunes. De ahí la justicia de la pena de muerte, como eliminadora y seleccionadora.

De pronto, súbitamente, en Suiza, comienza de nuevo y apasiona en agitado debate, la implantación de la última pena. Con efecto, en diciembre de 1951, el consejero nacional Pablo Gisler, antiguo presidente del Consejo Nacional (Cámara de los Diputados), deposita, con la firma de diez diputados, una moción o proposición de Ley concebida en los siguientes términos: "Diversos crímenes cometidos en estos últimos tiempos, sin que la Policía haya podido decubrirlos, llenan de inquietud a extensos medios de la población; algunos directivos del Consejo Federal consideran que para vigilar a los Cantones se impone hacer más eficaces las investigaciones para descubrir, identificar y arrestar a los criminales, que constituyen un peligro público, y hacen necesario un arma de defensa a fin de proteger a la población. Además, el Consejo General invita a someter a las Cámaras legislativas, lo más pronto posible, proposiciones y proyectos que tiendan a modificar el Código penal de Suiza de 21 de diciembre de 1937, a fin de prever y castigar, con la pena de muerte, tales perversidades".

Como el autor de la moción explica, no solamente corresponde a sus sentimientos personalísimos, sino que también ha sido dictada para los grandes crímenes cometidos en estos últimos tiempos en Suiza, y en particular en Zurich, donde un banquero acababa de ser atracado en su propio automóvil y asesinado con un cinismo y un refinamiento astuto, pese a toda clase de precauciones adoptadas que resultaron inocuas ante lo inaudito de la agresión.

La reintroducción de la pena de muerte en el Código tropieza con la oposición de otros diputados y de ciertos medios, por las razones más diversas que añade Gisler, y se contraponen a las opiniones de otros que reclamaron tan decisiva y ejemplar sanción. Ha recibido el autor del proyecto gran número de cartas y telegramas, en su inmensa mayoría favorables a esta innovación; todos parten de la idea de que la pena capital es el único castigo justo para crímenes tan odiosos. Por otra parte, el público, la Prensa y la Radio se sienten vivamente interesadas por un problema de honda preocupación, que conmueve el es-

píritu público. Acaba de levantarse—dice Graven—el “espectro de la guillotina”, que hace reaparecer la antigua controversia en pro y en contra de la pena de muerte, y la plena eferescencia levanta los ánimos de los discutidores. De muchos lados vienen interrogantes: ¿Cuál es la opinión que debe prevalecer? Por lo pronto, es indispensable ver de nuevo con alteza de pensamientos los matices del problema, para mejor comprenderlo y llegar a una solución que no sea la que pronuncie el instinto y la pasión sino la razón iluminada y la reflexión.

Con el fin de ilustrar a los abolicionistas y antiabolicionistas, Graven estudia el período antiguo, animador de la pena de muerte, basado en la expiación y en la intimidación; la reacción humanitaria y liberal y el movimiento abolicionista, que compendió el “espíritu” de Beccaria, el Código penal toscano de 1786, contribuyendo al abolicionismo. Las doctrinas de Juan Jacobo de Sellon, miembro del Consejo representativo de Ginebra, que depositó al efecto en 1816 una proposición, en súplica al nobilísimo Consejo de Estado de elevarla a proyecto de Ley, a fin de que el Consejo soberano decretara la abolición de la pena de muerte, consignándolo en el Código penal. Las corrientes románticas pronunciándose contra la pena de muerte y su influencia en el humanismo penal, en la doctrina y en la legislación, son estudiadas por el autor, así como las tendencias de la escuela positivista italiana y de los propugnadores de la defensa social, que vuelven la vista atrás, consiguiendo que se detenga o retroceda el movimiento abolicionista. Siguen a continuación las rúbricas alusivas a la posición que adopta el Derecho penal suizo y la situación contemporánea; el debate actual documentado sobre cuestión tan batallona, y el examen del problema ante la razón; y el esbozo de una solución que responda a las necesidades de la defensa social y a las ideas de nuestro tiempo.

Concluye la magistral monografía razonando, en brillantes párrafos, que la abolición de la pena de muerte sería idea triunfadora cuando fuera posible en toda su plenitud, sin que la vida de las gentes honradas y la seguridad social estén gravemente comprometidas en los momentos actuales, que, a gritos, piden su restablecimiento para los crímenes atroces. Graven recuerda un viejo aforismo jurisprudencial: “Nunca razones de sentimentalismo fueron razones de Derecho”.

D. M.

SCHWEIZERISCHE ZEITSCHRIFT FÜR STRAFRECHT.—  
REVUE PENALE SUISSE

Año 67, 1952, cuaderno primero

GERMAN, O. A.: 10 JAHRE SCHWEIZERISCHES STRAFGESETZ-  
BUCH (Los 10 años del Código penal suizo); págs. 1 a 40.

Con motivo de cumplirse el décimo “cumpleaños” del Código suizo examina el autor el influjo que ha ejercido en tres campos íntimamente relacinados: el científico, el judicial y el de la política criminal.

En el orden científico, alaba el florecimiento de estudios, provocado por el Código, por la unidad legislativa, frente a la paralizadora acción de la anterior división jurídica; se ha avanzado con buena voluntad y han admitido una larga serie de conceptos generales de gran valor; se ha alejado la doctrina de las ideas positivistas y se ha abandonado el simple comentario de los preceptos concretos para tratar de buscar la comprensión del conjunto legal, consiguiéndose gran avance, aunque todavía queden lagunas, sobre todo en el campo de las medidas de seguridad; también se han extendido los estudios de derecho comparado y criminología, en lo cual tiene buena parte la Sociedad suiza de criminología.

En cuanto a la aplicación de la Ley por las autoridades competentes, reconoce que tanto los Tribunales como los demás organismos han estado a tono con la función que se les asigna, no obstante la gran dificultad de su misión, enalteciendo especialmente la labor del Tribunal Supremo federal, la constancia de su jurisprudencia, la inteligencia de sus resoluciones, desligadas de prejuicios, que han merecido general aceptación de la doctrina, salvo contadas excepciones en que el mismo Tribunal se ha sentido dudoso, rectificando, incluso, sus posiciones iniciales.

También estima que ha sido grande el avance que en materia de política criminal ha supuesto el Código, que ha merecido fama de ley progresiva, sobre todo por sus novedades en el campo de las medidas repressivas y defensivas.

Termina el autor con unas reflexiones sobre las modificaciones que aun sería conveniente introducir en una futura revisión del Código.

**CLERK, François: L'EXAMEN MEDICO-PSYCHOLOGIQUE ET SOCIAL DES DELINQUANTS; págs. 40 a 61.**

Para la individualización de la pena, además del conocimiento de los hechos es preciso el conocimiento del delincuente, a través de su examen por varios procedimientos de examen: el médico o biológico, el psicológico, el psiquiátrico y el social. Este examen presenta problemas y, sobre todo, el del abuso, pues siendo su fin el mero conocimiento del sujeto, en función del tratamiento que necesita, puede convertirse en un procedimiento auxiliar para el descubrimiento de los hechos (por ejemplo, en casos de narcoanálisis). El autor examina las diversas formas de injertarse el examen del delincuente en el proceso de diversos países (algunos sólo lo permiten después de la sentencia de instancia). Propone su admisión, pero con grandes precauciones para no devirtuar su finalidad y recomienda gran cautela en la forma de ensamblarlo con el proceso penal.

**GRAVEN, Jean:** L'“AVORTEMENT LICITE” OU LA REGLAMENTATION DE L'“INTERRUPTION NON PUNISSABLE DE LA GROSSESSE” EN DROIT PENAL SUISSE; págs. 62 a 92 (continúa en el cuaderno 2.º, págs. 165 a 217).

El artículo 120 del Código penal suizo que consagra la impunidad del aborto por indicación médica, ha sido y es aplicado con amplitud de criterio por los médicos de algún cantón, mientras los de otros procuran restringir la práctica abortiva. A un trabajo del Dr. Flournoy, uno de los de ancha manga, contesta el profesor Graven con este trabajo en el que, después de examinar algunos de los casos expuestos por Flournoy, en los que autorizó el aborto, estudia la génesis del excepcional precepto y su contenido real, exponiendo las condiciones que han de concurrir para una acertada admisión de la interrupción del embarazo meritoria de la impunidad, no recatando el sentido restrictivo que debe darse, a su entender, a tal precepto.

**HAEFLIGER, A:** ÜBER DIE EINWILLIGUNG DES VERLETZTEN IM STRAFRECHT (Sobre el consentimiento del ofendido en el Derecho penal); pág. 92 a 101.

Se ocupa el autor de la naturaleza del consentimiento del ofendido, sus requisitos y alcance, teniendo en cuenta las diversas situaciones y condiciones en que puede concederse, contribuyendo a la configuración de esta figura excluyente de la antijuricidad no expresamente reconocida en la legislación.

**GARTMANN, H.:** “ZUR PRAXIS DER PSYCHIATRISCHEN BEGUTACHTUNG SCHWACHSINNIGER GEMASS, ART. 190 DES SCHWEIZERISCHEN STRAFGESETZBUCHES” (Para la práctica de la pericia psiquiátrica sobre los débiles mentales, conforme al artículo 190 del C. p. suizo), págs. 101 a 109.

A veces, el objeto de la pericia psiquiátrica no es el estado mental del inculpado, sino el de la víctima (por ejemplo, en determinados delitos contra la honestidad). Incluso, en ocasiones, la misión del perito no se limita a establecer el estado mental, sino que ha de señalar la mayor o menor facilidad con que los profanos, en el trato normal, pueden conocer ese estado. Esto ocurre con el delito previsto en el artículo 190 del Código penal suizo, y de ello se ocupa el autor en este trabajo, exponiendo algunos casos prácticos de los que deduce la dificultad de la tarea, señalando los extremos que han de tenerse en cuenta por el perito en cada caso para emitir su dictamen.

**LUISIER, A.:** “LA PRISON ESTELLE UN FACTEUR CRIMINOGENE?”, págs. 110 a 145.

Sobre la base de que la ejecución de la pena privativa de libertad puede operar sobre el delincuente en dos sentidos diametralmente opuestos;

el autor expone las condiciones en que la prisión puede convertirse en escuela del crimen y aquellas otras en las que operan un sentido moralizador, educativo y resocializador del delincuente. Dedicó su atención a la observación y después de establecer las diversas categorías en que deben separarse los delincuentes a efectos de tratamiento penal, pasa a ocuparse exclusivamente del modo de operar sobre los delincuentes primarios, mayores de edad, pero jóvenes aun, categoría que denomina de los corregibles, para obtener el fin primordial de su reeducación; a tal efecto, expone las condiciones que debe reunir el local y el personal penitenciario, y el modo de aprovechar el tiempo en la prisión no sólo en las horas de trabajo e instrucción, sino también, lo que es muy importante, en los recreos y ocios de los penados, cuidándose siempre de la higiene física y mental de los reclusos. El trabajo de que damos cuenta está dedicado especialmente a los penitenciarios prácticos, a quienes anima el autor a proseguir animosamente su tarea sin hacer caso de la indiferencia con que los extraños mirarán su noble empeño.

**GRAVEN, Jean:** "L'AVORTEMENT LICITE...", págs. 165 a 217, año 67, 1952, cuaderno segundo.

Se inserta en este fascículo la terminación del trabajo de que damos cuenta al reseñar el número anterior de esta misma revista.

**WAIBLINGER, Max:** "ZUR FRAGER DER VEREINHEITLICHUNG DES SCHWEIZERISCHES STRAFPROZESSRECHTES" (Sobre el problema de la unificación del derecho procesal penal en Suiza), páginas 217 a 248.

Se ocupa el autor de un tema importante como es el de la unificación jurídica de su país en el campo del Derecho procesal penal. La opinión dominante en Suiza parece ser contraria a ella, a juzgar por la Asamblea de Jusristas de 1946, que se ocupó del tema y donde sólo un congresista se pronunció a favor de la unificación de los principios fundamentales del proceso penal para todos los cantones, en servicio de la más uniforme aplicación del Código penal unitario. El autor de este trabajo centra la cuestión en torno a estas preguntas: ¿Qué inconvenientes tiene la actual diversidad? ¿Qué dificultades se oponen a la unificación y qué es lo que estarían los suizos dispuestos a sacrificar para conseguir la unidad? Después de desarrollar el tema, llega a la conclusión de que aun no ha llegado el tiempo oportuno para la unificación, aun prescindiendo de los obstáculos de carácter puramente político. Pero en los últimos tiempos se observa en los Cantones una tendencia marcada a tener en cuenta para la reforma de sus leyes procesales y orgánicas, no tanto las últimas novedades del extranjero como las instituciones acreditadas de otros Cantones, por cuya vía no se tardará en llegar a una semejanza de instituciones que dará lugar a que la unidad surja por un

proceso orgánico, lo que siempre es muy preferible a la unidad precipitadamente forjada y forzada desde las poltronas federales.

**SAMELI, W.:** "DIE AUFGABE DER JUGENDANWALTSCHAFT IN DER JUGENDRECHTSPFLEGE" (La misión de la Fiscalía para jóvenes en la jurisdicción de menores), págs. 249 a 265.

En el campo de la orgánica encargada de la aplicación del Derecho penal juvenil, reina en Suiza un verdadero caos, pues apenas habrá dos Cantones o Subcantones que posean iguales organismos y denominaciones. Pero en casi todos, con una u otra denominación, hay un funcionario más o menos similarmente configurado, encargado de la investigación del hecho y la personalidad del autor, y de la ejecución del acuerdo tomado por el Tribunal o Juez competente. Esta es la figura que estudia el autor, exponiendo sus principales funciones y el sentido tutelar de su interesantísima misión.

F. A. C.



# NOTICIARIO



## LA COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS

Como consecuencia de los acuerdos tomados en el Congreso Internacional de Juristas de Berlín, clausurado el 1 de agosto del año último, ha quedado constituida con carácter permanente la denominada «Comisión Internacional de Juristas», cuya sede es La Haya, 47 Buitenhof, siendo su Secretario general el Dr. A. J. Van Dal. Dicho organismo tiene por objeto la investigación de las realidades jurídicas más allá del «telón de acero», notablemente en las zonas de ocupación soviética de Alemania, siempre en un plano de rigurosa objetividad científica, alejado de los partidismos políticos. Publica y suministra toda especie de informaciones referentes a asuntos del Derecho, en todas sus ramas, afectando a dichos lugares, de donde las noticias suelen ser tan difíciles como tendenciosas.

## CONFERENCIA DEL DR. HELLMUTH VON WEBER

El día 21 de abril pronunció una conferencia en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos de Madrid el profesor de la Universidad de Bonn, Hellmuth von Weber, versando sobre «El error juris en el Derecho alemán». Como quiera que lo esencial de este notable trabajo es motivo del artículo doctrinal que encabeza este mismo fascículo nos escusamos de dar nueva cuenta del mismo.

## LA ASOCIACION INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL Y SU VI CONGRESO. ROMA, 27 DE SEPTIEMBRE A 3 DE OCTUBRE DE 1953

La Asociación Internacional de Derecho penal, que desde 1934 continuó la gloriosa tradición de la antigua Unión, fundada en 1889 por Von Liszt, Van Hamel y Prins, sufrió, como tantas otras instituciones científicas internacionales, un grave colapso durante la segunda guerra mundial. Concluida ésta recobró bien pronto su pujanza, merced, sobre todo, a la actividad de los grupos francés y belga, consiguiendo en febrero de 1947 el acceso a la O. N. U. y en seguida la preciada cualidad de órgano consultivo de la misma. Bajo la presidencia del Ministro Vespasiano V. Pella, recientemente fallecido, y la secretaría general del Decano Pedro Bouzat, de Rennes, el dinamismo de la Asociación se ha hecho notar en la constante creación de grupos nacionales (Francia, Bélgica, Polonia, Suiza, Checoslovaquia, Portugal y últimamente Italia, Alemania y Méjico, entre otros), así como en el patrocinio de los famosos Congresos internacionales, que tanto lustre la prestaran antes de la guerra. El

último de éstos tuvo lugar en 1947, en Ginebra, siendo el primero de la paz y el V de la institución. Actualmente está convocado para el 27 de septiembre al 3 de octubre de 1953 el VI Congreso, cuya sede ha de ser Roma, como justo homenaje a las altas tradiciones penales itálicas y a los esfuerzos de aquel grupo nacional. Constituido el mismo en 1951 por iniciativa del profesor Sotile y bajo el apoyo del primer Presidente de la República, De Nicola, y el de la Casación, Aloisi, ello explica en parte el hecho sorprendente de que en tan corto lapso de tiempo haya tenido el vigor suficiente para organizar un certamen de la envergadura que el que se anuncia. Preside el grupo el Senador Persico, asistido en el Consejo directivo local por el Magistrado Jannitti Piro-mallo, los Profesores Bettiol, Perassi y Bellavista, el Fiscal militar Borsari y los Abogados Miglioli (Secretario general) y Vassalli.

Las cuestiones del orden del día para el VI Congreso son las siguientes:

I. *Cuestión: La protección penal de las convenciones internacionales humanitarias*, bajo ponencia-comentario del Profesor Graven, de Ginebra.—Comprende cuestionarios sobre: a) El Estado de la legislación local en materia de incriminación y represión de las infracciones contra las convenciones humanitarias. b) Estado de la legislación respecto a las cuestiones procesales de persecución, extradición, jurisdicciones competentes, garantías formales y de libre defensa, juicio y vías de recurso. c) Violaciones de convenciones humanitarias dignas de que su infracción constituya delito con incriminación y punición de carácter obligatorio. d) Si los actos preparatorios y la tentativa deben ser en ellos punibles, y acaso afirmativo, en qué condiciones. e) Cómo haya de ser resuelto el principio de la responsabilidad por tales violaciones; si realizadas por el Estado, sus representantes, órganos o agentes; si por individuos, militares o civiles, autores (con examen del problema de la responsabilidad colectiva); si por instigadores, coautores o cómplices, o si por meros ejecutantes bajo orden superior legal o jerárquica, o por tolerancia del Estado, fuerza física o moral. f) Si convendría, en casos de infracciones graves, el reconocimiento de su carácter de crímenes comunes, no políticos, y la admisión del principio de universalidad de la competencia o, en su defecto, la extradición. g) Garantías procesales mínimas exigibles, incluso en caso de enjuiciamiento de un súbdito extranjero o enemigo, respecto a la jurisdicción, a prueba de participación y de culpabilidad y el trato igual que el de los reos nacionales en materia de detención, defensa y recursos. h) En qué casos debiera reverse el recurso ante una jurisdicción intencional y cuál haya de ser su carácter, composición y límites de competencia.

II. *Cuestión: La protección de la libertad individual durante la instrucción*, bajo ponencia-comentario del Caballero Braas, Vice-rector de Lieja.—Cuestionarios sobre: a) Cómo acomodar las necesidades de la instrucción con el respeto a la personalidad de los inculcados y sus derechos. b) Conveniencia de hacer una distinción entre deberes de la policía y deberes de la instrucción propiamente dicha. c) Conveniencia de sustraer a la policía el control gubernativo y someterla al judicial. d) Si los procedimientos tendentes a reforzar la investigación y a provocar la confesión deben ser apartados de la instrucción. e) Si es o no obligatorio para el inculcado responder a las cuestiones que se le sometan. f) Si la instrucción contradictoria debe ser práctica general. g) Si dicha instrucción contradictoria debe ser, por el contrario, reducida a ciertos proce-

dimientos, como el de peritaje. *h*) Eventual indemnización a los inculcados detenidos equivocadamente.

III. *Cuestión: El Derecho penal social-económico*, bajo la ponencia-comentario del Magistrado Vrij, de la Casación de Holanda.—Cuestionario sobre: 1. Los caracteres específicos de la legislación llamada social-económica permiten deducir: *a*) La necesidad de prever, al lado de acciones penales, otras civiles, administrativas y disciplinarias, y en caso afirmativo, cuáles deban ser. *b*) Si han de existir, además de las penas y medidas de sanción contra infracciones ordinarias, otras penas y medidas específicas, y caso afirmativo, cuáles deban ser. 2. Si la prevención de la criminalidad social-económica haya de implicar otras medidas, como, por ejemplo, la explicación de las reglas a las personas interesadas. Si las personas encargadas de hacer respetar las leyes social-económicas han de tener un conocimiento especializado de las relaciones social-económicas, y por qué medios se deberá asegurar dicho conocimiento. Si se debiera hacer un llamamiento a las personas y organismos que desempeñan un papel activo en el dominio social-económico. La cuestión es diversa, según que los agentes se destinen: *a*) A la busca de hechos y personas. *b*) A la persecución. *c*) Al juicio de las infracciones.

IV. *Cuestión: El problema de la unificación de la pena y las medidas de seguridad*, bajo la ponencia-comentario del Profesor Grispigni, de la Universidad de Roma.—Sobre las cuestiones siguientes: *a*) Tratamiento jurídico-penal de los menores, *b*) De los semi-enfermos mentales. *c*) De los anormales graves de carácter, o mejor, de los psicópatas, según las doctrinas americanas y alemanas. *d*) De los delincuentes por tendencia. *e*) De los criminales profesionales y de hábito.

A. QUINTANO RIPOLLES

# INDICE GENERAL

## Fascículo I

	<u>Páginas</u>
<b>SECCION DOCTRINAL</b>	
Sobre el «Error Iuris» en las más modernas tendencias jurídicas alemanas... por el DR. HELLMUTH VON WEBER ... ..	9
El homicidio y su teleología en los clásicos agustinianos españoles del siglo XVI, por el P. BONIFACIO DÍEZ ... ..	24
Las corrientes humanitaristas del siglo XVIII y su influencia en la concepción del infanticidio como «delictum exceptum», por JOSÉ M. <sup>a</sup> STAMPA BRAUN ... ..	47
<b>SECCION LEGISLATIVA</b>	
<b>Alemania Oriental</b>	
Ley para la protección de las paz (15-XII-1950), por ANTONIO QUINTA NO RIPOLLÉS ... ..	79
<b>E s p a ñ a</b>	
Ley de 20 de diciembre de 1952, por la que se modifican los párrafos cuarto y quinto del artículo 443 del Código penal ... ..	81
Ley de 20 de diciembre de 1952, por la que se modifica el artículo 118 del Código penal ordinario sobre cancelación de antecedentes penales.	82
<b>SECCION DE JURISPRUDENCIA</b>	
De las injurias, por JUAN DEL ROSAL ... ..	87
<b>REVISTA DE LIBROS</b>	
BALLBÉ PALLISÉ, Faustino: «Función de la tipicidad en la dogmática» (México, 1951), por <i>Diego Mosquete</i> ... ..	105
EDELSTON, H.: «The earliest stages of delinquency» (Londres y Edimburgo, 1952), por <i>José Sánchez Osés</i> ... ..	105
FENECH, Miguel: «El abogado de todos» (Barcelona, 1952), por <i>Diego Mosquete</i> ... ..	109
G. DE VALDEAVELLANO, Luis: «Sobre los conceptos de hurto y robo en el Derecho visigodo y postvisigodo» (Coimbra, 1947), por <i>Diego Mosquete</i> ... ..	110
GONZÁLEZ Y BUSTAMANTE, Juan J.: «Euthanasia y Cultura» (México, D. F., 1952), por <i>Diego Mosquete</i> ... ..	112

GRAVEN, Jean: «L'injustice en tant que système ou le Droit menacé» (Ginebra, 1953), por <i>Antonio Quintano Ripollés</i> ... ..	113
HÜRWITZ, Stephan: "Criminology" (Copenhague 1952), por <i>José Sánchez Osés</i> ... ..	114
JUNG, Carlos Gustavo: «Teoría del psicoanálisis» (Barcelona, 1951), por <i>Domingo Teruel Carralero</i> ... ..	119
NICÉFORO, Alfredo: «Criminología» («La donna, biopsicología, delinquenza, prostituzione. Le varie età della vita umana») (Milano, 1952), por <i>Valentín Silva Melero</i> ... ..	120
PETINATTO, Roberto: «Perón y las realizaciones del penitenciarismo justicialista» (Buenos Aires, 1952), por <i>Diego Mosquete</i> ... ..	121
PETROCELLI, Biagio: «Saggi di Diritto Penale» (Padua, 1952), por <i>Oc-tavio Pérez Vitoria</i> ... ..	122
QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: «La falsedad documental» (Madrid, 1952), por <i>Eugenio Cuello Calón</i> ... ..	130
«Régimen de visitas para reclusos casados» (Buenos Aires, 1952), por <i>Diego Mosquete</i> ... ..	132
«Royal Commission on Capital Punishment» («Memoranda and Replies to its Questions by the United States of America») (1952), por <i>José Sánchez Osés</i> ... ..	133
SCHÖNKE, Adolf: «Strafgesetzbuch Kommentar» (Berlín, 1952); por <i>Eugenio Cuello Calón</i> ... ..	140
SELLIN, Thorsten: «Murder and the penalty of death» (Philadelphia, 1952), por <i>José Sánchez Osés</i> ... ..	141
SILVA MELERO, Valentín: «Un ovetense» («Profesor penalista y poeta romántico») (Oviedo, 1952), por <i>Diego Mosquete</i> ... ..	144
«Unrecht als system» (Bonn, 1952), por <i>Antonio Quintano Ripollés</i> ...	145

## REVISTA DE REVISTAS

## Alemania

ZEITSCHRIFT FUER DIE GESAMTE STRAFRECHTSWISSENSCHAFT.—1952, por <i>Antonio Quintano Ripollés</i> ... ..	149
---	-----

## Bélgica

REVUE DE DROIT PENAL ET DE CRIMINOLOGIE.—Marzo, abril, 1952, por <i>Diego Mosquete</i> ... ..	152
---	-----

## Cuba

REVISTA PENAL DE LA HABANA.—Julio-agosto, 1952, por <i>Diego Mosquete</i> ... ..	156
--	-----

## España

PRETOR.—Septiembre, octubre, 1952, por <i>Domingo Teruel Carralero</i> ...	159
--	-----

## Francia

REVUE INTERNATIONALE DE POLICE CRIMINELLE.—Octubre, noviembre, diciembre, 1952, por <i>Diego Mosquete</i> ... ..	160
REVUE DE SCIENCE CRIMINELLE ET DE DROIT PENAL COM-PARE.—Julio-septiembre, octubre-diciembre, 1952, por <i>Diego Mos-quete</i> ... ..	165

Italia

LA GIUSTIZIA PENALE.—Enero, febrero, marzo, abril, 1953, por <i>A. García del Cid</i> ... .. .	173
RASSEGNA DI STUDI PENITENZIARI.—Julio-agosto, 1951; septiem- bre-octubre, 1952, por <i>Valentín Silva Meheró</i> ... .. .	177

Méjico

CRIMINALIA. — Septiembre, octubre, noviembre, diciembre, 1952, por <i>Domingo Teruel Carratero</i> ... .. .	182
--	-----

Suiza

REVUE DE CRIMINOLOGIE ET DE POLICE TECHNIQUE. — 1952, por <i>Diego Mosquete</i> ... .. .	185
SCHWEIZERISCHE ZEITSCHIFT FÜR STRAFRECHT, REVUE PENALE SUISSE, por <i>Fernando Alamillo Canillas</i> ... .. .	187
NOTICIARIO ... .. .	193