

ANUARIO DE DERECHO PENAL

Editado por: INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS
Duque de Medinaceli, 6 y 8.—Madrid.

Periodicidad: CUATRIMESTRAL

Precio de suscripción: España, 115 ptas. Extranjero, 175 ptas.

Precio del fascículo suelto: España, 50 ptas. Extranjero, 75 ptas.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

Ultimo fascículo aparecido: Septiembre-diciembre 1956.

Publica artículos doctrinales de los más destacados Penalistas españoles y extranjeros, comentarios de Legislación y Jurisprudencia y notas bibliográficas sobre libros y revistas de la especialidad.

CORRESPONDENCIA

Sobre distribución, suscripciones, venta de fascículos, separatas, etc., dirigirla al Servicio de Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Duque de Medinaceli, núm. 6, teléfono 22-92-42, Madrid.

La relativa a Dirección y Colaboraciones, al Secretario del ANUARIO, Duque de Medinaceli, núm. 6. MADRID.

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 3

**ANUARIO DE DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES**

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



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

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

TOMO X
FASCICULO I



ENERO - ABRIL
MCMLVII

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

SECCION DOCTRINAL

EUGENIO CUELLO CALON

CONTRIBUCION AL ESTUDIO DE LA HISTORIA DE LA
PENA DE MUERTE EN ESPAÑA

E. JIMENEZ ASENJO

PERFIL ACTUAL DEL FUERO PENAL COMUN

JOSE ANTONIO SAIZ CANTERO

EL CONTENIDO SUSTANCIAL DEL DELITO DE INJURIAS

Contribución al estudio de la historia de la pena de muerte en España

EUGENIO CUELLO CALÓN
Catedrático de Derecho Penal

SUMARIO: 1. Aplicación de la pena capital y formas de ejecución hasta el siglo XVI.—2. Siglos XVI y XVII. Noticias de las crónicas locales. Ejecuciones arbitrarias. Descuartizamiento de los cadáveres de los ajusticiados.—3. Siglo XVIII. Atenuación de la crueldad de las ejecuciones.—4. Siglo XIX. Prosigue la mitigación. El Código de 1822. Abolición de la horca y retorno a ella. Vuelven los antiguos suplicios aplicados en forma simbólica.—5. Desde el Código penal de 1848 al momento presente.—6. La publicidad de las ejecuciones y su supresión.—7. La asistencia religiosa de los ejecutados. Sepultura de los ajusticiados. Ejecución de los nobles. Ejecuciones múltiples. Muertos ejecutados. Causas de suspensión de la ejecución alegadas por los viejos criminalistas: La rotura de la cuerda de la horca. Estado de embarazo de la condenada. Petición en matrimonio del condenado a muerte por mujer pública. Acortamiento del plazo entre la notificación de la ejecución y la ejecución misma.—8. El verdugo. 9. Normas legales actuales para la aplicación de esta pena.—10. Datos estadísticos referentes a su imposición, conmutación y ejecución.—11. Tentativas abolicionistas.—12. Literatura penal española sobre la pena capital.

No es tarea fácil perfilar una historia de la pena de muerte en España, en particular de la Edad Antigua y de gran parte de la Media. Disponemos, para llevar a cabo este trabajo, de cierto número de cuerpos legales que indican sus casos de aplicación y de algunos, como las Partidas, que señalan sus métodos de ejecución, pero ha de tenerse en cuenta que no pocos de estos textos legales nunca fueron aplicados o sólo lo fueron parcialmente. Por otra parte, carecemos de noticias seguras sobre las normas consuetudinarias aplicadas, ni poseemos, sino en escaso número, documentos de aplicación del derecho en materia criminal que serían de gran ayuda en esta investigación. Por estas razones cuanto se diga respecto de un largo período de tiempo sólo tiene un valor de conjetura. De la época de la Reconquista parece que tampoco puede confiarse con exceso en algunas redacciones consuetudinarias que poseemos, ni siquiera, de modo absoluto, en los fueros municipales por el hecho, no infrecuente, de haberse aplicado un mismo fuero, o copias de él, a localidades de vida penal muy di-

ferente. Sin embargo, a partir de la alta Edad Media, y aún antes quizá, ya es posible disponer de datos concretos, y en gran parte seguros, sobre esta pena y su ejecución.

Desde luego, las noticias referentes a la España primitiva son muy escasas y confusas. Se afirma que los celtíberos castigaban el parricidio con la lapidación, que otros delincuentes eran despeñados; parece también que entre iberos y celtíberos se aplicó la crucifixión, importada por los cartagineses y de nuevo por los romanos como medio afrentoso de ejecución capital (1).

Gran incertidumbre reina también en cuanto a la España romana. Según los datos que la historia nos proporciona, el derecho penal autóctono y sus peculiares penas y formas de suplicio debieron subsistir durante largo tiempo, y a medida que la dominación romana se fué consolidando, y con ella sus leyes penales, la pena de muerte y sus formas de ejecución fueron aplicándose conforme a aquéllas, en especial a partir de Augusto cuando la romanización se intensifica. No obstante, acerca de este punto tampoco poseemos noticias concretas y seguras.

Hacia el siglo vi ya encontramos informes más precisos. En el Fuero Juzgo se señala esta pena para ciertos graves delitos, pero no se impone con la desmedida amplitud ni con la crueldad desenfadada con que fué aplicada en centurias posteriores. Se aplica para el envenenamiento, el homicidio de parientes próximos, para el aborto con muerte de la abortada; pero el texto no especifica su modo de ejecución, sólo lo hace en casos muy limitados: en el incendio de casa ajena, que castiga con la muerte en el fuego, y para los judíos «que facen contra ley», a los que pena con este suplicio o con la lapidación. Pero sobre la aplicación efectiva de sus preceptos sólo poseemos noticias en extremo vagas.

De los siglos xii y xiii ya se conoce con certeza la gran variedad de formas de ejecución. La horca es una de las más frecuentes; la hallamos, entre otros, en los Fueros de Salamanca, Madrid, Cáceres, Usagre, Plasencia, Escalona, Daroca, aplicada generalmente por robo, aun cuando también se impone por otros delitos. Algunos fueros establecen suplicios crudelísimos; en el de Béjar, uno de los más duros, el despedazamiento del reo, «faganlo todo piezas miembro a miembro», ordena el texto para los traidores, ser enterrado vivo bajo la víctima, ser despeñado, quemado vivo; en Usagre son también quemados los incendiarios; en Miranda, los hallados en fornicio con mujer casada; en Cuenca y en Plasencia, la uxoricida, la mujer que abortase a sabiendas, la envenenadora, la hechicera, la proxeneta y los sodomitas, y en Baeza, la mujer que hiciese abortar a otra. En Jaca, Plasencia y Puebla de Sanabria el homicida es enterrado vivo bajo el cadáver del muerto; en Segovia los malhechores son despeñados; en Toledo, el que matare a hombre toledano es lapidado. La Compilación de

(1) DORADO MONTERO: *El Derecho penal en Iberia*, Madrid, 1901, páginas 21 y 22.

Huesca autoriza al señor para matar «de hambre, de set o de frio» al vasallo homicida de otro vasallo propio.

Las Partidas contienen una enumeración detallada de los suplicios: cortar la cabeza con espada o cuchillo «e non con segur ni con foz de segar», la muerte en el fuego, la horca, arrojar el delincuente a las bestias bravas para que lo maten; expresamente se prohíbe la lapidación, la crucifixión y el despeñamiento (Partida VII, Tit. XXXI, Ley VI). Pero además se establece como forma de ejecución capital la pena del saco, resurrección del *culleum* romano. En su mayoría estos suplicios perduran hasta el siglo XVII, época en la que comienza a atenuarse su barbarie, y algunos, aunque en forma simbólica, llegan hasta el siglo XIX. Son estos métodos de ejecución capital los mismos del Derecho penal romano, recepción bien explicable en un código fuertemente romanista como son las Partidas. Los procedimientos más terribles, la muerte en el fuego se impuso expresamente a los herejes, a los monederos falsos y a los incendiarios; la pena del saco se reservaba para los parricidas, idéntica al *culleum* consistía en encerrar al reo en un saco de cuero, «con un can, e un gallo, e una culebra, e un ximio e después que fueran en el saco estas cuatro bestias cosan la boca del saco, e lánchenlos en la mar o en el río...», la de ser echado a las bestias (la *damnatio ad bestias* del Derecho romano) se señalaba para los vendedores de hombres libres y sus compradores.

Con el transcurso del tiempo apareció una nueva forma de ejecución capital: morir asaetado, pena que fué impuesta por las leyes de la Hermandad para los raptores de doncellas, monjas o viudas y para los que robaren o hurtaren por cantidad superior a 5.000 maravedises, cuando estos hechos se cometieran en yermo o en despoblado (2). Era esta pena en extremo dolorosa, por lo que a poco de establecida se dispuso que el condenado fuera muerto antes de ser asaetado (3) (4).

(2) «Que muera el tal malhechor de muerte de saeta». Leyes de la Hermandad contra los malhechores delincuentes en despoblado. Nueva Recop., Lib. VIII, Tit. XXIII, Ley III. Reyes Católicos. Córdoba, 7 julio 1486.

(3) Se dispuso «que no pueda persona alguna tirar saeta a ninguno de los que así fueren condenados, sin que primero sea ahogado». Nueva Recopilación, Lib. VIII, Tit. XIII, Ley XLVI. Don Carlos y Doña Juana en Segovia, 1532 y Valladolid, 1548.

(4) Debíó esta pena ser aplicada con gran frecuencia. En la relación del viaje por España del barón de Bohemia, León de Rosmihal en 1466, hecha por Sascheck, uno de sus acompañantes, se describe la costumbre de ejecutar a los condenados a muerte, señalándoles sobre el pecho un blanco en la tetilla izquierda. La ejecución se convertía en un concurso deportivo. Cuantos querían podían asaetar al condenado, dándose 24 maravedises al que daba en el blanco y entregando un castellano de oro los que no acertaban. García Mercadal, *España vista por los extranjeros* I, Madrid, Biblioteca Nueva, sin fecha, p. 138. Antonio de Lalaing, uno de los condestables que acompañaron a Felipe el Hermoso, marido de Doña Juana, cuando vino a España a tomar posesión del reino por muerte del hermano de su mujer en 1501, confirma esta frecuente forma de ejecución. «No se suele ahorcar en España, refiere. A los malhechores con-

En el siglo xv, y en el xvi y xvii, los condenados a muerte de alta condición fueron degollados, o decapitados conforme al precepto de las Partidas, con cuchillo, no con hacha, aunque ésta fué empleada después de degollado el delincuente para presentar su cabeza a la muchedumbre que presenciaba la ejecución o exhibirla en palos o garfios (5).

La muerte en el fuego, que tenía entre nosotros muy antiguos precedentes, aplicada en particular a sodomitas y herejes (6), por disposición de los Reyes Católicos de 1497, se impuso en caso de sodomía no sólo para el delito consumado, sino también cuando «se probaren y averiguaren actos muy propiucios y cercanos a la conclusión» (7).

Durante gran parte de la Edad Media la pena capital se ejecutó con frecuencia no conforme a ley, sino al arbitrio de los monarcas y señores, en particular cuando el castigo se aplicaba a gran-

denados a muerte se les ata a un madero y les ponen una marca de papel blanco en el sitio del corazón. Después la justicia ordena a los ballesteros que disparen sobre el mallechor mientras permanece con vida... Y si no se les hace morir, se les obliga a poner la cabeza en un bloque y se les corta con una hacha.» *Obrva antes citada*, I, pág. 257.

(5) La sentencia que condenó en 1452 a don Alvaro de Luna declaraba: «Debe ser degollado y después que le sea cortada la cabeza e puesta en un clavo alto sobre un cadahalso ciertos días para que sea ejemplo a todos los Grandes de vuestros Reinos», y así se efectuó; «como el Maestre fué tendido en el estrado, prosigue la Crónica, luego llegó a él el verdugo e pasó el puñal por su garganta, e cortóle la cabeza e púsola en el garabato» *Crónicas de los Reyes de Castilla*, Tomo 2.º, año 46, cap. I, pág. 680 y ss. La sentencia contra don Pedro Maldonado Pimentel, vecino y regidor de la ciudad de Salamanca en 1522, por su participación en la guerra de las Comunidades dice: «Que sea sacado de la cárcel donde está preso en la villa de Simancas, a caballo en una mula, atados los pies y las manos con una cadena al pie y sea traído por las calles acostumbradas de la dicha villa e allí le sea cortada la cabeza, con un cuchillo de hierro y acero, por manera que muera naturalmente y salga el ánima de las carnes...» Villar y Macías, *Historia de Salamanca*, tomo II, Salamanca, 1887, página 409.

(6) Antes del establecimiento de la Inquisición por los Reyes Católicos, algunos herejes murieron en la hoguera. Quizá la más importante de las herejías, por su importante número de adeptos, tuvo lugar en Durango en 1442. De ella da noticia la crónica de don Juan II. Su iniciador fué Fray Alonso de Mella. De los culpados algunos fueron llevados a Valladolid «y obstinados en su herejía, fueron ende quemados, e muchos más fueron traídos a Santo Domingo de la Calzada, donde asimismo los quemaron». Fray Alonso huyó a Granada «donde llevó asaz mozas de aquella tierra, las cuales todas se perdieron». *Crónica de los Reyes de Castilla*, II, año 36, cap. 5.º, pág. 608. Menéndez Peñayo da noticia de esta herejía, *Historia de los heterodoxos españoles*, tomo II, Ediciones Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Santander, 1947, página 305 y ss. La doctrina predicada por Fray Alonso era la herejía comunista de los *Praticellos*.

(7) Las mujeres culpables de comercio carnal entre sí eran en el siglo xvi, según testimonio de Antonio de la Peña, que refiere un caso ocurrido en Valladolid, en 1555, castigadas con pena de horca (López Rex: *Un práctico castellano del siglo XVI*, Madrid, 1935, pág. 145), pero medio siglo más tarde Pradilla Barnuevo (*Tratado y suma de todas las leyes penales*, Sevilla, Estupión, 1613, folio 125), refiere que en Sevilla en 1611 se aplicó a una mujer culpable de este delito la dura pena señalada en la ley, ser quemada.

des bandas de malhechores o de rebeldes. En estos casos, por lo común no sólo se prescindía de juzgar a los delincuentes, sino que se les aplicaban terribles suplicios no autorizados por la leyes. La Crónica de los Reyes de Navarra, por ejemplo, nos refieren cómo en los albores del siglo x, García II el Tembloso, de Navarra, castigó a los asesinos del hijo del Conde de Castilla, don Sancho; los encuentra en Monzón (Palencia), los captura, hace construir un horno y cuando está bien caliente los echa dentro y los quema vivos (8). Alfonso IX de León, para combatir la criminalidad que gravemente perturbaba la vida del reino, hizo entre los malhechores y sediciosos horrible escarmiento. Pareciéndole suaves las penas establecidas en las leyes ahorcó muchos hombres y coció muchos de ellos en calderas; otros fueron quemados, desollados, precipitados al mar, arrojados desde torres (9). De estas penas arbitrarias, la de cocer en calderas fué durante el siglo XIII aplicada con frecuencia como castigo de rebeldes. De San Fernando refieren los *Anales Toledanos* que en 1233 *enforcó muchos homes e coció muchos en calderas*. Alfonso XI, relata su Crónica, limpió el reino de asesinos, salteadores de caminos, traidores y rebeldes que fueron en grandes masas ahorcados y degollados; otros fueron arbitrariamente quemados o se les rompió el espinazo (10). También a veces los reyes, mediante «alvalá», hacían dar muerte por mano de su alguacil a rebeldes o delincuentes (11). Entre las formas de ejecución arbitraria de la pena capital merece ser recordada por su horror el suplicio de que fué víctima Juan de Canamas por haber atentado en 1492 contra la vida del rey Don Fernando (12).

(8) De *La Crónica de los Reyes de Navarra*, del Dr. Juan de Jaso, *Bol. Academia de la Historia*, tomo 24, 1894, pág. 129.

(9) Testimonio de Lucas de Tuy citado por Lafuente, *Historia General de España*, 4.º, Barcelona, 1888, pág. 38.

(10) *Crónica de los Reyes de Castilla*, tomo I.º, cap. XLIX, pág. 203. En épocas posteriores también se aplicaron formas de ejecución capital no previstas en las leyes. Entre otros puede citarse el caso del conde de Salvatierra, en 1526, que por su participación en los sucesos de las Comunidades fué condenado a muerte, que le fué dada abriéndole las venas en la cárcel hasta que expiró desangrado. Fué conducido a la sepultura en un ataúd hecho de forma que quedaran los pies descubiertos para que se le vieran los grillos.

(11) Sin duda, para poner fin a estos abusos, Alfonso XI, en las Cortes de Valladolid de 1325, acordó no dar carta ni alvalá para matar, lisiar ni tomar cosa a ninguno. No obstante, esta práctica se mantuvo. La Crónica de Don Juan I de Castilla relata que este monarca, en 1379, dió, a petición de varios judíos de las aljamas de Burgos, un alvalá para que un alguacil matara a un judío «malísimo», siendo muerto don Joseph Michón, judío honrado y bien reputado.

(12) El 7 de diciembre de 1492, hallándose en Barcelona el rey Don Fernando, fué acometido y gravemente herido por un hombre que «con un alfanje o espada cortuchano de fasta tres palmos dióle una cuchillada». El agresor, llamado Juan de Canamas, fué condeado por la justicia de la ciudad a «muy crudelísima muerte». «Fué puesto en un carro y traído por toda la ciudad, y primeramente le cortaron la mano con que le dió al Rey, y luego con tenazas de hierro ardiendo le sacaron una teta, y después le sacaron un ojo, y después le cortaron la otra mano, y luego le sacaron el otro ojo, y luego la otra teta,

2. Durante los siglos XVI y XVII se mantuvieron y fueron prodigamente aplicados los suplicios empleados en las centurias precedentes contenidos en el Libro 9.º de la Nueva Recopilación, y en esta época, en el siglo XVI, se menciona una nueva forma de ejecución, probablemente ya conocida y utilizada en tiempos anteriores (13), la muerte en garrote, que con el correr de los años llegó a predominar en nuestro sistema penal.

Antonio de la Peña y el célebre práctico Antonio Gómez en el siglo XVI y Pradilla Barnuevo en el XVII, atestiguan el empleo de las antiguas formas de ejecución aun cuando en esta centuria alguna de las más terribles perdió en parte su dureza. La muerte en el fuego continuaba aplicada a los herejes, sodomitas, incendiarios y monederos falsos, y para los brujos y brujas, pues para éstos, dice, «no se ha mudado la costumbre, porque los queman» (14); los envenenadores, traidores y los que mataban

y luego las narices, y todo el cuerpo le abocaron los herreros con tenazas ardiendo, y fuéronle cortando los pies, y después que todos los miembros le fueron cortados sacáronle el corazón por las espaldas y écharonlo fuera de la ciudad, lo apedrearón e lo quemaron en fuego y aventaron la ceniza al viento.» Bachiller Andrés Bernáñez, *Historia de los Reyes Católicos Don Fernando y Doña Isabel*, tomo I, Sevilla 1869, pág. 365.

(13) En historias y crónicas anteriores al siglo XVI se hace referencia a una forma de ejecución, la de ser ahogado, que debió ser practicada mediante estrangulación, quizá practicada con cuerdas, y que perfeccionada más tarde recibió el nombre de garrote en el siglo XVI. A tal forma de ejecución debe aludir la Crónica de Alfonso X cuando refiere que por mandato de éste fué «ahogado» en Burgos su hermano don Fadrique (*Crónica de los Reyes de Castilla*, tomo I, cap. LXVIII, pág. 53), o cuando en la Nueva Recopilación (Lib. VII, Tit. XLII, Ley XLVI) se dispone que nadie puede disparar saeta contra los que así fueren condenados «sin que primero sea ahogado». Este procedimiento fué objeto de perfeccionamiento y en el siglo XVII, como después señalaremos, debió ser practicado con un aparato análogo al empleado actualmente.

(14) PARRILLA BARNUEVO: *Tratado y Suma de todas las Leyes Penales*, folio 21. No obstante esta afirmación de Pradilla Barnuevo, el número de brujos y brujas quemados en España, a diferencia de las terribles hecatombes de otros países, en particular Alemania, fué muy reducido. A fines del siglo XV fueron quemadas en Aragón cuatro mujeres, en 1500 tres más, en 1512 sólo una y otra en 1535. La persecución fué más activa en Vizcaya, donde, según cita de Lorente, tomada de un contemporáneo, fueron quemadas unas treinta brujas. Lea, cuya enemiga a la Inquisición es bien conocida, dice que aquí se manifiesta un espíritu de duda y de investigación muy diferente de la irracional ferocidad de otros países. *The Inquisition of Spain*, IV, New York, Mac Millan, 1907, páginas 210 y 211. En el caso más célebre, repugnante y criminal, el de las brujas de Zugarramurdi (Navarra), a pesar de que todos los acusados confesaron ser no sólo brujos sino asesinos, sodomitas, sacrílegos, en el auto de fe de Logroño de 1611 sólo fué relajada una mujer, María Zozaya, cuya terrible confesión dice Lea excedió el límite y demostró ser una dogmatizadora (lugar citado, págs. 227 y 228), y ésta no fué quemada, murió en el garrote. Vid. MENÉNDEZ PELAYO, *Historia de los Heterodoxos españoles*, IV, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, en MCMXI-VII, pág. 381. Menéndez Pelayo menciona un proceso en la diócesis de Vich, en los años 1618 y 1620, contra brujos y brujas de Urgel, Segarra y otros puntos de Cataluña, seguido no por la Inquisición, sino por el Veguer de Llusanés, en el que la justicia condenó a varios acusados a ser ahorcados. Ob. cit., pág. 380. En Castilla la Nueva ninguno de los brujos o brujas perseguidos fué entregado al

por dinero eran arrastrados y ahorcados, y ahorcados eran también los saltadores de caminos, los ladrones y los que hacían fuerza con armas o hurtaban con violencia. Los parricidas seguían castigados, conforme a la ley de Partidas, con la pena romana del saco, que también se denominaba por entonces arca o cuba, por ser estas empleadas para encerrar al condenado; sin embargo, su brutalidad comenzó a atenuarse. En el siglo XVI, Antonio Gómez atestigua que se practicaba y afirma que él la vio aplicar (15), pero en el mismo siglo Antonio de la Peña refiere que el reo antes de ser puesto en el saco era azotado y muerto (15 bis). Pradilla Bar-nuevo hace la misma manifestación: «Ahora, dice, porque no desesperen los ahorcan o dan garrote primero que los encuben (16). Esta forma de ejecución en forma simbólica aún se practicó bien entrado el siglo XIX (17).

En las crónicas locales del siglo XVII, en particular en las referentes a Madrid (18), se encuentran interesantes noticias sobre la pena de muerte y su aplicación. Durante los años de esta centuria la criminalidad violenta, asesinatos, homicidios, robos con vio-

brazo secular. Vid. CIRAC ESTOPANÁN, *Los procesos de hechicerías en la Inquisición de Castilla la Nueva*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1942, pág. 251. La muerte en el fuego se aplicó, por el contrario, con gran frecuencia a los culpables del «pecado nefando» y sobre todo, como es sabido, a los herejes.

(15) «El parricida—refiere—es azotado, colocado en el culeo o arca, con animales contrarios, que se repugnan entre sí, un perro, una víbora, una mona, un gallo, y arrojado al mar o en un río próximo... También en nuestro Reino se practica como dispone la ley de Partidas y con frecuencia la vi practicar...» *Variorum Resolutionum Juris Civilis, Communis et Regii*, Lugduni, Michaelis Goy, MDCXXIV, pág. 392.

(15 bis) LÓPEZ REY: *Un práctico castellano del siglo XVI* (Antonio de la Peña), pág. 130.

(16) *Tratado y Suma de todas las Leyes Penales*, fol. 24.

(17) El 29 de agosto de 1838 dos parricidas fueron ejecutados en Barcelona en esta forma. Después de agarrotados fueron metidos en una cuba que tenía pintados un mono, un gallo y una serpiente y arrojados al mar por presidiarios, donde fueron recogidos por hermanos de la Cofradía de los Desamparados que aguardaban en una lancha. La imposición de pena tan arcaica en época tan próxima a nuestros días se explica porque al ser derogado el Código penal de 1822 vuelven a tener vigor la Novísima Recopilación y las Partidas y, por consiguiente, la penalidad del parricidio establecida en este tiempo legal.

En los primeros años del siglo XIX, Marcos Gutiérrez también atestigua su aplicación; después de privar de la vida al parricida, refiere este autor, «se mete el cadáver en un cubo donde están pintados los referidos animales (un perro, un gallo, etc.), se hace la ceremonia de arrojarle al río, y concluida se le da sepultura eclesástica». *Práctica criminal de España*, III, Madrid, 1806, pág. 44.

(18) Especialmente en los *Avisos de Don Josef Pellicer y Tobar* (se refieren a los años 1639 a 1644), publicados por Antonio Valladares en su *Semanario Erudito*, vol. XXI, Madrid, Antonio Espinosa, MDCCXC; en los *Avisos de Don Jerónimo Barrionuevo* (1654 a 1658), publicados en la *Colección de Escritores Castellanos*, 4 tomos, Madrid, Tello, 1892-1893, y en los últimamente publicados por González Palencia, *Noticias de Madrid* (1621-1627), de autor desconocido, Madrid, Artes Gráficas Municipales, 1942. Estos libros se refieren a ejecuciones capitales efectuadas casi todas en Madrid.

lencia alcanzaba enormes proporciones, hechos que en gran parte se atribuían por los cronistas de la época a las bandas de soldados que volvían, no pagados y hambrientos, de las guerras que España sostenía en diversos lugares de Europa. Pellicer, en sus Avisos, en el correspondiente al 31 de mayo de 1639, después de referir varios homicidios perpetrados en días anteriores, escribía: «... no hay mañana que no amanezcan heridos o muertos por ladrones o soldados; casas escaladas y doncellas y viudas llorando violencias y robos. Tanto puede la confianza que tienen los soldados en el Consejo de Guerra.» Y en el Aviso referente al 26 de julio del mismo año notificaba: «En Madrid han muerto atrocemente en quince días setenta hombres y están heridas en los hospitales treinta mujeres. Hazañas todas de soldados.» Barrionuevo, en sus Avisos, en el correspondiente al 14 de octubre de 1654, luego de señalar una serie de homicidios y muertes acaecidos poco antes, añade: «El diablo anda suelto, ténganos Dios en su mano.» Contra la inseguridad reinante se aplicó copiosamente la pena capital. Las crónicas citadas nos informan de frecuentes ejecuciones de ladrones famosos (reincidentes) y escaladores de casas ahorcados o agarrotados (19).

La represión capital de la reincidencia en el hurto, sin contar con muy antiguos precedentes (20), era en el siglo XVI práctica constantemente seguida por los tribunales, aun cuando las leyes no la establecieran. «Al tercer hurto—escribe Antonio Gómez—se impone la pena de muerte» (21), y en la siguiente centuria Pradilla Barriuevo manifiesta que «por el tercer hurto, aunque este caso no está determinado por derecho, por la general costumbre se les da (a los ladrones) pena de muerte y son ahorcados» (22), práctica que

(19) Pellicer, en el Aviso de 26 de mayo de 1623, comunica que tres hombres, dos de ellos menores de veintitrés años, fueron ahorcados por llevarse una lámpara de una iglesia; en el de 27 enero de 1624, que fueron ahorcados seis hijos vecinos de Madrid, y a ocho les dieron garrote en la cárcel por ladrones famosos, el más viejo no tenía treinta años; el 16 diciembre de 1626 ahorcaron por ladrones y escaladores de casas a cinco hombres; el 15 enero de 1627, por los mismos delitos, fueron ahorcados otros cinco; en el mismo año fué ahorcado un asesino, su cabeza fué colocada en la horca y la mano en el lugar del delito; el 26 de marzo ahorcaron a un negro y a una mulata por ladrones y escaladores de casas.

El garrote, a pesar de haber sido empleado ya en el siglo XVI y de serlo durante el siglo XVII lo describe Barrionuevo como si fuera instrumento poco conocido. En su Aviso correspondiente al 15 agosto de 1554, refiriéndose a un condenado a punto de ser agarrotado, libertado del suplicio por una muchedumbre de clérigos, escribe de quitaron la argolla de hierro de la garganta, que es un instrumento ingenioso con que a dos vueltas de tornillo en un abrir y cerrar de ojos se está en la otra vida», y en el Aviso de 10 de agosto, que el reo murió «en un abrir y cerrar de ojos, con un artificio de hierro que estrechaba con tornillo a la primera vuelta». Debía ser muy semejante al empleado actualmente.

(20) El fuero de Caparroso (año 1102) disponía que el que roba tres veces debe ser ahorcado.

(21) *Vaporum Resolutionum*, tomo 3.º, cap. V, 6.

(22) *Tratado y Suma de todas las Leyes Penales*, fol. 40.

según refiere Elizondo aún se aplicaba a fines del siglo XVII (23). Asimismo se imponía esta pena para ciertos hurtos cualificados, como los cometidos con horadamiento de casa, escalamiento, los perpetrados de noche con armas, etc., aun cuando fueran ejecutados por vez primera. Los asesinos y homicidas eran ahorcados y agarrotados y a veces, como agravación del castigo, su cabeza o sus manos quedaban expuestas en las calles o plazas durante algunos días (24).

Las condenas a muerte por el fuego para los culpables del «pecado nefando» eran frecuentes en el siglo XVII a causa del grave incremento de este delito, según refieren las crónicas locales (25); también se aplicó el mismo suplicio para el delito de bestialidad (26). Se impuso, además, en los casos de grave sacrilegio (27) y para los monederos falsos. Establecida en las Partidas («cualquier que ficiere moneda falsa de oro, de plata, o de otro metal cualquier, que sea quemado por ello: de manera que muera», Part. VII, Título VIII, Ley IX), se siguió aplicando en el siglo XVI, según testimonio de Antonio de la Peña (28) y en el siglo XVII, «los quemados—dice Pradilla Barnuevo—como en el crimen *lesae magestatis*, que también lo es este caso» (29). Y no obstante hallarse establecido desde larga fecha y aplicado este inhumano castigo, Feli-

(23) Escribe Elizondo que el culpable de tercer hurto «mediante la costumbre debe ser ahorcado». *Práctica Universal forense de los Tribunales superiores de España y de las Indias*, t.º, Madrid, MDCCCLXXIV, pág. 299.

(24) Pellicer, en Aviso de 1640, informa que un guarda de puertas que mató a un labrador por él perseguido, que llegaba a una iglesia para acogerse a ella como lugar de asilo, fué ahorcado y su cabeza puesta tres días en una escarpija con pena de muerte para el que de allí la quitara. Barrionuevo, en Aviso de 19 agosto de 1654, refiere que don Antonio de Guevara fué agarrotado y su mano derecha cortada por el verdugo puesta en un palo. Con motivo de un atentado contra Felipe IV, cinco hombres fueron ahorcados en la Plaza Mayor de Madrid, cortadas sus manos y clavados en palos colocados en el lugar del suceso, hasta que la Saia de Alcaldes dió licencia a la Cofradía de la Paz y Caridad para dar sepultura a los restos.

(25) Las *Noticias de Madrid* informan que el 5 diciembre de 1622 cinco mozos fueron quemados en esta villa por el pecado nefando y el 21 marzo de 1626, dos mozelos por el mismo delito. Pellicer, en Aviso de 21 octubre 1639 cuenta que en la cárcel de la Villa quedaron presos por sodonía una cuadrilla de hombres bajos, y en el correspondiente al 28 del mismo mes y año refiere que el día antes se había hecho justicia de dos hombres y a otro tenía en capilla para ser ejecutado, pidió iglesia y fué suspendida la ejecución, y añade que estaban presos nueve por igual motivo y se decía que habían culpado hasta sesenta; en el Aviso de 16 octubre de 1640 dice que en la semana anterior fueron quemados por el mismo delito un hombre y un muchacho.

(26) Barrionuevo, en Aviso de 16 julio de 1655, refiere que el viernes anterior fué quemado un hombre en Alcalá por este delito.

(27) Las *Noticias de Madrid* de 24 enero de 1624 señalan fué quemado vivo un hombre que arrebató el Santísimo Sacramento de manos del sacerdote y lo pisoteó, y las de 5 de julio del mismo año, que un hugonote francés, al llevar el sacerdote la hostia, la arrebató de sus manos y la hizo pedazos; arrepentido, la justicia se apiadó de él y le dieron garrote antes de quemarlo.

(28) Ob. cit., pág. 190.

(29) *Tratado y Suma de todas las Leyes Penales*, fol. 35, reverso.

pe IV, por una serie de Pragmáticas de 1658 y 1660, lo reitera con tal dureza que hasta excluye la excusa de minoría de edad (Nov. Recopilación, Lib. XII, Tít. IX, Ley IV).

La mayoría de las veces, en esta época, se aplicó la pena de muerte de modo legal; no obstante, para el castigo de hechos que afectaban al gobierno del Estado o molestaban o inquietaban al Monarca o a las autoridades, fué no pocas veces impuesta con manifiesto atropello de las leyes; alguno de estos casos, por su barbarie, recuerda los duros años de la Edad Media (30). También se utilizó en este siglo la llamada «talla», la oferta y pago de una cantidad efectuados por la autoridad judicial por la entrega de algún delincuente, vivo o muerto (31).

Durante algunos siglos, en particular durante los siglos XV al XVIII y hasta bien entrado el XIX, fué práctica muy seguida y a veces expresamente ordenada en la ley, como en la Pragmática de Felipe IV de 1663 contra bandidos y facinerosos, descuartizar los cadáveres de los ajusticiados y exponer sus despojos sangrientos, su cabeza o sus manos, en los puntos de frecuente tránsito o en las cercanías del lugar del delito. Entonces era frecuente esta macabra exhibición, singularmente cuando los ajusticiados eran ladrones o salteadores de caminos (32) o autores de graves delitos

(30) El hidalgo aragonés don José de Mallada, por su gran amistad con don Juan de Austria, el hijo bastardo de Felipe IV enemigo de la reina Mariana de Austria, madre y tutora de Carlos II, y del padre Nithard su valido, fué, por orden escrita de la reina, preso en la cárcel a las once de la noche y a los dos horas agarrado en ella.

Pellicer, en su Aviso de 12 de marzo de 1641, informa que a un cerrajero por hacer llaves falsas del aposento de una dama de palacio por encargo de un alto personaje, le dieron garrote secretamente. El mismo, en su Aviso de 20 de octubre de 1639, publica que en Málaga el teniente de corregidor don Pedro de Olabarria, por insulto recibido de don Alonso de Torres, le prendió, sustanció la causa en seis horas, haciendo fuese degollado de noche por un esclavo, y dicen que sin confesar. En alguna ocasión los tribunales condenaron a formas de ejecución no establecidas por la leyes. El mismo Pellicer, en su Aviso de 6 de agosto de 1614, informa que Miguel de Molina, reo de lesa majestad, peligroso criminal, ya condenado a galeras, fué sentenciado a ser despedazado por cuatro potros, pena no existente en nuestras leyes; el rey se opuso alegando que no quería que en su reinado se introdujeran suplicios que no habían usado sus antecesores; fué ahorcado y después descuartizado.

(31) En Aviso de Pellicer de 18 de septiembre de 1640 se informa que la justicia llamó por pregones a don Bartolomé de Goicoechea, mozo rico, que tenía casa de juego junto a la Trinidad, y dan talla de 2.000 ducados al que lo entregare preso y de 1.000 al que lo entregare muerto. El pregonado, con ocasión de los sucesos de Cataluña, había ensazado a los rebeldes.

(32) Entre los criminales descuartizados cuyo recuerdo ha llegado hasta nuestros días, uno de los más renombrados fué el célebre bandido Diego Corrientes, ejecutado en Sevilla en 1781; fué ahorcado y hecho cuartos, que fueron colocados en los caminos, y la cabeza, puesta en una jaula, fué colocada en la Venta de La Alcantarilla. En los últimos años del siglo XVIII y primeros del XIX cuadrillas de malhechores perpetraron en Salamanca y en varios pueblos de la provincia gran número de robos y homicidios. El 15 de diciembre de 1801 dieciséis de estos criminales fueron condenados a muerte en horca, alguno a ser agarrado, ordenándose que las cabezas, manos y

que habían causado profunda impresión en la masa popular. El descuartizamiento de los ajusticiados no se aplicó solamente a los delincuentes comunes sino también a los ajusticiados por causas políticas (33). En 1837, y quizá aún más tarde, se exponían en los caminos los despojos de los delincuentes ejecutados (34).

3. La desaparición de los suplicios más crueles gana terreno considerable hacia la mitad del siglo XVIII. Sin embargo, esta orientación humanitaria se interrumpe por la publicación de duras disposiciones que representan una vuelta a la rigidez de las épocas precedentes, tales la Pragmática de Felipe V de 23 de febrero de 1734, completada por la de 3 de noviembre de 1735, que castigaba con pena capital los hurtos cometidos por mayores de diecisiete años, con o sin armas, aun sin causar muerte ni herida, de mucha o poca cantidad, sin exceptuar a los nobles, que no eran ahorcados, sino agarrotados (Nov. Recop., Lib. XII, Tit. XIV, Leyes III y V). También denotaba severidad extrema la disposición de Carlos III de 17 de octubre de 1769 que imponía pena de horca por los hurtos violentos, hurtos de ganado e incendios cometidos contra los colonos de las poblaciones creadas en Sierra Morena. Mas a pesar de estos retornos al viejo rigor fué afianzándose una

cuartos fueran expuestos en los pueblos de la provincia que la sentencia señalaba, y así se hizo el 11 de enero de 1802, día en que fueron ejecutados (VILLAR y MACÍAS: *Historia de Salamanca*, vol. III, págs. 408 y sigs.). La misma suerte corrieron pocos años más tarde algunos de los pertenecientes a la banda de los Niños de Ecija, de siniestro renombre. De estos malhechores, Luis López y Antonio Fernández fueron ejecutados en Sevilla el 18 de agosto de 1817, Juan Antonio Gutiérrez el 7 de febrero de 1818 y Antonio de la Fuente el 13 de noviembre del mismo año. Cada uno había sido pregonado en 3.000 reales; todos fueron arrastrados, ahorcados y descuartizados, distribuyéndose sus cabezas y miembros entre los diversos lugares donde cometieron sus crímenes. José Rojas «Veneno», condenado por la Comisión ejecutiva, murió también en Sevilla, en garrote vil, el 13 de diciembre de 1832; fueron descuartizados y repartidos sus despojos en las inmediaciones del Arrial, Morón y Torre de Alócer. (BERNALDO DE QUIRÓS: *Bandolerismo y delincuencia subversiva en Andalucía*, Madrid, 1913, págs. 18 y sigs.).

(33) Con motivo de los sucesos ocurridos en Zaragoza en 1591 a causa de la liberación de Antonio Pérez de las cárceles de la Inquisición, fueron ajusticiados, entre otros, dos nobles: don Juan de Luna y don Diego de Heredia, fueron decapitados y sus cabezas expuestas, la de aquél en la Diputación; la de éste en el puente. Si su condición de nobles les aseguró ser decapitados, forma de ejecución no infamante, no les preservó del descuartizamiento. Pocos años después, en 1595, fué ahorcado, descuartizado y sus cuartos puestos en los caminos y la cabeza en una jaula de hierro, Gabzic de Espinosa, el famoso pastelero de Madrigal, que fingía ser el rey Don Sebastián de Portugal, muerto y desaparecido en la batalla de Alcazarquivir, con lo que perjudicaba los planes de Felipe II sobre este país. Todavía en 1824 se empleó el descuartizamiento en delincuentes políticos. En este año, Gregorio Iglesias, joven de dieciocho años, acusado de comunero, fué ahorcado y descuartizado.

(34) El viajero inglés Borrow refiere, en su libro de viajes por España, haber visto en 1837 expuestas en el puente de Castellanos, camino de Lugo a Coruña, clavadas en estacas, tres cabezas de bandidos que habían cometido techorías por aquellos alrededores (*The Bible in Spain*, Londres, Murray, 1914, pág. 364).

menor dureza en las formas de ejecución capital. A fines del siglo XVIII, Lardizábal señala la mitigación y declara que eliminados en la práctica, aun cuando no en las leyes, los bárbaros suplicios antiguos, la pena de muerte queda reducida al garrote, la horca y el arcabuceo para los soldados (35). El garrote se reservó para los nobles, que iban al patíbulo en bestia de silla, y la horca para los plebeyos, conducidos en bestia de albarda (36).

4. La dureza penal durante el siglo XIX sigue perdiendo terreno. Aunque motivados por las luchas políticas aún sobrevienen terribles retornos al antiguo rigor, sin embargo, aunque fugazmente y sin éxito, prende la idea abolicionista. La comisión encargada de redactar el proyecto de Código penal, que llegó a ser ley en 1822, propuso la supresión de esta pena, mas la propuesta, mal recibida (37), fué rechazada, por lo que el texto del Código la mantuvo disponiendo que fuera ejecutada en garrote, sin tortura ni mortificación alguna (art. 38). Al sobrevenir la reacción absolutista de 1823 perdió este Código la vigencia y la pena capital volvió a ser ejecutada por medio de la horca. Cientos de desventurados en el año 1824 y siguientes murieron en ella por causa política. Este suplicio fué abolido por el Rey Fernando, por Real Cédula de 28 de abril de 1828—abolición con la que quiso «señalar la grata memoria del feliz cumpleaños de la Reina—», disponiendo que en adelante se ejecutase en garrote ordinario para las personas de estado llano, en garrote vil para los castigados por delitos infamantes, sin distinción de clases, y garrote noble reservado para los fijosdalgo. Pero a pesar de esta disposición, en Madrid, Barcelona y otras localidades continuó ejecutándose la pena abolida hasta el 1831, gran número de personas murieron en ella por motivo político; y en la capital catalana, bajo el mando del siniestro conde España, muchos desventurados fueron fusilados por igual causa y sus cadáveres, como trato de infamia, colgados en la horca.

Al quedar derogado el Código penal de 1822 no sólo fué restablecido este modo de ejecución, también lo fueron otros que aun cuando ya habían caído en desuso por hallarse establecidos en las Partidas y en la Novísima Recopilación, volvieron a regir al ser abolido aquel cuerpo legal. Así resurgió la pena de muerte por el fuego para los herejes, que fué ejecutada simbólicamente, como en el caso, muy sonado, de Cayetano Ripoll, maestro de Ruzafa, juz-

(35) *Discurso de las penas contraído a las leyes criminales de España*, Madrid, Ibarra, MDCCXXXII, págs. 186 y 187.

(36) Estas bestias podían ser tomadas a su dueño para la ejecución, pagándole el jornal, con excepción de yegua de vientre de casta, que no puede quitarse para ningún servicio (MARCOS GUTIÉRREZ: *Práctica criminal de España*, I, Madrid, MDCCCIV, pág. 312).

(37) Explicando la Comisión las variaciones propuestas en el proyecto manifestaba: «Una de las reformas propuestas en el proyecto es la supresión de la pena de muerte, contra la cual está la mayoría de los informantes...» (*Variaciones que en el proyecto de Código penal propone la Comisión que la ha formado*, impresas por orden de las Cortes, Madrid, 1821, pág. 3).

gado por la «Junta de Fe» de Valencia, y mostrándose hereje contumaz fué relajado a la Sala del Crimen de su Audiencia y ahorcado el 26 de julio de 1826; la quema fué simulada, colocando su cadáver en un cubo en el que fueron pintadas llamas simbólicas. La Audiencia fundamentó su ejecución en la ley de Partidas. Este fué el último suplicio en España por causa religiosa (38). También renació la pena llamada del «saco» o «encubamiento», el antiguo *culleum* romano, conservado en las Partidas para los parricidas, que fué ejecutada simbólicamente en Barcelona en 1838, como en páginas anteriores hemos señalado.

5. Con el Código penal de 1848 desaparecieron estos vestigios medievales, desapareció la horca y quedó definitivamente arraigado el garrote como medio de ejecución para las condenas capitales impuestas por la jurisdicción común. «La pena de muerte, declaraba en su artículo 89, se ejecutará en garrote y sobre un tablado», disposición que fué textualmente reproducida en el artículo 102 del Código de 1870. En el siguiente de 1928, que conservó la pena capital, no se especificó el medio de ejecución, remitiéndose a lo que dispusieran los reglamentos (art. 170). Esta pena fué abolida, bajo el régimen republicano, en el Código penal de 1932, y bajo el mismo régimen político restablecida por ley de 11 de octubre de 1934 para la represión de los delitos cometidos por medio de explosivos y de los robos con violencia o intimidación en las personas. El vigente Código penal de 1944, como es sabido, la conserva en su sistema de penas, declara que será ejecutada en la forma determinada en los reglamentos (art. 83). Son éstos el Reglamento de los servicios de prisiones de 2 de febrero de 1956 que, en realidad, no determina el modo de ejecución, pues se limita a disponer que «se ejecutará con arreglo a la ley» (artículo 46). En la actualidad las ejecuciones capitales continúan practicándose con el garrote.

6. Hasta el presente siglo las ejecuciones se efectuaban con gran publicidad. Se creía entonces con firmeza que la concurrencia de grandes masas de pueblo prestaba a aquéllas una saludable ejemplaridad, una fuerza intimidativa capaz de prevenir, en gran parte, los grandes delitos castigados con la última pena. Nuestras antiguas leyes, el Fuero Juzgo (39) y en particular las Parti-

(38) Vid. LEX: *Historia of the Inquisition of Spain*, IV, pág. 461; MEXÍEZ-PRELAZO: *Historia de lo heterodoxos españoles*, VII, págs. 142 y sig.

Todavía casi treinta años después de la ejecución de Ripoll se practicó una quema no simbólica, sino real, aun cuando no lo fué por herejía. El sacerdote Martín Merino, que atentó contra la vida de las Reina Isabel II, fué agarrado, el cadáver quemado y sus cenizas esparcidas al viento. Fué esta una cremación ilegal, no autorizada por ley y muy comentada por los escritores de la época. El Gobierno la dispuso, según se afirmó, con el propósito de que no quedara signo material de delito.

(39) «Todo Juíz que debe justizar algun malfechor non lo deve fazer en escuso (a escondidas) mas paladinamente ante todos.» Lib. VII, Tit. IV, Ley VII.

das (40), con el propósito de atemorizar a los posibles delincuentes, establecieron la publicidad del castigo. Mas por causas especiales, como la dignidad del condenado (41), o por ocultar una ejecución arbitraria e injusta impuesta generalmente por causa política (42) o por razones de orden público (43), la pena de muerte no pocas veces fué ejecutada en la prisión y hasta en la misma morada del ejecutado. Para alcanzar la máxima publicidad las leyes dispusieron desde muy antiguo que se practicara de día, «devese cumplir de día concejaramente ante los omes, e non de noche e a furto», disponían las Partidas (Part. III, tít. XXVII, ley V); que se ejecutara de día y con publicidad ordenaron todos nuestros Códigos penales desde el de 1822 al de 1870.

Las ejecuciones fueron con frecuencia, como en otros países, causa de vergonzosos escándalos y de repugnante desenfreno (44), por

(40) Paladinamente debe ser fecha la justicia de aquellos que oviesen fecho porque morir; porque los otros que lo vieren o lo oyeren, reciban ende miedo o escarmiento, diziendo el alcaalde o pregonero los yerros porque los matan.» Part. Vlll, Tít. XXXI, Ley XI.

(41) Los sacerdotes y religiosos cuando, por causa que no fuera de herejía, eran entregados al brazo secular para evitarles el deshonor de la publicidad eran ejecutados en la cárcel y su cadáver confiado a gente eclesiástica o a miembros de su orden, como aconteció con el turbulento obispo Acuña, ejecutado en Simancas en 1526, y con otros eclesiásticos condenados a muerte. También escapaban a la publicidad las ejecuciones de los caballeros de las Ordenes militares. «Cuando se ejecuta la pena de muerte por orden del Maestre o del Consejo de Ordenes, refiere Castillo de Bovadilla, se comisiona a un caballero y a un religioso para que la degraden y se ejecuta la pena en secreto, en su aposento, con garrote, y así se ha practicado.» (*Política de Corregidores y Señores de Vasallos*, I, Amberes, Verdussen, edición de 1704, Lib. II, Cap. XIX, página 630 25.)

(42) Flores de Montmorency, señor de Montigny, detenido por orden de Felipe II como complicado en una conspiración flamenca, fué ejecutado secretamente en su prisión de la fortaleza de Simancas en octubre de 1570. Don José de Malladas, caso ya referido en páginas anteriores, fué agarrado con todo sigilo en la cárcel, por orden escrita de la reina Mariana de Austria, en 1668. Pellilcer, en su Aviso de 24 de mayo de 1631, narra que a un portugués que sometido a horrible tormento confesó ser espía le fué dado garrote con todo secreto en el arroyo de Abroñigal, a un cuarto de legua de Madrid. También, para evitar el escándalo de su conocimiento se agarró secretamente al cerrajero aludido más atrás, que por mandato de un alto personaje hizo llaves falsas para el aposento de una dama de palacio.

(43) Como sucedió en Salamanca, con motivo de los criminales excesos cometidos por los estudiantes, donde uno de los principales inductores, estudiante canónigo, fué agorrotado en la cárcel el 16 de noviembre de 1664 por orden del corregidor para evitar nuevos tumultos. (VILLAR Y MACÍAS: *Historia de Salamanca*, 2.º, página 572.)

(44) El 6 de agosto de 1896 fueron ejecutados en Villafranca del Panadés (Barcelona) por asesinato, tres hombres y una mujer. «Más de 20.000 personas, escribe un cronista, reuniéronse para presenciar la ejecución de la sentencia venidos de todos los pueblos de la comarca. En Villafranca parecía fiesta grande, abarrotados de público fondas, cafés y hasta las calles. El comercio, animadísimo, tuvo un día de excelente negocio...» (CABALLÉ CLOS: *La criminalidad en Barcelona*, Barcelona, 1945, pág. 101.) El mismo cronista describe una ejecución verificada en Barcelona el 15 de julio de 1897: «La muchedumbre—refiere—bramaba, rugía, estallando en carcajadas... muchos desayunaron allí mismo, levantando la bota o el pellejo de vino» (Obra citada, pág. 110). Escenas de

lo que, para evitarlos o atenuarlos, las autoridades, a fines del siglo XIX, procuraban que fueran efectuados en las inmediaciones de la prisión en que se hallara el reo. El 24 de noviembre de 1894 se dictó una Real Orden, primer paso hacia la abolición de su publicidad, ordenando que las ejecuciones se verificaran dentro del recinto de las cárceles en que estuvieren presos los condenados, siempre que hubiere sitio adecuado. Por fin la ley de 3 de abril de 1900 (denominada ley Pulido, del nombre de su ilustre promotor) abolió por completo la publicidad de las ejecuciones (45).

Actualmente, conforme al artículo 46 del Reglamento de los Servicios de prisiones, la pena de muerte se ejecutará a las diez horas de haber notificado al reo la señalada para la ejecución. A ésta asistirán el secretario judicial designado al efecto, los representantes de las autoridades gubernativa y municipal, el director de la prisión y funcionarios que éste designe, el sacerdote o ministro de la religión e individuos de las asociaciones religiosas o de caridad que auxilien al reo, el médico que haya de certificar el fallecimiento y tres vecinos designados por el alcalde, si voluntariamente se prestasen a concurrir.

7. La asistencia religiosa se prestó desde tiempo muy antiguo a los condenados a muerte. En 1567 se dispuso que recibieran la comunión, y en 1569, por Pragmática de Felipe II, se ordenó se les dijera misa dentro de la cárcel, en el lugar más decente de

la misma índole se desarrollaban en las ejecuciones practicadas en Madrid, como en la de Higinia Balaguer, agarrotada el 19 de julio de 1890. De igual manera en tiempos más lejanos presenciaban las ejecuciones capitales grandes multitudes que acudían a solazarse como a una fiesta. Un Aviso de Pellicer, referente al 3 de julio de 1635, nos informa de la enorme concurrencia que acudió a presenciar la ejecución de Josef Solier, que murió de congoja en la escalera de la horca: «Había mil coches—dice—, gente sin número, desembarazada la plaza para la fiesta de toros, el día risueño...» Sin embargo, no pocas veces conmovido el populacho por la desgracia del pobre condenado o por su actitud gallarda ante la muerte dió señales inequívocas de dolor y compasión. Recordemos las ejecuciones de don Alvaro de Luna en 1452 y la de don Rodrigo Calderón, marqués de Siete-Iglesias, en 1621, que el pueblo presenció con piedad y recogimiento. Otras veces la gentil presencia del reo despertó en la muchedumbre profunda aflicción. De la ejecución de don Antonio de Amada dice el Aviso de Pellicer de 22 de agosto de 1654: «Iba tan gallán que hombres y mujeres lloraban como niños.»

(45) Cuando las ejecuciones eran públicas existían lugares previamente designados por la autoridad o por la costumbre para practicarlas. Unas veces eran lugares alejados de la prisión, fuera de la ciudad o de la villa; otras veces en su interior, en ciertos casos en la proximidad del lugar del delito o de la morada de la víctima. Algunas antiguas fuentes legales señalan el sitio de la ejecución. El Fuero de Salamanca dispone que tendrá lugar allende la puente. En Madrid se efectuaron en la Plaza Mayor hasta 1765. En la Plaza de la Cebada comenzaron en 1805; los franceses trasladaron las ejecuciones a la Plaza Mayor; en 1814 se ajustició en la Plaza de Sauto Domingo, en 1835 se comenzó a agarrotar en la Puerta de Toledo y de aquí se trasladaron al Campo de Guardias en 1850. En Barcelona, a fines del siglo XIX, los condenados a muerte fueron ejecutados en el llamado «Patio de los cordeleiros», lugar próximo a una prisión hoy demolida. La última ejecución en este punto, última en público, tuvo lugar en 1897.

ella, que sería designado por el Ordinario. Desde entonces es práctica constante dar la comunión a los reos antes de su ejecución. Los escritores de la época también destacan la necesidad de la asistencia religiosa. Castillo de Bovadilla señala el cuidado que ha de tenerse para que el ajusticiado confiese y comulgue y asimismo que le acompañe algún religioso que le consuele y asista, pero, añade, no debe demorarse la ejecución so color y pretexto de no estar el delincuente preparado espiritualmente (46). También Cerdén de Tañada pedía que en las cárceles hubiera una capilla u oratorio donde los presos pudieran oír misa y los sentenciados a muerte recibir los Santos Sacramentos (47). En numerosas ciudades y villas se crearon cofradías y hermandades que entre sus piadosos fines incluían la asistencia de los condenados hasta el momento de su ejecución y proporcionarles sepultura cristiana. En Toledo existió la cofradía de la Santa Caridad fundada, se dice, en 1085; en Málaga la Hermandad de Paz y Caridad, que se rigió por sus constituciones de 1682; en Sevilla, según Cristóbal de Chaves existían cofradías formadas por presos; En Madrid, Juan II y su mujer, Doña María de Aragón, fundaron en 1421 una cofradía, Nuestra Señora de la Caridad del Campo del Rey, que asistía y enterraba a los ajusticiados, y en los primeros del siglo XVI una hermandad, Nuestra Señora de la Paz, en la iglesia de Santa Cruz, desempeñaba la misma piadosa misión. De igual modo en Barcelona la Congregación de la Sangre asistía a las ejecuciones, y la Cofradía de los Desamparados, que cuidaba, además, de dar sepultura cristiana a los ejecutados (48). Apenas hubo en España una ciudad o villa donde no existiera una Cofradía de la Paz y Caridad que aún se conservan en numerosas localidades españolas (49). Mientras duró

(46) *Política de Corregidores y Señores de Vasallos*, II, pág. 279, 61.

(47) *Visita de la cárcel y de los presos*, Valencia, en casa de Pedro Huete. Año MDLXXIV, pág. 58.

(48) Sin embargo, no en todas las partes hubo el mismo celo; en Oviedo, hasta la segunda mitad del siglo XVI, no funcionaban estas hermandades y fué preciso que las autoridades las excitasen a estas piadosas funciones. He aquí de un antiguo noticiario de Oviedo: «30 octubre 1551. El señor teniente y los señores Juez e Regidores por plática del señor Teniente platicaron, en como sucede que continuamente se ahorcan e degüellan en esta cibdad muchas personas que van a padecer e morir sin que con ellos vaya ninguna compañía ni otras personas que las que van por su devoción, y parece que el que muere va desconsolado yendo tan solo, sin personas que le animen a morir, e como en otras partes se usa de salir la Cofradía de la misericordia e llevar crucifijo e campana, e pedir limosnas, se acordó e platicó de dar orden en ello e de hablar con los compañeros de la misericordia para ver si podrá en ello dar orden, por quel dicho señor Teniente de obras públicas daría limosna para ello.»

(49) En el número 6 de febrero de 1943 de *The Illustrated London News* aparece un grabado que representa un hombre vestido de blanco con túnica ceñida a la cintura, de apariencia clerical; el rostro cubierto con un velo, con un agujero para ver y sombrero de teja blanco, que recorre, con otros, las calles de Malta, tres días antes de la ejecución de condenados a muerte, pidiendo limosna para su alma. Pertenecen a la Archiconfraternidad de la Merced fundada en España en 1512 e introducida en Malta en 1530 por los Caballeros de San Juan de Jerusalén. Fué creada para cuidar los cuerpos de los ahorcados,

la terrible costumbre de exhibir al público la cabeza y cuartos de los cuerpos descuartizados de los ajusticiados estas hermandades se encargaban de recogerlos y darlos sepultura (50).

Hasta la mitad del pasado siglo tuvo lugar en algunas prisiones españolas una patética ceremonia: la salve cantada por todos los presos cuando el compañero condenado a muerte era conducido a la capilla de la que había de salir para el cadalso (51).

Los cuerpos de los ejecutados no podían ser retirados del cadalso. El Fuero de Salamanca disponía que el ahorcado, ni vivo ni muerto, podía ser descolgado de la horca sin incurrir en las penas señaladas por el Fuero. En Navarra era castigado con pena de horca el que descolgaba a un ahorcado (52). Sin embargo, con licencia de la autoridad, podían ser retirados y enterrados, pero lo más frecuente era que los cadáveres de los ejecutados permanecieran en la horca hasta su descomposición y que caídos sus despojos fueran devorados por los animales. En los siglos XVI y XVII todavía se encontraban en los campos racimos de malhechores colgando de los árboles, como los encontró Don Quijote camino de Barcelona, que «por aquí, dijo a Sancho, los suele ahorcar la justicia cuando los coge de veinte en veinte, de treinta en treinta». En España, Castillo de Bovadilla, invocando la opinión de Baido y otros, decía han de estar pendientes de la horca por lo menos hasta la puesta del sol, y nadie puede quitarlos sin licencia de la autoridad (53). En la segunda mitad del siglo XVI Cerdán de Tallada, apelando al testimonio de los doctores, manifestaba que en estos tiempos no solían los jueces conceder sepultura a los cuerpos de los ejecutados si no fuera solicitada y, aún solicitándola, en delitos graves y atroces se dejaba al arbitrio del juez «por razón del ejemplo que de ver los cuerpos de los condenados se saca» (54). En esta época la mayoría de los cuerpos de los ajusticiados quedaban abandonados; muchas veces los animales, perros y cerdos, comían sus despojos o roían sus huesos, y sólo por caridad recibían sepultura cristiana. De esta piadosa misión se encargaban, como ya indicamos, las cofradías religiosas creadas para asistir a los ajusticiados, o sus

y actualmente, poco más o menos, presta el mismo servicio. Sus miembros pertenecen a la nobleza matense, a la abogacía y a la medicina.

(50) En Madrid la Hermandad de la Paz y Caridad los recogía el sábado de Ramos de cada año; en Sevilla la de la Santa Caridad de Nuestro Señor Jesucristo también los recogía, los enterraba y celebraba funerales.

(51) LARRA, en su artículo *Un reo de muerte*, la describe así: «Llegada la hora fatal entonan todos los presos de la cárcel, compañeros de destino del sentenciado, y sus sucesores acaso, una salve en un compás monótono y que contrasta singularmente con las jácaras y coplas populares, inmorales e irreligiosas que momentos antes componían juntamente con las preces de la religión, el ruido de los patios y calabozos del espantoso edificio...»

(52) YANQUAS, entre otras curiosas noticias sobre la ejecución de la pena capital en Navarra en el siglo XIV, refiere que en 1333, Puntas, judío de Judía, fué colgado por haber quitado de la horca a otros judíos ahorcados. (*Diccionario de antigüedades del Reino de Navarra*, II, Pamplona, 1840, pág. 136.)

(53) *Política de Corregidores y Señores de Vasallos*, II, págs. 303, 143.

(54) *Visita de la cárcel y de los presos*, pág. 241.

familias y amigos. En iglesias y ermitas existían cementerios destinados a estos malhechores; en uno de ellos, en la ermita de San Andrés, fuera de Valladolid, fué pobremente enterrado Don Alvaro de Luna. En Madrid, los enterramientos de los malhechores degollados se efectuaban en la parroquia de Santa Cruz, y en la de San Ginés los de los ahorcados. En los primeros años del siglo XIX los ejecutados eran inhumados en la iglesia de San Millán, anejo de la parroquia de San Justo.

En el siglo XVI los cadáveres de los ajusticiados fueron a veces entregados a los médicos y cirujanos para estudios anatómicos. Antonio Gómez (55) refiere que Carlos V y su Consejo consultaron en 1550 a la Universidad de Salamanca sobre esta entrega, y la respuesta fué favorable; a fines del siglo XVI así se hacía, y Castillo de Bovadilla asegura haberlo visto practicar (56). En tiempos posteriores debió de ser mantenida esta práctica, pues el Código penal de 1822 (art. 46) dispuso que podrían ser entregados «para alguna operación anatómica que convenga».

Llegada la época de la codificación penal nuestros Códigos penales de 1822, 1848 y 1870 ordenaron que el cadáver del ejecutado fuera entregado a sus parientes o amigos que lo solicitaren para darle sepultura. Este último Código añadía que el entierro no podía hacerse con pompa. El Reglamento de los Servicios de prisiones de 1956 (art. 46) que regula este punto, por verificarse las ejecuciones en el interior de aquéllas, prescribe que el cadáver, para su inhumación; podrá ser entregado a la familia del reo, si ésta lo solicita, y tendrá lugar sin pompa alguna.

En el siglo XIX los cadáveres de los ajusticiados habían de quedar expuestos en el patíbulo durante cierto número de horas «hasta la puesta del sol», disponía el Código de 1822; hasta «una hora antes de oscurecer», ordenaban los de 1848 y 1870. Y según testimonio de Marcos Gutiérrez parece existió la costumbre de que los parientes y amigos del ejecutado, mientras éstos permanecían expuestos al público en el cadalso, colocaran en éste bayetas, blandones y otros aparatos fúnebres, pues refiere que para ello era necesaria previa licencia del tribunal, del que había que solicitarlo, como siempre se había hecho (57).

Las ejecuciones de los nobles se efectuaban con pompa. El cadalso se cubría con paños negros y se encendían hachas y blandones, el entierro del cadáver se hacía solemnemente; no obstante, hubo nobles y aun altos personajes que fueron ejecutados e inhumados tan austera y pobremente como los más pobres malhechores. Don Alvaro de Luna, ejecutado en Valladolid en 1452, fué degollado y decapitado en un mezquino cadalso; su cabeza, colocada en un garabato de hierro, estuvo expuesta nueve días, y su

(55). *Variarum Resolutionum*, 3.º *De Delictis*, Cap. XIV, 9.º pág. 487.

(56) *Política de Corregidores y Señores de Vasallos*, II, Lib. III. Cap. XV, 143, pág. 303.

(57) *Práctica criminal de España*, I, pág. 314.

cuerpo enterrado de limosna en un cementerio de ajusticiados. Otra célebre ejecución, cuyo recuerdo ha perdurado durante siglos, fue la de don Rodrigo Calderón, ajusticiado en 1621, que murió con increíble entereza. Su cadáver, desnudo, fué depositado en un miserable ataúd sin cubierta, y con orden de que nadie lo acompañara fué enterrado por unos frailes carmelitas.

En los pasados siglos, cuando nutridas bandas de salteadores cometían crímenes gravísimos, eran frecuentes las ejecuciones capitales en las que se ajusticiaban gran número de delincentes. Solamente en Madrid, en el siglo xvii, se dieron frecuentes casos de ejecuciones múltiples. El 5 de diciembre de 1622 fueron quemados cinco mozos; el 27 de enero de 1624 fueron ahorcados seis sujetos y ocho agarrotados; el 15 de enero de 1627 fueron ahorcados tres hombres. Y en el siglo xix, en sus comienzos, hallamos ejecuciones aún más numerosas. Una de las más señaladas tuvo lugar en Salamanca, en su Plaza Mayor, el 11 de enero de 1802. Fueron ejecutados 16 peligrosos delincentes; la mayoría fueron ahorcados y algunos muertos en garrote. Se levantaron cinco horcas y un tablado para el garrote. Vinieron los verdugos de Valladolid y ahorcaron a ocho y dieron garrote a dos; los verdugos de Salamanca ejecutaron a los restantes. Los cadáveres de los ahorcados fueron descuartizados en la tarde inmediata, debajo del tablado, y sus cabezas expuestas unas en una puerta de la ciudad, otras, en el puente. Algunos años después, en Sevilla, el 6 de mayo de 1819, fué ejecutado un grupo de nueve bandidos, pertenecientes a la cuadrilla llamada de Montellano; las ejecuciones duraron desde las diez de la mañana hasta las tres de la tarde.

No siempre la muerte del condenado, fallecido poco antes de su inminente ejecución, fué causa de la suspensión de ésta; hubo casos en los que su cadáver fué conducido al patíbulo. Así sucedió en Madrid, donde habiéndose dado muerte el 11 de enero de 1623, en la cárcel de la Corte, un alférez por no morir ahorcado, en el mismo punto en que lo hallaron muerto, arrastraron su cuerpo, lo colgaron de la horca, le cortaron la mano y la clavaron en el lugar donde cometió el delito. A un estudiante «gran ladrón», dice la noticia (58), quedó tan estropeado del tormento que al ser conducido con otros dos al patíbulo, en Madrid el 15 de enero de 1627, expiró al subirle en brazos a la horca y después de muerto fué colgado de ella (59). Todavía en el pasado siglo en Barcelona, en 1855, se dió garrote a un muerto. Un coronel del ejército asesinó a una dama por no corresponder a sus solicitudes amorosas, fué un crimen que causó gran sensación. Condenado a muerte, pocas horas antes de la ejecución el reo se suicidó ingiriendo un veneno. Corrió la voz de que los militares le habían envenenado para evitarle el deshonor de morir en el garrote, pero el Tribunal no dejó en suspenso la ejecución de la sentencia, pues el cadáver del suicida,

(58) *Noticias de Madrid*, 1621-1627, pág. 45.

(59) *Noticias de Madrid*, 1621-1627, pág. 91.

conducido por cuatro presidiarios, fué subido al patíbulo, donde el verdugo le dió garrote (60).

Los prácticos criminalistas, españoles como extranjeros, discutieron con viveza acerca de si al romperse la cuerda en el momento de ahorcar al condenado y éste caía vivo a tierra debería ser suspendida la ejecución y el reo puesto en libertad. En España esta opinión fué mantenida por Antonio Gómez (61), mientras que otros, como Castillo de Bovadilla, opinaron que no obstante quebrarse la cuerda debía ejecutarse la sentencia (62). En la práctica, parece que ambos criterios fueron aplicados. En 1650 aconteció que al ahorcar a un famosísimo ladrón cayeron de la horca éste y el verdugo, y a pesar de que clérigos y religiosos intentaron llevarse al reo, los alguaciles que acudieron lo impidieron y el Gobernador de la Sala de Alcaldes les mandó que inmediatamente volvieran a poner en ejecución la sentencia, como mejor pudieran, aunque fuese en la misma cárcel y hubiese de colgarse después el cadáver en el patíbulo. Sin embargo, en otro caso referido por Marcos Gutiérrez sucedió lo contrario. Al ejecutarse en Valladolid en 1802 a un soldado se le descolgó de la horca al poco rato de ser colgado y se entregó a la Hermandad de la Caridad, y colocado en el féretro fué conducido para darle sepultura, pero al observar en él señales de vida, se divulgó en breve la noticia y se conmovió el pueblo gritando: ¡milagro!, ¡milagro! Asegurada la persona del reo por el Gobernador de las Salas del Crimen de la Chancillería, la Cofradía de la Caridad imploró el perdón del rey, que consiguió, y declarado el culpable libre de pena se mandó se restituyese a su pueblo, pero de tan degradada condición era el indultado, que a poco volvió a Valladolid para matar a otras personas, por lo que fué deportado a Puerto Rico. Se formó causa al verdugo por si había procedido con malicia o impericia, pero fué declarado inocente; los médicos opinaron que el condenado había permanecido poco tiempo colgado en la horca, por lo que juntamente con su robusta constitución física "no se le pudo sofocar enteramente o quitarle del todo la respiración» (63).

Desde el Derecho romano (64), y quizá ya en épocas anteriores, se estimó como causa temporal de suspensión de la condena capital hasta pasado el alumbramiento, el estado de embarazo de la condenada. La razón de tal aplazamiento ha de buscarse en consideraciones humanitarias, en particular en el respeto a la vida del ser nacido, cuya muerte consciente constituiría un crimen re-

(60) CABALLÉ Y CLOS: *La criminalidad en Barcelona*, pág. 72 y sigs.

(61) *Praxiarum Resolucionum*, 3.º *De Delictis*, Cap. XIII, 17.

(62) *Política de Corregidores y Señores de Vasallos*, II, Lib. III, Cap. I, 138, pág. 302. En estos casos, dice CASTILLO DE BOVADILLA, suelen matar al verdugo a paños y pedradas.

(63) MARCOS GUTIÉRREZ: *Práctica criminal de España*, I, pág. 306 y sigs.

(64) «Pregnantis mulieris consumende damnatae poena differtur quod pariat. Ego (Ulpiano) quidem, et ne quaestio de ea habeatur, scio observari, quandiu praegnans est (L. 3 Dig. 48, 19).

pugnante. Sin embargo, a pesar de la sincera clemencia de esta medida, en el caso, que es el más frecuente, de una mera tregua de vida hasta el momento del parto, de hecho se prolonga el terrible tormento de la espera de la muerte. Nuestro antiguo derecho decretó la suspensión de la ejecución. El Fuero Juzgo (Lib. IV, Tit. V, Ley II) y las Partidas (Part. VII, Tit. XXXI, Ley XI) la acogieron, no la deben matar hasta que sea parida, ordenan ambos cuerpos legales. La práctica de los tiempos posteriores observó siempre esta norma (65).

Los Códigos modernos, a partir del de 1822 hasta el hoy vigente (art. 83), en preceptos de casi idéntica redacción, disponen que no se ejecutará la pena de muerte en mujer encinta y que no se la notificará la sentencia en que se le imponga hasta que hayan pasado cuarenta días después del alumbramiento.

Desde el siglo xv se planteó la cuestión de si la petición en matrimonio del condenado a muerte hecha por una mujer pública debería ser considerada como causa de suspensión de la ejecución de la pena. Los doctores opinaron sobre ella sin llegar a un acuerdo (66); no obstante, en Francia se citan casos de suspensión de la ejecución y perdón del condenado por esta causa (67). París de Puteo afirmaba que ésta era costumbre practicada en España; en contra asegura Castillo de Bovadilla que la opinión contraria era la más difundida y que no había visto que por esta causa se dejara de ejecutar la justicia (68).

(65) En el siglo xvi, Antonio de la Peña, en su *Tratado*, hace alusión a esta causa de suspensión de la ejecución, que debía durar «hasta que (la mujer) haya parido». Así procede, añade, aunque la mujer concibiere estando presa «porque este privilegio no se da a la mujer por ello, sino por su causa y a favor del parto». Y prosigue: «Si tal mujer pariese y no se hallara ama que criase a la criatura de gracia o por dineros se ha de suspender la ejecución de la sentencia, de manera que la madre condenada pueda criar a su hijo.» (Obra citada, págs. 126 y 127.)

(66) ALLARD afirma que los doctores se han atormentado sin resolver la cuestión; no obstante cita una sentencia de París de 12 de febrero de 1515 que resolvió que en este caso podía remitirse la pena mediante carta del príncipe. (*Histoire de la justice criminelle au seizième siècle*, Gante, París, Leipzig, 1868, pág. 333.)

(67) RICHES DESMAZE que en Francia desde 1429 las mujeres públicas tenían el privilegio de salvar al condenado tomándolo por marido. Cita un caso ocurrido en París en el año citado y asegura que en Barèges, en Bigorra, se practicaba igual costumbre y añade una noticia más concreta: que siendo conducido al suplicio en Rozoy en 1446 un sujeto llamado Person Sureau, una muchacha «meue de pitié et amour naturels» pidió se lo entregaran y se casaría con él. Denegada la petición por justicia de Rozoy, el rey Carlos VII, en Chinon, por carta de 22 de junio de 1446 remitió la pena al condenado con la obligación de tomarla por mujer. (*Supplices, Prisons et Grâce*, París, Pons, 1866, pag. 31.)

(68) *Política de Corregidores y Señores de Vasallos*, II, Lib. III.

En las *Quintillas de la Heria*, referentes a la vida germanesca sevillana del siglo xvi, publicadas por Rodríguez Marín en su segunda edición crítica de *Rinconete y Cortadillo* (Madrid, 1922, *Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos*, pág. 196), a los que atribuye toda la traza de relato de sucesos realmente acaecidos figuran las siguientes quintillas que narran la petición en matrimonio,

De otra causa de suspensión y remisión de la pena refiere Antonio de la Peña. Consistía ésta en que si llevando un reo a ajusticiar se encontrare con un cardenal y éste, quitándose el sombrero, lo pusiere sobre la cabeza del reo, no podría ser ajusticiado, salvo si fuere condenado por falsario (69). Yo encuentro extraño que Castillo de Bovadilla, que como regidor administró justicia criminal durante largo tiempo, no haga referencia alguna a esta práctica.

El plazo que solía mediar entre la notificación al reo del momento de la ejecución y la ejecución misma debió ser en tiempos antiguos de larga duración, sin duda para favorecer una profunda preparación espiritual del condenado. A fines del siglo XVIII y más de la mitad del XIX era tres días. Contra tan largo plazo protestó Marcos Gutiérrez, fundado en dos muy sensatas razones, que cuanto más se acelere la ejecución de la sentencia mayor es el temor que origina y el odio que el delito despierta, e invocó además el motivo humanitario, que ha originado en época moderna el acortamiento del terrible plazo, «desterrar de la fantasía del ejecutado las agitaciones y terrores que ha de causarle» (70). El Código de 1870 le redujo a veinticuatro horas. Actualmente es de diez horas (art. 46 del Reglamento de los Servicios de prisiones).

8. El ejecutor de la pena capital, el verdugo, fué siempre en España, como en otros países, conceptuado como persona vil e indigna, fuera del comercio de los hombres (71). “Por instinto

que fué concedida, hecha por una mujer pública a los jueces de su rufián condenado a muerte:

Mas la Azevedo que ha oído
La sentencia rigurosa
A los alcaldes se ha ido
Y, convertida y llorosa
Se los pidió por marido.
Otorgán lo que pedía,
Dando al rufio libertad,
Que en la capilla yazía
Solo con la cofradía
De la Santa Caridad.

En un romance citado también por Rodríguez Marín (del *Romancero* de Padilla, impreso en Madrid en 1583), se cita un caso semejante:

Sacaron a ahorcar el otro día
En Cordoua a Carrasco el afamado
Y saliose la Pata del cercado
Y dixo que con el se casaría,
La justicia cesó que se hazía
Y el rufio a las prisiones ha tornado,
Y quedo el casamiento reservado
A la primera fiesta que venía.

En la citada obra (pág. 197, nota 31) refiere Rodríguez Marín otros relatos que confirmarían esta causa de condonación de la pena capital.

(69) En el citado *Tratado*, pág. 126.

(70) *Práctica criminal de España*, tomo I, pág. 308.

(71) Semejante estimación social del verdugo fué general en Europa. En Alemania, donde el verdugo es ya conocido en el siglo XIII, ya aparece, escri-

natural—escribe Castillo de Bovadilla—se tuvo por cosa abominable el oficio de verdugo y carnicero de hombres, y se vino a tener por oficio vil, odioso e infame» (72). Prueba del desprecio que inspiraba era su obligación de usar una especial vestidura de colores chillones y otros signos que mostraran a todos su siniestro oficio, y en algunas localidades de llevar una vara para indicar los objetos que le estaban vedados tocar.

El verdugo, en España, aparece en la alta Edad Media. Antes de esta época las ejecuciones capitales fueron probablemente practicadas por cualquier hombre del pueblo o por gentes de armas, y más tarde por los sayones y los andadores. El fuero de Salamanca ordenaba que el condenado a muerte fuera conducido por los sayones al lugar de la ejecución (Ley CXVII) y que éstos «prendan su despojo e den las sogas», y el derecho de tomar las vestiduras del ajusticiado y la obligación de suministrar las cuerdas para la horca fueron siempre deber y derecho de los verdugos. Los andadores, ministros inferiores de justicia, tenían por misión cumplir los mandatos del Consejo, del juez o de los alcaldes, dispone el Fuero de Plasencia, y entre ellos, cuando fuere necesario, ahorcar o degollar a los malhechores; «los andadores—declara este Fuero—deben enforcar los malhechores e guardar los presos». También los alguaciles del rey provistos de un «alvalá» real ejecutaban condenas u órdenes de muerte no pocas veces en casa de la víctima (73).

La más antigua mención, por mí conocida, del verdugo como ministro de justicia se halla en un documento referente a la repoblación de la villa de Garrovillas, probablemente de 1340, en el que el rey Alfonso XI autoriza a su hijo bastardo don Fernando, al que concede el señorío de la villa, para que «pueda haber y tenga horca e cuchillo; e allí justicia mayor e menor e *berdugo*

be RADBRUCE, con la mancha de indignidad que no provenía de la ejecución, sino más bien del ejercicio profesional y remunerador de las ejecuciones. Sólo la renuncia a su profesión podía librarle de su indignidad. Franz Schmidt, verdugo de Nuremberg desde 1578 a 1617, cerraba su libro de memorias manifestando: «Ha cesado en su servicio y es de nuevo digno.» Muchos verdugos no se contentaban con su rehabilitación civil, procuraban su pureza religiosa por medio de peregrinaciones de penitencia. (*Arts moriendi*, en *Elegantia Juris Criminalis*, 2.ª ed., Basilea, 1950, pág. 141.)

Ante esta concepción deshonrosa del verdugo considerándola peligrosa para la administración de la justicia un conocido criminalista del siglo XVI, DAMHOUDRE, intentó destruir el desprecio que inspiraban sus funciones aun reconociendo que los verdugos de su época tenían todo género de vicios. (ALLARD: *Histoire de la justice criminelle en sixième siècle*, pág. 332.)

(72) *Política de Corregidores y Señores de Vasallos*, II, Lib. III, Cap. XV, página 130.

(73) En las Leyes del Estilo (Ley 107) se dice que cuando alguien fuere muerto en casa del rey por justicia, el alguacil del rey tomaba su cama, su mula, el vaso de plata en que bebía y los paños que vestía. Es posible que este derecho reconocido al alguacil fuera una retribución de funciones de ejecutor de justicia.

e bocero» (74). No debió este oficio atraer a muchas gentes, pues las Cortes de Madrid de 1435, reinando Juan II, manifestaron a éste que en muchas ciudades, villas y lugares, no había ni podía haber verdugo por causa del oficio «ser tal y de tal condición como es», y porque por razón de él no tienen libertad ni exención alguna, y pedían al rey que los que «acceptaren esta función quedaren exentos de toda clases de pechos (75), a lo que accedió el monarca, disponiendo que el verdugo fuera exento y quito de pedidos y monedas y de todos los otros pechos y derechos reales y concejales, y que si por esta razón de su oficio no se le hubiere de dar salario, que se lo dé el Consejo, y si pudiere que lo repartan y paguen según se acostumbra a repartir los otros pechos y repartimientos (76). Los Reyes Católicos, en pragmática de 1500, insistieron en este mandato y ordenaron que en cada Audiencia hubiere pregonero y verdugo, que se le den salarios justos y se paguen de las penas de la Cámara real (77). Poco más tarde se les hicieron nuevas concesiones económicas. Carlos I, en 1525, y Felipe II, en 1556, les autorizan para tomar las ropas de todo ajusticiado, las ropas con que estuviere vestido en el momento de la ejecución, en el hombre sayo, calzas y jubón, y en la mujer las sayas que vistiere. Todo era antiguo derecho del verdugo, como demuestra la antes citada ley del Fuero de Salamanca. Pero este derecho tenía un límite, según refiere Castillo de Bovadilla, pues no podía tomar «las sortijas de oro o piedras y otros arreas que excedieren del valor de cinco ducados, porque aquello es para el fisco y gastos de justicia» (78).

Los ejecutores de la justicia, que durante largo tiempo percibieron una remuneración escasa (79), en siglos posteriores gozaron de salarios más elevados. En Oviedo, en 1722, un forastero que desempeñaba este cargo ganaba cuatro reales diarios. A fines del siglo XVIII, el verdugo de Salamanca, nombrado por el Municipio, recibía un sueldo anual de 715 reales, y cada dos años se le proveía de

(74) V. PAREDES: *Boletín de la Real Academia de la Historia*, 1899, t. 34, página 142.

(75) *Cortes de los antiguos Reinos de León y Castilla publicadas por la Real Academia de la Historia*, t. III, pág. 184.

(76) Nov. Recop., Lib. VI, tit. XVIII, ley XI.

(77) Nov. Recop., Lib. V, tit. II, ley LXVIII.

(78) *Política de Corregidores y Señores de Vasallos*, II. Lib. III, Capítulo XI, 138.

(79) Según datos de Vanguas relativos al siglo XIV éstos eran los salarios pagados en Navarra por las ejecuciones. En 1322 Andren de Ribaforada fué ahorcado por degollar a don Juan Pérez Archuel. Costó ahorcarlo, seis dineros llevar la escalera, cuatro para el que toró el añojal y cinco dineros para los acompañantes. En 1333, Rismado y Jento, judíos de Tudela, fueron ahorcados por hurto de un asno, costó hacer justicia 17 ducados y seis dineros. Pechera, judía de Tudela, cómplice de dicho hurto, que fué enterrada viva, costó cinco sueldos y siete dineros. Puntas, judío de Tudela, fué colgado por quitar de la horca a los anteriores judíos, costó cinco sueldos y seis dineros (*Diccionario de antigüedades de Navarra*, tomo II, pág. 136.)

una casaquilla, además de los vendedores con puestos públicos recibía de cada uno dos cuartos los domingos, martes y sábados (80). También percibían otros ingresos extraordinarios: así, el verdugo de Valladolid, que en enero de 1802 fué a Salamanca para ayudar al de esta ciudad en la ejecución de dieciséis malhechores, y auxiliado por su hijo ahorcó a ocho y dió garrote a dos, le valieron dichas ejecuciones tres mil ochocientos reales. En 1863 el verdugo de Madrid ganaba 30 reales diarios ó sea 10.950 reales anuales, cifra que en esta época constituía una buena remuneración (81).

Como consecuencia de su situación social de indignidad, se imponía al verdugo la obligación de llevar ciertas señales y de vestir de manera que fuera bien conocido. En Oviedo, en el año 1600, habiendo un sujeto aceptado el cargo de verdugo de la ciudad y principado, se dispuso con tal fin vestirle de colorado o de azul, y en 1670, como se hubieran producido quejas, se reiteró la disposición ordenando que vistiera de «color apagayado o de otro extraordinario», a diferencia de los paños y colores que usaban las personas de condición, y un siglo más tarde, en 1777, se le mandó llevar un vestido mitad de colores encarnado y azul y que la capa o cualquiera otra prenda que vistiera encima sea de los mismos colores; debía además llevar una escalera en la parte trasera del sombrero (alusión, sin duda, a la escalera de la horca), y también se le imponía la depresiva exigencia de llevar una varita en la mano para señalar lo que quisiera sin tocarlo con la mano. Por la misma época, fines del siglo XVIII, el verdugo de

(80) En París y en algunas ciudades francesas el verdugo gozaba del derecho de «*diavage*», que le autorizaba para exigir de los mercaderes que tenían puesto en el mercado tanta cantidad de cereales como pudieran coger con la mano; también tenía un derecho sobre las legumbres verdes. Cuando iba a practicar una ejecución en el territorio de un monasterio percibía otras retribuciones, entre ellas una cabeza de cerdo. (MOUTRIER: *Des fonctions du bourreau de l'antiquité à nos jours*, en *Revue de Criminologie et de Police Technique*, 1949, núm. 1, págs. 22 y sigs.). Los verdugos abusaron de estas prerrogativas, por lo que la autoridad en 1620 encarceló a un verdugo prohibiéndole tomar en el porvenir «ni huevos, ni escobas ni cebollas». Sin embargo, Turgót, en 1775, tuvo que tomar nuevas medidas contra estos excesos. (DESMAZE: *Supplices, Prisons et Grâce en France*, París, 1866, pág. 186).

Los verdugos ingleses, además de su salario, tenían otras remuneraciones. El cuerpo y los vestidos del ejecutado eran propiedad del verdugo, que por cierta cantidad los entregaba a sus familiares o amigos o podía vender el cadáver a los cirujanos para su disección. La venta de la cuerda empleada en la ejecución era otra fuente de ingresos. En Londres, en el siglo XVIII, fué uso corriente durante varios años que el verdugo, después de la ejecución, subastara en una taberna la cuerda utilizada, que solía vender a seis peniques la pulgada o a precio más elevado. (RABZINOWICZ, *History of English Criminal Law*, 1, Londres, 1948, pág. 190.)

(81) En Francia, en el siglo XV, según los interesantes datos publicados por DESMAZE, la tarifa del verdugo era de 20 sueldos torneses por decapitar, 10 por ahorcar, 5 por la corneta, a la que ataba el cañizo donde era colocado y arrastrado el condenado, 5 ó 10 sueldos por arrastrarle, 2 sueldos por el cañizo y 12 sueldos para guantes. (DESMAZE: *Supplices, Prisons et Grâce en France*, páginas 81 y siguientes). El 5 de febrero de 1538 se paga al

Salamanca debía andar sin capa, con casaquilla parda, en el sombrero o montera una escalerilla de plata y una media luna en un palo de vara y media de largo, y no podía tener perros de caza. Los colores chillones del vestido y la escalerilla en el sombrero eran las señales que advertían a todos su indeseable presencia.

Los verdugos en España, como los de otros países, además de la misión principal de dar muerte a los condenados a esta pena, ejecutaban también las penas corporales, mutilaciones y azotes, sacaban a la vergüenza pública a los sentenciados y daban tormento; pero además de estos deberes tenían otros, entre ellos algunos relativos a la limpieza y policía urbanas. El verdugo de Salamanca, como pregonero, publicaba los bandos y remates en subastas y almonedas; era también de su cuidado sacar todos los animales muertos que se hallaren en la ciudad. En Oviedo, en 1777, el verdugo desempeñaba también el oficio de pregonero (82).

Es posible que la justicia no siempre tuviera a mano verdugos profesionales para ejecutar la pena de muerte. En estos casos, opinaba Castillo de Bovadilla que se podría obligar al que fuera esclavo o mendigo u otra persona vil, pagándole por ello cinco ducados; pero, siguiendo la opinión de Bartolo y otros doctores, sostuvo que no se podía apremiar a hombre de otra calidad (83); refiere que en casos acaecidos fuera de España, algunas personas que fueron compelidas para ajusticiar a malhechores lo hicieron cubiertas con un velo (84), y añade que él supo de otro que apremiado para practicar una ejecución vistió una túnica de disciplinante, por lo que le acusó la Cofradía de la Veracruz. Sin em-

verdugo de Carcasona, por haber roto brazos, muslos, piernas, riñones y haber arrastrado por las calles acostumbradas tres libras y 10 sueldos. A Raymond Ribbe, ejecutor de la alta justicia, le fueron pagados el 15 de mayo de 1539, seis libras y ocho sueldos por haber proporcionado leña, astillas, paja, una cadena, trementina, azufre, cuerdas y polea para ejecutar a un religioso condenado a ser quemado vivo. (DESMAZE: *Obra citada*, pág. 117.)

En Inglaterra, en los siglos XVII y XVIII, el verdugo con frecuencia recibía dinero del condenado en el momento de la ejecución para acortar el sufrimiento. En conde Ferrers dió cinco guineas al ayudante del verdugo, que inmediatamente fueron reclamadas por éste. Monmouth, condenado por alta traición y ejecutado en 1685, dice al verdugo: «Aquí tienes seis guineas para que no me hagas picadillo como hiciste a Lord Russell» (RADZINOWICZ, I, página 188, nota 86).

(82) En París estaba encargado de una especie de policía de las calles. En los siglos XII y XIV hasta comienzos del XVI los cerdos erraban por las calles; prohibida la circulación de estos animales se encargó al verdugo de su cumplimiento (MOUTRIION, lugar citado). También le estaba confiado desollar o buscar gente que desollara los caballos muertos abandonados en las calles. (DESMAZE, página 185.)

(83) De modo análogo opinaba Damhoudere. Si el ejecutor se encuentra impedido para cumplir su misión sólo una persona de condición vil puede desempeñar su oficio. (ALLARD: *Histoire de la justice criminelle au siecisme*, pág. 332.)

(84) Fuera de España se llevaron a cabo ejecuciones con verdugos enmascarados. En Inglaterra, en la ejecución por alta traición de Bandreth, Turner y Sudham, en 1871, el ejecutor, un musculoso minero, cuyo nombre fué tenido en el mayor secreto, y su ayudante estaban enmascarados. (RADZINOWICZ: *A History of the English Criminal Law*, I, pág. 226).

bargo, no habría inconveniente—prosigue, conforme al parecer de los citados doctores—conmutar la pena de algún condenado a muerte para que ejerza durante toda su vida el oficio de verdugo en la ciudad (85).

Una antigua costumbre, también practicada fuera de España, observada entre nosotros durante varios siglos, fué la petición de perdón hecha por el verdugo a su víctima. En el siglo XIV era ya uso observado. En la muy sonada ejecución de don Alvaro de Luna refiere la crónica que, tendido éste en el estrado, llegó a él el verdugo «e demandóle perdón, e dióle paz e pasó el puñal por su garganta». En la pasada centuria aún se practicaba en España esta tradicional costumbre, el verdugo, de rodillas ante el condenado, solicitaba su perdón (86).

Los verdugos de los siglos pasados, merced a su constante práctica en épocas en que eran frecuentes las ejecuciones capitales, es seguro que serían rápidos y diestros en el desempeño de su sangriento oficio. Según los relatos que poseemos de ejecuciones históricas, la de don Alvaro de Luna, las de los jefes de las Comunidades de Castilla, Padilla, Bravo y Maldonado; la del arrogante don Rodrigo de Calderón, Marqués de Siete Iglesias, y otras de elevados personajes, se efectuaron hábilmente y con presteza, sin causar un sufrimiento desmedido a los ajusticiados; sin embargo, en otros suplicios no menos renombrados fué su muerte por impericia o torpeza del verdugo dolorosa en extremo, como la del famoso Pastelero del Madrigal, Gabriel de Espinosa del que refiere un cronista que el verdugo tardó mucho en ahogarle; en la ejecución de los nobles aragoneses don Juan de Luna y don Diego de Heredia, decapitados en Zaragoza en 1591 a consecuencia de los sucesos ocurridos en esta ciudad con motivo de la tumultuosa liberación de Antonio Pérez de las cárceles de la Inquisición, en la que si la cabeza de don Juan de Luna fué cortada fácilmente, a don Diego, dice la crónica, el verdugo lo mató «tan mal como si lo mataran enemigos; además de que gran rato le anduvieron segando, la dieron más de veinte golpes, de suerte que cayó el madero donde tenía el cuello y se le cayó la venda estando todavía vivo». En esta represión fué ahorcado el verdugo Juan de Miguel por su ayudante (87).

(85) *Política de Corregidores y Señores de Vasallos*, II, Lib. III, Cap. XV, 139 y 140.

(86) En Alemania fué observada esta piadosa práctica, allí secular, hasta el año 1942. Antes de ser encadenadas a la espalda las manos del condenado el verdugo le decía: «Perdona lo que debo hacer contigo.» (*Ars moriendi*, por un sacerdote católico, en *Schw. Zeitschrift f. Strafrecht*, 1948, pág. 213 y sigs. Último combatio esta costumbre. Vid. RAMBRUCH: *Elegantiae Juris Criminalis*, págs. 144 y sigs.

(87) A uno de estos casos de torpe ejecución alude Quevedo en una de sus jácaras (jácara II):

Murió en la Ene de Pa'lo
Con buen ánimo un gañán,

El oficio de verdugo debió ser con frecuencia, como en otros países, cargo hereditario. Su indignidad al trascender a la familia impedía a sus hijos hallar un medio honesto de vida, por lo que para atender a su subsistencia persistían en la profesión paterna (88). No poseemos noticias concretas referentes a los ejecutores de la justicia en España, pero la tradición popular señala esta herencia profesional como hecho cierto y muy antiguo. Hemos hecho referencia en líneas anteriores al hijo del verdugo de Valladolid, como ayudante de su padre, y probablemente su sucesor, en las ejecuciones verificadas en Salamanca en 1802. De tiempo más cercano sabemos que el cargo de verdugo de Madrid estuvo servido, al menos de 1824 hasta 1863 y posiblemente más tarde, por los miembros de una familia que durante este período, transmitiéndolo de padres a hijos, desempeñaron el triste oficio. Eran gentes enfermizas, de corta vida, por lo que parecé fueron cuatro los verdugos que salieron de esta familia en no largos años.

La regulación administrativa de los «ejecutores de sentencias», designación oficial del verdugo, está actualmente contenida en la Orden Ministerial de 29 de septiembre de 1948. Dispone ésta que el número de ejecutores de sentencias para el territorio nacional e Islas Baleares y Canarias será de cinco, que residirán en las Audiencias territoriales de Madrid, Barcelona, Sevilla, La Coruña y Valladolid, pudiendo ser desplazados cuando las necesidades del servicio lo requieran, por acuerdo del Ministerio de Justicia. Los ejecutores de sentencias perciben una remuneración fijada en la referida Orden.

9. El vigente Código penal común señala la pena de muerte en el título de los delitos contra la seguridad del Estado (Tít. I, Libro segundo), contra la seguridad interior del mismo (Tít. II), en el de los delitos contra las personas (Tít. VIII), en el de los delitos contra la propiedad (para el robo con homicidio, Título XIII).

En este cuerpo legal nunca se impone la pena capital como pena única, sino como grado máximo de una pena integrada además por la reclusión mayor que es su grado mínimo.

En caso de condena capital la norma establecida en el párrafo primero de la regla 2.ª del artículo 61 del Código penal dispone que cuando sólo concorra una circunstancia agravante se impondrá la pena en su grado máximo y añade en su párrafo se-

Y el jinete de gaznates
Lo hizo con él muy mal.

La «Jene de Palo» se decía a la horca en lenguaje germanesco, y al verdugo «jinete de gaznates».

(88) En Alemania se cita la familia Reichart que lo sirvió durante doscientos años. E. HELMENSDOERFER: *Scharfrichter sei 200 Jahren*, en *Pöval* (*Das deutsche Kriminalmagazin*, 1949, núm. 7, págs. 22 y sigs.); en Francia miembros de la familia Sanson, durante seis siglos ejecutaron en las grandes ciudades francesas, y, finalmente en París, las sentencias criminales de los Parlamentos (POL ANDRÉ: *Memoires de Sanson Exécuteur des Jugements Criminels*, París, Albin Michel, sin fecha, pág. 4.)

gundo que si el grado máximo de dicha pena fuera la de muerte y sólo concurriera una circunstancia de agravación, los Tribunales podrán dejar de imponer ésta, «teniendo en cuenta la naturaleza y circunstancias del delito y del culpable». Estas circunstancias no son las atenuantes previstas en el artículo 9.º del Código penal, sino otras no previstas en aquel artículo. Así el Tribunal Supremo ha apreciado, en sentencia de 30 de diciembre de 1946, como circunstancia de esta clase, en un parricidio, la ejecución instantánea del delito sin que mediara lapso de tiempo alguno entre el pensamiento criminal y su ejecución, la intervención en la comisión del delito de un extraño, sin cuyo concurso y estímulo no se hubiera realizado, y los largos años que el culpable pasó en un establecimiento de beneficencia alejado del hogar familiar sin llegar a alcanzar el concepto de los deberes familiares; y en fallo más reciente de 29 de marzo de 1954 se ha manifestado que si la personalidad psicopática del reo no permite aplicar la eximente primera del artículo 8.º ni la atenuante primera del artículo primero puede ser estimada como una particularidad personal con suficiente eficacia para aplicarle los beneficios del referido párrafo segundo del artículo 61, dejando de imponer la pena de muerte.

10. La *Estadística de la Administración de Justicia en lo criminal*, publicada por el Ministerio de Gracia y Justicia, da los siguientes datos, referentes al número de penas de muerte impuestas para los Tribunales ordinarios, penas conmutadas y ejecutadas durante el primer decenio del presente siglo:

Años	Penas de muerte impuestas	Penas conmutadas	Penas ejecutadas
1900	13	2	11
1901	20	13	7
1902	18	16	2
1903	20	18	2
1904	24	22	2
1905	39	37	2
1906	47	45	2
1907	33	33	0
1908	33	29	4
1909	22	18	4

La pena de muerte, no obstante el considerable aumento de las condenas capitales, se ejecutó durante este decenio en proporciones mínimas; en algún año, en el 1907, todos los reos fueron indultados. Respondía esta actitud de benevolencia a la misma corriente de indulgencia que dominaba en otros países europeos.

Según datos obtenidos en el Ministerio de Justicia el número de

condenas de muerte impuestas por los Tribunales, penas conmutadas y ejecutadas durante el decenio 1947-1956, es el siguiente:

Años	Penas de muerte impuestas	Penas conmutadas	Penas ejecutadas
1947	2	1	1
1948	7	3	4
1949	12	8	4
1950	8	6	2
1951	6	4	2
1952	6	2	4
1953	6	9	5
1954	6	1	5
1955	9	4	5
1956	10	6	4

La cifra de condenas capitales disminuye considerablemente en este decenio, sin embargo, la pena de muerte se aplica con mayor rigor que en el decenio 1909-1909; pero la proporción de las penas conmutadas en la mayoría de estos años excede del 50 por 100 de las penas de muerte impuestas.

II. No existió nunca en España una verdadera campaña de sentido popular contra la pena de muerte. Las tentativas realizadas para su abolición han tenido principalmente carácter político. Razones políticas fueron causa de las reiteradas peticiones presentadas en las Cortes en 1854 y en 1859 solicitando su abolición para los delitos políticos, y las dirigidas a las mismas en 1869 (89) y en 1905, proposición esta última, rechazada como las anteriores, que aspiraba a su completa y total abolición en el fuero civil ordinario y en el de guerra (90). El Código republicano en 1932 la eliminó de

(89) En 1854 el diputado señor Seoane presentó a las Cortes un proyecto de ley solicitando su abolición para los delitos políticos. En la base sexta del proyecto de Constitución aprobado por aquella asamblea se consignaba este principio, y los señores Figueras, Ruiz Pons, Orense y otros propusieron una enmienda pidiendo fuera abolida y sustituida por la deportación a las colonias de Asia. En marzo de 1859 la minoría progresista propuso de nuevo la abolición de la pena de muerte para los delitos políticos. Diez años más tarde el diputado progresista don Francisco Javier Moya apoyó una proposición a su favor de su abolición y votaron a su favor, entre otros, Llano y Pensi, el marqués de Sardoal, Sánchez Rutano, Sagasta, Martos, López Domínguez, Echegaray, Paul y Angulo, Pi y Margall, Calderón, Moret, Valera, Castelar, Figueras y Montero Ríos. Datos tomados del prólogo de don José Canalejas a la versión española del libro de PIERRO BELLERO, *Sobre la pena de muerte*, Madrid, 1907.

(90) Esta proposición, presentada por los señores Morote y Junoy, decía así: «Artículo único. Queda abolida en España la pena de muerte. En su consecuencia se entenderán derogados los artículos del Código penal ordinario y del de Justicia Militar en que se establece la pena de muerte como única o como límite máximo de las imponibles. En todos estos artículos que»

su sistema penal (91), pero en 1934 fué restablecida por ley de 11 de octubre de 1934 para los delitos cometidos por medio de explosivos y los robos con violencia o intimidación de las personas. Reinstaurada en 1938 fué conservada en el vigente Código de 1944.

12. Nuestra literatura referente a la pena capital ha sido en general favorable a su mantenimiento; no obstante, algunos escritores, en su mayoría no penalistas, fueron partidarios de su abolición. Destacan entre ellos Pérez de Molina (*La sociedad y el patíbulo*, Madrid, 18854), Torres Campos (*La pena de muerte*, Madrid, 1878), Azcárate (*La pena de muerte*, en *Revista del Foro*, IX, 7, Habana, 1903) y don José Canalejas (Prólogo a la traducción española del libro de Pietro Ellero, *Sobre la pena de muerte*, Madrid, 1907); entre los penalistas, Dorado Montero (*Bases para un nuevo Derecho penal*, cap. III, Barcelona, sin fecha, y en algunas otras de sus obras); también puede incluirse entre ellos a Silvela (*Derecho penal*, 1.º, Madrid, 1903, pág. 265), si bien éste se limitó a objetar contra ella «que en vez de afirmar el Derecho la niega» (92).

dará sustituida la pena de muerte por la de privación perpetua de libertad y de derechos en los términos y formas previstos por los mencionados códigos.»

(91) Tampoco fué acogida en el proyecto elaborado en 1902 por encargo del ministro Montilla; por el contrario, los restantes proyectos incluyeron la pena capital en su sistema de penas.

(92) Además de los autores arriba citados han tratado de la pena capital los siguientes autores españoles: FRANCISCO AGUSTÍN SILVELA: *Consideraciones sobre la necesidad de conservar en los Códigos y de aplicar, en su caso, la pena capital*, Madrid, 1835; LASERNA Y MONTAÑÁN: *Consideraciones sobre la pena de muerte en España*, Madrid, 1835; CONCEPCIÓN ARENAL: *El reo, el pueblo y el verdugo o la ejecución pública de la pena de muerte*, Madrid, 1867; CALDERÓN Y COLLANTES: *Discurso sobre el derecho del Estado para castigar y legitimidad de la pena de muerte*, Madrid, 1871; CIRILO ALVAREZ: *En contra de la abolición de la pena de muerte*, Madrid, 1872; CONZÁLEZ NARDÍN: *Estudios sobre la pena de muerte*, Madrid, 1872; MANUEL CORCHADO: *La pena de muerte y la prueba de indicios*, Madrid, 1877; P. JERÓNIMO MONTES: *La pena de muerte y el derecho de indulto*, Madrid, 1897; PULIDO FERNÁNDEZ: *La pena capital en España*, Madrid, 1897; UGARTE DE ERCILLA: *La pena de muerte ante los eternos principios de verdad y ante el coeficiente de variabilidad*, en «Razón y Fe», Madrid, 1902; AMOR NAVERO: Ponencia al II Congreso Penitenciario Nacional, *Actas*, tomo II, 1915, págs. 429 y sigs.; doctor OVIENO ARCE: Ponencia al mismo Congreso, *Actas*, tomo II, págs. 641 y sigs.; doctor GINÉ Y MASQUERA: *Actas del citado Congreso*, tomo II, páginas 585 y sigs.; CARRÍO Y GÓMEZ-ACEBO: *Sustitutivo legal de la pena de muerte*, en *Actas del referido Congreso*, tomo II, págs. 453 y sigs.; AMOR NAVERO: *El problema de la pena de muerte y sus sustitutos legales*, Madrid, 1917; RUIZ FUNES: *Progresión histórica de la pena de muerte en España*, en «Revista de Derecho Público», 1934, págs. 193 y sigs.

Perfil actual del fuero Penal Común

E. JIMENEZ ASENJO
Abogado-Fiscal del Tribunal Supremo y
Catedrático de la Escuela Judicial

SUMARIO: I. *Acepciones.*—II. *Nota retrospectiva.*—III. *El histórico decreto de unificación de fueros.*—IV. *Su concepción técnico-jurídica.*—V. *Justificación del fuero único.*—VI. *Su morfología legal:* A) El fuero en su aspecto externo: a) Normas generales. b) Desafuero internacional. c) Sistema resolutorio de los conflictos internacionales. d) Jurisdicción consular. e) El fuero en circunstancias especiales. B) El fuero general en su aspecto interno: a) El fuero eclesiástico. b) El fuero militar. c) Normas ordinarias distributivas del fuero: a') Por razón del delito. b') Por razón de la persona. c') Por razón del lugar. d) La excepción y el concurso en las competencias: 1) El desafuero militar. 2) La conexión procesal. e) Sus notas típicas. f) El fuero administrativo: 1) La jurisdicción de contrabando y defraudación. 2) La de delitos monetarios. g) ¿Existe fuero universitario? h) Colofón final.

I. ACEPCIONES

Con la palabra “fuero” (1) se han designado, históricamente, varias ideas: uso y costumbre seguida por una comunidad; carta puebla de un lugar o villa determinados; escritura de donación otorgada en favor de monasterios o particulares y, sobre todas, privilegio o instrumento de exención de gabelas, concesión de gracias, franquicias o libertades a un territorio, lugar o personas determinadas (Isabal). En todos estos significados late siempre la común circunstancia de que el fuero es una ley particular o privada que sustrae, a quienes se otorga, de las normas del derecho que rige la vida de todos los que componen la gran comunidad de una nación. Es, por tanto, una excepción de la regla general que representa la ley, común y normal, de un país.

Referido al campo penal, la idea del fuero logra un superlativo carácter o significación social, ya que en el derecho viejo se encuentran alusiones al mismo con el nombre de “fuero de sangre”, “fuero ma-

(1) Los sabios antiguos pusieron nombre (de) fuero en latín por el mercado do se ayuntan los homes a comprar et a vender sus cosas; et de este lugar tomó este nombre fuero quanto en España; et así como el mercado se face públicamente, así ha de ser el fuero, paladinamente et manifiesto (P.^a 1.^a, tít. II, ley IX).

yor” y hasta “fuero real”, como contrapuesto a los demás. Este fuero se confundía con el poder del Rey, como señor de vidas y haciendas, se asimilaba a su soberanía real, que luego fué nacional, con el feliz triunfo de las ideas liberales del siglo pasado. A este sentido eminentemente inderogable se refería el Fuero Viejo de Castilla (1250)... al decir que “*cuatro cosas son naturales al Señorío del Rey, que non las debe dar a ningun ome nin las partir de si, ca pertenecen a el por razon de Señorío natural: Justicia, moneda, fonsadera e suos yantares*”. (Ley I, tít. I, libro 1.^o). Texto en donde aparecen ya expresos los caracteres técnicos fundamentales de la Justicia legal o del fuero Real, que es inherente o consustancial a su soberanía (señorío natural): es inalienable e incompañable con otro y de carácter absoluto, los que la doctrina política del siglo XIX articulará dogmáticamente. A esta Justicia o fuero se refiere también el Ordenamiento de Alcalá de Henares (Ley II, tít. XXVII), al que denomina Justicia Mayor, “que vendría a ser como la fuente de las demás”.

Fuero, en este sentido concreto, se asimila o equipara a un derecho penal peculiar de un territorio o lugar (fuero real) o de una persona o comunidad (fuero personal), que es independiente o separado del común o general. Es el fuero penal general o fuero civil, que se ha realzado en las luchas políticas de estas últimas centurias en contraposición al fuero penal castrense, como fuero personal o especial. Se ha usado y se usa esta palabra porque saca “fuera” de la ley a sus favorecidos y, con el tiempo, la denominación se sustantivó, tal como hoy la conocemos.

La técnica procesal moderna aplica, además, la palabra a diversos órdenes de ideas que poseen la nota común de poseer un sistema legal propio o particular, no obstante sus diferencias específicas. Así se habla del fuero como referido a una normativa legal peculiar de ciertas relaciones jurídicas de una misma clase; así cuando se habla del fuero de las acciones personales, reales o mixtas en las competencias o del fuero de comisión del delito, del fuero de la conexión —“*forum conexitatis*”—, etc. Es el fuero formal o normativo de aquellas relaciones. También se usa esta voz cuando se pretende determinar el derecho particular de una profesión, fuero médico, o de una actividad, fuero de la casa, o de un acto, fuero del fútbol, o de un quirófano, etc. Se refiere a la ley propia que, por su naturaleza intrínseca, hay que aplicar en cada uno. Fuero real u objetivo. Y, por fin, se denomina también fuero al que históricamente surgió como singular de un grupo de personas o de una persona determinada, como el nobiliario, el de una familia, etc. Es un fuero de carácter privilegiado, por personal, con lo cual se vulneraba el axioma jurídico de la igualdad total de todos los hombres ante la ley. Este se ha agostado por efecto de las luchas políticas liberales y ya casi apenas queda como un eco, y no puro, el fuero profesional o de clase, cuando se presenta como un favor legal frente al común nacional. Sólo éste es el que posee valor doctrinal en el sentido en que se considera en este trabajo. Fuero activo y pasivo, según se le considere como un derecho o un deber de cierta

persona de someterse a la ley especial. El militar es a la vez pasivo y activo, puesto que comprende tanto el derecho como el deber de someterse a su jurisdicción propia.

II. NOTA RETROSPECTIVA

Históricamente, el Fuero Real fué el centro y eje de todos los demás. La Edad Media, no obstante la tradición romana de unidad y concentración jurisdiccional, se manifiesta como un mosaico disgregado y abigarrado de fueros personales, locales y territoriales en pugna constante entre sí, cuando no con el Real, al cual pusieron en jaque muchas veces e incluso en peligro de subsistir, que a tanto llegó su osadía. Los mismos súbditos, en constante alarma y preocupación por sus querellas internas, llegaron a preferir el triunfo del Rey para liberarse de tener tanto Señor. El panorama de disgregación foral o soberanía ofrece un acusado espectáculo de anarquía en cualquier país que se considere. La Alemania de la época, seccionada entre incontables reinos, principados, señoríos, ciudades exentas, no logra su unidad jurisdiccional o soberana sino bajo la presión de la invasión napoleónica. A pesar de la fortaleza del Canciller de Hierro, más tarde, los "fueros" regionales logran pervivir, aun bajo la forma larvada del federalismo hasta nuestros días. La Italia contemporánea se dividió en republiquetas recelosas y émulas de poder entre sí, que prorrogan su triste espectáculo de continuos conflictos jurisdiccionales, incluso en armas, hasta la gloriosa aventura de su "Risorgimiento", en que logra una constitución política inspirada en el unitarismo francés de la revolución, aún persistente. De igual modo, la soberanía nacional encarnada en el Rey, ofrece semejante complicación y división entre ciudades, personas y familias nobles del país, en Francia como en Inglaterra, país este último que, en su excesivo respeto a la tradición, lo conserva, aunque, si bien atenuada en su actual constitución política. La historia de la unificación del fuero nacional es la misma historia del país.

En España, la división y atomización del Fuero Real llega hasta el siglo XIX, en cuyo apasionado clima, por la liberación nacional de los prejuicios históricos, llega a lograrlo vaciando el sistema jurisdiccional en el modelo que París ofrecía al mundo de su revolución, que luego Napoleón tuvo el genio político de encarnar y hacerlo realidad viva.

Las constituciones políticas del pasado siglo todas fueron unánimemente fieles al principio de esta unidad jurisdiccional, como consecuencia natural de la unidad soberana. La de 1812 declara francamente que sólo se reconocería un fuero único para conocer de los "negocios comunes" civiles y criminales (art. 248), permitiendo que los eclesiásticos y militares continuasen gozando del fuero particular de su estado respectivo, en los términos permitidos en las leyes (arts. 249 y 250). "La comisión (redactora) no necesita, decía en el luminoso discurso preli-

minar, detenerse a demostrar que una de las principales causas de la mala administración de justicia entre nosotros es el falto abuso de los fueros privilegiados, introducidos para ruina de la libertad civil y oprobio de nuestra antigua y sabia constitución. El conflicto de autoridades que llegó a establecerse en España en el último reinado de tal modo había anulado el imperio de las leyes, que casi parecía un sistema planteado para asegurar la impunidad de los delitos. Esta gran reforma (unidad de fueros) bastará por sí sola para restablecer el respeto debido a las leyes y a los tribunales, asegurará sobre manera la recta administración de justicia y acabará de una vez con la monstruosa institución de diversos Estados dentro de un mismo Estado, que tanto se opone a la unidad del sistema en la administración, a la energía del gobierno, al buen orden y tranquilidad de la monarquía."

Después, la unidad de fueros constituye en las aspiraciones políticas el desideratum de la hora, aunque permanecerían durante toda la centuria y la siguiente, sin verla totalmente lograda. Se refiere expresamente a ella la Constitución de 1837 (art. 4.º) y el 5.º de la no promulgada de 1856, donde se formulaban preceptos tan terminantes como el de que "unos mismos Códigos regirán en toda la monarquía y en ellos no se establecerá más que un fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales". Este precepto no se encuentra en la del 1845, pero, como se dijo en el preámbulo del Decreto-Ley de 1868, no fué porque el gobierno y la comisión que entendieron en ello no abrigasen el mismo convencimiento, sino porque no consideraron la declaración como objetivo propio de la ley constitutiva del Estado.

Llega el Decreto de unificación de fueros de 6 de diciembre de 1868 en brazos de la gloriosa revolución liberal de esta fecha y se encara con el problema, ya viejo, unificador del fuero nacional, que arrastraba su vida entre los episodios nacionales de vergonzosa conducta política y apremiaba su realización, decidiéndose definitivamente por su unificación, que, no obstante los esfuerzos por lograrla, habría de ser olvidada posteriormente. Tras él, la Constitución de 1869, pariente directa inmediata del Decreto-Ley (art. 91) y la de 1876, de un neoliberalismo más templado (art. 75) sancionan otra vez el anhelo aún vivo unificador foral. Finalmente, la de 1931 declaró: La administración de justicia comprenderá todas las jurisdicciones existentes, que serán reguladas por las leyes. No podrá establecerse fuero alguno por razón de las personas, ni de los lugares. Se exceptúa el caso del estado de guerra con arreglo a la ley de orden público (art. 95). La jurisdicción penal militar quedará limitada a los delitos militares, a los servicios de armas y a la disciplina de todos los institutos armados". (Idem): Es el punto más alto en la progresión histórica unificadora.

III. EL HISTORICO DECRETO DE UNIFICACION DE FUEROS

En el cargado ambiente político del pasado siglo se mantuvo siempre vivo el anhelo de lograr una auténtica unidad jurisdiccional, un fuero nacional único, cancelando así una larga y nada ejemplar fase

histórica del progreso jurídico de la nación. El tradicional estatuto legal no podía subsistir, desprestigiado por sus propias culpas, y se acechaba la ocasión propicia para lograrlo. Esta vino entre los ardientes vientos liberales de la revolución de 1869, que destronó a Isabel II.

Perduraban aún en torno al trono, encastillados en viejos privilegios jurisdiccionales que habían logrado subsistir a la marcha corrosiva del tiempo. La de la Santa Hermandad, instituída por fuero especial para perseguir el bandolerismo y demás malhechores, se declara extinguida en 7 de mayo de 1835, cesando sus tribunales privilegiados; el Fuero de Canales, privado de los asuntos referentes a los canales de riego y navegación, tanto civiles como criminales, fué abrogado por Real Orden de 22 de noviembre de 1836; el de Correos y Telégrafos, creado en 1776 a favor de la Junta de Correos y Postas en España e Indias, queda sometido a la jurisdicción común por R. O. de 17 de octubre de 1842; el académico, que nació en la Edad Media para regular el orden escolar, finiquita salvo en lo referente al régimen disciplinario, en el ambiente igualitario de la centuria décimonona; el de la Real Casa, llamado también del "bureo", conocedor de los asuntos contenciosos de la real servidumbre y patrimonio, fenece a impulsos de corriente unificadora, en 29 de septiembre de 1836; el de extranjería de 1615, expedido a favor de los ingleses residentes en Andalucía, se extendió, andando el tiempo, a los súbditos de otras naciones y perduró hasta que se promulgó el Decreto de este mismo nombre de 17 de noviembre de 1852; el de Hacienda o Rentas del Estado, de vieja raigambre nacional, llega hasta los umbrales del mismo Decreto unificador y, no resignándose a morir, se prorroga en el Recurso Contencioso-administrativo y los Tribunales Económicos que aún viven; el de la Cruzada, que se preocupaba de las causas relativas a la percepción de la bula, que el Concordato de 1835 derogó; el eclesiástico que perdura hasta el Decreto, el que suprime la jurisdicción temporal tanto civil como penal; el mercantil, encargado de las causas de este nombre...

El deseo unificador, tan manifiesto durante todo el siglo, no podía transigir con el espectáculo desmoralizador que esta disgregación foral ofrecía. Apenas triunfa la sublevación de Prim, Serrano y Topete y la batalla de Alcolea (20 de septiembre de 1867), decide el destronamiento de la Reina, se prepara el camino para lograrlo. El 11 de abril de 1868 se publicó una ley ordenando al Gobierno formar y poner en ejecución, en su día, una ley completa y definitiva de organización judicial y competencia de tribunales del fuero común y hacer, mientras esa ley no pudiera ponerse en práctica, aquellas reformas orgánicas que se considerasen de mayor urgencia, sobre bases, entre otras, de la supresión de los fueros de guerra y marina y extranjería, en lo relativo a los negocios civiles y de los Juzgados especiales de Hacienda y Tribunales de Comercio. Al fin, el día 6 de diciembre de 1868 se publicó el Decreto histórico de "unificación de fueros" que sanciona la más espectacular y lograda unidad jurisdiccional nacional.

El Decreto fué, sin duda alguna, un acontecimiento en el progreso jurídico del país, ya que en él hace crisis un milenario período de anar-

quía jurisdiccional y se sientan las bases de una política procesal criminal racionalizada, en la materia penal, para el futuro, que podrá, en ocasiones, desconocerse pero nunca dejará de tenerse presente, cual es la norma ordenadora de un problema que va transido de vitalidad política.

“No habiendo, decía el ministro autor, fundamento racional que justifique la existencia de juzgados especiales para la primera instancia procesal, por razón de la naturaleza e índole de los asuntos mercantiles y de la Hacienda, se suprimieron los fueros privativos de que venían gozando. Los fueros eclesiástico y militar, se redujeron a sus justos límites, declarándose que la jurisdicción ordinaria es la única para conocer: 1.º De los negocios civiles y causas criminales por “delitos comunes de los eclesiásticos”, sin perjuicio de lo que se concuerde con la Santa Sede. 2.º De los negocios “comunes” civiles y criminales de los aforados de Guerra y Marina. 3.º De los delitos comunes cometidos en tierra por la gente de mar y los operarios de establecimientos de marina. 4.º De los siguientes delitos que producen desfueros: delitos contra la seguridad interior del Estado y del Orden Público, cuando la rebelión y sedición no tengan carácter militar; de los atentados y desacato contra autoridades, tumultos, desórdenes públicos y sociedades secretas; de la falsificación de sellos, marcas, monedas, documentos públicos; de los delitos de robo en cuadrilla, adulterio, estupro; de los de injuria y calumnia a personas que no son militares; de los de defraudación a los derechos de Aduanas y contrabando de géneros estancados o de ilícito comercio, cometidos en tierra, y de los perpetrados por los militares antes de pertenecer a la milicia estando dados de baja en ella o durante la desertión o en el desempeño de algún destino o cargo público. 5.º De las faltas castigadas en el libro III del Código Penal, excepto aquéllas a las que las ordenanzas, reglamentos y bandos militares del Ejército y Armada señalan una mayor pena cuando fueren cometidas por militares, que serán de la competencia de la Jurisdicción de Guerra y de la Marina. 6.º De los negocios civiles y causas criminales de los extranjeros domiciliados o transeúntes. 7.º De los negocios de Hacienda y de los delitos de contrabando y defraudación y sus anexos, excepto resistencia armada a los resguardos de costas. 8.º Negocios mercantiles...”

En este estado las cosas, la evolución jurídica de la etapa posterior ha sido ejemplar y merece estudiarse porque, aun depositaria de su esencia, no ha sabido mantenerla integralmente. La política, que fué siempre compañera fiel del fuero, ha interferido constantemente su vida profesional y ha sido demasiadas veces influido por sus necesidades y conveniencias ineludibles, que han dejado marcada su huella en la idea de la unidad tradicional.

IV. SU CONCEPCION TECNICO-JURIDICA

La concepción teórica del fuero se conecta con la de soberanía nacional, de la cual es su manifestación jurídica más sensible. Es la soberanía en acción, por la práctica judicial. Por ella participa de sus

caracteres esenciales, tal y como sucede con las aplicaciones de las ideas puras.

Modernamente, la técnica jurídica propende, con innegable fortuna, a sustituir la palabra fuero por la de jurisdicción, con la cual alternó amigablemente en su vieja vida histórica, hasta llegar a superarla en las más modernas épocas. Hoy el fenómeno está invertido. La razón de ello es evidente. El derecho público, más concretamente, el político, y del brazo suyo el procesal, señalan como función genuina del tercer poder del Estado (o de la tercera función estatal) la de declarar la norma o la ley "in concreto" o para cada caso. O sea, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, lo que es pura función jurisdiccional, según el reparto de las competencias políticas del país. Esto es una consecuencia indeclinable del progreso jurídico de todos los tiempos, sancionado por la realidad constitucional de la inmensa mayoría de los países civilizados.

De este modo, soberanía, imperio y jurisdicción son ideas correlativas o manifestaciones de una sola, que implica el poder de mando y coerción pública, de que está investido el Estado y, en su nombre, ejercitan las autoridades y los agentes del mismo. Sólo el Estado es soberano y sólo él puede mandar en último grado. Esta manifestación del poder se llamó "imperium" en Roma.

Según Ulpiano (Dig. 2, 1, 3) éste es una facultad de Derecho Público que, por una parte, lleva anejas atribuciones de índole militar (imperium merum o potestas), y por otra, determinadas funciones de jurisdicción (imperium mixtum), entre ellas el derecho de administrar justicia, de forzar a las partes a asumir obligaciones de garantía, de adjudicar a una de ellas la posesión interina o definitiva de los bienes en litis (Ulpiano, *id.*, y 4, y Paulo, Dig., 50, 1, 26). Los pretores fueron los órganos principales de esta función jurisdiccional en cuanto magistrados dotados de poderes públicos importantes. Se les consideraba como colegas "menores" de los cónsules y, como éstos, iban revestidos de "imperium".

Esta idea de imperio experimenta una profunda alteración al reaparecer en la Edad Media entre su compleja organización feudal, mezclándose con la nueva idea de señorío, para formar una extraña y sólida aleación jurídica de donde surgirá la de soberanía, como poder mayestático de las monarquías, concentrado en los reyes por derecho divino. Definitivamente, la idea política de soberanía se consagra formalmente con el triunfo de las nacionalidades del pasado siglo, de que es expresión eminente la consagrada por la declaración de los derechos del hombre de 1789 y la Constitución de 1791, al decir "El principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación... La soberanía es una indivisible, inalienable e imprescriptible".

Consecuentemente, con tales antecedentes, una concepción dogmática o técnico-jurídica de la jurisdicción ha de participar de los caracteres logrados por la idea de soberanía, que es la matriz o fuente de aquélla en su forja histórica. Así aparece que la jurisdicción o el fuero es en primer término, *inherente o inseparable* de la nación a que per-

tenece. Por ello la doctrina clásica asevera que es *inalienable e imprescriptible*, que es tanto como asegurar que ni el tiempo ni la voluntad humana son capaces de extinguir, pues en tanto exista la nación subsistirá su soberanía. La nación es soberana hasta su muerte. Por su contenido es *irresistible*, puesto que representa al poder de mando o imperatividad nacional. Ontológicamente, es *absoluta*, lo que significa que sus decisiones son definitivas e incompañibles con nadie. Soberanía compartida no es soberanía, porque en último grado se carece de la última razón para resolver los conflictos entre ellos. Por esto, y de cara al extranjero, la jurisdicción es *impenetrable*, y de cara al interior, es *incompatible* con cualquiera otra. A ello no se opone la constitución federal de un país, ni las formas asimiladas a ella, porque, en definitiva, será la soberanía común, la nacional, quien decida sobre los Estados o regiones federadas. Por su actuación, es *incesante*, de tal modo que se puede afirmar que la jurisdicción ni se suspende ni duerme. Siempre está vigilante y activa, como lo representa simbólicamente el ojo siempre alerta de la justicia. Por su extensión o alcance, es *universal*, puesto que abarca a todas las tierras, mares y aire jurisdiccionales, cubre a todas las personas que se hallen en el territorio nacional y, finalmente, comprende todos los delitos cometidos en su ámbito.

Es, pues, lógica la tendencia de los monarcómacos a configurar la nación soberana, su jurisdicción, simbólicamente en el tríptico de un imperio, una ley, una espada con que Hernando de Acuña exaltó, en su célebre soneto, la majestad y grandeza del Rey Carlos I, Emperador de Alemania. También es comprensible que la vieja noción del fuero haya sido postergada a la de jurisdicción en el cuadro de los valores políticos de un país, porque, en definitiva, es una expresión más reducida de la misma. El fuero es sólo la manifestación jurisdiccional referida a un orden de relaciones jurídicas concretas o de personas determinadas dentro del seno amplió de la soberanía.

Sin embargo, todavía en el lenguaje vulgar se usa la palabra fuero en lugar de jurisdicción referida a la penal y concretamente a la inclusión o exclusión de una persona en una ley punitiva especial, o bien como el derecho-deber que poseen determinadas personas a ser juzgadas por jueces propios y diferentes de los comunes. En este sentido es como se ha hablado de "fuero civil" en contraposición al fuero excepcional o militar, en ciertos movimientos políticos, animando alguna vez sus campañas proselitistas y propugnado exageradamente por la instauración de una jurisdicción unitaria a ultranza. Solamente, en este sentido, vulgar y concreto, se mantiene el vocablo fuero, en gracia a su expresividad y sencillez, universalmente compartida por la calle.

V. JUSTIFICACION DE FUERO UNICO

En el fuero, contrariamente a lo que ocurre con la policía, concuerda la doctrina sobre la necesidad de su unificación, porque su concentración en una sola y corta corporación de jueces no implica peligro alguno, de tipo sedicioso, para la paz y libertades públicas, al carecer

como carecen de medios para imponer sus decisiones a "fortiori". La Justicia posee, fundamentalmente, un valor moral público, que actúa sólo por sus decisiones o fallos, el cual influye en la vida de las sociedades más espiritualmente prostituidas en su entrega a la fuerza bruta. En todos los pueblos, queda siempre un hábito de pudor que les impide divorciarse totalmente de estos valores morales públicos, que son, en definitiva, base y esencia de la civilidad humana.

La unidad jurisdiccional es ideal unánime desde cualquier punto de vista que se le considere:

a) *Históricamente*, la unidad jurisdiccional se nos ofrece como una lenta e incesante aspiración social de todos los tiempos y lugares, aún no lograda totalmente. El proceso integrador de la soberanía política arrastra consigo a la jurisdicción, como su consecuencia natural; pero el proceso unificador foral se retrasa por razones prácticas en relación con el de la soberanía y queda indeciso, sin lograrse definitivamente.

El impulso histórico no queda, por ello, inerte, sino simplemente adormecido por los acontecimientos y en acecho de toda ocasión propicia para lograr su definitiva victoria.

b) *Políticamente*, la unidad jurisdiccional es una proyección de la unidad legal. Del propio modo que se ha defendido y logrado en el ámbito legislativo que la ley, expresión teórica de la voluntad nacional, sea una e igual para todos, debe procurarse en su aplicación práctica o judicial, contribuyendo con ello a la afirmación y fortalecimiento de la nación y de su grandeza política.

c) *Socialmente*, la unidad del fuero pierde su apoyo principal con el abatimiento de la clase nobiliaria, como clase preponderante del país, y se logra, en este aspecto, el fuero único. Con ello se instaura una nación uniforme socialmente. El principio de que todos los hombres nacen iguales y libres posee así manifestación más lograda. La unidad jurisdiccional sanciona y reafirma la unidad social o de clases de la nación. No caben, pues, dominadores ni dominados, siervos y señores. Sólo ciudadanos, en toda la extensión de la palabra.

d) *Psicológicamente*, infunde en los ciudadanos un claro sentimiento de igualdad, que fortifica la conciencia de hermandad nacional y deposita en la conciencia de todos y cada uno un alto sentido de dignidad ciudadana, una gran confianza en la ley protectora de todos y en las instituciones públicas creadas, no para la persecución de unos contra los otros, sino de defensa de todos frente a cualquiera, que es fuente perenne de claros beneficios sociales.

Desde otro plano, la unidad contribuye a reforzar el principio de autoridad depositado en los agentes encargados de velar por la paz y orden público, porque actúan con la seguridad de que sus decisiones se hallan respaldadas por todo el imperio que emana de la ley uniforme de la nación, sin temor a resistencias o represalias autorizadas por una gravosa excepción foral, haciendo de este modo incierta su resolución. He aquí el fundamento del axioma que afirma que la calle carece de fuero, lo que significa que la policía es el único fuero e inapelable en el

ejercicio actual de su función. De donde se concluye que en su actividad funcional sólo deben obedecer a sus superiores jerárquicos.

c) *Funcional o administrativamente*, significa, de un lado, la fácil instauración de un orden oficial de funcionarios seleccionados y preparados para el ejercicio de su función, evitando con ello la actuación de varios cuerpos jurisdiccionales siempre recelosos y suspicaces entre sí. De este modo se reducen al mínimo, si no fuera posible llegar hasta la negación, los fueros privilegiados ordinariamente.

f) *Profesionalmente*, la función de administrar justicia se halla sujeta, como todas las técnicas, a la división y especialización del trabajo, y, consecuentemente, sólo debe atribuirse a Magistrados preparados para ella, consiguiendo así unos instrumentos idóneos para que los valores políticos sociales implicados en la unidad foral, posean el realce y valor que les es debido.

g) *Prácticamente*, BENTHAM (2) razonaba los inconvenientes prácticos que esta dispersión jurisdiccional trae consigo, y declaraba que la pluralidad de tribunales especiales, aparte de que la mayoría, decía, suelen ser superfluos, sólo sólo sustrayendo trabajo a los ordinarios, se pueden justificar. Al ser corta y conocida la relación de los órganos judiciales del fuero universal nacional, sitúa a los jueces cerca de los justiciables, impidiendo la incertidumbre sobre la competencia del organismo y, por fin, hace permanente la fuente de la impunidad, de que ya se quejaban los preclaros legisladores de Cádiz, al perderse la idea sencilla y primaria de la Justicia entre un laberinto de jurisdicciones especiales y confusas.

Como, de otra parte, reafirma el autor inglés, con ello disminuye la publicidad, se aflojan los resortes de la responsabilidad de sus servidores, haciendo con ello más insegura y recelosa la función ante la opinión general, que exige en ella más luz y taquígrafos que en ninguna otra misión estatal. En la vida civil común no hay más que ciudadanos y jueces para ciudadanos.

VI. SU MORFOLOGIA LEGAL

La morfología del fuero penal común puede ser considerada hacia fuera o en su vida de relación extranjera, o hacia dentro o en su vida de relaciones internas. El primero determina el alcance del fuero nacional en el seno del Derecho internacional, o sea, el fuero en el mundo, y el segundo contempla su estructura interna y las relaciones de cada jurisdicción, de las divididas entre sí, y crea cuestiones de competencia:

A) EL FUERO EN SU ASPECTO EXTERNO.

a) *Normas generales*. — Mirada hacia fuera, es evidente que la jurisdicción acaba donde concluye la soberanía nacional, o sea,

(2) BENTHAM V. *Oeuvres*. Bruxelles, 1840, t. III.

la línea de sus fronteras de tierra, mar y aire. Esto, por consecuencia del carácter rígido de las soberanías, y es lógico que cada una juzgue sus propios delitos, por el estatuto legal que afirma que las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que habiten en territorio español (art. 8.º del Código Civil).

a') *Por territorialidad*, el fuero cubre todo el ámbito nacional, porque cada delito cometido es un ataque a su *statu quo* jurídico que es preciso defender. Por ello se comprenden tanto los españoles como los extranjeros que delinican en España, llegando hasta los delitos "comenzados a cometer en España y consumados en el extranjero, pero sólo se aforan "los actos perpetrados en España que constituyan por sí delitos" (artículos 333 y 335 L. Orgánica).

b') *Por personalidad*, sigue a los españoles dondequiera que estén. Mas aunque el fuero viaja con sus súbditos, no penetra en otro país, si bien les sigue allí donde vayan, si no media jurisdicción que se interfiera. Por tanto, el español que delinca fuera de España, en otro país, queda sujeto a la ley del lugar de donde delinquirá, *forum patrii criminis*. Es como un desaforado de su nación, porque no le alcanzan sus propias leyes penales por la impenetrabilidad de las soberanías nacionales.

Consecuentemente será juzgado en España "el súbdito español que hubiere cometido un delito en el extranjero contra otro español, si no hubiera sido absuelto, indultado o penado en el extranjero" (artículo 339 L. O.). Por el doble principio de acción ejercitada acción consumada, y para el caso de indulto, por un respeto de humanidad a la gracia concedida por el otro Estado soberano, que, aun herido por el delito, se lo ha conferido. Habrá que estimar, conforme al sentido natural de las cosas, que en los casos de "absolución" por sobreseimiento o cualquier otra forma procesal similar, será también válida y operante en el sentido de esta ley orgánica. En cuanto al cumplimiento de la condena de modo parcial, si este cumplimiento no ha sido por remisión judicial o política ("indulto o amnistía"), se tendrá en cuenta para rebajar proporcionalmente la que, en otro caso, les correspondería cumplir (art. 337 L. O.). Se trata de fuga o evasión con refugio en su nación, en cuyo caso no existe otra posibilidad que la de cumplir la condena impuesta, y si de prisión preventiva, abonársela según la ley propia. Esta es una pena anticipada.

Además, requiérese, 1.º, "Que se querelle el ofendido o cualquiera de las personas que puedan hacerlo con arreglo a las leyes". El artículo 270 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dice que "todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querrellarse, ejercitando la acción popular establecida en el artículo 101 de esta Ley. También pueden querrellarse los extranjeros por delitos cometidos contra sus personas o bienes o las personas o bienes de sus representados, previo cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 280, etcétera. Los funcionarios del Ministerio Fiscal ejercerán también en forma de querrela las acciones penales en los casos en que estuvieren obligados, que son siempre que conozcan de un delito que no esté per-

seguido dentro de España. Para los delitos cometidos fuera de España parece que juega el principio de la discrecionalidad política y, por tanto, sólo está obligado a querrellarse en los casos que lo considere conveniente por alguna razón de oportunidad; y 2.º, "Que se halle en territorio español (art. íd. L. O.). Lo primero, porque la ofensa del crimen sólo ha sido al particular que reclama la acción, pues el Estado no estuvo presente en el acto con su fuero y por ello no fué ofendido, y lo segundo por la territorialidad impenetrable de las soberanías, que se opone a su detención y castigo forastero.

Del propio modo, el *español que cometiere en país extranjero* un delito de los que el Código español califica de graves (hoy lo son todos, en 1870 lo eran aquellos que tenían señaladas penas superiores a los presidios o prisiones menores) *contra un extranjero* será juzgado en España si median los requisitos de presencia, estímulo y vivacidad penal exigidos para el caso anterior (art. 340 L. O.). Consiguientemente, los españoles que delincan o se refugien en España quedan vinculados inexorablemente al fuero nacional propio, condicionado a los requisitos de persecución indicados.

Consecuentemente, los extranjeros que delincan en el extranjero *contra un español* no están sujetos a las leyes patrias, ni tampoco serán perseguidos aunque delincan en España si luego se refugian bajo su propio pabellón por los mismos principios de territorialidad y personalidad debidamente conjugados. Por tanto, no cabe contra ellos la extradición, sino que la responsabilidad se remite a las leyes nacionales del delincuente. Si se refugiaren en nación distinta a la suya, como ya no existe el amparo nacional, cabe ejercitar el derecho de extradición si el tratado con la nación de refugio lo consiente (art. 826 L. E. C. y 335 y 342 L. O.).

b) *Desafuero internacional.*

Independientemente de los principios de persecución criminal que inspiran toda la ordenación del fuero internacional, aparece en la Ley Orgánica del Poder judicial (L. O.) una relación de delitos que se sustraen a sus reglas generales de competencia externa, como una consecuencia histórica de existencia universal a la defensa de la seguridad de las naciones o como instrumento jurídico de recíproca protección entre naciones.

Así, se declara que serán juzgados por los jueces y Tribunales del Reino los españoles o extranjeros *que fuera del territorio nacional* hubieren cometido alguno de los delitos siguientes: Contra la seguridad exterior del Estado; lesa majestad; rebelión; falsificación de la firma, de la estampilla real o del Regente; falsificación de la firma de los ministros; falsificación de otros sellos públicos; falsificaciones que perjudiquen directamente el crédito o intereses del Estado y la introducción o expendición de lo falsificado; falsificación de billetes de Banco... los cometidos en el ejercicio de sus funciones por empleados públicos residentes en el extranjero...".

De la relación se destacan como privilegiados entre privilegiados (privilegiadísimos) los delitos de lesa majestad y traición, porque podrán ser juzgados en España aunque lo hubieran sido ejecutados en el extranjero. Con ello se establece una derogación o excepción al principio *nec bis in idem*.

El desafuero, con su excepción incluso, no obstante la buena fe que inspiró su nacimiento, y que representa la doctrina tradicional interna, es una pieza anacrónica ya en el sistema jurídico penal internacional preponderante. Tratándose de delitos cometidos "fuera de España", es preciso actuar con el instrumento de la extradición, la que, naturalmente, ni se aviene hoy a reconocer preceptos unilateralmente promulgados y, desde luego, niega, si se trata de delincuentes políticos, que son la mayoría de los catalogados, su venia para ser juzgados por sus tribunales nacionales. Por tanto, el desafuero es una declaración platónica sin posibilidad de operar normalmente. Es una ilusión más fracasada del siglo de las idealidades políticas.

c) Sistema resolutorio de los conflictos internacionales.

En contraste con la organización interna, que posee su instrumento "ad hoc" para resolver los conflictos de competencia entre sus diferentes organismos jurisdiccionales, en el orden internacional se carece de ello. Teóricamente, los Estados están como en estado de guerra permanente, ya que, ni para el fuero civil existe un sistema ni organismo reconocido, en los procedimientos judiciales, para resolver jurídicamente estos conflictos entre naciones. En materia civil y bajo la consigna de que el fuero nacional es inderogable e incompatible con ninguno otro forastero, las cuestiones que se susciten de esta índole no pueden ser planteadas ni resueltas sino por prácticas consuetudinarias curiales, de dudosa eficacia práctica, puesto que dependen de la concesión graciosa de la nación competidora. Clara expresión de este criterio es la norma sancionada por el Código italiano de procedimientos (28 oct. 1940), al decir que "la Jurisdicción italiana no podrá ser derogada convencionalmente a favor de una jurisdicción extranjera" (artículo 2.º). De propio modo, la Ley de Enjuiciamiento Civil española se limita a sancionar el absolutismo tradicional del fuero nacional en el artículo 51 (concordante con los arts. 267 y 268 de la L. O. y el Decreto de unificación de fueros) para conocer de las demandas que se susciten entre españoles, entre extranjeros y entre unos y otros "en territorio español". Y en este sentido lo resolvió la consulta de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1950. Este sistema es condenado por la doctrina que, en opinión de NIBOYET (3), resulta teóricamente condenable y prácticamente imposible.

(3) NIBOYET: *Manuel de Droit International Privé*, 1928 (Trad. Ed. Reus, Madrid).

En el campo penal el problema está planteado en términos idénticos y agravados por la naturaleza eminentemente pública de la cosa. Sin embargo, la necesidad de lograr un sistema práctico para la común lucha contra el crimen, y a fuerza de mutuas concesiones entre las naciones, se ha logrado organizar un instrumento de carácter internacional para resolver los conflictos internacionales, cuando estos surjan en su vida jurisdiccional. Se trata del sistema de extradición, inspirado más por razones de utilidad y necesidad que por principios puros de derecho y justicia humana.

Teóricamente, la impenetrabilidad de las soberanías nacionales rechaza toda intromisión de las unas en las otras ni aun a título de perseguir un crimen. Soberanas todas ellas, nadie cede a nadie un ápice de su poder absoluto. Los fueros son, pues, bloques graníticos en permanente recelo entre sí.

Mas como es preciso buscar un medio que facilite la lucha internacional o universal contra el crimen, para impedir que el mundo sea un presidio suelto, es necesario que las naciones pacten entre sí, de potencia a potencia, como lo hacen los ciudadanos, y establezcan convenios, sin otro alcance que el que ellas mismas quieran conferirles, de asistencia jurisdiccional. El tratado es, pues, la única ley de este tipo que posee la solución de conflicto. Como su eficacia es de cumplimiento voluntario, sólo cabe rogar, no exigir, que se cumplan. Tras ellas no existe órgano superior y coercitivo que, con jurisdicción irresistible, pueda imponer una solución no aceptada.

El mundo internacional se resuelve, de este modo, en un complejo sistema de tratados extradictorios que ya, la costumbre internacional, ha plasmado en modelos estereotipados de tipo universal. Ellos son la mejor base para una futura legalidad jurisdiccional común. Por ellos se mantiene un frente cerrado de lucha contra el crimen de bastante buen rendimiento, a falta de otro más de acuerdo con las exigencias de la técnica judicial, a semejanza de lo que ocurre con el derecho interno de cada país.

El común esquema de la extradición se basa en las normas directrices siguientes: a) Necesidad de la existencia previa de un convenio entre las naciones soberanas. Es una solución negociada y convencional. Los contratos son ley entre los contratantes. b) El tratado debe comprender una relación fija de delitos sometidos a la extradición por el principio de legalidad. c) La extradición sólo comprende a los delincuentes nacionales o extranjeros que delincan en los países contratantes. Se excluyen los propios nacionales por el principio de protección nacional. El fuero propio es irrenunciable. d) Los delitos políticos quedan excluidos por su falta de antijuridicidad internacional, y los que ya estuvieran prejuzgados, por el principio *nec bis in idem*. e) Por principio de humanidad internacional no pueden imponerse a los extraídos penas irreparables o de muerte. f) La extradición es un favor que cada nación hace a la peticionaria, por ello no es derecho que se ejercita, sino beneficio que se solicita. Esto justifica al procedimiento mediante la vía diplomática y no de juez a juez, como en las compe-

tencias internas. g) Por exigencia de este carácter puramente gracioso es cláusula admitida que a los delincuentes entregados no debe imponerseles pena superior a la que les correspondería en el país cedente.

d) *Jurisdicción consular.*

La margen del sistema general indicado, la Ley Orgánica del Poder Judicial, articula un sistema procesal consular para la persecución de delitos y faltas cometidos en el extranjero y que sean extraíbles, que es una excepción al principio de territorialidad penal predominante. Se inspira en las siguientes notas típicas: a) El sistema se aplica a "españoles que delincan en país extranjero y sean entregados a los cónsules de España". Se trata de un acto de pura deferencia internacional, porque por el principio de territorialidad del fuero nacional pudo la nación cedente juzgarla por sí. Pudo también haberse cometido el delito en el extranjero, en territorio que goce de extraterritorialidad. Es el caso más natural de la ley, b) La instrucción del sumario, como corresponde al cónsul o al que le reemplace, si no fuere letrado, con auxilio de la asesoría que la ley establece. c) El conocimiento y fallo del asunto, en juicio oral, corresponde al Tribunal español que, atendida la naturaleza del delito, sea competente y al mismo tiempo sea el más próximo al Consulado en que se haya seguido la causa. Si se tratase de faltas, las juzgará en primera instancia el vicecónsul, y en apelación el cónsul con su asesor. Se sustituyen, pues, los jueces municipales y de instrucción nacionales. (Arts. 342 y 345 L. O.)

e) *El fuero en circunstancias especiales*
(f. americano).

Surgen éstas cuando la actuación del fuero común se condiciona a determinadas circunstancias de orden práctico o políticas, circunstancias eventuales y, por ello, de emergencia, puesto que una vez cesada la razón, o sea la causa, cesará la condición, o sea la interferencia foral. Se caracteriza esta situación interferida por una intervención extranjera, que condiciona la práctica del fuero ordinario nacional. No son razones de principio sino de ocasión y poseen vigencia limitada o transitoria. Una vez desaparecidas, el fuero recobra su propia autoridad. Tal ocurre con la instauración ocasional del fuero norteamericano, por la realización del programa de ayuda económica y defensa mutua concertados entre los sumos poderes de ambas naciones contratantes, de 26 de septiembre de 1953.

Como la verificación de estos programas exige la presencia de personal americano en nuestra patria, se le ha dotado de un "status iuris" singular que ha dado por consecuencia la creación de un auténtico fuero personal en el seno de la jurisdicción nacional. En el convenio relativo de ayuda para la defensa mutua se establece (art. 4.º) que el Gobierno de España admitirá el personal de los Estados Unidos de América que deba cumplir, en el territorio español, las obligaciones

adquiridas por este convenio, y añade: "este personal, que será de nacionalidad norteamericana, incluso el temporalmente destinado, operará en sus relaciones con el Gobierno español, como parte de la Embajada de los Estados Unidos, y tendrá el mismo estatuto que el personal de la categoría correspondiente de la Embajada de los Estados Unidos. Al recibir la pertinente notificación del Gobierno de los Estados Unidos, concederá el Gobierno español pleno estatuto diplomático al número que se acuerde del personal designado por este artículo".

En el convenio sobre ayuda económica (art. 8.º) se dice: "El Gobierno español accede a recibir una misión económica especial que asumirá las obligaciones del Gobierno de los Estados Unidos en España, señalados en el convenio. El Gobierno español, previa notificación en regla del embajador de los Estados Unidos considerará a la Misión especial y a su personal, así como a su representante especial de los Estados Unidos en Europa, como parte de la Embajada de los Estados Unidos en España, al efecto de gozar de los privilegios e inmunidades otorgados a dicha Embajada y a su personal de rango equivalente".

Posteriormente, el 23 de diciembre de 1954 se dicta un decreto-ley creando una "Comisión Mixta de Competencias" para decidir los conflictos jurisdiccionales en materia criminal cuando alguno de los presuntos responsables alegue su condición de aforado. Esta Comisión es única y, por tanto, con jurisdicción nacional, funcionando en Madrid con sede en el edificio del Alto Estado Mayor. De composición civil y militar, tiene como misión proveer con la máxima rapidez a la resolución de las cuestiones de competencia jurisdiccional y atribuciones que puedan suscitarse o se hayan suscitado en los procedimientos criminales de cualquier orden y fuero dentro del territorio nacional y plazas de soberanía cuando alguno de los presuntos responsables fuera miembro de las fuerzas de los Estados Unidos, incluso los que dependan de ellas.

Todos los jueces y tribunales, de cualquier grado o jurisdicción, ante los que un presunto responsable alegare y justificare, sumariamente, su condición de miembro de las fuerzas de los Estados Unidos, se limitarán a practicar, con urgencia, las diligencias imprescindibles para asegurar la prueba de los hechos y determinar la situación de las personas presumiblemente responsables de los mismos, sin perjuicio de poner inmediatamente en conocimiento de la Comisión Mixta, por vía telegráfica, la iniciación del procedimiento y el delito o falta "que lo haya motivado".

Los jueces y tribunales observarán y cumplirán las instrucciones de la Comisión Mixta, así en lo relativo a la remesa de los autos como a la situación de los detenidos, presos o inculcados o entrega de los mismos a la autoridad que la Comisión disponga."

De los textos resulta un fuero circunstancial y personal que deroga las reglas comunes del fuero ordinario, en relación con los extranjeros, que se caracteriza por las notas siguientes: a) El fuero comprende, de un

lado, al personal americano que deba cumplir las obligaciones concertadas sobre la defensa mutua y cuyo destino notifique el Gobierno norteamericano al de España, y de otro, el personal de la Misión especial de ayuda económica, que se notifique también al Gobierno nacional. Se trata, pues, de un fuero de carácter personal o personalísimo. *b)* Su contenido se determina con las dos expresiones de sentido equivalente: "se concederá, al primero, pleno estatuto diplomático", y en el segundo se dice "que se le considerará como parte de la Embajada de los Estados Unidos". Esto es, conforme con el artículo 334 de la Ley Orgánica, que "cuando delinquieren serán puestos a disposición de sus Gobiernos respectivos". Es, por tanto, un fuero de carácter absoluto. *c)* En cuanto a su contenido, sólo se permite la práctica de unas diligencias previas y típicas de esta nueva legalidad: 1.º Se ha de comunicar inmediatamente a la Comisión Mixta la realización del hecho, y 2.º En tanto, se procurará asegurar la prueba y situación del responsable.

La circular de la Presidencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1955 templa el rigor del precepto distinguiendo hechos graves o trascendentales en que se puede acordar la detención, por ser procedente, y hechos sin estas características, en los cuales, no obstante su inocuidad o modestia, puede retrasar la comunicación y envío de las diligencias hasta que se hayan practicado las diligencias indispensables para que la Comisión forme criterio sobre ellas. *d)* En cuanto a su alcance, es de carácter absoluto, pues se declina la jurisdicción en favor de la Comisión Mixta, sin ulterior recurso ni reclamación alguna. Así se dispone que los jueces y tribunales "esperarán y cumplirán las instrucciones de la Comisión". La responsabilidad de los reos queda entregada a la decisión inapelable que aquélla adopte, sea de la clase que fuere, que naturalmente será la de proceder, o no proceder, ya que el fondo de la causa queda en libre reserva a los tribunales. De este modo se ha fundado un fuero *sui generis* en el seno del nacional y que ha de tener muy presente la autoridad judicial en sus actuaciones criminales, dada su preponderancia jurisdiccional. "Cuando se trate de accidente de circulación, añade la circular, se realizará la reconstrucción de los hechos, levantándose croquis del lugar en que hubiese ocurrido y, en todo caso, se tomará declaración al inculpadó y perjudicado y se harán constar, por lo menos, los nombres y direcciones de los testigos que se estimen más interesantes y eficaces para las diligencias sumariales que se hayan de practicar por acuerdo de la Comisión en cada caso."

B) EL FUERO GENERAL EN SU ASPECTO INTERNO

La jurisdicción, que en potencia es universal y absoluta, "in actu" o en su aplicación, se halla dividida y distribuida entre varios órdenes jurisdiccionales u organismos judiciales, distinguiéndose entre ellos un fuero común, general, universal o civil, tradicionalmente llamado fuero mayor y también fuero real, es el fuero ordinario y normal de la vida civil de la nación, y al lado una serie o instituciones jurisdiccionales a las cuales se atribuye por la ley un fuero especial, singular o

privilegiado que es una excepción a la regla general del común. Son los fueros especiales, justificados cada uno de ellos, por razones propias y de carácter práctico.

“Corresponderá a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de las causas y juicios criminales, con excepción de los *casos reservados* por las leyes al Senado (hoy sin existencia), a los Tribunales de Guerra y Marina (hoy Militares), a las autoridades administrativas o de policía” (arts. 10 L. O. Criminal y 231 L. Orgánica). Resulta que en el seno de la nación y; no obstante aparecer como unificada, existen dos clases de fueros: uno normal y ordinario—fuero mayor—, propio de los tribunales civiles de Justicia, y está dado para todos los ciudadanos, y otros que son excepcionales, para “casos reservados” a las autoridades jurisdiccionales, militares, administrativas y de policía. En donde éstos están en relación con el primero, como la regla general, y con la especial, la norma y la excepción. Por tanto, todos los delitos y todas las personas están sujetas a la ley común en tanto no se hallen singularmente atribuidas a una especial.

Por ello, la Jurisprudencia viene diciendo, consecuentemente con esta idea, que el fuero común es “la fuente y raíz” de todos y, por tanto, es preponderante, complementario y atractivo de los demás. De tal modo que, como la jurisdicción es universal e incesante, el fuero general participa de estas características y ha de actuar en todo momento, ocasión y lugar, no cediendo la jurisdicción sino en los casos concretos que corresponda a otra. El ha de suplir y corregir los defectos de los demás. Es así el fuero especial una jurisdicción expresa y de excepción que puede ser, a su vez, ordinaria y extraordinaria, según que se aplique a casos de emergencia o situaciones naturales de la vida profesional que se considera, como en la militar.

“El órgano jurisdiccional especial sólo está investido de jurisdicción penal con relación a un determinado grupo de asuntos criminales o de personas” (G. ORBANEJA) (4). En este sentido, observa justamente CHIOVENDA “que en el órgano especial la jurisdicción se confunde con la competencia”; consecuentemente, no es incorrección denominar cuestiones de competencia a los conflictos entre estos fueros y el general o entre ellos mismos entre sí, como ocurre en nuestras leyes. Vamos a estudiar sus fundamentales normas de orden y procesales de competencia.

a) *El fuero eclesiástico.*

De vieja y arraigada estirpe en el Derecho nacional, mantenido invariablemente a través de su historia, experimenta una profunda crisis al contacto con las ideas regalistas defensoras de la preponderancia de fuero real y, muy singularmente, por la influencia de las corrientes igualitarias del siglo pasado. Este privilegio legal eximía a los clé-

(4) GÓMEZ ORBANEJA: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Ed. Bosch. Barcelona, t. I y II.

rigos de comparecer ante los tribunales seculares, debiendo ser juzgados sus litigios y delitos por tribunales propios. En el decreto de Unificación de fueros de 1868, el sentido tradicional del privilegio hizo crisis, reservándosele sólo el conocimiento de las causas sacramentales, las beneficenciales, los delitos eclesiásticos y las faltas cometidas por los clérigos en el desempeño de su ministerio y las causas de nulidad y divorcio que recogen los artículos 80 y 81 del Código civil.

Publicado el *Corpus Iuris Canonici* de 27 de mayo de 1917, autorizado como ley vigente de España por R. D. de 19 de mayo de 1919, el fuero eclesiástico se mantiene en lo fundamental, y publicado el 27 de agosto de 1953 el nuevo Concordato celebrado con la Santa Sede, se han introducido notables reformas que han venido a alterar el anterior "statu quo" jurisdiccional, vivificando formas antiguas que habían caído en desuso por la práctica.

La circunstancia de que estas normas jurisdiccionales procedan, en último grado, de Roma y en virtud de una fuente negociada, ha servido de base para que técnicamente se considere que son normas de procedencia externa o extranjera y se la emplace en su exposición didáctica junto a las que completan el panorama del fuero en el exterior. Mas como, de otra parte, los convenios celebrados con la Santa Sede se pueden considerar como de carácter interno y, en efecto, la eficacia y funcionamiento de estas reglas está subordinado a la actuación de las autoridades eclesiásticas españolas, nos conduce a situar la materia entre los fueros privilegiados nacionales y, sobre todo, por su significación y eficacia prácticas.

Según las disposiciones canónicas, todas las infracciones de las leyes divinas y eclesiásticas, cualquiera que sea la condición de las personas que las cometan, los únicos tribunales competentes para juzgarlas son los eclesiásticos. Este derecho indiscutible está reconocido por España en el artículo XVI, párrafo 3.º del Concordato, de acuerdo con el canon 2.198, que manifiesta el mismo derecho, añadiendo que los tribunales eclesiásticos pueden, a veces, reclamar el apoyo del brazo secular para hacer efectivas sus decisiones.

Históricamente se han venido reconociendo como especialidades propias del fuero eclesiástico, las llamadas inmunidades, que normalmente representan la exención de cierta obligación común de comparecer y respetar los acuerdos de las autoridades civiles nacionales. En este aspecto merecen singular mención la inmunidad personal o privilegio del fuero y la inmunidad local, que tuvo una manifestación interesante en el derecho de asilo.

De conformidad con las disposiciones concordadas al privilegio del fuero canónico deben distinguirse dos clases de personas: a) Jerarquías eclesiásticas, y b) Clero ordinario o regular.

a) *Clero superior o jerarquías.*—No podrán ser emplazados ante un juez laico (español), sin que haya obtenido previamente licencia de la Santa Sede, los preladados de quienes habla el párrafo 2 del canon 120 del Código canónico (art. 16). Tales son los Cardenales, Delegados de la Sede apostólica, Obispos, aunque sólo sean titulares,

Abades o prelados "nilius", Superiores supremos de las religiones de Derecho pontificio, Oficiales mayores de la Curia romana por negocios pertenecientes a su cargo.

"Quid iuris" del texto: ¿Qué se entenderá por emplazado (5) en el Derecho concordado? En el común u ordinario significaría citación de parte ante juez competente, bajo apercibimiento de que en caso de no comparecer sufrirá el perjuicio a que hubiere lugar. Es una citación conminatoria y condicional. Sin embargo, en el Derecho canónico que es la interpretación propia, "parece referirse solamente al caso de ser llevados como reos (acusados), no al caso en que sólo se les cite como testigos" (Ferrerres, núm. 255). De este modo no habrá diferencia apreciable entre clérigos de clase diferente.

b) *Clérigos ordinarios o regulares*.—Para éstos "la Santa Sede consiente en que las causas criminales *contra clérigos y religiosos* por delitos, que no violen exclusivamente una ley eclesiástica, previstos por las leyes penales del Estado, serán juzgados por los tribunales del Estado" (ídem. 4). De donde se deriva un consentimiento previo, general y tácito del Papa, contra el consentimiento posterior, particular o expreso que se requiere para las jerarquías.

Sin embargo, antes de proceder deberá solicitarse, sin perjuicio de las medidas precautorias del caso y con la debida reserva, "el consentimiento del Ordinario del lugar en que se instruye el proceso".

Esto es, que además del consentimiento papal, es preciso el expreso, particular y posterior del Ordinario local. Este consentimiento deberá solicitarse antes de proceder, expresión de claro significado procesal en ambos derechos concurrentes, el civil y el canónico, o sea, antes de dirigir el procedimiento contra ellos, y en último grado el procesamiento. Es de advertir que, aun antes del procesamiento en nuestro Derecho y en el extranjero, que carece de este auto, se puede proceder contra una persona si se la trata o considera como acusada o presunta imputada según los italianos. De aquí que se interprete la expresión tal como lo hace el P. FERRERES, o sea, cuando se les considere como reos, de donde consecuentemente estos clérigos pueden ser citados como testigos, sin embargo alguno.

En efecto, en el mismo artículo núm. 7, se dice que los clérigos y religiosos "podrán ser citados como testigos ante los tribunales del Estado; pero si se tratase de juicios criminales por delitos a los que la ley señale penas graves deberá pedirse la licencia del Ordinario del lugar en que se instruya el proceso". Con lo cual se resuelve indirectamente la cuestión propuesta.

Combinando estos preceptos con los concordantes de la ley de Enjuiciamiento criminal resultan las situaciones siguientes: a) Jerarquías. 1) Como emplazados. No pueden serlo sin permiso de la autoridad eclesiástica suprema. 2) Como testigos. "Están exentos de concurrir al llamamiento judicial, pero no de declarar... los Arzobispos y Obispos" (núm. 9 del art. 412. L. E. criminal). ¿Y el resto de las

(5) FERRERES: *Instituciones Canónicas*. Ed. Subirana. Barcelona.

jerarquías? Como son clérigos o religiosos superiores y los inferiores gozan de fuero en delitos graves, es evidente que, al menos, poseerán el de éstos, ya que, además de tal cualidad, gozan de la condición de su preeminencia. b) Clero regular u ordinario. 1) No se puede proceder contra ellos sin permiso del Ordinario. 2) No podrán ser citados como testigos en delitos graves sin permiso del Ordinario. 3) El resto de las causas no parece exista inconveniente en ser citados.

Modo de proceder.—Tratándose de jefes de la Iglesia, como la acción jurisdiccional se halla permanentemente interdictada sin el permiso previo del Papa, prácticamente el juez de Instrucción, aun siendo el privilegiado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo a quien le corresponda conocer, carecerá de toda iniciativa para que se dirija contra el aforado y, por tanto, sólo podrá actuar válidamente en la práctica de las diligencias que no requieran su comparecencia, quedando paralizado el procedimiento en todo lo que afecte al mismo e inerte la acción persecutoria contra él. La instrucción quedará así interferida y paralizada en la parte del sumario que le afecte "sine die", quedando afectada por la acción del tiempo en el orden de la caducidad o la prescripción del delito imperseguido.

Por el contrario, si se tratase de "clérigos o religiosos", el Juez de Instrucción podrá adoptar las medidas precautorias pertinentes al caso antes de solicitar el consentimiento del Ordinario. ¿Cuáles son estas medidas? Según la ley procesal nacional, tales pueden ser la detención o la prisión provisional tratándose de medidas cautelares personales, y las fianzas y los embargos si de medidas reales.

La detención procederá en los casos de delincuencia notoria (flagrancia, fuga o rebeldía). La detención se elevará a prisión en el término de setenta y dos horas o la dejará sin efecto. Evidentemente, que si el Ordinario no contesta al requerimiento judicial o éste es denegatorio, esta medida caduca o fenece en el plazo legal fatalmente señalado y hay que decretar su libertad.

La prisión procederá contra el reo presunto de un delito grave si se decreta su procesamiento (6) de conformidad con la doctrina más común, resolución que se deberá ratificar o reponer dentro de las setenta y dos horas siguientes. Como esta medida va condicionada a la orden de proceder, no podrá aquél permanecer más que en la anterior situación y en iguales condiciones.

Las medidas precautorias reales—fianzas y embargos—están condicionadas al procesamiento y, por tanto, sólo serán factibles cuando exista consentimiento del Ordinario. "En caso de decretarse embargo judicial de bienes, se dejará a los eclesiásticos lo que sea necesario

(6) El procesamiento se estableció en España con la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872 (art. 280), probablemente como consecuencia del Decreto de Unificación de fueros, posiblemente porque la autorización para procesar que antes se exigía paralizaba el proceso mientras no se conseguía, si el inculpado era aforado. El término "procesado" se aplicaba al sujeto pasivo del sumario, y procesar significaba "formar autos y procesos". La ley de 1872 plasmó la idea legalmente, tal como se conoce. De RUIZ GUTIÉRREZ: *Algunos problemas de la instrucción*, en "Revista de Derecho Procesal", 1956, núm. 4.

para su honesta sustentación y al decoro de su estado" (art. 6 del Concordato). Esto, es, se protege el beneficio de competencia ya reconocido por las leyes civiles.

"El proceso no interferido se seguirá, evitando toda publicidad, debiendo notificarse el resultado de la instrucción, así como la sentencia definitiva del proceso, tanto en primera como en ulterior instancia, al Ordinario. En los casos de arresto o detención, los religiosos serán tratados con las consideraciones debidas a su estado y grado jerárquico. Las penas privativas de libertad serán cumplidas en una casa religiosa o eclesiástica que, a juicio del Ordinario y la Autoridad judicial, ofrezca garantías convenientes, siempre en lugares distintos de los seculares, a menos que éste haya sido desposeído de su condición eclesiástica."

¿Como deberá entenderse el caso en que los clérigos sean considerados solamente como responsables civiles? Habrá que tener en cuenta que, en este caso, se ejercita sólo una acción de contenido crematístico o de tipo económico que va conectada con el proceso penal principal, del cual toma vida y carácter. Por tal razón se deben estimar como meras acciones promovidas contenciosamente sobre bienes o derechos temporales, en donde son demandados clérigos o religiosos. En ellos la Santa Sede *consiente* en que sean tramitados ante los tribunales civiles, previa notificación al Ordinario del lugar del proceso, al cual deberá también de comunicarse en su día las correspondientes sentencias o decisiones (art. 16).

La inmunidad local, que revive el antiguo derecho de asilo eclesiástico en cierto modo, se recoge en el artículo 22 del Concordato, que concuerda con el canon 1.160, diciendo: "Queda garantizada la inviolabilidad de las iglesias, capillas, cementerios y demás lugares sagrados, equiparándose a ellos los palacios y curias episcopales, los seminarios, casas y despachos rectorales y demás casas religiosas canónicamente establecidas. Para entrar en éstas es necesario la autorización pertinente, salvo el caso de urgente necesidad, en cuyo caso se notificará después".

Resumen. El fuero eclesiástico es eminentemente personal e irrenunciable. Sólo cubre la persona que goce de la inmunidad y no se comunica a los demás. Es fuero procesal solamente, puesto que no hace referencia a un código de delitos penales puros exentos y solamente afecta a diligencias de aquella clase. Es de carácter preeminente, pues consiste en solicitar, por la autoridad del Estado, el permiso o "execuatur" a la eclesiástica para actuar sin apelación ulterior. De carácter menos absoluto que el americano, pues la jurisdicción no se rinde, ya que sólo se impide actuar, es sin embargo, más eficaz y absoluto que el militar, ya que en éste caben las cuestiones de competencia que están interdichadas en el religioso.

Su razón de ser. En primer término, se funda en el derecho divino, que concedió al Papa lo necesario para el buen funcionamiento, régimen y gobierno de la Iglesia. Es una razón meta jurídica. En segundo, de derecho canónico, porque toca a la Iglesia determinar, en cada caso,

hasta qué punto debe extenderse dicha inmunidad. El Concilio Tridentino (ses 25, c 20^{der}) decretó: "La inmunidad de la Iglesia o de las personas eclesiásticas se halla establecida por la ordenación divina y por los sagrados cánones".

b) *El fuero militar.*

Aunque históricamente se pretenda buscar sus raíces en los más oscuros tiempos de la tradición, el fuero militar logra su preponderancia y singular carácter, tal como hoy lo conocemos, en las campañas militares de Napoleón, de quien ha quedado el sistema de la nación organizada militarmente e incluso el de paz armada, que las generaciones vivientes conocen en su máximo grado o esplendor. Sin embargo, estamos muy lejos de haber resuelto tanto el problema de su existencia como el de su organización (7).

Respecto al primero, y aun reconociendo que, teóricamente, es concebible la ilusión de un mundo sin armas, los ejemplos de las naciones carentes de ejército son hijos de un sentimiento de impotencia, por su pequeñez, que prefieren vivir respetadas más por su inofensividad que por el temor a una potencia que están muy lejos de poseer. El ejemplo del mundo moderno es un plebiscito armado o belicoso inconcuso y la existencia de los ejércitos una realidad sobradamente manifiesta para ser negada. La paz armada, y las naciones organizadas a punto de lucha, es la única política realista de hace muchos lustros. Por ello, el fuero militar existe con una vitalidad pareja a esta realidad.

Prácticamente, su organización logra matices diferentes según el clima político social de los pueblos. Aun admitido, contra corazón, su existencia, el fuero puede limitarse sólo a los períodos de guerra y no a los de paz, bien encuadrarse en el seno de las instituciones civiles judiciales, con todas las garantías de una justicia de esta especie, o actuar con el control de la magistratura civil de la nación, y reduciéndole a los estrictos límites que requiere la necesidad de proteger la disciplina del ejército. Frente a esta tendencia minimalista, otra opuesta, maximalista o militarista extrema, logra establecer en el seno de las instituciones públicas un fuero profesional extremo, con tribunales propios y permanentes, tanto para la paz como para la guerra, dirigidos por normas propias y garantías específicas, e incluso con tribunales en los cuales se excluyen las intervenciones técnicas civiles por táctica profesional. Se trata de una auténtica organización de clase que, a veces, por su influencia en la calle, logra dotar al sistema de carácter militarista. Entre uno y otro de los extremos, y combinando sus elementos, es fácil concebir tantas especies o modalidades de fuero como quepa de la combinación.

La razón de existencia de este fuero se apoya, como toda regla de derecho, en la necesidad. Sólo la necesidad hace legítima la pena por-

(7) HUGNE NEY, Pierre: *Traité de Droit pénal et de procédure pénale militaires*. París, 1933.

que va contra la libertad humana, y sólo esta necesidad de mantener firme y en disposición la actuación militar justifica su existencia. Es, pues, un instrumento útil y necesario para la formación y mantenimiento de la disciplina militar. Sólo así se define, pues, como un sistema jurídico, profesional, interno, disciplinario de los ejércitos. Es la disciplina de la disciplina. Todo lo que sea rebasar este cometido es injusto por abusivo, y cuando esto ocurra habrá que acudir a las circunstancias para conocer si ellas justifican sus excesos o extravíos. La necesidad, se dice, no tiene ley; pero mejor se podría decir que posee su ley ineludible para todos. El fuero no es, pues, un estatuto legal personal que sirva para amparar la actividad de una clase fuera o frente a la disciplina de la vida civil común que las leyes ordinarias procuran. Al contrario, complementa a éstas en la esfera rígida para que fué dado.

Psicológicamente, el fuero común, el fuero mayor, está dado políticamente para todos los ciudadanos de una nación, en consideración a todos los casos de indisciplina civil y da lugar al Código penal ordinario, ley de la disciplina civil común o de todos. Además, considera al hombre en sí mismo, *sub specie eternitatis*, esto es, al hombre natural, en la convivencia humana, con sus vicios y las virtudes originales de la especie. Al contrario, el fuero militar considera no al ciudadano, sino al soldado, ciudadano en trance de servir a la patria bajo las armas, y a éste, no como hombre en sí, sino como un sujeto comprometido a una misión específica y singular del que exige algo más y distinto que al mero ciudadano de la calle. Por ello, el Código y la ley militar contemplan la cosa en consideración a una misión y función singular y privilegiada que exige normativa propia y más rigurosa que la común. Esto requiere que se restrinja el fuero —*lex specialis*— a los límites concretos de la profesionalidad en acto y en potencia, por ser una excepción al concepto natural de derecho común.

En su sentido estricto, por tanto, el fuero sólo debe comprender, no las personas, sino los actos, que, referidos a la conducta de los militares, cuiden del orden y disciplina profesional de las clases y mandos, que se manifiesta en dos aspectos: orden y disciplina internos o de subordinación jerárquica y disciplina externa o política, de subordinación funcional a los poderes legítimos de la nación. Este orden funcional o profesional no ha funcionado pura y simplemente, en los distintos Códigos patrios, sino que el fuero se ha prorrogado continuamente, tanto en períodos normales como anormales, a unos límites que aquel criterio no autoriza legítimamente.

La constitución de la segunda república, de 1931, tendió a ello sin fortuna, diciendo: "La jurisdicción penal militar quedará limitada a los delitos militares, a los servicios de armas y a la disciplina de todos los institutos armados." En realidad, la disciplina militar es la inspiración de los delitos militares y, por tanto, a estos sólo quedaría reducido su fuero.

"No podrá establecerse, añadía, fuero alguno por razón de las per-

sonas ni de los lugares; se exceptúa el caso de estado de guerra con arreglo a la ley de Orden Público" (art. 95).

Frente a este sistema estricto, el derecho nacional ha patrocinado uno más expansivo y complejo, que es clásico ya en nuestra patria. En él se combinan tres factores funcionales para determinar el fuero: *el delito, el lugar y las personas* (arts. 6.º, 9.º y 13). De la concurrencia de cada una de estas notas resultará el fuero. "Para excluir la jurisdicción ordinaria basta una de las tres circunstancias; pueden, naturalmente, coincidir las tres o dos de entre ellas" (G. ORBANEJA). Aunque el Código Militar las trata por el orden indicado, razonablemente y por su fuerza atractiva, deberían ir primero las normas por razón del lugar; luego, las que lo son por la persona responsable, y en último término, las que lo aforan por razón de la persona que posee la mínima.

c) *Normas ordinarias distributivas del fuero.*

a') *Por razón del delito*, o sea, de la materia o el objeto de la relación jurídica. Es el criterio más natural de todos y por ello el único acogido unánime por los sectores jurídicos. Razón: porque se funda en la mera necesidad pública de proteger o defender la disciplina militar, tanto interna como externa, eje de la organización y actuación castrense. Es, en último grado, también el fuero un instrumento de guerra tan útil como las armas mismas. En el mantenimiento de la moral de los ejércitos no sólo interviene el estímulo de los valores morales positivos, como son la abnegación, el sacrificio, la valentía extrema, sino que aquélla se compone, psicológicamente, de una extraña aleación de factores vitales, entre los cuales entra como ingrediente, nada despreciable, el temor a las represalias jurisdiccionales rápida e inexorablemente exigidas. La pena, en este orden, no sólo es intimidatoria en subido grado, sino que constituye un tónico de las conciencias vacilantes o cobardes, no tanto por el rigor de su efectividad como por el estigma moral de cobardía y deshonra que por ella gravita sobre el honor militar. Por esto, la relación de los delitos auténticamente militares debe ser cuidadosamente escogida para que no pueda ser tachada de abusiva por exagerada ni de inepta por corta. Este es un criterio realmente universal si no se le exagera y en él sólo suelen registrarse diferencias de grado, o sea, sobre el número de los delitos realmente aforables.

Su relación, aun en nuestro derecho, ha variado sensiblemente entre la contenida en el Código de Justicia Militar de 27 de septiembre de 1890 y el de la Marina y el actualmente vigente de 17 de julio de 1945 —reformado por Ley de 21 de abril de 1949—, que ha fusionado aquellos dos. Para su más fácil comprensión, la damos correlativamente a continuación:

Por razón del delito (decía el artículo 6.º del viejo Código), la jurisdicción de Guerra conocerá de las causas que se instruyan *contra cualquier persona* por los delitos siguientes:

- 1.º Por los de traición comprendidos en esta ley.
- 2.º Los de desertión e inducción, auxilio o encubrimiento para realizarla.
- 3.º Los de rebelión y sedición, cuando tengan carácter militar, y la conspiración, proposición, seducción, auxilio, provocación, inducción y excitación para cometer estos delitos.
- 4.º Los de insulto a centinela, salvaguardias y fuerza armada del Ejército y cualquier Cuerpo militarmente organizado y sujeto a las leyes militares. *Es una modalidad* del desacato penal.
- 5.º Los de espionaje y los cometidos contra el derecho de gentes comprendidos en los capítulos correspondientes del Código.

Todos estos delitos, genuinamente militares, se comprenden ahora en la fórmula genérica establecida en el número 12 del artículo 6.º del vigente Código de 1945, que dice: La jurisdicción militar conocerá de "los demás delitos comprendidos en este Código y los que las leyes especiales atribuyen a la jurisdicción militar". Sin embargo, no todos los delitos referidos son militares "per se".

6.º "Los de incendio, robo, hurto y estafa de caudales, material, armas, pertrechos, municiones y demás efectos pertenecientes a la hacienda militar o a los cuerpos, aunque el delito se cometa fuera del cuartel, dependencia o establecimiento del Ejército."

En la nueva redacción se ha añadido el delito de "daños" y "malversación de caudales" y canjeado las últimas referencias de local por la de "cualquiera que sea el lugar en que se cometan". Es una competencia por razón de la pertenencia de la cosa y no de la naturaleza del delito.

7.º "Los de atentado y desacato a las autoridades militares, los de injuria o calumnia a éstas y a las corporaciones o colectividades del Ejército, siempre que se refieran al ejercicio del destino o mando militar... etc."

En la nueva redacción se ha procurado una fórmula más comprensiva y técnica, ya que añade a la injuria o calumnia el que sea "clara o encubierta", y en la relación de sujetos ofendidos coloca tras de las corporaciones a los "Institutos, Armas, Cuerpos y clases militares", y como modalidades incluye la del "dibujo, radio o cualquier otro medio de difusión o publicidad... Siempre que ataquen el prestigio o relajen los vínculos de disciplina y subordinación en los organismos armados...". Realmente se trata de una competencia por razón de la persona ofendida, y, por tanto, desplazada de su lugar.

8.º "Los de falsificación de sellos y marcas usados en las oficinas militares y de documentos que deban expedirse por las dependencias de Guerra"

En la redacción de ahora se ha ampliado y aclarado esta fórmula a "las contraseñas o documentos militares. Tendrán esta consideración los que deban ser expedidos por las autoridades, organismos o funcionarios militares con arreglo a sus atribuciones propias o delegadas y los usados por los mismos". Es un criterio competencial que se funda en la naturaleza de la cosa adulterada o falsificada.

9.º “Los de adulteración de provisiones de boca destinadas al suministro de tropas.”

Ahora: “Los de adulteración de víveres y todos los demás cometidos por contratistas o proveedores de cualquier suministro para los Ejércitos con ocasión del mismo” (núm. 5.º). Es, también, un aforamiento por la misma razón que la anterior y, por tanto, tampoco es delito típicamente militar.

10. “Los de contrabando cometidos por individuos del Cuerpo de Carabineros y demás Institutos del Ejército encargados de la represión de dicho delito, aunque delincan con personas extrañas a la jurisdicción de Guerra.” Este número ha desaparecido en la relación actual, remitiéndose, por tanto, a las normas especiales de enjuiciar esta clase de delitos gubernativamente.

11. “Los cometidos con relación a sus asientos y contratos por los asentistas del Ejército.” Está comprendido en el número 5.º actual, que se refiere a los proveedores del Ejército.

12. “Los comprendidos en los bandos que, con arreglo a las leyes, dicten los Generales en Jefe del Ejército y demás autoridades.”

Ahora: “Los hechos que se definan o castiguen especialmente como delitos militares en los bandos que dicten las autoridades o jefes militares, con arreglo a sus facultades.” Sustancialmente iguales.

13. “La celebración, por los respectivos párrocos, de matrimonios contraídos por individuos de las clases de tropa, antes de los plazos marcados en el Código.”

Ahora se ha suprimido, puesto que, evidentemente, no era delito militar y las competencias con la jurisdicción eclesiástica eran de difícil conceptualización y trámite.

14. “Los que por leyes especiales se atribuyan a la jurisdicción de Guerra.”

Ahora: “Los demás delitos comprendidos en este Código, incluso aquellos a que se refiere el artículo 194, y los que las leyes especiales atribuyen a la jurisdicción militar.”

En la Ley Orgánica y Atribuciones de los Tribunales de la Marina se contenía, además, en el número 8, “los de robo o hurto en buques apresados o encontrados en el mar o convoyados por buques de guerra”.

Ahora, en el núm. 8.º, también de la relación unificada, se dice: “los de robo y hurto en buques, aeronaves o material cogido al enemigo, apresado, encontrado en el mar o convoyado por buques o aparatos de guerra”. De contenido idéntico, posee ahora una redacción más técnica que la anterior.

9.º “Los de piratería, cualquiera que sea el país de los acusados.” Ahora, igual. Es una prórroga jurisdiccional evidente.

10. “Los de naufragio, abordaje, arribada y los que se hallen consignados en las leyes de Marina y que se cometan con ocasión de las represalias.” Igual.

11. Se refiere a “las infracciones de la legislación de Marina en lo referente a la Policía en las naves, puertos, zonas marítimas, así como también la contravención a los Reglamentos de pesca, en las aguas

saladas del mar". Aunque tampoco son delitos típicamente militares, en el nuevo Código se reproducen íntegramente.

Se han añadido a las relaciones viejas dos nuevos preceptos, que se numeran correlativamente 3.º y 6.º

El primero tiene su precedente en la ley de 23 de marzo de 1906, con el propósito de "dotarle de permanencia y evitar que poseyera una vida esporádica, dice el preámbulo del Código nuevo, sujeta a los vaivenes de la política". Dice así: "Los de ultraje, insulto, ofensa o menosprecio, claros o encubiertos, a la nación, su bandera, el himno nacional, los emblemas o insignias militares, cometidos por cualquiera de los medios mencionados en el número anterior" (injurias, calumnias, atentados, desacatos, etc.). Es reproducción del artículo 123 del Código común ordinario. En realidad no se trata de un delito genuinamente militar, sino político fundamentalmente.

Se añade también: "Los que cometan los obreros eventuales no filiados y, en general, el personal paisano contratado de los Centros, dependencias o establecimientos militares, con motivo u ocasión del servicio o trabajo que presten, de la utilización o empleo del material que se les entregue, de las relaciones laborales con superiores y compañeros y de la consideración que se les otorgue en el propio trabajo." "De este modo —dice el preámbulo— se atribuye de modo permanente a la jurisdicción militar la competencia para conocer de esos delitos que, inspirados en móviles sociales y políticos y en campañas antimilitaristas, produjeron tantas perturbaciones del orden y de la disciplina, merecedores de rápida y ejemplar sanción." No es, como se ve, un criterio de riguroso tecnicismo el que ha creado esta norma, sino meramente circunstancial y de orden extramilitar. Por tanto, no son estos hechos delitos militares "per se", sino un aforamiento por razón de la persona responsable o la causa o móviles que los movió.

Se ensancha, asimismo, la competencia respecto de las faltas, atrayendo a la jurisdicción militar el conocimiento de todas aquellas infracciones que aunque de carácter leve, en razón de su cuantía, son de igual naturaleza o características que los delitos comunes, de que conoce la propia jurisdicción, cual ocurre con las faltas de hurto, lesiones, estafas, sustracciones de efectos o caudales militares. Se comprenden también las leves desobediencias y ofensas a instituciones nacionales o militares que deben ser sancionadas por la jurisdicción militar y, en general, las que cometan los aforados, salvo aquellas que la autoridad competente estime que no afectan a las instituciones, al buen régimen de los Ejércitos o al decoro de las clases militares. De este modo se llena una evidente laguna que existía en los Códigos actuales, que al no atribuir expresa competencia a la jurisdicción militar para conocer de estas faltas, daba lugar a numerosos e inmotivados desafueros o a que quedasen sin sanción.

El fuero especial, al abarcar a "toda persona" que cometa estos delitos, invade la zona del fuero común sustrayéndole "los paisanos" que cometan —como autores, cómplices o encubridores— estos delitos, legalmente militares "per se". Gana sin perder.

b) *Por razón de la persona.*—Por esta razón, “es competente la jurisdicción militar para conocer de las causas que se instruyan por toda clase de delitos, salvo las exceptuadas a favor de otras jurisdicciones”.

Con ello se ha establecido un auténtico fuero de tipo personal, ya que los militares, por el solo hecho de serlo, salen del fuero ordinario civil y se infucdan o vinculan al suyo, especial y privilegiado. Sólo quedan excluidos en los delitos que produzcan el desafuero. Así decía el Código viejo:

1.º Contra militares en servicio activo, ya se hallen desempeñando sus cargos o en situación de reemplazo, cuartel, reserva, supernumerarios o con licencia temporal y cualquiera que sea su destino, siempre que figuren en las escalas o cuadros de Armas, Cuerpos, Institutos, Establecimientos y Academias del Ejército, aunque sea con carácter eventual, mientras dependan del Ministerio de la Guerra o cobren sueldo o haber por el presupuesto del mismo.

Ahora dice: “Contra los militares en servicio activo o reserva, cualquiera que sea su situación o destino.” Con esta fórmula se comprende la específica del anterior y se eliminan las interpretaciones capciosas por restrictivas. Se aclara seguidamente: “Para los efectos de este Código, se comprenderá en la frase genérica de “militares” los Ministros del Ejército, Marina y Aire, aunque sean paisanos, y los individuos pertenecientes a cualquiera de los Cuerpos, Armas o Institutos, Centros u Organismos dependientes de los tres Ministerios.”

“*Los auxiliares u operarios eventuales* no filiados de fábricas, fundiciones, arsenales, astilleros, maestranzas, aeródromos u obras militares, sólo en los casos en que cometan delitos militares según el número 6.º del artículo 6.º

Los empleados temporeros, eventuales, o contratados de ambos sexos, estarán equiparados, a los efectos del fuero, a los del párrafo anterior.”

“*Los paisanos* que por disposición del Gobierno sean movilizados o militarizados con asimilación o consideración militar, efectiva u honorífica, mientras se encuentren en tal situación, perciban o no sus haberes o devengos con cargo a los Ministerios del Ejército, Marina o Aire.”

“*Los oficiales o Suboficiales de Complemento* y aspirantes a ambos empleos, cualquiera que sea su procedencia, se considerarán militares durante el tiempo que se encuentren prestando servicio o incorporados al mismo.”

“*Los alumnos de las Academias militares*, salvo que no puedan ser castigados por indisciplina militar.”

“Los individuos de los Cuerpos militarmente organizados... cuando presten servicios que dependan de los Ejércitos.”

2.º “Contra los individuos que extingan condena en establecimientos militares.” Igual.

3.º “Contra los prisioneros de guerra y personas constituidas en rehenes.” Igual.

4.º “Contra las personas que sigan al ejército en campaña.”

5.º “Contra cualquier persona que leyes o disposiciones especiales sometan a la jurisdicción militar.” Es nuevo, pero no era necesario porque las leyes especiales les aforaban aun sin esta referencia.

Este criterio permite aplicar a los Tribunales militares las leyes penales comunes u ordinarias, ya que el “aforamiento” es para toda clase de delitos, civiles como militares. Es un criterio universal, no compensado por igual consideración a los tribunales ordinarios.

c) *Por razón del lugar.*—La jurisdicción militar es competente para conocer de las causas que, *contra toda clase de personas*, se instruyan por los que, sin estar comprendidos en el artículo 13 (desafuero) se enumeran a continuación. Esta vieja redacción legal se ha cambiado por la siguiente en el actual de 1945:

Es competente para conocer “de los procedimientos que se sigan contra *cualquier persona* por los delitos y faltas que, sin estar comprendidos en el artículo 16 de este Código se cometan”:

1.º “En los cuarteles, campamentos, vivaques, fortalezas, obras militares, almacenes, oficinas, dependencias, fundiciones, maestranzas, fábricas, parques, academias y demás establecimientos de Guerra, aunque al cometerse el delito no se alojasen tropas ni estuviesen ocupados por material o efectos militares.”

En el precepto nuevo se ha añadido: “los campos de concentración, de moderna creación, o maniobras”, que antes no figuraban. Es un criterio excesivo.

2.º Está tomado de la Ley Orgánica de Atribuciones de los Tribunales de la Marina; Código viejo (art. 9.º). “En las aguas del mar, embarcaciones mercantes, nacionales o extranjeras, que se hallen en puertos, radas, bahías o en cualquier otro punto de la zona marítima española, *de la de sus posesiones o de los países sujetos a su protectorado...*” Está añadido lo subrayado.

GÓMEZ ORBANEJA hace el siguiente comentario: “Por derecho internacional, el mar territorial, o aguas jurisdiccionales, es territorio español. El precepto del Código Marítimo ha de ser completado con el número 12 del artículo 350 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, del cual es su expresión el texto comentado. En el mar están comprendidos los puertos, bahías, radas (ríos navegables) o cualquier otro punto de la zona marítima de la nación, según se desprende de la enumeración que se hace en el número 3 del citado artículo 9.º, a propósito de los delitos cometidos a bordo de embarcaciones mercantes.

3.º Los cometidos en fortalezas o plazas sitiadas o bloqueadas que afecten a la seguridad de las mismas o tiendan a alterar en ellas el orden público.” Es igual que el anterior.

4.º Los comunes o especiales cometidos en territorio declarado en estado de guerra, que las autoridades o jefes militares incluyan en los bandos que dicten con arreglo a las leyes.” Sin novedad aparente con el anterior.

“También en orden al lugar se extiende la jurisdicción a los delitos comunes cometidos en posesiones o zonas del Protectorado espa-

ñol y cuyo conocimiento no se reserva de modo expreso a los Tribunales de jurisdicción ordinaria o especial. (Del prólogo del Código de Justicia Militar actual.)

Además se debe añadir el nuevo precepto referente al espacio aéreo que también prorroga el fuero a una extensión extraordinariamente amplia. Así dice que la jurisdicción militar conocerá de los delitos cometidos "en el espacio aéreo sujeto a la Soberanía nacional o de Protectorado, a bordo de las aeronaves, tanto estacionadas en campos o aguas españolas como en su marcha por el expresado espacio, incluso en las mercantiles extranjeras antes de pasar la frontera aterrigen dentro de la zona española o dañen a seres, cosas o intereses de ésta y en las demás aeronaves nacionales, sin perjuicio de las excepciones..." Es expresión del criterio predominante en el derecho aéreo, que no hace alusión a leyes militares de excepción.

Es criterio en el más fuerte de los tres, porque atrae a todas las personas que actúan y a todos los delitos que se cometan, en los terrenos o dependencias indicados, sin otra consideración ulterior. Es como ser eco del viejo derecho de inmunidad territorial de los fueros históricos ya abolidos.

d) *La excepción y el concurso en las competencias.*

El fuero castrense experimenta alteraciones que se centran bajo dos normas o conceptos teóricos, complementarios de las reglas generales: la excepción de éstas y su confusión o mezcla. Se refiere la primera al llamado "desafuero", y las segundas, a la prórroga jurisdiccional que resulta del juego de sus elementos determinantes cuando éstos se dan conjuntamente mezclados o confundidos con otros de fuero ordinario o común. Es un concurso de elementos heterogéneos en contraposición al homogéneo, o mezcla de elementos de la misma clase jurisdiccional o fuero (materia, persona y lugar), al cual sirven las reglas generales ya estudiadas.

1) *El "desafuero" militar.*

Se conoce como tal, en la técnica jurídico-procesal, aquella relación de delitos que se sustraen a las reglas ordinarias que fundan el fuero militar y son sometidos, siempre y sin condiciones, a los tribunales de la jurisdicción ordinaria, los militares y las personas a ellos asimiladas (artículo 16 C. J. M.). Es como un fuero del fuero, o como un pequeño Código penal universal de todos los ciudadanos de una nación.

"Como en rigor, dice GÓMEZ ORBANEJA, el fuero personal es inseparable de la calidad personal del responsable y de la naturaleza del delito imputado, no es propiamente que el fuero se pierda o desaparezca sino que no ha existido." Pero como en nuestro sistema las reglas de aforamiento son prácticamente universales, pues las que se dan por razón de la persona —*rationae personae*— son tan amplias en el

Código Militar que comprenden a toda clase de delitos, la excepción de esta excepción es un "desafuero", y por ello norma especialísima de la especialidad y, consecuentemente, preponderante a toda otra en la solución de los conflictos jurisdiccionales. Tales delitos son:

1.º "Atentados, desacato, resistencia y desobediencia a las autoridades militares" (art. 16, núm. 1.º). Este apartado es de vieja ascendencia nacional, pues planteado el conflicto al Rey Fernando VII lo resolvió dando preferencia a la ley de la razón sobre la fuerza. En este Código se ha añadido los dos últimos delitos: "resistencia y desobediencia" para estar de acuerdo con el Código penal.

2.º "Falsificación de moneda y billetes de Banco, etc."

3.º "Falsificación de firmas, sellos, marcas, efectos timbrados, documentos de identidad, pasaportes, salvoconductos, etc., que no sean militares."

4.º "Adulterio, estupro, aborto, abandono de familia." Los dos últimos, añadidos en el nuevo texto legal.

5.º "Injuria y calumnia, que no constituyan delito militar."

6.º "Infracción de leyes de aduanas, abastos, transportes, contribuciones a arbitrios, etc." Añadido los abastos y transportes.

7.º "Los cometidos por medio de la imprenta que no constituyan delito militar."

8.º "Los cometidos por los militares en el ejercicio de función propia o destino o cargo civil, o con ocasión de ellos." Es un desafuero personal.

9.º "Los delitos comunes cometidos durante la desertión."

10.º "Los cometidos antes de que el culpable perteneciese o prestase servicio, en cualquier concepto, al Ejército."

11.º "Las contravenciones a los Reglamentos de policía o buen gobierno y las faltas comunes no penadas especialmente en este Código, etc."

12.º "Todas las infracciones que, no estando comprendidas en el artículo 6.º, se reserven expresamente a los tribunales ordinarios o especiales, cualquiera que sea la condición de la persona que las cometa."

De donde resulta la regla preferente y excluyente de que la competencia del "desafuero" debe ser examinada antes que toda otra otra, y si éste tuviera lugar hay que declinar la competencia especial. Es como una competencia *rationae materiae* privilegiada y, en cierto modo, concorde con la regla del artículo 18 del Código Militar, que confiere la preferencia a la jurisdicción a quien le corresponde por razón del delito. Por ello, tras los delitos desafuorados entran en la estimación competencial los especiales militares.

2) La conexión procesal.

La conexión es un concepto criminológico que actúa en la mensuración de las penas y en la distribución de las competencias. Existe conexión delictiva cuando concurren varios delitos en un sólo hecho procesal, porque forma un complejo delictivo unitario. Teóricamente,

se parte de la idea más simple; a cada hecho le corresponde un delito, un autor y una pena, o al menos se corresponden delito y pena. Prácticamente la idea se complica y en muchos, hechos procesales se dan varios delitos, y entonces surge la conexión delictiva. Tal ocurre cuando el hecho constituyere dos o más delitos (concurso ideal), porque concurren dos o más normas infringidas simultánea o sucesivamente, como en el atentado a la autoridad con lesiones, o bien que uno de los delitos haya sido medio necesario para cometer otro u otros. Están ligados como la causa al efecto (concurso real). En ambos casos se da una unión interna o hipostática, haciendo único el supuesto ideal. El Código penal acoge ambos supuestos al reglar la mensuración de las penas (art. 71). En ambos casos se da una auténtica conexión interna o material.

Existe además una conexión formal o procesal, de mero valor práctico en la persecución delictiva y, por tanto, válida para la solución de los conflictos jurisdiccionales. Se caracteriza porque la unión de los delitos no procede de su concepción teórica o técnico-jurídica, sino de su verificación práctica, pudiendo, esto no obstante, actuar como separados. Tales son los casos que se comprenden bajo la denominación de conexión subjetiva, por su unión a través de la persona que los comete. Son los que se consideran en el Código de Justicia Militar en el artículo 22, al delimitar la competencia entre tribunales que la discutan entre sí.

Si en cada uno de estos casos complejos se combinan elementos afórados materia o delito, lugar o personas— con otros que son libres o comunes, surgirá la discrepancia y la cuestión a discernir entre ellos. ¿A quién se debe remitir la competencia? ¿Al juez civil? ¿Al militar?

A estos efectos, el Código de Justicia Militar contiene una norma incomprensible en su artículo 18, que dice así: "Cuando dos o más jurisdicciones se consideren competentes para conocer de un mismo procedimiento, tendrá preferencia la que lo sea por razón del delito o falta, después la que lo sea por razón del lugar y, por último, la que lo sea por razón de la persona".

A los efectos de este artículo se entenderá que la jurisdicción ordinaria *sólo gozará de preferencia* para conocer de las causas seguidas contra militares cuando se instruyan por delitos comprendidos en el artículo 16 (desafuero).

El supuesto ideal considerado en este precepto parte de la idea de un delito en que la materia, la persona y lugar pertenecen cada uno de ellos a jurisdicción diferente; el delito, a la civil, por ejemplo, y, en cambio, la persona, a la militar o bien el lugar. En esta confusión de elementos *sólo* dice el texto, *la jurisdicción ordinaria* conocerá de los delitos desafortados. En esto es concorde con los artículos que regulan la competencia por la materia, con lo que es evidente que el primer párrafo no puede actuar nunca.

De otra parte, considerados los tres elementos distribuidores de competencias, es evidente que el lugar es el que posee mayor vis atractiva, pues actúa sobre todas las personas que delincan en uno determi-

nado y en todos los delitos ejecutados en el mismo. Luego atrae paisanos y delitos civiles. Le sigue en vis atractiva el delito militar, ya que cubre a todas las personas que los cometan, aunque sean paisanos. Sustrae, pues, este elemento a la ordinaria Y, por último, lo está la persona, que si no atrae nada a la ordinaria evita que ésta lo haga con los militares delincuentes ordinarios en delitos que no sean desafortunados. Por tanto, la preferencia que se establece en el artículo está en pugna con las normas generales de distribución o atribución de competencias, que resuelven los conflictos por sí propias, sin necesidad de esta preferencia, que no puede actuar por contraposición con aquéllas.

a) *Casos complejos.*—“*Delito no reservado pero cometido por dos o más personas de distinto fuero*” (delito común y personas de distinto fuero): 1.º Si el lugar está declarado en estado de guerra, conoce la militar. 2.º Si no lo está, la ordinaria. Hay un desafuero por conexión personal anómalo.

“*Hecho definido como delito militar y al tiempo es delito común u ordinario*” El hecho está comprendido en dos preceptos diferentes, tanto de clase como esencia. Se da un concurso de leyes o normas (artículo 21). Es competente la jurisdicción militar. Razón: por ser ley especial, sin duda. Pero si los delitos tuvieran señaladas penas distintas debería aplicarse la regla de la pena más grave del artículo 68 del Código penal común y remitirle al tribunal que fuera competente, o, al menos, mandar aplicar, por esta regla, el Código más grave.

Si el hecho es delito en la ley ordinaria, y falta, en cambio, en la militar, ejemplo, los juegos prohibidos, dice GÓMEZ ORBANEJA, corresponde a la ordinaria, “por no atribuirse en las leyes especiales más que como falta” (A de 4 de junio de 1907).

“*Hecho constitutivo de dos o más delitos* (concurso ideal) *de que deban conocer jurisdicciones distintas*”. Antes atraía la jurisdicción la que tuviera aforado el delito más grave. Ahora es competente la militar, sin distinción de clases. Es consecuencia natural de la atracción por razón de la persona.

b) *Delitos conexos.*—Regla general: “La jurisdicción que conozca del delito principal conocerá de los conexos.”

“Es principal el que tenga señalada la pena más grave” (art. 22). Es un criterio cuantitativo y no funcional.

La regla difiere esencialmente de la anterior, que también prevé casos de conexión o de concurso ideal de leyes.

Se consideran conexos, a estos efectos:

1.º “*Los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas*”. Es una mera conexión subjetiva, porque el delito o delitos son realizados por dos o más personas conjuntamente. Existe un auténtico concurso de autores o personas sólo. Unión en la concepción y en la ejecución.

2.º “*Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos, si hubiere precedido concierto para ello*”. Persiste el concurso personal, pero a través del tiempo y espacio. Esto es, sucesivamente. Están unidos en el propósito. De no haber conexión en la idea serían

hechos totalmente libres e independientes. Es otro caso de conexión subjetiva.

3.º “*Los cometidos como medio para perpetrar delitos o la aplicación de penas menos graves*”. Se trata de un auténtico concurso real, que el Código común define al aplicar las penas, al decir que existe cuando uno de los delitos es medio necesario para cometer el otro (artículo 21). Esta necesidad puede ser del orden técnico —medio teóricamente necesario— o de orden táctico —medio ocasional necesario—, o sea buscado o adoptado por los delincuentes en aquella ocasión. Para ambos casos es válida la regla que, como se ve, difiere en esencia de la anterior, que trata del concurso ideal.

4.º “*Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos o la aplicación de penas menos graves*”. Es una conexión real *est post facto* que posee tratamiento procesal unitario y sin embargo puede fácilmente distinguir uno de otro delito. El realizado y el sirviente o encubridor.

5.º “*Los diversos delitos que se imputen a un procesado al incoarse contra el mismo causa por cualquiera de ellos, si tuvieran analogía entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubieran sido hasta entonces objeto de procedimiento*”. Es sólo una regla de orden práctico y sin relación con la conexión verdadera, puesto que los delitos no poseen elemento común que los una o engarce en una relación jurídica común. Es un criterio meramente práctico o de índole pragmática, de economía procesal, muy difícilmente cohonorable con las reglas generales distributivas de las competencias militares, desde un punto de vista rigurosamente técnico.

e) *Sus notas típicas.*

Como el fuero castrense se articula sobre un Código penal profesional, una ley procesal propia o adecuada al mismo y además existen tribunales militares organizados corporativamente para la instrucción y el fallo de las causas aforadas, existe la posibilidad real de entablar con él diálogo y, por tanto, plantear auténticas cuestiones de competencia o jurisdicción, resolubles, en último grado, por un tribunal mixto supremo e inapelable. En una palabra, el fuero militar, a diferencia de los fueros externos o establecidos en favor de personal dependiente de organismos jurisdiccionales no nacionales, está organizado jurídicamente, ya que admite la discusión *vis a vis* con la jurisdicción ordinaria y no es impedimento para la exigencia de la responsabilidad correspondiente, sea en vía civil o vía militar.

Este fuero se encuentra actualmente unificado en un solo Código de Justicia militar de 1945, en el cual se han fusionado, con loable criterio, los clásicos de tierra, mar y aire. Jurídicamente es un “fuero reservado” y, por tanto, singular y privilegiado frente al común u ordinario, pero no frente a los fueros de excepción o privilegio, como son los de los procuradores en Cortes o el judicial. En nuestro Derecho, lejos de ser eminentemente profesional, prorroga su alcance ex-

traordinariamente fuera de los límites a que le correspondería por razón de la materia, e incluso logra expansión para conocer de las consecuencias de orden civil, no obstante ser derivadas de materia tan técnico-jurídica como las leyes de este nombre. Actualmente esta expansión está favorecida por leyes de excepción que sólo están justificadas en los últimos casos de alteración del orden público con caracteres extremos de subversión similar a un estado de belicismo, y además le está autorizado la aplicación del Código penal común y leyes de este tipo, invadiendo su terreno en contraste con el veto que se opone a los tribunales ordinarios para hacer lo propio con el militar. Indiscutiblemente, posee una expansión o alcance inusitado en un orden jurídico rectamente concebido y realizado, aun estando orgánicamente articulado con indiscutible buen sentido técnico-militar.

f) *El fuero administrativo:*

Teóricamente, la Administración carece de fuero, en el riguroso sentido de la palabra, para conocer y fallar las causas que afectan al orden y disciplina burocrática, como ocurre con el fuero militar estudiado. Esto responde al axioma jurídico o político de separación de poderes, atribuyendo "exclusivamente" a los Tribunales de Justicia (el tercer poder) la facultad de conocer de los delitos y sus consecuencias, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. (Art. 2.º L. O.)

Sin embargo, existe una casuística de delitos administrativos, en cuanto protegen o tutelan la recta actividad de la Administración y sus funcionarios, como son los delitos catalogados en el Código penal como delitos contra los funcionarios públicos, los que van contra los intereses generales del Estado, etc. Pero legalmente, no constituyen base de un Código especial, ni fundan jurisdicción propia, aparte de la común u ordinaria. Aun dando por supuesta la existencia de delitos administrativos, como los hay militares, también es cierto que se carece de fuero singular y privilegiado para ellos y que sus individuos son sometidos a la normativa procesal común, sin protesta de la razón ni el bien común.

En cuanto a las faltas conviene advertir que, a pesar de que el Código penal (art. 603) declare que sus disposiciones "no excluyen ni limitan las atribuciones que por las leyes municipales o cualesquiera otras especiales competen a los funcionarios de la Administración para dictar bandos de policía y buen gobierno y para corregir gubernativamente las faltas en los casos en que su represión les está encomendada por las mismas leyes", ello no genera fuero singular alguno, en el riguroso sentido de esta voz, sino que se limita a establecer un sistema de represión policial para "todos los ciudadanos", sin distinción especial entre ellos y por infracciones de esta clase.

Lo expuesto no supone negar el derecho de la Administración a dictar ordenanzas de tipo disciplinario profesional, como lo hace en consideración al buen funcionamiento de los servicios, lo que constituye un auténtico fuero disciplinario administrativo. Ello no empeece

que el Estado estatuya, en último grado, las más graves sanciones de tipo criminal para los actos que posean rango delictivo (Derecho penal común); para señalar e imponer sanciones de tipo pecuniario a las infracciones de tipo tributario o fiscal, sin dotarles de carácter criminológico por una prudente política de captación impositiva, las que son revisables, en último grado, en la vía contencioso-administrativa, y llegar a establecer sanciones e incluso tribunales de tipo policía, como ocurre en los transportes, en las infracciones de carreteras... Pero normalmente no existe el fuero en su genuino sentido. A lo más que podría hablarse del mismo sería en aquel, puramente ideológico, que lo consideraba como una reserva legal para determinadas esferas profesionales o cívicas de un país por razones meramente técnicas, pero no de clase o personal. En efecto, el policíaco y, todos los demás, está dado para todos los ciudadanos que infrinjan sus normas técnico-legales. Por ello a este fuero le faltan leyes singulares de procedimiento, tribunales propios y penas y penitenciarias propias. Así se aclara al comentar este artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, que coloca éste tras del fuero castrense, que se trata de relaciones jurídicas de naturaleza diferente, unidas sólo en la referencia legal por la exclusión del orden judicial común.

Sin embargo, la Administración se ha reservado o se ha retenido para sí parte de la jurisdicción que históricamente estuvo adscrita a la Corona y que, no obstante la evolución jurídica del derecho administrativo de las últimas centurias, no se ha logrado detraerle de este sector político. Es la llamada jurisdicción retenida, una parte de la cual constituye un singular fuero penal administrativo concretado en sus tribunales penales de contrabando y defraudación, e incluso en los monetarios, que por poseer organización jurisdiccional propia, leyes penales y procesales *sui generis*, forman como un fuero legal, aunque personalmente no posea carácter personal, pues en definitiva estos organismos están fundados para *todos los que delincan fiscal* y económicamente. Es, pues, un fuero impropio, sólo orgánico (8).

1) *La jurisdicción de contrabando y defraudación.*

Este fuero fiscal, que posee tradición en nuestro Derecho histórico, había evolucionado al compás del progreso jurídico hacia su fusión en el cuadro de las instituciones jurisdiccionales de la nación y atribuir a las Audiencias Provinciales, Tribunales de lo criminal, su co-

(8) Sobre esto ver *La Jurisdicción Contencioso-Administrativa y las cuestiones penales*, de GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, en Rev. de D. Procesal, núm. 1, 1957, pág. 29. En los casos en que un mismo hecho esté sancionado a la vez por la ley penal y administrativa (como falta), como no puede ser castigado dos veces, se han dado las reglas siguientes: a) tienen preferencia los Tribunales penales (D. c. 25 febrero 1898); b) si los particulares acuden a los Tribunales denunciando un hecho, no puede admitirse la interposición administrativa para hacerles cesar (D. c. 30 julio y 23 agosto 1904); c) perseguido el hecho por el Juzgado, no puede serlo después por la Administración.

nocimiento en parigual estimación que los delitos comunes. La reciente Ley de 20 de diciembre de 1952, con el Decreto de 11 de septiembre de 1953, ha dado un paso atrás en esta evolución y se ha retenido íntegramente para la Administración tributaria el conocimiento de los delitos de contrabando y defraudación. Razones: que los veintitrés años de vigencia de la Ley de 14 de enero de 1929 han demostrado que su sistema no era suficientemente eficaz para luchar contra el fraude; la gran extensión lograda por esta delincuencia actualmente; que estos delitos no lo son comunes, sino más bien actos contra la hacienda pública... Ninguna de ellas razones suficientes para derogar las normas generales del fuero común. Son bases de este nuevo orden, los delitos que afora. Es contrabando la ilícita importación, exportación, producción, circulación, comercio o tenencia de géneros estancados o prohibidos, y defraudación la circulación, fabricación, obtención de géneros o efectos sin pagar los impuestos establecidos para ellos.

Para ello se separa del proceso ordinario judicial y se organiza una jurisdicción especial administrativa, creándose Tribunales Provinciales de Contrabando y otro Tribunal Superior, que conocerá de los recursos de alzada interpuestos contra los fallos de los anteriores. Agotada la vía jurisdiccional administrativa, se reserva el recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo, con notoria desviación de su cauce penal natural. Pero esta jurisdicción es para *todos* los que delincan. No hay aforamiento personal alguno.

2) *Jurisdicción de delitos monetarios.*

Erróneamente concebida la materia de los delitos monetarios como de naturaleza fiscal o tributaria, se ha emplazado su jurisdicción, por su Ley fundacional, de 22 de noviembre de 1938, en la Administración—Ministerio de Hacienda—. En realidad, estos delitos son de fondo económico o financiero que atacan las bases fundamentales de la circulación de la moneda de un país y no la consideran como elemento fiscal o de tributación.

El Estado no aparece aquí como un interesado en la percepción de un impuesto que se evade, sino como regulador de un *modus vivendi* económico adecuado al nivel de vida media típico de una nación.

Esto no obstante, la ley de 1938 creó un Juzgado de delitos monetarios, unipersonal y con el personal auxiliar adecuado, para conocer y fallar exclusivamente esta clase de delitos, que por ello se sustraen a la competencia común ordinaria: ocultación y atesoramiento ilegal.

Creado por el Decreto de 1938 un Tribunal único y Central para ver las apelaciones correspondientes a este Juzgado, fué sustituido por ley de 20 de diciembre de 1952, que suprimió este Tribunal y fundó el de Contrabando y Defraudación, y asumió la función revisora en apelación del antiguo, ratificando así la vinculación administrativa anterior. Su competencia se refiere a las apelaciones contra las resoluciones del Juzgado de delitos monetarios superiores a 10.000 pesetas. Su característica foral es, por tanto, como el anterior. No hay fuero auténtico,

sino mera retención o reserva jurisdiccional. Fuero en el aspecto orgánico sólo.

g) *¿Existe fuero universitario?* (9).

El fuero universitario es un fantasma histórico agitado a veces, en que el interés o la conveniencia ocasional lo exige, para la protección de algún derecho de no muy clara prosapia. Nació por la propia razón que nacieron sus coetáneos los fueros especiales de la Edad Media y con el fin de proteger a los escolares y maestros que acudían a las nuevas Universidades que se fundaban. Aunque, en el fondo, el fuero universitario fundacional de cada Universidad es semejante uno al otro, existen notas singulares entre ellos que vamos a exponer sucintamente, en algunas de las principales Universidades españolas.

La de Salamanca, fundada por Alfonso IX, y aunque no se ha llegado a la carta de fundación, aparece entre sus privilegios, según la confirmación de Fernando III, la concesión de jurisdicción especial a favor del Obispo de la ciudad, asistido del Deán y Prior de Predicadores, del guardián de los descalzos y otros, "sobre todo lo que acaeciese de contienda o de pelea entre escolares". El fuero es reconocido, en general, por Alfonso el Sabio en las Partidas (P.^a 2.^a tít. 31 y ley 6.^a), en el que aparece el rector como juez de las deshonras y entuertos y se le concede el derecho de comparecer, el aforado, ante el Juez del Fuero en sus demandas civiles; de que en tiempo de Juan XXII fué investido el Maestre escuela con la jurisdicción civil y criminal de "doctores, maestros, licenciados, bachilleres, estudiantes y familiares", así como las de sus empleados de la Universidad y sus parientes.

Esta jurisdicción del Maestre escuela es confirmada reiteradamente por los reyes posteriores, llegando Don Enrique III —18 agosto 1391— a expedir un privilegio en el sentido de que la justicia secular no pueda conocer de las causas sobre estudiantes aforados ni sus familias. El rey Don Juan II dispone (15 abril 1426) que nadie en Salamanca, ni fuera de ella, entre o tome por la fuerza o con armas los edificios de la Universidad, y siglos después, la reina Isabel ordena, el día 30 de mayo de 1484, que "las justicias" seculares dejen libre uso de su jurisdicción al Maestre escuela. El fuero se mantiene a través de los siglos, registrándose en la Nueva Recopilación (ley 18, núm. 2, tít. 7.^o, libro 1.^o), con la condición de que se trata de un privilegio concedido por el soberano, de fuero activo y pasivo, en lo temporal, no pudiendo gozar del mismo cuando se haga resistencia a la Justicia, reduciéndose a los negocios particulares (ley 28). En 1824 termina el fuero del Maestre escuela, desapareciendo definitivamente esta figura en 1831 por virtud de disposición del Papa Gregorio XVI.

La Universidad de Valladolid posee sus privilegios de 1302, entre los que está comprendido el fuero que los mismos Reyes Católicos con-

(9) Los datos han sido recopilados por el alumno de la Escuela Judicial, hoy juez de Primera Instancia, Mateo Lage.

firman en 1487. Es el Rector quien ejercía la jurisdicción eclesiástica y real, como ocurría con el Maestre escuela en la de Salamanca, llegando en 1581 a poner en la Universidad una cárcel para los aforados presos por su orden; catedráticos, maestros, estudiantes y ministros. Se funde en la Recopilación y sigue los azares de la vida política siguiente.

La de Alcalá de Henares posee también el privilegio del fuero, datando sus constituciones de enero de 1510, y se cita en las leyes 9 y 18 del título 7.º de la Nueva Recopilación. Gozando de iguales prerrogativas que las Universidades de Valladolid y Salamanca, es interesante citar la Orden del Consejo Supremo de 1761 por la que se dispone que al fuero académico no corresponde el conocimiento de vacantes y provisiones de capellanías colativas ni juicios de sucesión en vínculos y patronatos laicales, y en 1768 se dice que... no puede conocer el juez académico de... resistencia a justicias o bien cuando se llevaren armas prohibidas ni cuando los asuntos no llegaren a 10.000 maravedís, y excluyen los delitos en que haya herida grave o muerte, aunque intervengan matriculados. El fuero desaparece definitivamente en 1837. La Universidad de Zaragoza gozó de los primeros privilegios que le fueron otorgados por el rey Carlos I —Emperador de Alemania—, confiriendo Fernando VII al Rector jurisdicción privativa civil sobre todos los estudiantes, y la criminal en todos los delitos que cometieren y en las riñas pependencias de los que no resultare muerte o mutilación de miembros en los que hubiera resistencia a la justicia. La de Lérida, primera del Reino de Aragón, cuenta en sus privilegios, conferidos por el rey Don Jaime I en 1300, el del fuero como lo dejamos indicado.

Entrado el siglo XIX con su programa unificador universal y singularmente del fuero nacional, éste queda implícitamente tocado de muerte con la conocida declaración de la Constitución de 1812 sobre la unidad legal española. En el período absolutista de 1824 se dicta (el 14 de octubre) un plan general de estudios en el cual se declara que el Rector goza de jurisdicción contenciosa sobre los que tenían fuero académico, disfrutando fuero civil pasivo, así como criminal, siempre que no se trate de delitos dignos de pena corporal. Las sentencias se apelan al Claustro general.

En el Reglamento de Justicia de 1835 (26 de septiembre) se abolen implícitamente los fueros tradicionales universitarios, ya que no se hallan entre los reservados, y al año siguiente, en el plan general de estudios, ya los estudiantes carecen de fuero activo y pasivo en los delitos o contratos de derecho común, pero el Rector, cuando se cometían en la Universidad, instruía el sumario y tenía que pasarlo, juntamente con el reo, al Juez ordinario en veinticuatro horas. Como en 1837 el decreto de Cortes se declara vigente el título 5.º de la Constitución de 1812 que contenía tal unificación foral, ya no se reconoce el fuero. La ley Moyano de 1857 y el Reglamento de Universidades de 22 de mayo de 1859 no hacen ya referencia alguna al mismo porque estaba muerto. Dictada la ley de Ordenación Universitaria de 29 de

julio de 1943, que deroga todas las disposiciones precedentes a la misma, no hace referencia alguna al viejo y ya caducado fuero estudiantil, y, por último, en el decreto de 8 de septiembre de 1954, en que se dicta el Reglamento de disciplina universitaria, se dice (en el art. 17) que en caso de que las faltas disciplinarias universitarias, reservadas a la Universidad, presenten carácter de delito, el juez instructor académico dará parte a la superioridad y a los tribunales y enviará certificados de los documentos y diligencias que se consideren necesarios para la incoación. Si en algún centro docente ocurriere desorden grave en el que tomare parte la generalidad de los alumnos y no fueran bastante a sosegarle los esfuerzos del jefe del centro... propondrá a la superioridad las medidas que estime necesarias para restablecer el orden... si se cometiere algún hecho de los que sin caer bajo la acción académica están sujetos a la judicial, el jefe de aquél dará parte al Juzgado para que proceda con arreglo a derecho (arts. 33 y 34). Por otra parte, en el artículo 157 de los estatutos de la Universidad de Madrid se decía que no podría ser utilizada la fuerza pública para el mantenimiento de restauración del orden material en el interior de los establecimientos universitarios si no era a requerimiento de la autoridad académica, lo que no impide que si en ella se cometen actos delictivos o atentatorios al orden público, la autoridad gubernativa pueda acudir a sofocarlos o prevenirlos.

En resumen, la Universidad sólo posee un fuero de tipo disciplinario en el interior de la misma, de tipo escolar. Por tanto, todo lo referente a la instrucción, policía y condena de los asuntos criminales se halla sometido al régimen común penal, tanto en lo que afecta a la policía como a la actuación jurisdiccional, y las autoridades de una y otra clase ajustarán su actuación a las leyes que gobiernan su actividad.

h) *Colofón final.*

Las exposiciones didácticas del tema no lo terminan donde aquí se verifica, sino que exponen, bajo el amplio concepto de Jurisdicción, una serie de especies en que su concepto fundamental se divide, por razón de la materia a que se aplica, bajo la rúbrica común clasificadora de jurisdicciones especiales o especializadas, como ocurre con la de los Tribunales de Vagos y Maleantes, la de Abastos con su Fiscalía de Tasas incluso, Tribunales de Menores, Tribunales de represión de la Masonería y el Comunismo..., que en puridad de principios no son fueros auténticos, sino modalidades de ejercicio de la jurisdicción común, puesto que actúan contra "todos los individuos" que delincan o cometan alguna de las infracciones típicas de los mismos. No fundan, pues, fuero especial alguno, ni por razón de la materia, ni de la persona ni del lugar de la comisión.

En cambio, al lado de éstas, sitúan los estudios en sus cuadros clasificadores otras especies típicas de fueros especiales, en el genuino sentido de la palabra, puesto que son sistemas procesales singulares de

determinados sectores de personas a las cuales favorecen, puesto que se inspiran en un sentido de protección o amparo de los favorecidos. Tales son el "fuero parlamentario", instaurado para proteger a sus miembros de los ataques de los poderes enemigos o interesados en impedir su labor de crítica y exposición en el seno del parlamento. Es un fuero de protección de la función que indirectamente defiende a su titular. Impuesto por razones dramáticas de carácter político, está generalmente admitido por la doctrina político-procesal. Actualmente se conserva en España en favor de los Procuradores en Cortes y bajo las notas típicas de la inviolabilidad e inmunidad de los mismos. El "fuero judicial", establecido también en pro de la pureza de la función, cubre a los funcionarios judiciales y fiscales por los delitos presentes que hayan cometido en su función. Se limita a establecer una garantía de selección de las denuncias que contra ellos se dirijan, a fin de evitar que éstas se conviertan en un arma de ruina venganza personal por los fallos que dicten. Es una medida de discreta asepsia procesal, pero que, de ser culpables, tal fuero no existe.

El "fuero" jerárquico, establecido en favor de las personas que pertenecen a la jurisdicción de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, como son las dignidades eclesiásticas, políticas, administrativas o judiciales del país. La razón del mismo está en su elevada jerarquía nacional, lo que determina el desplazamiento de la instrucción y fallo a la máxima autoridad jurisdiccional para guardar la congruencia orgánica y funcional correspondiente a aquélla. El fuero no es, pues, interno, sino meramente orgánico, y jerárquico, y como está establecido en razones objetivas fundadas, goza del asenso doctrinal común. Finalmente, por una razón de pura cortesía internacional, *comitas gentium*, se conserva el llamado fuero diplomático. De puro carácter personal, sólo cubre a aquellas personas que posean la condición legal que le justifica y no a los lugares donde more la representación. Este comprende a "los príncipes de las familias reinantes, los presidentes o jefes de otros Estados, los embajadores, los ministros residentes, los encargados de negocios y los extranjeros empleados de planta en las Legaciones, los cuales, cuando delinquieren en España, serán puestos a disposición de sus respectivos Gobiernos" (art. 334 L. O.). Es, pues, un sistema absoluto de aforamiento, ya que la jurisdicción se declina íntegra. Esto no debe ser obstáculo para que se practiquen las diligencias de instrucción necesarias para la determinación del delito y sus circunstancias influyentes en la posible investigación que se verifique en el país de origen, donde no goza de tal fuero.

Como estos fueros no han experimentado ninguna modificación reciente en su estructura y alcance, caen fuera del propósito generador de este trabajo, y dando por supuesta la razón, su necesidad de exposición en un trabajo completo de la institución, no resulta adecuado a nuestro caso, en el que el propósito animador se agota con los expuestos y, fundamentalmente, sus variaciones.

En síntesis esquemática sobre su nota típica más característica, se puede exponer el cuadro siguiente:

Fuero americano. Niega la jurisdicción y es de carácter ocasional y pactado.

Fuero eclesiástico. Interfiere, suspendiendo o negando la jurisdicción. Es de derecho eclesiástico, según los canonicistas, y paccionado, según el civil.

Fuero militar. Modifica la jurisdicción de ordinaria en la propia, más rigurosa, y sustrae materia a la común. Es el derecho disciplinario por excelencia.

Fuero administrativo. Retiene la jurisdicción alterando el órgano. Es fundamentalmente de carácter tributario o fiscal y orgánico.

Fuero parlamentario. Niega el ejercicio de la jurisdicción y es de carácter político en favor del escaño.

Fuero judicial. Sólo controla o fiscaliza el ejercicio de la acción jurisdiccional. Es de carácter orgánico funcional.

Fuero jerárquico. Desplaza la jurisdicción del órgano natural o normal a otro de superior rango, Tribunal Supremo. Es de carácter social o preeminencia.

Fuero diplomático. Niega la jurisdicción por razones de cortesía internacional. Es, pues, de este carácter.

El contenido sustancial del delito de injurias

JOSE ANTONIO SAIZ CANTERO

Profesor Adjunto de Derecho Penal de la Universidad de Granada

SUMARIO: I. El objeto jurídico de los delitos contra el honor.—II. El concepto legal de injuria.—III. Objeto jurídico del delito de injuria.—a) Concepto de honor. b) Clases de honor a efectos jurídicos penales. c) Naturaleza del honor en su consideración de bien jurídico.—IV. Fundamento de la protección penal del honor.—V. Los límites de la protección penal del honor.—a) Honor real y honor aparente. b) Honor objetivo y honor subjetivo. c) La integridad moral de las personas y los distintos círculos que la componen: la simpatía social, el respeto social, el decoro, y el honor. d) La doctrina de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el objeto jurídico del delito de injurias.—VI. El sujeto pasivo del delito de injurias.—1. Las personas jurídicas. A) La solución de nuestra legislación.—B) La posición de la doctrina.—C) La solución en la legislación comparada.—2. Injurias contra los difuntos.—A) El objeto jurídico de esta forma delictiva.—B) El titular jurídico de ese derecho. C) Los límites de protección del derecho al respeto de la sagrada memoria de los difuntos. Los derechos de la crítica histórica.—D) Diversas soluciones en la legislación comparada.—3. Los inimputables.—4. Injurias a los llamados “des-honrados”.—VII. La determinación del sujeto pasivo.

I

Suelen agrupar las legislaciones bajo el título de delitos contra el honor la injuria y la difamación, señalando también algunas el delito de calumnia. Nuestros Códigos, con la excepción del de 1928, que tipificó la difamación, sólo distinguen entre calumnia e injuria.

Ante una investigación del contenido sustancial de las infracciones del título X del libro II del Código, lo primero que debe determinarse es si se puede hablar de un objeto jurídico común a la injuria y a la calumnia, cuestión que se nos ofrece problemática pese a estar incluidas en el mismo apartado del cuerpo legal. Y nos parece así porque dentro del título, a nuestro entender, existen dos clases de honor: el que la calumnia lesiona y el atacado por la injuria. El primero es un honor legal, y el segundo el honor en general. En virtud de la *exceptio veritatis*, que con tanta fuerza presiona en el delito de calumnia, el Código, a los efectos de tutela, fracciona el honor en parcelas: de una

persona que asesinó puedo decir que es un asesino, aunque sea ante los que no conocen su delito, y la ley entiende que no lesiono su honor, pues frente a su querella puedo defenderme probando la verdad de la imputación; pero si digo que hurtó, se trata de una falsa imputación y me haré acreedor a la sanción correspondiente como reo de un delito contra el honor. Por el contrario, si ante otras personas imputo falsamente a alguien que guarda en su domicilio un arma sin la debida licencia, probablemente no lesionaré su reputación, por no considerarse tal infracción en la opinión común como deshonrosa, a pesar de lo cual la ley me castigará como reo de calumnia, ya que se trata de la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio (1). La anomalía tiene su origen en la inclusión que el legislador hace de la calumnia entre los delitos contra el honor, tratándose de una infracción que se dirige ante todo contra la administración de justicia, lesionando al mismo tiempo el honor del calumniado en muchas ocasiones; pero su lugar está, pese a la duplicidad de bienes jurídicos atacados, entre aquellas infracciones, y sería plausible que, en una futura reforma de la legislación penal, se trasladara allí ocupando su vacante en el título X (o en el que corresponda) la difamación, que debe separarse de la injuria.

Teniendo en cuenta estas consideraciones vamos a ocuparnos del contenido sustancial del delito de injurias únicamente (2).

II

Define el artículo 457 la injuria como "toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona". Interesa transcribir esta armoniosa fórmula legal, porque su texto nos ofrece una triple consideración.

(1) Lo mismo puede decirse de los homicidios cometidos en duelo, cuando esta forma de lavar el honor era una obligación social entre caballeros; imputar a una persona que había matado a otra en duelo para limpiar con sangre su honor, podía ser ante la ley, un delito, pero no lo era en el círculo cultural en que los sujetos se movían. Ya LARDIZÁBAL, al hablar del duelo, dice que a pesar de haberlo prohibido la ley bajo pena de infamia se sigue teniendo como cosa honrosa por la comunidad, añadiendo "... y así han sido inútiles los esfuerzos de la ley que ha declarado infames unas acciones que comúnmente se creen generosas y necesarias para conservar el honor, porque el arma terrible de la infamia más está en el poder de la opinión y de las costumbres que en la mano del legislador." (*Discurso sobre las penas contrahido a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, Madrid, Ibarra, 1782; pág. 223.)

(2) Se ha dicho por nuestros comentaristas que la injuria es el género, y la calumnia la especie. Si se considera como delito contra el honor a esta última, así debe entenderse, pero, como acabamos de decir, hay que descartar la idea de que se trate de un delito contra el honor. Según la doctrina más solvente la captación del bien jurídico lesionado cumple dos funciones de importancia: una, ayudar a la interpretación de la norma que lo protege, la otra verificar el encuadre sistemático de las infracciones en los códigos; en virtud de ella los delitos se agrupan de acuerdo con el bien jurídico que lesionan o ponen en peligro. Pero hay infracciones que atentan contra más de un bien jurídico (robo con homicidio, injuria contra el Jefe del Estado, etc.) y en este caso suelen agruparse

a) Su extraordinaria amplitud, que comprende tanto el ataque a la honra ("estima y respeto de la dignidad propia", la define el Diccionario de la Lengua), como al crédito ("reputación, fama, autoridad") o a la estimación de las personas. Siendo comprensiva tanto de la injuria propiamente dicha como de la difamación.

b) La importancia del *animus iniurandi* señalado mediante la preposición "en", que de modo tan preciso fija el legislador, y que nos sirve de guía para encuadrar en el delito de injurias determinadas expresiones y acciones (3).

c) La necesidad de realizar una interpretación sobre los pormenores de este delito que oriente al juzgador a la hora de aplicar las reglas contenidas en los capítulos II y III del título X, no sólo por la naturaleza circunstancial del delito de injurias, sino también por la vaguedad de muchos de los términos empleados.

III

Objeto jurídico del delito es el bien o interés protegido por la norma y lesionado o puesto en peligro por la conducta delictiva, el cual constituye el contenido sustancial del mismo (4).

El objeto jurídico de las injurias es el honor en sentido lato, ex-

según el bien más importante lesionado. Este es el caso de la calumnia, la cual además de contra la administración de Justicia, es un ataque contra el interés de los particulares en la mayoría de los casos (no en todos), razón ésta por la que debe ser incluido contra las infracciones que atentan contra la primera. Para un estudio de las funciones del bien jurídico, ver Rocco: *L'Oggetto del reato a della tutela giuridico penale*. Roma, Bocca, 1913, y STAMPA BRAUN, *Introducción a la ciencia del Derecho Penal*, Valladolid, 1953, págs. 97 y sgs. Entre los autores que consideran la calumnia como una especie de la injuria, CASTRO OROZCO y ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Código Penal explicado para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones*. Granada, Sanz, 1848. II, pág. 351. PACHECO, *El código penal concordado y comentado*. Madrid, Tello, 1881. III, pág. 169 y GROZARD, *El código penal de 1870 concordado y concertado*. Salamanca, Esteban Hnos., 1893, pág. 313.

(3) La indudable importancia de la intención de injuriar ha sido puesta de manifiesto con acertados perfiles por el Profesor DEL ROSAL (*De las injurias*, "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", 1953, págs. 87 y sgs.); FLORIÁN, *La teoría psicológica della diffamazione*, Torino, Bocca, 1927, págs. 3 siguientes) y JIMÉNEZ ASÚA, *Los elementos subjetivos del injusto, el animus iniurandi y el desacato*. "Revista de Derecho Penal" (argentina), 1950, secc. 1.ª, páginas 125 y ss.), además de por la unanimidad de la doctrina. Esta importancia ya se señaló desde el mismo Derecho Romano, como lo demuestra un párrafo del Digesto (Dig. 47, 10, 3, parág. 1), "cum enim ex affectu facientis iniuria consistat", que hace decir a WALTER que en el Derecho Romano todo depende del animus del ofensor. (Citado por FLORIÁN, *La Teoría psicológica*, pág. 3.)

(4) En este sentido MAURACI, *Deutsches Strafrecht. Ein Lehrbuch*, Allg. Teil, 1954, págs. 182 y sgs.; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale, P. Generale*. Milano, Giuffrè 1949, pág. 91; y en la doctrina española STAMPA BRAUN, *Introducción*; cit. pág. 97, y en *El objeto jurídico del infanticidio honoris causa*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, enero-abril 1955, pág. 27, con abundante bibliografía.

presión que equivale a un amplio sector de la integridad moral de la persona (5).

a) El término honor tiene una gran fluidez de significados, y lo encontramos no solamente en el título que nos ocupa, sino también en muchos otros del Código. Esto ha hecho a algunos autores pensar en la conveniencia de un concepto unitario que sirva para todos los preceptos que de él o de honra hablan, y que en nuestro Derecho positivo sería aplicable al infanticidio, al aborto *honoris causa*, al abandono de niños por causa de honor y al uxoricidio por adulterio.

La cuestión de qué debe entenderse por honor se sale de las fronteras de este trabajo, pues al jurista, más que el concepto, interesa fijar dentro de qué límites el honor encuentra protección en las normas penales (6). No obstante esto, no puede prescindirse de una noción de honor, determinación que, como apunta Messina, está fuera del Derecho positivo y quizá para encontrarla "convenga salir de las columnas de Hércules del texto legislativo" (7).

En las definiciones filosóficas y en las que los juristas ofrecen, se encuentra la noción de honor referida a dos ideas fundamentales: de un lado, los *deberes del hombre y el cumplimiento* que de ellos realiza, y de otro *el juicio de valor* que sobre ese cumplimiento hacen los otros hombres que componen el grupo social. La idea de socialidad está, pues, en la esencia misma del honor.

Entre las definiciones metajurídicas desde la de Santo Tomás, de corte aristotélico, que lo definía como "el testimonio de las excelencias de alguien" (excelencias que él refiere a la virtud moral), hasta las más modernas, se advierte esta idea de juicio de los componentes de un grupo social sobre el comportamiento de una persona con relación a sus deberes. Así Koch entiende por honor "los signos exteriores de estima rendidos a un hombre en la medida de su dignidad y de su capacidad" (8); Pecaut, "la estimación de nuestros semejan-

(5) Hay que distinguir en las personas su integridad física y su integridad moral. La primera está formada por la vida (cuya lesión da lugar a los delitos contra la vida) y la integridad corporal (que produce al ser atacada el delito de lesiones). La integridad moral está formada por el honor en sentido amplio (comprendiendo a su vez del honor subjetivo, del objetivo y del decoro), del respeto social y de la simpatía social. La importancia de estos distintos círculos se verá más adelante; ahora baste señalar que el honor es en el campo de la integridad moral lo que la vida es en el de la física. No sin razón llama ALTAVILLA a éstos, *delitos contra la integridad moral (Delitti contro la persona*, Vallardi, 1927, pág. 340. En el *Trattato de FLORIAN*). Nosotros, sin embargo, preferimos llamarlos delitos contra el honor, ya que la integridad moral enteramente no es objeto de protección. (El respeto y la simpatía social no caen dentro de la tutela jurídico penal.) Para MANZINI el objeto jurídico es "el interés del Estado relativo a la incolumidad moral de las personas, esto es, a la inviolabilidad de los bienes jurídicos personales consistentes en el honor, decoro y reputación". ("Diritto Penale", VIII, pág. 343).

(6) MESSINA, *Teoria generale dei delitti contro l'onore*, Roma, 1953, pág. 15.

(7) MESSINA, *Teoria generale*, pág. 16. Los monografistas del tema esquivan el concepto de honor, como si por su fluidez se les escapara de las manos.

(8) KOCH, *Lehrbuch der Moraltheologie*, pág. 280.

tes" (9); Marion, "la consideración referida a la virtud" (10), y Terrailon, "una especie de refracción del deber a través del medio social" (11); definiciones que se refieren exclusivamente a lo que se llama el honor objetivo. De ellas no se separa mucho el Diccionario de la Lengua española, que conceitúa el honor como "cualidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de nuestros deberes respecto del prójimo y de nosotros mismos", si bien tiene la ventaja sobre aquéllas de comprender tanto el honor objetivo como el subjetivo.

En la definiciones de los juristas las mismas ideas orientan el concepto. Para Beling, "honor es la valoración social estimativa. Ese valor depende de dos componentes: en primer lugar, de la esfera de deberes de la persona, y luego del comportamiento de esa persona con respecto a esos deberes" (12). Maggiore dice que "honor es la estimación debida al hombre por sus méritos morales" (13), y Messina apunta que "el honor tutelado por el Derecho es el determinable a través de reglas sociales según valoraciones medias" (14).

Concebido así el honor está esencialmente traspasado de socialidad, es un concepto valor que se mueve paralelamente al juicio que realizan los componentes del grupo social, los cuales confrontan el comportamiento de la persona en relación con sus deberes, con ciertas normas de valoración que pertenecen al orden de cultura de un momento histórico dado (15). Por esto característica del honor protegido es su *movilidad*, puesta de manifiesto por todos los autores. Las reglas de valoración cambian no sólo con los tiempos sino también según los distintos círculos culturales correspondientes a idéntica hora histórica. Por eso dice Bataglini, con buen sentido, que "el concepto de honor nace de la vida de relación, es propio del agregado social. El contenido del juicio de honorabilidad varía con el variar de las ideas, de los sentimientos, de las costumbres de los varios agregados sociales" (16).

(9) PECAUT, *Elements de philosophie morale*. París, Garnier, 1905, XI, página 122.

(10) MARION, *Le grande Encyclopedie, articulo Honneur*, citado por GAY, en *L'honneur, sa place dans la moral*. París, Alcau, 1913, pág. 2.

(11) TERRAILLON, *L'honneur. Sentiment et principe moral*. París, Alcau, 1912, pág. 281.

(12) BELING, *Esquema de Derecho Penal. La doctrina del delito-tipo*. Buenos Aires, 1944, pág. 142.

(13) MAGGIORE, *Diritto Penale, P. Speciale*, Bologna, 1948, II-II, pág. 804.

(14) MESSINA, *Teoria generale*, cit. pág. 71. De la misma opinión es BATAGLINI, *Il bene dell'onore e la sua tutela penale*. "Rivista Penale", 1916, pág. 249.

(15) Para MESSINA el honor en sentido amplio es concepto de valor social aunque gran parte de su contenido esté constituido por valores éticos, pues estos valores están filtrados bajo una valoración social. (*Teoria generale*, cit., pág. 66.) Esa importancia de los valores sociales no ha sido aún unánimemente aceptada por los autores, siendo frecuente el considerar el honor como un valor moral. Tales son las opiniones de VESCOVI, *Ingiuria e diffamazione*, "Digesto Italiano", volumen XIII, 1905, pág. 908; y JANETTI-PIROMALLO, *Ingiuria e diffamazione*: 1953, pág. 22.

(16) BATAGLINI, *Il bene dell'onore*, cit., pág. 249. En el mismo sentido; MESSINA, *Teoria generale*, cit. pág. 61. La razón es que el honor es un concepto con valoración cultural, y el juicio de valor del juez sobre su lesión ha de rea-

Entre nuestros comentaristas esta nota ha sido también puesta de manifiesto unánimemente (17).

b) Distinguen los autores dos especies de honor: el objetivo y el subjetivo. Honor objetivo es el resultado del juicio del valor que los demás hombres hacen de nuestras cualidades (principalmente de cómo cumplimos nuestros deberes); honor subjetivo es el sentimiento del valor, propio del sujeto. La distinción de estas dos clases de honor está unánimemente admitida (18); ambas no deben ser entendidas como nociones contrapuestas, sino como dos aspectos de un mismo valor (19). Algunos tratadistas como Frank (20), profundizando más, señalan otros matices dentro de cada una de ellas, pero aquí sólo esas dos nos interesan. Bataglini apunta dentro del honor objetivo dos aspectos que, a nuestro parecer, no son más que *consecuencias* del mismo: la tranqui-

lizarse con arreglo a determinadas normas y concepciones cultural y socialmente vigentes, que no pertenecen a la esfera del derecho. Sobre los elementos normativos con valoración cultural, ver MEZGER, *Tratado*, cit., I, pág. 375, entre ellos. RODRÍGUEZ MUÑOZ incluye la "deshonra, descrédito, menosprecio" (en nota pág. 376).

(17) PACHECO escribe que "... la circunstancia de ser o no injuriosa una palabra o hecho, depende en gran parte de la opinión, de los hábitos, de las creencias sociales. Hierde en la reputación y en la fama lo que el mundo en su soberanía de este género decide y entiende que ha herido. Unos mismos hechos, unas mismas expresiones pueden tener o no tener este carácter, según las ideas contemporáneas que formen la doctrina común... Las ideas de honor mundano, con sus mil pequeños accidentes, con sus mil arbitrarias variaciones, tienen en este particular una importancia decisiva. El agarrar un hombre a otro por la barba ha sido en algún tiempo un modo de saludar expresando deferencia, y en otro lo ha sido de afrontar con el mayor insulto." (*El código penal concordado y comentado*, cit., III, pág. 179.) De la movilidad del honor no debe deducirse que no sea un concepto tangible, autónomo; lo que ocurre es que se trata de un valor complejo que presupone otros valores. Para una mejor comprensión de este carácter, cfr. DE MARSICO, *I problemi penali nel teleologismo del Bettiol*, en "Nuovi Studi", pág. 219 y ss.; MESSINA, *Teoría generale*, cit., pág. 62; BATAGLINI *Il bene dell'onore*, cit., pág. 271; HAFTER, *Schweizerisches Strafrecht*, Bes. Teil, 1937, pág. 180; ENGELHARD, *Die Ehre als Rechtsgut in Strafrecht*, Manheim-Beusheimer, pág. 84.

(18) Así, por no citar sino los más importantes: BATAGLINI, *Il bene dell'onore*, cit., pág. 247; MESSINA, *Teoría generale*, cit., pág. 83; MANZINI, *Diritto Penale*, cit., VIII, pág. 449; CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, Barcelona, 1948; II, pág. 578; MAGGIORE, *Diritto Penale*, cit., II-II, pág. 804; BORCIANI, *Le offese all'onore*, Torino, 1927, págs. 2 y ss.; E. GÓMEZ, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1939, II, pág. 272; CARRARA, *Programa del Curso de Derecho Criminal*, P. Especial, Depalma, Buenos Aires, 1946, III, pág. 5; ALTA-VILLA, *Delitti contro la persona*, cit., pág. 344; FLORIÁN, *Dei reati contro l'onore* (en el "Tratato de Cogliolo"), cit., II, pág. 566; DI MARÍA-GÓMEZ, *Dei delitti contro l'onore*, Zanoni, Padova, 1933, pág. 16; KOHLER, *Ehre und Belcidigung*, "Archiv für Strafrecht", XLVII, pág. 29.

(19) Según FALCINI, el honor subjetivo debe definirse como *sentimiento (Ingiuria e diffamazione*, cit., pág. 81).

(20) FRANK distingue, dentro del honor objetivo, dos aspectos: a) el valor que una persona tiene (honor interno), y b) la representación de los terrenos sobre el valor de la persona. En el honor subjetivo apunta también: a) La representación de una persona sobre el propio valor (conciencia del honor), y b) voluntad de mantenimiento del propio valor (sentimiento del honor). (Reinhard FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, 1931, pág. 418.)

lidad psíquica y la valoración social. El primero tiene un carácter prevalentemente interior, el segundo exterior. Mientras el honor de una persona no es lesionado tiene uno, otro o ambos. Si de un sujeto escasamente sensible digo que es poco honrado, sólo lesiono su valoración social; si, por el contrario, es muy sensible, lesiono también su tranquilidad psíquica (21). Consecuencia también del honor es lo que Carrara (22), entendiéndola como clase de él, llama "la potencia inherente a una buena reputación de procurar ciertas ventajas materiales". No entendiéndose como honor, cae fuera de la protección penal del mismo (23).

De la consideración de estas dos especies de honor deducen los monografistas del tema dos corolarios dignos de tener en cuenta (24):

1) Que el honor subjetivo (dignidad) puede ofenderse pero no hacerse desaparecer, mientras que el honor objetivo (reputación) puede ser ofendido y destruido.

2) Que el honor objetivo y el subjetivo pueden muy bien no coincidir. El hombre puede alimentar una exagerada y errónea estima de sí mismo, mientras a los demás componentes del grupo social puede no merecer ninguna, y viceversa.

c) ¿Es el honor un bien connatural con la persona, de tal forma que nace con ella, o, por el contrario, se adquiere de la convivencia en un grupo social? Esta cuestión, que hoy carece de importancia práctica, ha preocupado en otros tiempos considerablemente a la doctrina.

Son muchos los autores que sostienen que se trata de un derecho o un bien natural, que nace con el hombre sin necesidad de un grupo social, de unos terceros que se lo reconozcan. Carrara dice que los delitos contra el honor son *delitos naturales* porque violan un derecho que no nace de la coasociación, sino de la propia personalidad (25), e influenciados por él nuestros comentaristas llevan su doctrina hasta la exageración: "El honor es patrimonio humano ypreciado, que es nativo, no artificioso, ingénito en el corazón, que lo conserva como reliquia transmisible a los descendientes", dice Jaramillo García (26); y más vehemente aún es Groizard: "Los delitos contra el honor son delitos naturales". "El derecho herido por ellos es un derecho que al hombre pertenece como hombre; no es un derecho por la sociedad creado y que la sociedad por su interés vindica. Tiene su raíz en la dig-

(21) BATAGLINI, *Il bene dell'onore*, cit., pág. 253. Esa faceta interna que es la tranquilidad psíquica no debe ser confundida con el honor subjetivo (por eso decimos que es una consecuencia del honor objetivo). Como dice el autor, "aquella condición interior depende siempre del juicio de los otros, y puede darse un ataque contra la tranquilidad psíquica en cuanto posea idoneidad para ese fin".

(22) CARRARA, *Programa*, cit., III, pág. 4.

(23) En este sentido, entre otros, FLORIÁN, *Dei reati contro l'onore*, cit., página 566.

(24) FLORIÁN, *Dei reati contro l'onore*, cit., pág. 566, y ALTAVILLA, *Delitti contro la persona*, cit., pág. 344, entre otros.

(25) CARRARA, *Programa*, cit., III, págs. 1-4.

(26) JARAMILLO GARCÍA, *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870*, Salamanca, "Gaceta Regional", 1929, vol. II, pág. 281.

nidad personal, ingénito en el corazón humano, en un sentimiento universal de propia estimación que, escarnecido, reclama satisfacción inmediata" (27).

Frente a esta posición no es difícil encontrar la solución contraria. Para Bataglini, el honor es un hecho social, nace de la vida de relación, es propio del agregado social. "El bien del honor jurídicamente relevante nace cuando es posible el desconocimiento de lo que se considera honorabilidad por parte de otros" Por eso es el Derecho positivo quien fija el contenido de la idea de honor, determinando aquellos desconocimientos de honorabilidad que interesan al grupo social, y sólo ellos. Esta concepción tiene una consecuencia trascendente: "Sólo el interés al honor que sea aprehensible en la vida de relación puede ser elevado a bien jurídico" (28), y de apreciada opinión es Messina (29), y entre nosotros Pacheco (30).

Para llegar a la solución del dilema, creo que hay que distinguir entre dignidad (honor subjetivo) y reputación (honor objetivo). El hombre lo que tiene de propia naturaleza es dignidad, o mejor, una capacidad potencial de adquirir una buena reputación. La dignidad sí nace con él por el hecho de ser persona (y siempre que no se degrade a sí mismo con actitudes inconfesables), pero para que esa dignidad se le reconozca, para que encuentre protección, es necesario un agregado social, son precisos unos terceros que la desconozcan o reconozcan. Por eso en la isla del ejemplo de Carrara, mientras el naufrago está solo tiene dignidad, pero no es socialmente existente hasta la llegada de otra persona, que pueda lesionarla. Si el hombre de propia naturaleza es capaz de honor, este honor no puede considerarse jurídicamente existente hasta que el titular del mismo no entra a formar parte de un grupo social.

De más vigencia es la cuestión de si se trata de un derecho de los particulares o de un interés de que el Estado es titular. En un momento en que las concepciones políticas invadieron los cimientos de nuestra disciplina se quiso exagerar el papel del Estado en las relaciones jurídicas penales, queriendo verlo como sujeto pasivo mediato de todos los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro. Así se

(27) GROIZARD, *El Código Penal*, cit., V, pág. 271. Reprocha a Pacheco decir que "los delitos contra el honor son una especie de delitos contra las personas en los países donde la honra es parte de la existencia"; para él el afamado redactor del Código de 1848 confunde "el germen del derecho con las manifestaciones, los desarrollos y las consecuencias de ese propio derecho; *la raíz del sentimiento de estimación propia* (subrayo) que hay en todo hombre, con la *determinación del mayor o menor número de condiciones y cualidades que este sentimiento crea y exige*, que nos han de ser reconocidas como prueba de la estimación, pública y particular, a que aspiramos" (pág. 272).

(28) BATAGLINI, *Il bene dell'onore*, cit., pág. 249.

(29) MESSINA, *Teoría generale*, cit., pág. 71. Para él, consecuencia de ser el honor el centro sobre el que se crea un orden social y constituir un atributo de la personalidad, al ser la persona punto de referencia de las relaciones jurídicas que surgen en torno a él, es que "el honor tutelable por el derecho es el determinable según valoraciones medias a través de reglas sociales".

(30) PACHECO, *El código penal*, cit., III, pág. 167.

distinguió entre un objeto sustancial del delito (bien jurídico lesionado) y un objeto formal (el interés del Estado) (31); y llevando esta concepción iuspublicista a los delitos contra el honor, se ha afirmado recientemente en Alemania que hay una concepción del honor que deriva de considerar la persona como componente de una comunidad y no como existencia aislada, y tachando de individualista la concepción tradicional se le ha definido como *fidelidad a la comunidad* (32).

¿Es en realidad el honor un bien del que el Estado es titular? Nos interesa aclarar, por sus repercusiones posteriores, que estas teorías, que no consiguen más que "inyectar al concepto de honor el oxígeno del interés público, en acertada frase de Florián, hacen un planteamiento erróneo de la naturaleza del honor. Este es un bien jurídico de la personalidad individual, un interés del individuo que el ordenamiento jurídico reconoce y de cuyo reconocimiento surge el derecho del particular de exigir una protección al Estado. El interés más o menos comunitario de esta tutela es cuestión que afecta a su fundamento y que allí estudiaremos (33).

IV

¿Por qué se protege el honor por el ordenamiento jurídico positivo? El fundamento de esta tutela ha sido explicado por los monografistas con las razones más varias, siendo unánime la opinión de que la ley penal debe castigar los atentados contra un bien de la importancia del honor, si se excluyen algunas alegaciones extremistas formuladas por los positivistas italianos.

Pero antes de apuntar esas razones que justifican la protección, nos interesa poner de manifiesto que cuando hablamos de justifica-

(31) La distinción debida a Rocco (*L'oggetto del reato*, cit., págs. 551 y ss.) está desacreditada, arremetiendo contra ella la doctrina de más peso, por entender que corresponde al problema de justificación del *ius puniendi*. Cfr. STAMPA BRAUX, *El objeto jurídico del infanticidio, "honoris causa"*, cit., pág. 28, y la abundante bibliografía allí citada.

(32) FREISLER, *Der Ehrenschutz in neuen deutschen Strafrecht*, 1937, pág. 9. También en Italia parecidas concepciones políticas llegaron a idénticos resultados. FILIPPO COLACE afirma que la personalidad moral tutelada por la ley, cuando de los delitos contra el honor se trata, no es el ser de la persona en el valor moral por él sentido, sino la personalidad que surge del valor moral que el Estado reconoce a la persona. Mientras en los regímenes liberales, añade, el objeto principal de los delitos es, en atención a los principios de libertad, el sentimiento del honor del individuo, en los regímenes autoritarios el mismo objeto lo es el interés del Estado de tutelar a quien, cuando se querrela por una ofensa al honor, demuestra reconocer el valor moral de la ley ética en que dichos regímenes se inspiran. (Nota sobre el libro *Ingiuria e diffamazione nel Diritto Penale italiano*, de GIUSEPPE FALCHI [Padova, 1938]. "Scuola Positiva", 1938, I, página 128.)

(33) No hay inconveniente en decir con BATAGLINI que "en materia de ofensas al honor tenemos una acción que se pone contra un derecho subjetivo del Estado, el derecho al respeto del honor de los ciudadanos. La violación de este derecho produce por parte del Estado una pretensión de la pena, o también, si se quiere, un derecho de castigar. Aquella acción misma lesiona al mismo tiempo el bien privado del honor. El derecho del Estado al respeto del honor es el objeto formal de la ofensa del honor; el bien particular del honor es el objeto sustancial que ella toma en consideración" (*Il bene dell'onore*, cit., pág. 246).

ción de la tutela del honor, nos referimos al honor en sentido lato, porque no creemos ni que haya razones diferentes para el honor objetivo y para el subjetivo, ni que éste deba quedar sin protección. Florián, que escribe acertadas páginas sobre la razón de la tutela, niega que esté justificada la protección del honor subjetivo. Sus argumentos, poco convincente (34), tienen por base, como él mismo confiesa, el afán positivista de eliminación del campo penal de "las cuotas mínimas de la delincuencia", que son inútil y gravoso embarazo para los tribunales. Pero a nuestro juicio, todas las razones que justifican la protección del honor objetivo pueden apuntarse en la lista del subjetivo, además de que merece ser castigado por la ley la acción que produce dolor al ser humano (y no hay duda que tal dolor, llamado por Borciani "dolor injusto" se produce al sentirse llamado vil) (35); que las reacciones y contrarreacciones que del ataque al honor subjetivo se deducen pueden producir alarma social y que, como apunta Berner, estos ataques "no implican menor desprecio de las normas jurídicas que rigen una bien ordenada sociedad que el que pueda producir el hurto como ofensa del patrimonio material" (36).

Aclarado este punto, justifican, a nuestro entender, la tutela del honor las siguientes razones:

a) Ante todo, la importancia suma que el hombre confiere en la vida a este bien jurídico. Bien, como dice Manzini, "para quien no sea completamente depravado es éticamente valorado por encima de todo otro y de la vida misma, tanto que no es raro el suicidio determinado por la caída en deshonor o por la amargura ocasionada por la difamación" (37). No exageradamente ha escrito Schaeffle que "el honor es para los hombres un elemento de victoria en la grandiosa lucha por la vida" (38). También Bataglini dice que el Derecho penal tutela el ho-

La simple lectura de estas líneas nos hace trasladar este problema del campo de la naturaleza del honor al de la fundamentación de su tutela, o al más ambicioso de la justificación del *ius puniendi* del Estado.

(34) Las razones por las que según este autor no debe ser protegido el honor objetivo son: 1.º Porque se trata de un bien interno y que como tal no pertenece al derecho. 2.º Que en el mundo de las relaciones humanas diarias una ofensa a la dignidad no se considera delito si no va acompañada de circunstancias de hechos que la conviertan también en ofensa al honor externo u objetivo. 3.º Que quien tiene intención de injuriar a otra persona no se limita a atacar el sentimiento del honor, sino que trata de injurarlo ante público, para que su reputación sea destruida. "De donde se deduce que los ofensores de las dignitas no son generalmente verdaderos y propios delincuentes." (*Dei reati contro l'onore*, cit., págs. 576 y 577.)

(35) BORCIANI, *Le offese all'onore*, cita, pág. 6. En el mismo sentido CARRARA, *Programa*, cit., III, pág. 5; la tesis contraria se sostiene, entre los más recientes, por MESSINA, *Teoría general*, cit., pág. 39, y BATAGLINI, *Il bene dell'onore*, cit., pág. 248.

(36) BERNER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1898, págs. 478 y 479.

(37) MANZINI, *Diritto Penale*, cit., VIII, pág. 344.

(38) SCHAEFFLE, *Vita e struttura nel corpo sociale*. Torino, 1881, II, página 575. Parecido argumento ofrece FLORIÁN, *Dei reati contro l'onore*, cit., pág. 566.

nor porque "lo considera una cosa seria, un bien de la vida digno de la más alta tutela. El honor es un resorte de actividad del cual tiene necesidad la sociedad" (39).

b) Por otro lado, fin del Derecho en general es la protección de la personalidad humana en toda su integridad; si el ordenamiento jurídico dejara de tutelar el honor individual, parte tan importante de aquélla, el derecho malograría su principal objetivo (40).

c) En las consecuencias socialmente dañosas que derivarían de la falta de tutela legislativa del honor ven Florián y Pacheco una razón de peso que justifica la protección (41), y en realidad, aunque sólo esta razón utilitaria fuera la existente, habría argumento sobrado para que el legislador elevara a la categoría de delito las ofensas contra el honor.

a) A esto podemos añadir que el honor es un interés fundamental en cuya protección es el Estado el primer interesado, por tratarse de un interés comunitario. Precisamente característica del ordenamiento jurídico penal es la protección de estos intereses vitales, tutela que realiza mediante la aplicación de penas o medidas de seguridad a las conductas que contra ellos atentan (42).

De estas razones se desprende, al mismo tiempo que el fundamento de la protección jurídica del honor, la necesidad de la misma. En este punto la doctrina es unánime; sin embargo, la escuela positivista, por razones de economía procesal, sostuvo la tesis de que los atentados contra el honor debían quedar en el campo civil. Los ataques que han deshecho estas afirmaciones han venido del mismo campo positivista, y hoy se las considera como meros intentos fallidos y superados (43).

V

El tema más interesante para el jurista es el de la determinación de los límites de la tutela jurídica de la integridad moral del individuo. ¿Hasta dónde llega la ley con su protección?

a) Antes de penetrar en el centro de la cuestión conviene advertir

(39) BATAGLINI, *Il bene dell'onore*, cit., pág. 261.

(40) FLORIÁN, *Dei reati contro l'onore*, cit., pág. 571.

(41) "Una de dos—escribe PACHECO—, o la ley ha de penar gravemente los delitos contra la honra, o los ofendidos en ella se verán obligados a lavar las injurias por medio del duelo. Si se descuidaran esos castigos no habría más remedio que el de los combates para responder a las injurias y quedar libres de la mancha que en la opinión común echan éstas sobre los injuriados." (*El código penal*, cit., III, pág. 167.)

(42) De las múltiples nociones que del Derecho Penal se han ofrecido por la doctrina, nos parece más completa la del profesor STAMPA BRACC, precisamente por el destaque que de estos intereses fundamentales hace: "Ordenamiento jurídico autónomo, perteneciente al Derecho público que tutela determinados intereses fundamentales del individuo y de la sociedad mediante la aplicación de una pena o una medida de seguridad a las conductas que contra ellos atente." (*Introducción*, cit., pág. 19.)

(43) FLORIÁN ha demostrado que también desde la concepción positivista pueden ser ilícitos penales los atentados al honor de las personas. (*Dei reati contro l'onore*, cit., págs. 573 y ss.)

que el honor que el Estado tutela es el real, esto es, el que corresponde al individuo según valoraciones objetivas. El honor, como muy bien apunta Messina (44), es el centro sobre el que se crea un orden social, un orden de relaciones jurídicas que surgen en consideración al mismo, y de las cuales la persona valorada es punto de referencia. Puede ocurrir que la valoración que de la persona hace el grupo social sea falsa, aparente, que no corresponda a la realidad, produciéndose una reputación artificial. Si alguien mediante injuria o difamación lesiona ese honor aparente de que goza el individuo, ¿debe ser castigado como reo de un delito contra el honor? Antes de contestar a esta pregunta, Florián se hace otra que la contesta: "¿Es justo que en la vida y en la jerarquía social alguien ocupe un puesto inadecuado a sus obras?" La tutela jurídica, para que sea justa, debe atender al contenido del humor y no a la apariencia. Ha de proteger el honor en cuanto exista y sea la valoración social de las obras y de la personalidad moral del individuo (45).

b) Dilucidada esta cuestión previa, separemos, para hallar los límites de protección, el honor objetivo del subjetivo. Ya hemos visto que en lo que a éste concierne la doctrina está indecisa, siendo, quizá, mayoría los que opinan que el Derecho, ordenamiento de relaciones externas, no puede entrar en los recónditos lugares de la conciencia humana, donde se halla el balance que el propio sujeto hace de sus méritos y deméritos; deduciendo que sólo el honor objetivo, único susceptible de ser captado socialmente, puede ser protegido por el ordenamiento jurídico. Bataglini escribe que la clave de la solución está en la materialidad del bien jurídico protegido: el honor es una cosa ideal inaprehensible, debiendo su función práctica, como es la del Derecho, reducirse a aquellos elementos objetivos que pueden hacer cierto el hecho punible; existiendo peligro de que la protección del honor subjetivo dé lugar a una figura de contornos poco precisos (46). Contrarios a esta tesis son, sin embargo, Altavilla, Maggioso, Manzini, E. Gómez, etc. (47).

Ya hemos apuntado supra que el honor subjetivo debe ser tutelado, y hemos aportado los argumentos suficientes por los que somos de esta opinión. En la tesis contraria hay una razón de indudable peso, la *immaterialidad* del honor subjetivo, y, sobre todo, la *sobreestimación* del propio valor en que generalmente incurre la persona; mientras la injuria más obscena no araña la sensibilidad de una mujer deshonestas, una mirada poco reverente puede ofender profundamente la hipersens-

(44) MESSINA, *Teoría generale*, cit., pág. 54.

(45) FLORIÁN, *Dei reati contro l'onore*, cit., pág. 570. Obsérvese que desde nuestro derecho positivo es esto muy difícil de sostener, ya que la *exceptio veritatis* tiene en la injuria límites muy estrechos. Sin embargo, queda siempre al juez cierto margen de discrecionalidad desde el cual puede y debe desestimar cualquier querrela por ataque al honor aparente.

(46) BATAGLINI, *Il bene dell'onore*, cit., pág. 248. En el mismo sentido, MESSINA, *Teoría generale*, cit., pág. 39.

(47) ALTAVILLA, *Delitti contro la persona*, cit., pág. 345; CARRARA, *Programa*, cit., pág. 5; MAGGIORE, *Diritto Penale*, cit., II, pág. 801; MANZINI, *Diritto Penale*, cit., VIII, pág. 447; E. GÓMEZ, *Tratado*, cit., pág. 272.

sibilidad de una histérica. ¿Cuál debe ser la valoración legal ante estos extremos? Para nosotros, las objeciones desaparecen si se adopta un criterio objetivo de valoración (criterio valorativo que ha de dejarse forzosamente al buen sentir del juez ante el caso concreto), que puede ser la *dignitas* del hombre medio, del hombre que “no tenga ni la obtusidad de una prostituta o, de un criminal ni la hipersensibilidad de una histérica o un neurasténico” (48).

Desde el punto de vista legal, se comprende en el artículo 457 el honor subjetivo al decirse que constituye injuria “la acción ejecutada o expresión proferida en deshonra... de una persona”. En esa palabra deshonra está centrado el ataque al honor subjetivo, del mismo modo que en las de *menosprecio* y *descrédito* están los atentado al decoro y la reputación.

c) En la integridad moral de las personas, a efectos de su protección, conviene distinguir ciertos círculos concéntricos orientados de fuera hacia dentro. El más externo es la *simpatía social*, que ayuda al sujeto sin que resulte imprescindible para el desenvolvimiento de su existencia. Lindando con él, el círculo de la *respetabilidad social* del individuo, el respeto que se le debe por su posición social, profesión, sexo, estado, etc. A su lado, el *decoro*, y después, *el honor*.

Sobre estos círculos hay que fijar los límites de protección del derecho. Es el ordenamiento positivo el que los determina, generalmente, con la fijación de los contornos de tutela, si bien hay veces que se fijan con palabras poco precisas y es al jurista al que corresponde la determinación de los mismos. Esto es lo que ocurre en nuestro Código penal, y al intérprete toca la determinación del límite mínimo de protección legal, de la frontera más arriba de la cual empieza la injuria.

Conocidos los perfiles, concepto y naturaleza del honor en su doble consideración de subjetivo y objetivo, tenemos fijado el contorno del círculo correspondiente a la integridad moral, restándonos señalar los de decoro, respeto social y simpatía social.

Nuestro Código, a diferencia de otras legislaciones (como la italiana, por ejemplo, que en el artículo 594 se refiere a “cualquiera que ofende el honor o el decoro de una persona), no hace alusión expresa al decoro, dejándonos, naturalmente, desprovistos de una fórmula legal que lo precise. Si el honor viene representado por el conjunto de las cualidades morales que hacen estimable a una persona, del decoro podemos decir que es el complejo de cualidades físicas, sociales e intelectuales por las que es estimable el hombre para sus semejantes. Para Manzini, el decoro puede ser considerado subjetiva y objetivamente. Subjetivamente considerado es la representación interna de lo que por común consentimiento es conforme a la propia dignidad, por la cual cada uno exige de los otros la observancia de aquellas reglas de conducta civil que son consideradas necesarias para vivir respetado como hombre, o como sujeto de un determinado estado, en las relaciones con los otros hombres. Objetivamente considerado es el estado individual exterior, resultante de la consideración elemental que los

(48) Cfr. ALTAVILLA, ob. cit., pág. 345.

hombres suelen observar recíprocamente hacia la personalidad moral de cada uno. Dé aquí que el desdoro no puede ser apreciado como un mero sentimiento individual, independiente del mundo exterior, sino que es el "sentido de la propia dignidad personal, precisado y limitado por la idea de lo que, para la opinión común, es socialmente exigible por todos" (49). Muy cerca del concepto de Manzini está el de Maggiore, para quien decoro es "el tanto de honor y honorabilidad de que el hombre tiene, o cree tener, necesidad para vivir convenientemente en sus condiciones" (50).

El decoro es susceptible de distintos grados, que se mueven en una escala que va desde el decoro mínimo al que corresponde a las personas de más alta dignidad social. Aquél está representado por el *decoro común*, el que tiene toda persona por el solo hecho de ser hombre, y de él va subiendo la escala a graduaciones mayores que se adecúan a las condiciones particulares, sociales e individuales en que se encuentran determinadas categorías de personas. La consideración jurídica del *decoro mínimo* proviene de la abolición de la infamia legal y de los privilegios sociales y del consiguiente reconocimiento a cada persona del derecho a la elemental consideración por parte de los otros. El *decoro superior*, por el contrario, deriva de la diversa condición social del individuo, modernamente entendida, por el cual la sociedad y el Estado tributan a las personas socialmente más útiles un grado de consideración mayor que el mínimo debido a cualquiera.

Este grado de consideración no está establecido por la norma, sino por las *costumbres sociales*, y la ley penal en este punto no hace más que recibirlas, por lo que no habrá ofensa al decoro, jurídicamente relevante, si el hecho no se considera ofensivo por la opinión común, de la cual es intérprete el juez del hecho. Por eso dice Manzini, con muy buen sentido, que para determinar si existe o no delito de injuria es necesario establecer si para la opinión común, tenidas en cuenta las condiciones individuales y sociales de la persona que se considera ofendida, el hecho concreto sea tenido como susceptibles de dañar el decoro de la persona misma.

El decoro individual presenta diferentes aspectos: a) *Decoro físico*, cuyo ataque se integrará por el vilipendio de la persona en su entidad física, y que puede estar constituido por la atribución de defectos físicos, como una enfermedad patológica o degenerativa, cuando son inexistentes o cuando siendo reales el ponerlo de relieve supone una humillación a la persona que lo padece. Lesión del decoro físico sería también el llamado por los italianos *vilipendio material*, cuando no constituye de por sí un delito más grave (por ejemplo, lesiones), el escupir a una persona en el rostro, el tirarla de los cabellos, casos todos registrados ante nuestra jurisprudencia, y constituyen propios delitos de injurias por ser lesiones del decoro en su aspecto físico. b) *Decoro psíquico*, que, según Manzini, es "el complejo de cualidades, de dotes, de actitudes que conciernen a la inteligencia y al sentimiento del in-

(49) MANZINI, *Diritto Penale*, cit., VIII, pág. 448.

(50) MAGGIORE, *Diritto Penale*, cit., II-II, pág. 805.

dividuo", y que se lesionará tanto por la negación de dotes intelectuales reconocidas en el individuo como por la ofensa a aquellos sentimientos, comunes a la generalidad de los hombres y que por la opinión común son considerados como pertenecientes al decoro personal. Tales son los sentimientos de fidelidad conyugal, de patriotismo, de justicia, de bondad, de caridad, etc. c) *Decoro social*, que está constituido por el respeto que se debe a la persona como operante en la convivencia social, o como titular de una determinada condición social. La precisión de este aspecto del decoro individual ha de hacerse con cuidado, pues sobre su perfil está el deslinde con el respeto social, que se encuentra fuera del decoro y cuya lesión no puede dar lugar al delito de injuria.

Junto al círculo del decoro tenemos el del respeto social. La estructuración de la sociedad moderna hace que por los usos sociales se otorguen ciertas consideraciones a determinadas personas, unas veces en atención a la función que cumplen en la sociedad, otras a su posición económica, a su ascendencia, etc., esa serie de consideraciones es lo que se viene llamando respeto social. La lesión de estas reglas puede constituir también ataque al decoro, pero esto, como muy bien apunta Manzini, sólo ocurrirá cuando salga de la esfera de la propia libertad de acción y se trate de faltas verdaderas y propias al respeto elemental debido a todos o a las personas de una determinada condición (51).

El círculo que con el nombre de *respeto social* señalamos, es lesionado por las simples faltas de etiqueta, la inobservancia de prácticas o reglas ceremoniales no obligatorias, al rechazar el saludo, y, en general, por las infracciones de los usos sociales y rutinarios.

Nos queda, por último, la simpatía social. La convivencia humana nos ha enseñado que el hombre, además de su reputación, goza en la opinión de los que con él conviven de cierta simpatía o antipatía social, de determinado favor o desfavor, que le sirve para allanar obstáculos, o, por el contrario, para encontrarlos aumentados, en el desenvolvimiento de sus relaciones sociales. Esta situación especial de que el hombre goza y que tiene carácter eminentemente objetivo, puede ser afectada extraordinariamente por la frase o el juicio de un tercero ante los demás. Si de una persona que goza de la simpatía de los que con él conviven digo que es egoísta, no atentaré contra su honor ni contra su decoro, podrá seguir igual el respeto que a los demás merezca en sociedad, pero ese juicio de los demás, que antes le era favorable, puede cambiar y redundar a la larga en que lo que antes eran facilidades se le vuelvan obstáculos. Su simpatía social se hallará afectada.

A nuestro parecer, el artículo 457, pese a la amplitud de la noción de injuria que emplea, no dispensa la tutela del derecho a todos estos círculos de la integridad moral, sino sólo al honor (tanto subjetivo como objetivo) y al decoro. El respeto social y la simpatía social quedan fuera del área de tutela, por lo que los ataques a los mismos no constituyen conductas de injurias. El honor objetivo se tutela al hablar de la acción ejecutada o expresión proferida en *descrédito* de otra persona; el honor subjetivo, al decirse *deshonra*, y el decoro, cuando

(51) MANZINI, *Diritto Penale*, cit., VIII, pág. 461.

se habla de *menosprecio*. Los significados que de estas palabras da el Diccionario de la Lengua abonan nuestra opinión.

Las razones que nos hacen pensar así son:

1) La significación gramatical de la palabra *menosprecio* puesta en relación con el término *decoro* (52).

2) La determinación de las injurias graves del artículo 458, que cataloga de tales: a) La imputación de un vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias puedan perjudicar considerablemente la fama, crédito o interés del agraviado (párrafo 2.º). b) Las injurias que por su natural ocasión o circunstancias fueren tenidas en el concepto público por afrentosas (párrafo 3.º). Según el Diccionario, *afrenta* significa "vergüenza o deshonor que resulta de algún dicho o hecho".

Ahora bien, como el *decoro* está en el límite entre el respeto social y el honor objetivo, debemos buscar un criterio de diferenciación del ataque que lesiona el *decoro* y del que sólo afecta al respeto que debemos a otra persona. No hay inconveniente en que ese criterio sea la *intención* del agente y la *idoneidad del ataque*. Cuando el ánimo del sujeto activo sea ejecutar el hecho en *menosprecio* de una persona, esto es, en *menosprecio* de la reverencia que se debe a otro por su nacimiento o dignidad, estamos ante un ataque al *decoro* que debe castigarse como injuria: además de esa intención ha de mirarse si la acción, en el medio social, es capaz de atentar contra el *decoro* del sujeto pasivo, si es idónea para producir *menosprecio*. Porque el cliente de un limpiabotas puede tener intención de *menospreciar* a éste, y para ello no se quita el sombrero al saludarle por la calle, acción que no se tiene por *menospreciante* en este caso, pero que puede serlo si ese cliente la realiza con un superior suyo. Bien entendido que esta acción por sí sola, si no está animada de esa intención o no es idónea, constituirá un ataque al respeto social (que no da lugar al delito de injuria), pero no un ataque al *decoro*.

d) La doctrina del Tribunal Supremo tiene establecidos, si bien de modo muy impreciso, los límites de protección legal en los delitos contra el honor, coincidiendo en términos generales con lo que hasta aquí llevamos dicho. Las líneas de esta determinación pueden resumirse así:

1.º *Para la doctrina jurisprudencial se protege el honor subjetivo, el honor objetivo y el decoro*. Así, el primero, se declara protegido en la sentencia de 28 de junio de 1948, en que se considera injuriosa una carta "confidencial y cerrada, dirigida personalmente a nombre del querellante, siendo conocido su contenido de terceras personas fortuitamente en cuya emergencia se hallaba ausente la voluntad del querellado", y la misma doctrina se contiene en la de 9 de diciembre de 1881. Repetidamente aparece considerada como interés protegido la reputación. Así se declara que "el *decoro* y la reputación son bienes jurídicos protegidos por nuestra ley penal" (24 marzo 1953); que hay

(52) Según el Diccionario, *menosprecio* es "poco aprecio, poca estimación", y *decoro*, "honor, respeto, reverencia que se debe a una persona por su nacimiento o dignidad".

injuria porque entre las frases del procesado se revela "intención decidida y significada de atribuir a una mujer casada faltas de moralidad que la hacen desmerecer notoriamente en el concepto público" (8 noviembre 1904).

En cuanto al decoro, aparece igualmente como interés tutelado, además de en la sentencia de 24 de marzo de 1953, ya citada, en la de 22 de junio de 1926, que se habla de "*menospreciar, deshonrar y quitar el crédito científico*"; en la de 23 de junio de 1925, que se consideran injuriosas frases que "tienden directa y especialmente a desprestigiar y menospreciar al ofendido"; en la de 1 de febrero de 1946, en que se declara que la ley para castigar la injuria "sólo tiene en cuenta el dolor del que la padece que quebrante su derecho al decoro y buen concepto"; y se entienden protegidos tanto *el decoro físico* (19-5-904), como el *profesional* (7-2-887; 17-6-891; 4-10-893; 18-11-904; 24-2-885; 31-10-925; 23-6-925; 22-6-926).

2.º *El Tribunal Supremo hace equivalentes los términos menosprecio y descoro; descrédito y ataque a la reputación, y deshonra y ataque al honor subjetivo.*

Así se declara "que deben estimarse como gravemente injuriosas las frases con que para oponerse a la proclamación de un candidato o concejal por ser deudor a los fondos municipales se califica de defraudador, atribuyéndole rapacías y concluyendo con que tendría que ingresar en la cárcel, pues notoriamente afectan a la honra y crédito de la persona contra quien se profieren" (2-3-915); "que según declaraciones reiteradas siempre resulta punible traspasar los límites racionales del derecho de crítica, llegando al *menosprecio y descrédito* de la persona ofendida, lo que de por sí sólo caracteriza el delito definido en este artículo" (21-1-920). La misma doctrina en sentencia 30-12-920.

3.º *Los simples atentados contra el respeto social y la simpatía social no constituyen injuria.* "La afirmación consignada en un periódico de que la ineptitud de una determinada autoridad entrega al país atado de pies y manos a una parcialidad política *no constituye delito de injuria* por no afectar a la honra ni al descrédito y prestigio moral de dicha autoridad, aunque reviste el carácter de una crítica poco prudente y apasionada, a que son conducidas, algunas veces, las contiendas periodísticas" (24-5-888); que las palabras, aunque "prescindiendo de su sentido general, del orden de ideas a que obedecen y de los antecedentes que lo motivaron, pudieran reputarse injuriosas, cesan de merecer legalmente este calificativo si se tiene en cuenta que no tienden, al parecer, a inferir agravios a la reputación, crédito y fama profesional ni particular de los querellantes, sino a combatir e impugnar las doctrinas y procedimientos que el periódico de que se les supone inspiradores defiende contestando a otro artículo en términos más o menos mortificantes, incorrectos o duros, pero no inusitados en polémicas de esta índole..." (28-1-904); "el epíteto de "granuja" proferido en son de reproche o protesta contra el acusador de una suplantación de firma no constituye injuria grave, pues no mues-

tra un designio de menosprecio o descrédito, y para calificar delitos de esta naturaleza *no basta que la palabra dirigida o la acción ejecutada tenga gramatical o usualmente un significado denigrante o despreciativo*" (29-3-913); no merecen el concepto de injurias graves las expresiones de "miserable sinvergüenza", que en acto conciliatorio profirió el procesado contra su suegro, aludiendo más que a las cualidades personales de éste, al calificativo que le mereciera su conducta con él, motivo que provocó dicho acto conciliatorio" (21-3-882); "si de las palabras tachadas de ofensivas las de "momia", dirigidas a una señora, *no pasa de ser una grosería*, sin que indique un vicio o falta de moralidad de consecuencias perjudiciales para la fama o el interés de la interpelada, y las demás frases sólo entrañan *una descortesía y amenaza liviana*, falta la materia propia del delito de injuria" (17-11-924); "de las palabras y conceptos consignados en el escrito en cuestión, apreciado éste en conjunto, se deduce un proceder poco correcto y una censura poco meditada de la autoridad judicial, pero no existen imputaciones contra la autoridad encaminadas a deshonrarla, menospreciarla ni desprestigiarla, no incorriendo, por tanto, el procesado en el delito de injurias" (18-6-927) (en la misma dirección, sentencias 26-1-927; 16-2-926; 22-4-927; 26-2-927, etc.).

4.º *Las palabras, además de estar animadas del "animus iniuriandi", que se exige unánimemente por la jurisprudencia, deben ser idénticas por lesionar los bienes jurídicos protegidos.* Así se declara que "si el acusado llamó cobarde repetidas veces a un compañero de Concejo, en una sesión pública, dejó revelado su claro designio injuriante, y como el calificativo lanzado es por su sentido gramatical y su concepto público, sin duda alguna, deshonoroso..." (12-11-924); que "ha de atenderse no sólo al sentido, significación gramatical y acepción común de las palabras empleadas, sino al propósito del que las pronuncia..." (6-6-953); que "no se priva a las palabras pronunciadas de su carácter de injuriosas, como lo manifiesta respecto a una de ellas el Diccionario de la Lengua Española, y respecto a las dos palabras restantes, la afirmación del hecho probado de que se consideran ofensivas en la localidad en que se pronunciaron" (9-5-953), etc. (en el mismo sentido 23-1-923; 26-3-947; 24-1-923, etc.).

VI

Examinado el objeto jurídico del delito de injurias, surge la interesante cuestión de la problemática del sujeto pasivo. ¿Quiénes pueden ser titulares del bien jurídico honor lesionado por la injuria? Nuestro Código no lo determina, limitándose a hablar de "expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona". De aquí resulta que sujeto pasivo es la persona, pero la amplitud de este término nos abre la perspectiva de una serie de cuestiones que pueden singularse en las siguientes interrogantes: ¿Son salamente sujetos pasivos de los delitos contra el honor las personas

individuales o también las jurídicas? ¿Pueden serlo los difuntos, los inimputables; los llamados deshonrados?

I. *Las personas jurídicas.*—A) Nuestro Código vigente no se refiere a si las personas jurídicas pueden ser sujeto pasivo del delito que nos ocupa, silencio que ha heredado de los Cuerpos legales que cronológicamente le sirven de antecedente, con la sola excepción del de 1928. En el Código de 1882 se habla de la injuria o calumnia hecha a otro, o a otra persona, y la misma técnica siguen los de 1848-50, 1870, 1932 y 1944. En este punto el Código de la Dictadura rompe la línea tradicional reconociendo la posibilidad de que las personas jurídicas sean titulares de honor, tras hacer una triple clasificación entre calumnia, injuria y difamación. En el artículo 632 se define ésta como “toda información pública tendenciosa, sistemáticamente seguida contra una persona natural o jurídica, revelando o divulgando hechos de su conducta privada o situaciones morales o económicas, o bien estados patológicos o sexuales con propósito de que redunden en su desprestigio o descrédito, o ruina de su fama o intereses”, y en el 635, en capítulo común a las tres formas delictivas; “los artículos anteriores serán aplicables no solamente a la calumnia, injuria o difamación dirigidas contra personas individuales, sino también cuando lo sean contra una entidad o persona jurídica, sociedad, corporación o empresa de cualquier clase”, estableciendo en el 637 que “cuando la calumnia o injuria se dirija contra una corporación, sociedad o empresa o personalidad jurídica, podrán deducir la querrela los que tengan su representación legal”.

Como tónica general de nuestro Derecho positivo puede decirse, pues, que las personas jurídicas no son titulares del bien jurídico honor, haciendo nuestros Cuerpos legales, incluido el vigente, expresa determinación de que pueden serlo las de Derecho público, a partir del de 1848-50, que en su artículo 391 decía: “Nadie será penado por calumnia o injuria sino a querrela de parte ofendida, salvo cuando la ofensa se dirija contra la autoridad pública, corporaciones o clases determinadas del Estado”. Precepto que se repite en el de 1870 (artículo 482), 1932 (art. 461, párr. 3.º) y en el de 1944 (art. 467). La jurisprudencia, por el contrario, tiene repetidamente establecido la posibilidad de que las personas jurídicas sean sujetos pasivos de injuria (Sts. 18-10-919; 21-4-890; 23-2-887; 231-12-881; 3-1-912; 3-5-901, etc.).

B) La cuestión ha preocupado a la doctrina dividiéndola en dos sectores antagónicos, centrados en torno a la solución positiva, que es la mayoritaria, y a la negativa, que aporta argumentos de indudable peso (53). Para plantearnosla de modo serio creo que hay que

53) La opinión doctrinal se encuentra dividida en dos amplios sectores: a) La mayoría de los autores admiten la posibilidad de que puedan las personas jurídicas constituir sujetos de delitos contra el honor, porque, además de un patrimonio económico, tienen un patrimonio moral, que, como aquél, es merecedor de una protección del derecho (ALTAVILLA, *Delitti contro la persona*, cit., pág. 366); que tienen necesidad del bien jurídico, honor en sus relaciones social y económicas, sin el cual no podrían incluso subsistir (GRISPIGNI, *Le*

adentrarse en el tema llevados de la mano de una verdad insoslayable: la de que en Derecho penal no hay más personas que las físicas, no dispensando la legislación positiva su tutela más que a éstas y a las jurídicas que *expresamente* se la reconozca.

La persona jurídica nace a la vida del Derecho, se constituye, a través de un documento jurídico, que es el acta de nacimiento, que las

persone giuridiche private como soggetto passivo dei reati contro l'onore, "Scuola Positiva", 1909, pág. 27; MESSINA, *Teoría generale*, cit., pág. 25); porque los entes colectivos y en particular las personas jurídicas poseen la unidad e individualidad subjetiva indispensable para ser sujetos pasivos de delitos contra el honor (BATAGLINI, E., *Sul soggetto passivo della diffamazione*, "Giustizia Penale", 1952, II, pág. 594); porque si bien no poseen honor subjetivo si son titulares de reputación, y como fundamento de la ofensa basta el ataque al honor objetivo (BATAGLINI, G., *Capacità passiva di diffamazione delle collettività*, "Rivista di Diritto Sportivo", 1949, fasc. 3-4, pág. 92). Además de los autores citados se encuentran en esta dirección CAPELLO, *Diffamazione e ingiuria. Studio teorico pratico di Diritto e Procedura Penale*, Torino, 1910 (2.^a ediz., 141); MERKEL, *Derecho Penal*, Madrid, *La España Moderna*, II, página 9; ORTOLAN, *Tratado de Derecho Penal*, Madrid, 1878, pág. 80; VON LISTZ, *Traité de Droit pénal allemand, Partie Speciale*, II, París, 1913; CAVALLLO, *Il diritto delle associazioni a costituirsi parte civile in sede penale per i danni derivanti da reato in persona dei loro soci*, en "Il Diritto ecclesiastico", 1952, fasc. III, págs. 348 y sgs.; lo mismo en "Diritto Penale", parte general, vol. II, Napoli, Jovene, 1955, págs. 910 y sgs.; BERTIOL, "Diritto Penale" parte generale, Priulla, Palermo, 1950, pág. 483; ANTOLISEI, *Manuale*, cit. página 95; ALIMENA, *Dei delitti contro la persona*, Enc. Pessina, IX, pág. 899; CARRANCA TRUJILLO, *Derecho penal mejicano*, Parte General, Méjico, Robredo, 1950, pág. 173); MESTICA, *La responsabilità delle persone giuridiche*, Torino, 1934, págs. 910 y sgs.

En la doctrina española esta posición está igualmente integrada por la doctrina mayoritaria. Así DEL ROSAL, *Derecho Penal* (Lecciones), cit. pág. 342; ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, cit. I, pág. 158; JIMÉNEZ ASUA, *Tratado*, cit. III, pág. 79); CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, cit., II, pág. 578; PUIG PEÑA, *Derecho Penal*, Barcelona, 1950, I, pág. 209.

b) Frente a esa posición mayoritaria un sector de la doctrina cree que los entes jurídicos no tienen capacidad para ser sujetos de delitos contra el honor, ya por falta de capacidad para sentirse ofendidas (MANZINI, *Diritto Penale*, cit. VIII, pág. 358); ya porque siendo el honor un derecho de la persona humana, a ellas no les pertenece como titulares (COCURULLO, *L'ingiuria e la diffamazione nel nuovo codice penale*, 1934, pág. 35; P. VICO, *Dell'ingiuria collettiva*, "Rivista Penale", 1906, pág. 30); ya porque no tienen personalidad de Derecho Penal (MANZINI, *Ob. cit.*, pág. 358; MAGGIORE, *Diritto Penale*, II-II pág. 802); ya porque al no ser sujetos activos creen que sería injusto que lo fueran pasivo (E. GÓMEZ, *Tratado*, cit. II, pág. 277). Dentro de esta dirección VANNINI cree que las ofensas contra las personas jurídicas se convierten en ofensas contra las personas individuales que las integran. (*Manuale di Diritto Penale italiano*, P. *Especiale*, Milano, 1954, pág. 331.)

Pese a que los argumentos ofrecidos por la dirección negativa tienen un peso científico considerable, la doctrina mayoritaria milita en la dirección opuesta. Para mí la razón de esta abrumadora mayoría está:

a) En el arraigo que tuvo, sobre todo en Alemania, la doctrina de la ficción. Para la escuela germánica la persona moral es un ser vivo y real lo mismo que la persona física, obra como el individuo, aunque mediante métodos diferentes, y puede obrar mal, delinquir y ser castigada.

b) En la confusión entre crédito y honor objetivo. Las personas jurídicas no pueden ser titulares más que de bienes jurídicos patrimoniales; esta capacidad

faculta para que en el campo de las relaciones jurídicas privadas se les reconozcan derechos y obligaciones. A partir de ese acto de constitución son personas para el *Derecho privado sólo y exclusivamente*, pueden comprar, vender, transigir, etc., que son figuras de contratos civiles o mercantiles; tienen vida y personalidad como tales entes en las relaciones jurídicas privadas, pero para tener personalidad jurídica en Derecho penal se necesita más que un papel escrito que finja un parto, es preciso el parto sin ficción; hace falta una persona física. La personalidad creada ficticiamente por el Derecho privado no puede entrar en el concepto jurídico penal de *persona*, término que, como hemos visto, emplea nuestro Código. Desde este principio se enfoca mejor la cuestión y se puede formular descongestionándola en estas dos: ¿Pueden ser sujetos pasivos de los delitos contra el honor las llamadas en Derecho privado personas jurídicas? ¿Pueden ser perjudicados?

La respuesta a la primera pregunta creemos que debe ser negativa: las personas jurídicas no pueden ser titulares de honor, por las siguientes razones:

a) La naturaleza del honor, que es un derecho de la personalidad humana; quien no es persona en Derecho penal no puede gozar de este bien, y nadie puede, por tanto, lesionarle un bien de que carecen. El honor y la reputación requieren en el sujeto personalidad fisiopsíquica e idoneidad para adquirir méritos o deméritos individuales, lo que implica personalidad individual consciente y voluntad unitaria.

b) El honor es un bien tutelado solamente por el Derecho penal, que lo protege, en cuanto es patrimonio de las personas.

c) Aun dentro del Derecho privado, las personas jurídicas nacen y se constituyen para el cumplimiento de determinados fines, y las actividades que no vayan encaminadas a la consecución de ellos no son actividades del ente, sino de las personas singulares que lo forman o dirigen.

Para que se diera la posibilidad de la lesión del "honor de las personas jurídicas" sería preciso que la ley expresamente lo consignara. En nuestro Código esto se hace con las de Derecho público, las únicas que tienen esa tutela legislativa.

Distinta es la solución a la segunda pregunta que hemos abierto. Con una injuria a los componentes de la entidad, o una difamación de su crédito sí pueden dañarse los intereses de ella. Adquiere entonces el carácter de perjudicados del delito contra el honor, del cual son sujetos pasivos sus miembros; y para la reparación del daño no les que-

se confunde con la de ser titulares de honor objetivo. Para un detallado estudio de estos puntos, vide AQUILES MESTRE, *Las personas morales y su responsabilidad penal*. Madrid, Góngora, 1930, págs. 141 y ss.; BATAGLINI, G., *Personalità penale delle persone giuridiche*; y la documentada conferencia del profesor DEL ROSAL, *La sociedad como ente penal*. "Anales de la Academia Matritense, del Notariado", Madrid, 1952, págs. 293-342.

da a estos entes más que, representados por sus legítimos gestores, ejercitar la oportuna acción civil por culpa o dolo extracontractual. De donde puede decirse en resumen que las injurias proferidas contra las sociedades lo son contra las personas que las forman, las cuales pueden ejercitar la querrela como tales personas individuales, siempre que aparezcan suficientemente determinadas. Perjudicado lo es la sociedad como ente.

C) En la legislación comparada son muy pocos los Códigos que hacen referencia al problema. Unos, los menos, admiten expresamente la posibilidad de delitos contra el honor de las personas jurídicas, tales como la *ley francesa de 29 de julio de 1881*, que sustituye por el delito de difamación el de calumnia que figuraba en los artículos 367-372 del Code, que habían sido abrogados por la ley de 17 de mayo de 1819; el *Código argentino de 29 de octubre de 1931*; el *Código boliviano de 1834*; el *colombiano de 1936*; el *Código de Defensa Social de Cuba de 1936*; el *Código penal dominicano de 1884*; el *mejicano de 1931*; el *panameño de 1922*; la *ley sobre calumnia e injuria portorriqueña de 1911*, y el *Código griego de 1950* (54); el *Código indio (paquistaní) de 1860*, que prevé la difamación contra las personas jurídicas (54 bis). Otro grupo de legislaciones prevén los ataques al honor de las personas jurídicas de Derecho público, guardando silencio respecto a las de Derecho privado. Entre ellas pueden citarse el *Código Penal guatemalteco de 1936*, el *Código Penal de Honduras de 1906*, el de *Nicaragua de 1891*, el *salvadoreño de 1904*, el *uruguayo de 1933* y el *alemán* (55). Y por fin, la mayoría de las leyes penales guardan silencio sobre el particular, utilizando en el texto del articulado expresiones que nada dicen sobre la posibilidad legal de incluir a las personas jurídicas en el área de los sujetos pasivos de delitos contra el honor. Así el *Código Penal italiano de 1930* habla de *otra persona* en lo que concierne a la injuria, empleando para la difamación el término "*la reputación de otro*" (art. 595); también el *Código Federal suizo de 1937* habla del honor de una persona, y la misma expresión utilizan el *Código de Policía de Costa Rica*, el *Código Penal chileno de 1874*, el *ecuatoriano de 1938*, el *danés de 1930* y el *Código Penal de la Rusia Soviética de 1926*; el *Código finés de 19 de diciembre de 1889*, que habla del que reprochare una determinada acción delictiva a "algún otro", "a otro", etc. (55 bis); el *Código japonés de 10 de agosto de 1953*, que emplea igual término (55 III); el *Código yugoslavo de 2 de marzo de 1951*, que se refiere a la imputación

(54) *Das griegische Strafgesetzbuch*. Berlín, 1953, pág. 75.

(54 bis) *Das indische (pakistanische) Strafgesetzbuch*. Berlín, 1954, pág. 133.

(55) *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*. Tomo II: *Walter der Grunter*. Berlín, 1951, pág. 147.

(55 bis) *Das finnische Strafgesetzbuch*. Berlín, 1954 (traducción al alemán del Dr. Brynolf Honkasalo, profesor de Helsinki), págs. 45 y 46.

(55 III) *Das abgeänderte japanische Strafgesetzbuch*. Berlín, 1954 (traducción al alemán de los doctores Kiusaku Saito y Haruo Nishiara), pág. 33.

a "alguien" de un hecho delictivo (55 IV); el *Código criminal danés para Groenlandia de 5 de marzo de 1954* alude también al que lesionare el honor de "algún otro" (55 V); y el *Código turco de 1926*, que dice la ofensa al honor de "algún otro" (55 VI). Dentro de este grupo pueden incluirse también, pues hablan de injuriar o difamar a alguien; el *Código Penal brasileño de 1942*, y el *Código Penal holandés de 3 de marzo de 1881* (55 VII).

Merece por último, destacar los Códigos que por las expresiones utilizadas hacen que en una rigurosa interpretación deban ser excluidas las personas jurídicas de los sujetos pasivos de delitos contra el honor. Entre ellos, el *Código Penal de Haití de 1836*, que habla de imputar hechos contra el honor a un *individuo cualquiera*; el *Código Penal portorriqueño*, que dice *un vivo*, y el *venezolano*, que utiliza la expresión del "que hubiere imputado a *algún individuo* algún hecho determinado capaz de exponerlo al desprecio o al odio público.

2. *Injurias contra los difuntos*.—A) El honor es un derecho de la personalidad, que se extingue por la muerte de las personas, porque el difunto no puede ser titular del honor considerado como bien jurídico protegido por el Derecho. Desde este principio fundamental no ofrece dificultad la solución de la cuestión de las injurias a los difuntos. ¿Por qué entonces hablan las legislaciones de difamación, calumnia o injuria a los difuntos? Lo que ellas protegen no puede ser el honor de éstos, sino algún bien jurídico del que sean titular los vivos unidos con el difunto por un vínculo cualquiera. Este bien jurídico será el *honor de la familia* a que aquél pertenezca, el cual puede verse manchado por el agravio, o el derecho de la comunidad (particularizado en los parientes y herederos como titulares) al *respeto de la sagrada memoria de los muertos*. Entre una y otra solución se mueve la doctrina, siendo unánime la opinión de que los difuntos no pueden ser titulares de honor. De la primera posición es Alimena, que cree que la querrela corresponde a los parientes a causa de la solidaridad de la familia, "ya que aquellos que están unidos por un grado próximo de parentesco, tienen algo en común por el cual la ofensa hecha a uno es ofensa hecha a todos" (56), y Gemminegen-Fuerfeld, que opina igualmente que la ofensa a la memoria de un difunto afecta necesariamente al honor de cada uno de los componentes de la familia del muerto (57). Pero la mayoría de las autores creen que lo que la ley protege al castigar las injurias contra los difuntos es el derecho de los vivos a que se respete la memoria de aquéllos. Carrara dice que "el paciente del delito no es

55 iv) *Das jugoslawische Strafgesetzbuch*. Berlín, 1952 (traducción del Dr. August Munda), págs. 52-54.

(55 v) *Das griegische Strafgesetzbuch*, cit., pág. 75.

(55 vi) *Das dänische Kriminalgesetzbuch für Grönland von 5 März 1954*. Berlín 1955, pág. 27.

(55 vii) *Das türkische Strafgesetzbuch, von 1 März 1926*. Berlín, 1955 págs. 106 y 109.

(56) ALIMENA, *Dei delitti contro la persona*, cit., Enc. Pessina IX, pág. 894.

(57) GEMMINGEN-FUERFELD, *Zur Lehre den Beleidigung Verstorbenen*. Breslau, 1905. pág. 43.

el difunto, que no tiene ya derechos porque su personalidad se ha extinguido; el paciente es su hijo o pariente superstite. Y éste es paciente en tanto que se viola su derecho a que se respete el buen nombre de sus antepasados por el afecto religioso que conserva hacia su memoria" (58). En la doctrina española sostiene esta posición el profesor Del Rosal, que escribe que si bien las leyes protegen a los muertos de los actos difamatorios contra su memoria, no es que sean sujetos pasivos, pues el muerto carece de condición previa, por lo que la acción se ejerce por sus parientes, en los que recaen propiamente las ofensas contra el difunto (59); Cuello Calón (60), Antón Onega (61) y Puig Peña (62); Jiménez Asúa cree que el sujeto pasivo es la familia "y en todo caso la comunidad, representada, para poner en marcha la acción, por el causahabiente" (63).

B) Si la injuria a los difuntos se transforma en un delito contra la sagrada memoria de los mismos, se hace preciso determinar quién es el titular jurídico de ese derecho, o en otros términos, quiénes están facultados para instar procesalmente la acción correspondiente. De este particular se ocupa el artículo 466 de nuestro Código, el cual no es sino una excepción a la regla general establecida en el 467, párrafo 3.º, que preceptúa que "nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querrela de la parte ofendida, salvo cuando la ofensa se dirija contra la autoridad pública, corporaciones o clases determinadas del Estado". Por excepción, el 466 establece que "podrán ejercitar la acción de calumnia o injuria los ascendientes, descendientes, cónyuge y hermanos del agraviado difunto, siempre que la calumnia o injuria trascendiera a ellos y en todo caso el heredero". Como tal excepción, este artículo debería figurar a continuación de la regla general (64).

¿Quién es el titular de ese derecho lesionado por la injuria a los difuntos? A nuestro parecer, ese titular es la comunidad, por tratarse de un sentimiento religioso, o si se quiere, de humanidad, que reside en la sensibilidad media de los hombres que forman el grupo social.

58) CARRARA, *Programa*, cit., pág. 163. De esta opinión son también MANZINI (*Diritto Penale*, VIII, cit., pág. 354); MAGGIORE (ob. cit., pág. 802); CAPPELO (*Diffamazione e ingiuria*, cit., pág. 15); ALTAVILLA (*Delitti contro la persona*, cit., pág. 369); E. GÓMEZ (*Tratado de Derecho Penal*, cit., pág. 281); ROURA MORENO (*Derecho Penal*, P. Especial, cit., pág. 107); FERRI (*Principii*, cit., pág. 400); CAVALLO (*Diritto Penale*, vol. II, cit., pág. 909); ANTONISEI (*Manuale*, cit., pág. 95); DE RUBEIS (*Delle offese ai defunti*, Studi illustrativi del Codice Penale italiano, "Suppl. Rivista Penale", vol. II, 1893-94); SEMMOLA (*La censura pubblica*, Napoli, La Cava, 1886, pág. 113).

(59) DEL ROSAL, *Principios*, cit., II-I, pág. 496.

(60) CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, cit. II, pág. 582.

(61) ANTÓN ONEGA, *Derecho Penal*, cit. I, pág. 158.

(62) PUIG PEÑA, *Derecho Penal*, cit. I, pág. 208.

(63) JIMÉNEZ ASÚA, *Tratado*, cit. III, pág. 84.

(64) En este sentido VIADA (*Código Penal reformado de 1870*, Madrid. San Martín, 1890, III, pág. 253); GROIZARD (*El Código Penal*, cit. V, pág. 394), y CASTRO OROZCO y ORTIZ DE ZÚÑIGA (*Código Penal explicado*, Granada. Sanz, 1848, II, pág. 561).

Ahora bien, por ser delitos cuya persecución pública puede dar lugar a escándalo, con el consiguiente perjuicio para el sujeto pasivo, la comunidad no los persigue de oficio, delegando la facultad de instar la querrela en determinadas personas, distintas según las legislaciones. En la nuestra este *titular delegado* lo es el heredero, por ser de acuerdo con las teorías civiles, el continuador de la personalidad del difunto, suponiendo para él la persecución de la ofensa, a la vez que un derecho (impuesto por el art. 466), un deber. Por esto no podemos estar de acuerdo con las críticas que algunos de nuestros comentaristas hacen al Código, por conceder más amplias facultades en la persecución al heredero que a los parientes; extrañándose de que así sea porque "el interés del heredero, en defensa del buen nombre del finado, no puede considerarse ni mayor, ni más legítimo, ni más puro que el de las padres, los hijos y los hermanos" (65), pues no se trata de un delito contra la familia, sino contra la comunidad, y ésta al delegar prefiere hacerlo en el heredero, que ante ella, y frente a razones sentimentales, es el verdadero representante del difunto, no sólo en lo relativo "a todos los derechos que deja", como parece entender E. Gómez, comentando parecido precepto del Proyecto argentino de Tejedor, sino en la integridad de las relaciones jurídicas (66). Lo que no obsta para que veamos estrecha y pobre la restricción que se hace a los parientes al decir el Código "cuando a ellos trascienda". Ya los comentaristas Castro Orozco y Ortiz de Zúñiga motejaban de poco generosa esta limitación (67), y Pacheco considera inútil la exigencia de que trascienda a los parientes (68). En la forma en que el artículo 466 se encuentra redactado, no hay otra interpretación que deducir que nos encontramos ante un caso especial de ejercicio de la acción penal por los perjudicados.

El Código no nos dice si debe establecerse un orden de prelación

(65) GROIZARD, *El Código Penal*, cit. V, pág. 395. En la doctrina italiana también se han levantado voces frente a esa amplia facultad concedida al heredero. SANDULLI escribe que esta facultad "choca con la posibilidad de negar el derecho al hijo —único verdaderamente interesado en tutelar la memoria del padre— si por especiales razones personales fué obligado a renunciar a la herencia, para concederla a un extraño, que podría ser incluso el Estado u otro ente cualquiera, llegando a ser, por efecto de la renuncia, heredero del difunto, ofendido y que, precisamente por extraño, podría quizá tener interés, en la presentación de la querrela, en desacreditar al difunto, fingiendo querer defender su memoria." (*La diffamazione ed il diritto dello storico o del critico*. "Scuola Positiva", 1927, pág. 300). En el mismo sentido pueden verse en la doctrina penal italiana: PESSINA, *Elementi di Diritto Penale*, Napoli, 1882, I, pág. 136, y SEMMOLA (*La censura pubblica*, Napoli, La Cava, 1886, pág. 119). En contra BONASI (*Dell'onore e delle ingiurie*, en "Scritti germanici", I, 1936), y DERUBERTS (Ob. cit., página 45).

(66) E. GÓMEZ, *Tratado*, cit. II, pág. 283. En el sentido expuesto se expresa ANTON OÑECA: "Se estima pues que en todo caso la ofensa al honor trasciende al heredero, o mejor que existe el derecho a la persecución en el heredero como continuador de la responsabilidad moral del causante" (*Derecho Penal*, cit. I, página 158).

(67) CASTRO OROZCO Y ORTIZ DE ZÚÑIGA (*Código penal explicado*, cit. página 363).

(68) PACHECO, *El Código penal*, cit., III, pág. 203.

de ejercicio entre los parientes a quienes la ofensa trasciende, ni cuándo debe entenderse que esto ocurre. Nuestros comentaristas han tratado de resolver estas cuestiones elagando que no hay orden alguno establecido (Groizard), y que les trasciende "cuando indirectamente y como por tabla, venga a herirlos también en su reputación, en su fama, en su crédito o aprecio, lo que al difunto se haya imputado, o lo que de él se haya dicho o escrito" (Groizard, ob. cit., pág. 395); o "cuando la calumnia o injuria dirigidas al muerto redundaren de rechazo, en deshonra, descrédito o menosprecio del buen nombre de la familia de que forman parte" (Viada, ob. cit., pág. 253). De acuerdo con ellos puede decirse que les trascenderá cuando les *perjudique* en su honor, por lo que hemos dicho que se trata de ejercicio de la acción penal por los perjudicados (69).

Por otra parte, la gran amplitud en la concesión de la acción de querrela que hace el artículo 466 es inconveniente; las vagas fórmulas de los *ascendientes* y *descendientes* hacen que se extienda cronológicamente con exceso el derecho de querrela (70).

C) Si existe ese derecho de los vivos al respeto de la sagrada memoria de los difuntos, conviene determinar cuáles sean los límites de protección del mismo, tocando con ello el candente problema de su fricción con el llamado derecho de la Historia para poner en claro, tanto los acontecimientos pasados, como la participación en ella de los hombres que desempeñaron funciones públicas. De un lado, pues, el ordenamiento jurídico debe reconocer ese derecho de los parientes y el heredero, pero de otro no puede olvidar el derecho del historiador a na-

(69) En contra puede consultarse MANZINI (*Diritto Penale*, cit. VIII, página 355), que considera a los parientes verdaderos sujetos pasivos. Pero obsérvese que él mismo escribe que "son sujetos pasivos del delito en cuanto la ofensa a la memoria del difunto no sólo lesiona en dichas personas la solidaridad en el honor familiar, no sólo es insulto a aquellos sentimientos de afecto que ellos cultivan, sino puede además determinar una lesión de su pública estimación". Como hemos dicho en el bien jurídico era ese sentimiento, cuando de rechazo su pública estimación se vea *perjudicada*, no son sujetos pasivos sino perjudicados.

De la consideración del primer problema surgen algunas cuestiones de importancia desde el punto de vista procesal. Si todos los parientes y el heredero tienen el mismo derecho, ¿qué se hará cuando injuriado un difunto, uno de ellos no quiera perseguir la injuria por entender que el escándalo será más lesivo? Y ¿a quién se dará preferencia cuando el heredero quiera una cosa y otra los parientes? Desde la solución que ofrecemos, estos problemas se simplifican: Sujeto pasivo es el heredero; los parientes son perjudicados. Debe estarse ante todo a lo que el sujeto pasivo disponga. En Italia MAYNO (*Commento di codice penale*, Torino, II. 1819), y SANDULLI (Ob. cit., pág. 301) son partidarios de que el legislador establezca un cierto orden entre los que están facultados para la querrela.

(70) En este sentido SANDULLI (Ob. cit., pág. 301). En contra ALMIENA (*Dei delitti contra la persona*, cit. pág. 896), porque "aunque pueda parecer excesivo que un lejano pariente resulte más celoso que el hijo, puede ser necesario que el lejano pariente intervenga ante el silencio del hijo olvidadizo. Añadiendo que la querrela corresponde por igual a todos los parientes señalados en la ley, pues se trata de una verdadera solidaridad activa de la acción, donde toda persona, indicada por la ley, puede presentar querrela también sin el consentimiento y aun contra la voluntad de las otras".

rrar los hechos pasados, porque la Historia es parte de la civilización de los pueblos. Se hace necesario fijar los límites de protección de uno y otro, límites que se encontrarán en el camino que va de aquella frase de Royer Collard, de que la vida privada de los muertos "doit être murée aux jeux d'autrui", y la que Guizot estampó en sus *Memorias*: "Los muertos pertenecen a la Historia, ellos tienen derecho a la justicia, pero la Historia tiene derecho sobre ellos a la libertad".

Esta cuestión se vuelve acuciante para el intérprete de una ley penal que, como la nuestra, trata el problema con fórmulas vagas y de excesiva amplitud.

La doctrina tiene planteada la cuestión desde muy antiguo, ofreciendo las soluciones más dispares. Ya Carrara reconoce frente al derecho de los parientes el de la Historia. Para encontrar los límites de protección distingue entre actos de la vida privada y actos de la vida pública. Los primeros son terreno vedado a la investigación histórica, "el dominio de la Historia y el contravalor de la posteridad no pueden extenderse sobre los actos de la vida privada, aisladamente considerados. ¿Qué le importa a la Historia si Fulano fué un parásito o un mal marido?". En cuanto a los actos de vida pública, escribe que "admitiría con dificultad la querrela, a menos que se trate de una difamación abiertamente calumniosa o maligna, de un verdadero libelo lanzado por una vil venganza" (71). Igualmente reconocen el derecho de la Historia Capello (72), Frank (73), Manzini (74), Sandulli (75) y, entre nosotros, Pacheco (76). La distinción del maestro de Pisa entre actos de la vida pública y actos de la vida privada ha sido últimamente criticada por algunos autores (77), que entienden que es imposible la distinción por hallarse ambos íntimamente relacionados. "No debe olvidarse —escribe Sandulli— que un hecho histórico puede muchas veces haber sido originado por un oscuro episodio de la vida privada, desconocido o mal conocido por los contemporáneos y, sin embargo, la historiador, al narrar la parte de público dominio, no le puede estar prohibido revelar, con base en pruebas y documentos, el movimiento que por razones privadas totalmente produce el acontecimiento histórico... Y por otra parte, no es posible concebir una doble moralidad, pública y privada. El concepto de la moralidad —por cuanto clásico y variable— no puede ser más que uno, si examinado en las relaciones suje-

(71) CARRARA, *Programa*, cit., III, pág. 165.

(72) CAPELLO, *Difamazione ed ingiuria. Studio teorico-pratico di Diritto procedur.* Bocca, Torino, 1910, pág. 155.

(73) FRANK, *Philosophie du Droit Penal*. París, 1864, pág. 168.

(74) MANZINI, *Diritto penale*, cit., VIII, pág. 356.

(75) SANDULLI, *La difamazione*, cit., págs. 317-319.

(76) PACHECO, *El código penal*, cit., III, pág. 203.

(77) Vide SANDULLI, (*La difamazione*, cit., págs. 307 y ss.), y DE RUBELS (*Delle offese ai defunti*, cit., pág. 64). Antes que ellos. PESSINA (*Elementos*, cit., págs. 127 y 133), ya lo negó. Igual, SEMMOLA (ob. cit., pág. 127) y TAMBARO (*La libertà della stampa e il diritto penale*. Roma, Roux, 1893 2.ª y ss.).

tivas de la misma persona y de cada individuo" (78). En la misma forma se manifiestan Puglia, Florián y Alimena (79).

Para llegar a una solución de la cuestión no debe olvidarse que el ordenamiento jurídico no puede desconocer el derecho de la investigación histórica a esclarecer los acontecimientos más importantes de la vida de un pueblo, porque la Historia forma parte del patrimonio espiritual de toda nación, contribuyendo poderosamente a la civilización. Negar la libertad de la Historia sería tapar bárbaramente una de las ventanas por que los hombres se asoman a la cultura.

Ahora bien, a esta investigación sólo pueden interesar los hechos con *valor histórico*, por eso el derecho de la Historia sólo se extiende sobre los hombres que desempeñaron un papel histórico, sea principal o secundario. Respecto a ellos, la Historia puede indagar y publicar tanto los actos que integran la vida privada como los de la vida pública, pues la vida de las personas es un conjunto integrado por igual, de actos de una y otra clase, y no hay forma de separar los unos de los otros. En la conducta pública de los hombres tienen influencia considerable sus actos privados, de la misma manera que en éstos la tienen aquéllos. Pero es preciso tener bien patente que sólo estará al investigador permitido la indagación de esos actos íntimos *en cuanto tengan relación con la vida pública*. Así, para estudiar la sucesión al trono de Castilla no hay más remedio que entrar en la indagación sobre la posible impotencia de Enrique IV y en los demás episodios privados que ponen en duda la paternidad de la que se llamó "la Beltraneja"; el historiador que así proceda debe estar protegido por el derecho de la Historia; sin embargo, como recuerda Sandulli, esta libertad histórica de ninguna manera podía proteger a Suetonio cuando habla de la aberración psicosexual de César, que ninguna relación tiene con las hazañas realizadas por él como hombre público, ni se podrían invocar los derechos de la Historia para justificar el innecesario capítulo que dedica a narrar la prostitución de César al rey Nicomedes, ni cuando recuerda que Dolabella decía de él que era "la mujer que traicionaba al rey de Bitinia", llamándolo "la esposa secreta de la litera real", o que Bidulo, que fué cónsul con César, decía "se enamoraba primero del rey y después del reino" (80).

El criterio que nos da el límite hasta dónde llega el derecho de la Historia y dónde empieza la protección del respeto de la memoria de

(78) SANDULLI (ob. cit., pág. 308) recuerda cómo en la determinación de Napoleón III de ayudar al movimiento de unificación italiano fueron quizá más eficaces las tentadoras gracias de la duquesa de Castiglione que la habilidad diplomática del conde de Coronar. El historiador que quisiera profundizar en este hecho, "debería entrar también en la alcoba de la bellísima dama, para encontrar en ella al no menos joven emperador".

(79) También PUGLIA dice ser imposible la separación, porque la vida diaria nos ofrece pruebas indiscutibles de la influencia máxima que la vida privada ejerce sobre la vida pública y viceversa (*Dei reati di stampa*. Enc. Pessina, IX, pág. 1015); de la misma opinión es FLORIÁN (*La teoria psicologica della diffamazione*, cit., pág. 98), y ALIMENA (*Dei delitti contro la persona*, cit., IX, pág. 895).

(80) Cfr. SANDULLI, ob. cit., pág. 319.

los muertos, está en la intención del historiador: cuando deja de ser *animus narrandi* para convertirse en *animus iniurandi*, el derecho de la Historia empieza a ser delito contra el honor. Muy acertadamente dice el profesor Del Rosal que el *animus iniurandi* "es acaso el que da vida y pensamiento al delito de injurias" (81), y por ser éste un delito intencional predominantemente no cabe duda que el animus debe ser la guía en la determinación de la protección.

Pero conviene ir con cautela en la aplicación de este principio, pues con su abuso nos exponemos a crear, junto a la *exceptio veritatis*, una *exceptio bonafidei* excluyendo el delito, no sólo al quedar probada la verdad de los hechos imputados, sino también al probarse la falta de intención malvada, saliéndonos de los confines de la ofensa a la memoria sagrada de los difuntos (82).

Por respeto a los derechos de la Historia deben restringirse las fórmulas en que nuestro artículo 466 fija los parientes que están legitimados para querrellarse por injuria a los difuntos: el dejar la querrela a todos los descendientes es ahogar en gran parte la libertad del historiador. Groizard y Pacheco denunciaron esta amplitud (83), que tiene su aparición en el Código de 1848 y ocupa un lugar en todos los Códigos posteriores.

D) En las legislaciones son diversas las fórmulas empleadas para fijar los parientes legitimados para ejercitar la querrela. De la amplitud de la nuestra, empleando la fórmula *ascendientes, descendientes*, son los Códigos de *Colombia*, de *Defensa Social Cubano*, *mejicano*, *venezolano*, *guatemalteco*, de *Honduras*, *salvadoreño*, utilizando los tres últimos el requisito de la trascendencia. Limitan esta extensión el *Código italiano*, que habla de "los próximos parientes, el adoptante y el adoptado"; el *Código alemán*, que legitima al "padre, madre, hijos, cónyuges, o los hermanos y hermanas de la persona difunta"; el *Código panameño* dispone que podrán ejercitar la acción "los parientes dentro del segundo grado de consanguinidad y el cónyuge sobreviviente"; en el *uruguayo* "la denuncia podrá ser articulada por el cónyuge o por los parientes próximos"; el *Código holandés* habla de los parientes "en línea directa o colateral hasta el segundo grado"; el *belga de 1867* dice que "la persecución no podrá tener lugar más que por querrela de su cónyuge, de sus descendientes o herederos legales hasta el tercer grado inclusive"; el *Código finés de 1889*, que habla del "cónyuge, padres o hermanos del difunto" (84); el *griego de 1950* concede el derecho de querrela por difamación a los difuntos al cónyuge supérstite y a los hijos, y caso de que éstos no existan, a los padres y hermanos (84 bis); según el *Código chileno*, pueden ejercitar la acción de calumnia o injuria "el cónyuge, los hijos, nietos, padres, abuelos y hermanos legítimos, los hijos y padres naturales y el heredero

(81) DEL ROSAL, *De las injurias*, A. D. P., 1953, pág. 99.

(82) En este sentido, DE RUMERS, *Delle offese ai defunti*, cit., pág. 63.

(83) GROIZARD, *El Código penal*, cit., pág. 396, y PACHECO, *El Código penal*, cit., pág. 203.

(84) *Das finnische Strafgesetzbuch*, cit., pág. 47.

(84 bis) *Das Griechische Strafgesetzbuch*, cit., pág. 76.

del difuntó agraviado, y la misma fórmula emplea el *Código penal nicaragüense*. De todos ellos se separa la *ley francesa de 29 de septiembre de 1919*; que dispone que "los artículos 31, 32 y 33 no serán aplicables a las difamaciones o injurias dirigidas contra la memoria de los muertos, más que en los casos en los cuales los autores de estas difamaciones o injurias hubieren tenido intención de lesionar el honor o la consideración de los herederos, cónyuge o legatarios universales vivos".

El tratamiento que de los derechos de la Historia se hace en la legislación comparada es, asimismo, diverso. La mayoría de los Códigos guardan silencio sobre el particular, ocupándose de ello el *Código brasileño*, que establece que no constituye injuria o difamación punible "la opinión desfavorable de la crítica literaria, artística o científica, salvo cuando sea inequívoca la intención de injuriar o difamar"; el *Código colombiano*, que dispone que los autores de escritos históricos no pueden ser acusados de injurias inferidas a personas muertas salvo cuando dé a conocer sus faltas o vicios puramente privados o domésticos"; el *Código de Paraguay* dice que "si la parte ofendida falleciese antes de haber formulado la querrela o si los mencionados delitos no se hubieren cometido contra la memoria de un muerto, la querrela podrá ser deducida por el cónyuge, los descendientes o los hermanos, si no se trata de juicios emitidos en trabajos históricos sobre hombres públicos; y el *Código penal de Haití*, que después de determinar lo que se entiende por difamación y fijar la pena correspondiente, dice que esa disposición jamás es aplicable "a los hechos en que la ley autoriza la publicidad, ni a los que el autor de la imputación, por la naturaleza de sus funciones o de sus deberes, esté obligado a revelar o a reprimir", determinación en la que quedan incluidos los derechos del historiador.

3. *Los inimputables y menores*.—También ha dividido a la doctrina la cuestión de si los inimputables pueden ser sujetos pasivos de delitos contra el honor. Desde un ángulo puramente negativo se ha dicho por Pili que podría hablarse de injusticia si fueran protegidos como sujetos pasivos y no se les pudiera castigar como sujetos activos (84 tris), y por Bataglini, que los enfermos mentales y los niños son incapaces de honorabilidad social, en cuanto ella presupone una madurez psíquica y una capacidad de vida de relación, y en cuanto a los bienes espirituales requieren una cierta madurez y salud de espíritu en el sujeto pasivo (85). Desde el extremo opuesto se defiende la

(84 tris) PILI, *Difamazione e publica censura*, cit., pág. 44. Esta aventurada opinión de PILI ya la refutó ALTAVILLA diciendo que no puede hablarse de tal injusticia, porque "la incapacidad penal no es una culpa que se debe expiar perdiendo una garantía legislativa" (*Delitti contro la persona*, cit., pág. 364).

(85) Para mí—escribe—, injurias punibles contra menores no pueden darse más que en especiales comunidades de menores, y en tal caso implican penas previstas por un ordenamiento específico de aquella comunidad, y no crean responsabilidad a presencia del derecho represivo del Estado. Así, en la George Junior Republic (colonia de muchachos de los Estados Unidos), las lesiones al honor entre los pequeños ciudadanos son reprimidas por la pequeña autoridad." (*Il bene dell'onore*, cit., pág. 259.) De esta opinión es también VANNINI, *Manuale*, cit., pág. 331.

posibilidad de que sean sujetos pasivos por Manzini, diciendo que no se debe considerar si la persona misma tiene capacidad o no de valorar la ofensa, sino si puede estar expuesta al peligro de daño que la ley penal quiere prevenir en interés público (86); por Maggiore, porque también el enfermo y el menor tienen un honor que tutelar (87); Altavilla sostiene que el legislador ha querido proteger no solamente el sufrimiento moral que implica una capacidad para comprender la ofensa, sino también la cotización social de un individuo, pues se puede ser dañado en la reputación por una ofensa que no se comprenda (88); y Messina dice que el legislador protege al castigar estos delitos el honor de la persona, y de aquí sólo se excluye quien no sea persona (89). Junto a ambas soluciones existen algunas eclécticas, como la de Liepmann, que sostiene que los enfermos y los menores sólo pueden sufrir una ofensa en cuanto poseen el discernimiento necesario para comprender el sentido de la acción contra ellos dirigida (90); Listz afirma que el menor no tiene honor hasta que entra en un cierto ambiente en el cual adquiere la conciencia de los deberes propios (91); Frank (92) cree que sólo puede ser lesionado en relación con un honor futuro porque sólo esta clase de honor poseen; y Brugger distingue entre honor común y honor específico, el primero lo tiene el menor, pudiendo poseer también el específico, según la edad, el desarrollo y el ambiente (93).

La solución de esta espinosa cuestión debe partir de lo que hemos considerado objeto jurídico de los delitos contra el honor. La ley penal protege tanto el honor objetivo como el subjetivo; en las injurias a los inimputables puede suceder que el sujeto pasivo no tenga capacidad para valorar la ofensa, no la capte, y que, por tanto, no resulte dañado el honor subjetivo, pero siempre queda la lesión al honor objetivo, o reputación, que tienen el niño y el enajenado. Una injuria

(86) MANZINI, *Diritto Penale*, cit., VIII, págs. 350 y ss. Esta tesis de MANZINI está de acuerdo con su concepción del objeto jurídico de los delitos de injuria y difamación, que para él es "el interés del Estado relativo a la integridad moral de las personas, esto es, a la inviolabilidad de los bienes jurídicos personales consistentes en el honor, en el decoro y en la reputación" (pág. 343). Esto puede predicarse en general del objeto jurídico de todos los delitos, y es precisamente lo que sitúa a nuestra disciplina, además de otras razones de peso, en el campo del Derecho público. En este sentido, vide STAMPA BRAUN, *Introducción*, cit., pág. 49.

(87) MAGGIORE, *Diritto Penale*, cit., II-II, pág. 802.

(88) ALTAVILLA, *Delitti contro la persona*, cit., pág. 364.

(89) MESSINA, *Teoría generale*, cit., págs. 22 y ss. De esta opinión es en nuestra doctrina CUELLO CALON (*Derecho Penal*, cit., pág. 582), y en la Argentina E. GÓMEZ (*Tratado*, cit., II, pág. 275) y EDGARDO ROURA MORENO (*Derecho Penal*, E. Especial, Buenos Aires, 1955, pág. 107).

(90) LIEPMANN, *Die Beleidigung. Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrecht*, Berlín, 1906, pág. 335. En el mismo sentido, BORCIANI, *Le offese all'onore*, cit., pág. 38.

(91) LISTZ, *Lehrbuch*, cit., pág. 342. Según esto, como dice BATAGLINI, los niños que van al colegio tendrían un privilegio de que carecen los que son educados en su casa por sus padres.

(92) FRANK, *Das Strafgesetzbuch*, cit., pág. 419.

(93) BRÜGGER, citado por MESSINA (*Teoría generale*, pág. 22).

lanzada sobre un niño (la atribución de un vicio, por ejemplo) cae en su reputación, en su casi imperceptible y pequeña reputación, y va creciendo con él lo mismo que la diminuta rosa encarnada sobre la carne del recién nacido se desarrolla con éste, hasta hacerse amplia y proporcionada en su época de adulto. Y no se diga que en muchos casos esto no ocurre, pues basta una leve posibilidad de que suceda para que el derecho mediante su protección lo impida.

De otro lado está la misma finalidad de la protección del ordenamiento jurídico; éste protege el honor de las personas, no exclusivamente en interés privado, sino en interés público, y si deja la iniciación del procedimiento a la iniciativa de los particulares no es sino por evitar una lesión mayor que podría deducirse de la publicidad. Si los menores e inimputables no se sienten ofendidos, queda al Estado el interés de la colectividad, que recepta la ofensa y ve violados sus intereses más profundos. Como acertadamente escribe el profesor Antón Oneca, el ordenamiento jurídico protege los derechos particulares (vida, honor, libertad, patrimonio) “*en cuanto su conservación es de interés público*”. Detrás del objeto del delito, envolviéndolo y sosteniéndolo, aparece siempre lo que Rocco llamaba objeto genérico del delito: “el interés del Estado a su propia conservación y defensa” (94).

Otra razón que fundamenta nuestra opinión es la consideración de que el honor es un derecho de la personalidad del cual se es titular por el solo hecho de ser persona, y no se extingue, como no se extingue la personalidad, porque el individuo tenga la mente turbada por una perturbación, ni requiere para darse una madurez fisiopsíquica. Carrara, con el acierto que puso en cuantos temas tocó, señaló ya que el honor es un derecho de la personalidad, y que para disfrutarse de él basta poder presentarse como individuo perteneciente al género humano (95).

4. *Injurias a los deshonrados*.—La doctrina se plantea y resuelve la cuestión sin dar un concepto de a quiénes envuelve la palabra *deshonrados*; esto les lleva a hablar de “oasis morales” (Manzini), o de “zonas intactas” (Pili). Pero, ¿puede predicarse de algún sujeto, de alguna persona humana esta calificación tan cercana a las víctimas de la antigua infamia? Creo que puede hablarse de deshonrados, y si por estos se entienden las personas que tienen perdida la reputación, no hay que olvidar que el Derecho protege tanto el honor objetivo como el subjetivo, y si aquél no existe, no deben establecerse presunciones a la propia estimación.

En general (con la única excepción de Florián) (96), la doctrina admite la posibilidad de que esta clase de personas sean sujetos pasi-

(94) ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, I, pág. 181.

(95) CARRARA, *Programa*, cit., III, pág. 2.

(96) FLORIÁN, sin embargo, resulta lógico en sus afirmaciones. Para él el honor objeto de protección del Derecho debe responder a un honor real, porque no sería justo que se proteja algo que el hombre posee sin corresponderle; se debe proteger el honor “en cuanto exista y sea, en verdad, la valoración social de las obras y de la personalidad moral del individuo” (FLORIÁN, *Dei reati contro l'onore*, cit., pág. 571).

vos de delitos contra el honor, fundando tal aserto en la existencia de parcelas de honor que no han perdido y que el ordenamiento jurídico debe proteger. Manzini dice que hasta en las personas más depravadas hay *oasis morales* que es necesario tutelar; una prostituta, añade, puede ver lesionado su honor subjetivo si se le imputa que prostituye también a su hija (97); Maggiore lo cree así “en cuanto su vida contaminada tiene *márgenes morales intactos* (un ladrón puede ser ofendido como mal patriota, una prostituta como madre desnaturalizada)” (98). Más radical que ellos se muestra Altavilla, que critica a Pili por sostener que sólo pueden ser ofendidos en las zonas intactas, afirmando que “también los deshonrados tienen, en los límites de la necesidad social, derecho a ser salvaguardados de inútiles ofensas” (99).

Desde el ángulo de nuestro Derecho positivo no puede plantearse el problema en el campo general de los delitos contra el honor, ya que la solución es distinta para la injuria y para la calumnia: en ésta sí puede hablarse de zonas intactas y zonas en las cuales es lícito imputar la comisión de un delito, en virtud de la *exceptio veritatis*; por el contrario, en la injuria la *exceptio* no funciona más que en los casos de funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, o cuando el sujeto activo tenga derecho a perseguir el delito imputado en el caso del número 1 del artículo 458, de donde basta que se ejecute una acción o se profiera una frase en deshonra, descrédito o menosprecio de una persona para que el delito de injuria se consume. De aquí que no hay más remedio que entender que los llamados deshonrados no solamente están protegidos en las *zonas morales intactas*, sino en el área total de su honor (100).

VII

Por último, y en lo que afecta al sujeto pasivo, conviene señalar que para que pueda ejercerse la querrela el sujeto debe estar perfectamente determinado, sin necesidad de que esta determinación sea nominal.

(97) MANZINI, *Diritto Penale*, VIII, cit., pág. 352.

(98) MAGGIORE, *Diritto Penale*, cit., VII-II, pág. 802.

(99) ALTAVILLA, *Delitti contro la persona*, cit., pág. 366.

(100) En el mismo sentido, con relación a la doctrina alemana, BELING, *La doctrina del delito tipo*, cit., pág. 143.

SECCION LEGISLATIVA

La abolición de la pena de muerte

(Comentarios a una obra de León Radzinowicz (*), ante los nuevos intentos legislativos abolicionistas en el extranjero)

JOSE SANCHEZ OSES

Secretario de Sala del Tribunal Supremo

Resumiendo el profesor Cuello Calón las objeciones más comunes a la pena de muerte, dice que son las fundadas en consideraciones de utilidad social: la de que dicha pena carece de eficacia intimidativa; la de que las ejecuciones no escarmentan ni atemorizan; la de la irreparabilidad ("Derecho Penal", tomo I, ed. 10.^a, Barcelona, Editorial Bosch, 1951, págs. 727 y 728).

Prescindiremos ahora de esta última objeción, por la sencilla razón de que no constituye la misma carácter exclusivo de la última pena, ya que, humanamente hablando y rehuyendo de ficciones, que no otra cosa es la indemnización, también *suelen* ser irreparables no ya otras penas graves, cual la reclusión perpetua, sino incluso muchas de las consideradas leves; penas, asimismo, privativas de libertad individual, aunque de menor duración, las que entrañan consecuencias infamantes, aunque las leyes que las conservan eludan este apelativo, y hasta las meras penas pecuniarias pueden tener—estas últimas a veces—muy difícil reparación. Y es que, cuando pensamos en el daño que las penas irrogan, sobre todo en el caso de las de reclusión, propendemos general e instintivamente a ponderar tan sólo el aspecto positivo del mal trato infligido, privaciones, la duración misma del encarcelamiento; mas nos suele costar esfuerzo apreciar el aspecto negativo: los bienes espirituales y materiales; las satisfacciones familiares y de cualquier otro orden; las posibilidades de ventajas que el penado ha perdido hasta con anterioridad al pronunciamiento de su condena en la mayoría de los casos, desde la denuncia, detención o procesamiento.

Y hecha, pues, abstracción de la objeción fundada en la irreparabilidad, no nos queda otra (entre las de índole "práctica") que la que niega o discute la eficacia intimidativa; que, precisamente, es el argumento básico de los que, contrariamente, abogan por el mantenimiento de la pena capital, con criterio naturalmente preventivo.

Como la prevención que se trata de lograr ha de ser "general", pues no cabe prevención "especial" o "individual" mediante la pena de muerte, la

(*) "A history of english criminal law", Vol. I. Londres, 1948.

procedencia de esta sanción, considerada en el sentido pragmatista que prepondera en toda discriminación penológica, nos lleva, aun sin proponérselo, al terreno de la Psicología y, más concretamente, al de la Psicología de observación y experimental, ya que no otra cosa que el estudio de la reacción que la aplicación de la pena capital produzca en quienes por cualquier medio tengan noticia de ella, es el estudio que habrá debido conducir a uno de esos dos criterios contradictorios acerca de la aptitud preventiva de la pena en cuestión.

Y es así; y también teniendo en cuenta el "considerable retroceso" que, en la tendencia favorable a la abolición de aquélla, advierte también el profesor Cuello Calón (ob. cit., tomo I, pág. 731), en el movimiento legislativo reciente, cómo nos ha suscitado especial atención mi libro que, si bien editado en 1948, sólo hasta hace poco hemos podido examinar, gracias también al celo bibliográfico de nuestro director, y en cuya obra, aun referida a la "Historia del Régimen penal inglés y su aplicación desde 1750", se destacan, con amplitud y minucia documental, aspectos de la ejecución de la pena de muerte en una época que en Gran Bretaña, y en el orden indicado, se caracterizó por lo que revela el siguiente párrafo de un historiador inglés: "Ahorcar gentes era el fácil expediente de un poder irreflexivo. Desde la Restauración hasta la muerte de Jorge III, en un período de ciento sesenta años, nada menos que 187 delitos capitales se añadieron al Código criminal... Durante el reinado de Jorge II fueron aprobadas 33 leyes que creaban delitos capitales, y en los primeros cincuenta años de Jorge III, nada menos que 63" (Sir Thomas Erskine May: "Historia constitucional de Inglaterra", vol. V, pág. 134. Versión castellana de don Juan de Izaguirre, Madrid, Manuel Ginés, 1884).

El aludido libro de León Radzinowicz se ocupa sucesivamente del "Ambito de la pena capital en el régimen penal del siglo XVIII", de la "Ejecución de Estatutos que establecían la imposición de dicha pena en la propia época", de las "Principales corrientes de opinión sobre los fundamentos de la sanción penal en el indicado siglo", de "Los comienzos del movimiento hacia la reforma del Derecho penal positivo", y del "Desarrollo de ese movimiento"; conteniendo, además, sendos apéndices sobre la legislación y jurisprudencia inglesa acerca de la repetida pena, y sobre diversas opiniones de autoridades acerca de la situación de la criminalidad y del sistema de la justicia penal inglesa en la referida centuria, concluyendo con algunas referencias a peticiones elevadas por reputadas personalidades en pro de la consabida reforma.

Pese a esa mayor amplitud que, con respecto al tema aquí epigrafiado, revela tener la obra de Radzinowicz, por lo que es fácil deducir de sólo los títulos precedentemente reseñados; lo que más llama la atención en ese libro es lo relativo a la minuciosa y documentada exposición que en él se hace de las particularidades de las ejecuciones en Inglaterra en la época a que se contrae la investigación, así como de las reacciones que aquéllas producían en el público.

Para expresar el autor el criterio oficial en pro de la publicidad de tales ejecuciones, se remite al "Informe emitido—retrospectivamente—por una Comisión especial de las que se designaron en Inglaterra—concretamente, la de 1930—para dictaminar acerca del mantenimiento y amplitud de la pena capital": "Las ejecuciones en público se basaban—así dice el Informe—en el argumento de que la pena de muerte era el método de disuasión más eficaz, y

de ahí, consiguientemente, que cuanto más gente las presenciase, mayor sería su efecto saludable" ("Parliamentary Papers", 1930-31, vol. VI, pág. 15); y esto por no recoger todas las otras opiniones que también el autor cita, alguna tan curiosa como la de H. W. Woolrych, que, en su "Private Executions" (1867) defendía aquella publicidad en aras al "inalienable derecho de los ciudadanos o confesar su crimen, o también públicamente poder proclamar su inocencia" (pág. 166).

Refiriéndose a las horas que precedían a la ejecución, comienza Radzinowicz invocando diversos testimonios de contemporáneos para aseverar que, por ejemplo, en la prisión de Newgate, las libertades concedidas a los reos en capilla rayaban en lo escandaloso, así como la exhibición de los mismos a la curiosidad pública rendía a veces grandes beneficios a los carceleros.

Asegúrase también, con análoga profusión documental, que era frecuente en los reos de cualquier sexo engalanarse para el acto de su ejecución, y ello con atavíos especiales y más o menos alusivos a su fatal destino o a su pretendida inocencia.

Estos tristes pormenores, recogidos hasta por Jonathan Swift en sus "Obras Poéticas" (Vol. 1.º, 1833, pág. 202), se completan con la no menos macabra mención de casos en que, por el contrario, los condenados se vestían ya su mortaja. Extraña al autor esta costumbre, que quiere atribuir al propósito de burlar al verdugo su "usual botín", o al de protestar inocencia o arrepentimiento.

Describense también detalladamente los desplazamientos de los reos desde la cárcel al lugar de la ejecución, advirtiendo que, si bien la práctica habitual era conducirles en carros, de tres en tres, maniatados, sentados en sus respectivos ataúdes y asistidos por un capellán; no obstante se registraban casos de obtención de permisos para hacer tal viaje en vehículos de su propiedad.

Se destaca igualmente en la obra el carácter de acontecimiento público de las ejecuciones ("desde el amanecer talleres y tiendas quedaban desiertos"), llegando a asegurar que fué frecuente en Londres, entre los empresarios de los distintos oficios, advertir a la clientela, como explicando el retraso en la confección de los encargos, que era un "hanging-day" (día de horca).

La actitud del público asistente al cortejo de los reos describíese como contradictoria según los casos, anotándose escenas que variaban desde el ofrecimiento a aquéllos de flores o bebidas (esto último bien es verdad que vulnerando severas instrucciones de los Tribunales), en detrimento de la compostura que cabía esperar de la tragedia próxima a desarrollarse, hasta llegar incluso a la violencia disputándose los puestos más ventajosos para presenciar la ejecución. Este aspecto de "espectáculo" ("Tyburn Fair" o "Hanging Match") se pone más en evidencia con la cita a la existencia de auténticas "localidades", por las que llegó a recaudarse (ya que se dice por el autor variaba el precio según la popularidad del condenado), hasta la suma de 500 libras; esto en 1766, cuando la ejecución del Conde Ferrers, reo de asesinato cuya víctima fué otro Par de Inglaterra (págs. 175 y 468).

Esas morbosas actitudes populares llegan a extremos difíciles de concebir en casos como el de un tal John Smith que, "cuando ya llevaba colgado un cuarto de hora, se hizo público su indulto y fué arrancado de la horca y llevado a casa próxima donde se le hizo reaccionar" (año 1705. "Celebrated

Trials", 1825, Vol. 3, pág. 280); o a repugnantes participaciones en la ejecución de allegados al reo, para abreviar sus últimos momentos (Zetzner: "Londres et l'Angleterre en 1700", 1905, pág. 11).

Explícate la excitación pública en tales ocasiones por estar permitido que los reos llegasen a dirigir hasta verdaderas "alocuciones" a los circunstantes: unas veces a modo de confesiones públicas, otras para proclamar su inocencia; alocuciones además que, una vez impresas, eran también objeto de venta, citándose al respecto casos de "exclusivas" de los editores y de "autobiografías" de algunos condenados (H. Bleackley: "The Hangmen of England", 1929, pág. 78).

Cítanse también casos de ejecución simultánea hasta de 24 reos; de repetidas tentativas para consumar la ejecución; de llegarse a realizar ésta, si así puede expresarse, con reos ya cadáveres (caso en aquel entonces frecuente tratándose de suicidas); de quedar en suma al criterio del verdugo apreciar el momento de haberse producido la muerte (pág. 194).

Aparte agravaciones "de facto" a la pena capital, cuales la dilatación en su ejecución, a veces determinada por la inminencia de una tormenta, fenómeno que también en ocasión motivó el indulto (pág. 184); venía también prevista esa agravación en forma de "muerte en hoguera", o mediante la exposición del cuerpo del ajusticiado en diversas modalidades de "picotas", una de ellas la denominada "hanging in chains" (o "gibbeting") (págs. 213 a 220). Métodos en suma cuya pretendida aptitud de enmienda cuesta trabajo explicar si su idea no se asocia a la de un endurecimiento de la sensibilidad pública.

Pese a esto último, no podían por menos de prevalecer ideas más nobles que, cristalizando inicialmente (hacia 1783) en evitar la afluencia de espectadores mediante el cambio del lugar de ejecución, tras una intensa campaña, tanto oficial como ciudadana, culminan, al igual que en los demás países "no abolicionistas" de la pena capital, en que ésta se verifique en privado, reducida por tanto su publicidad a la mera asistencia de los empleados o funcionarios indispensables.

Contiene también el libro de Radzinowicz extensa aportación de antecedentes relativos a ese movimiento inicialmente "suavizador" de métodos, pero, en definitiva, abolicionista.

Esta abolición, todavía no totalmente lograda, se halla planteada de nuevo en Inglaterra, siendo al respecto de interés los trabajos emprendidos por la última "Comisión" nombrada para su estudio (Véase en este mismo ANUARIO el volumen de 1953, págs. 133 a 140); pero, de todos modos, y para concluir citándonos a la obra que ha suscitado esta reseña comentada, baste resaltar, con todo lo ingrata que es la materia a que se constriñe, su valor como aportación de una perspectiva interesante al enjuiciamiento del ya único fundamento en que pretende sostenerse la última pena: su idoneidad intimidadora.

Costa Rica. Ley de defensa social

JOAQUIN BASTERO ARCHANCO

Profesor Adjunto de la Universidad de Zaragoza

El 21 de agosto de 1941, veía Costa Rica publicado su nuevo Código penal, de factura dualista, en el que conviven penas y medidas de seguridad y con idéntica dirección y en igual fecha las infracciones de menor cuantía, eran recogidas en el llamado Código de Policía.

A los pocos años de vigencia de los referidos cuerpos legales, la labor de profilaxis social y de prevención contra el crimen, así como el tratamiento de seres peligrosos y antisociales, ha hecho necesaria la promulgación de la Ley de defensa social, publicada en la Gaceta de 7 de octubre de 1953.

Con igual propósito las diversas instituciones de Costa Rica, dedicadas a dichos fines se agrupan bajo la genérica designación de Departamento Nacional de Defensa Social, el cual es regentado por un Consejo Superior de Defensa Social, que lo organiza, administra, dirige y vigila, mediante un plan de acción que se ejerce cerca de los que pueden llamarse fenómenos de patología social, tales como vagancia, rufianismo, trata de blancas, prostitución, tenencia y tráfico de estupefacientes, toxicomanía, alcoholismo, espectáculos y publicaciones nocivas, abandono de familia, mendicidad y similares.

Dentro del plan de acción del mencionado Consejo Superior de Defensa Social, se incluye la investigación de las causas de la criminalidad y medidas para el control efectivo de la misma, desarrollándose estos planes mediante la coordinación de instituciones diversas, como Escuelas de orientación vocacional, Reformatorios, Cárceles y Penitenciarias, a la vez que cerca de Colonias agrícolas y sin perjuicio de la esfera de acción del Patronato Nacional de la Infancia y del Ministerio de Salubridad Pública. Cuenta además el Consejo, para cumplimiento de la tarea encomendada, con la asistencia y colaboración de la Dirección General de Defensa Social y con la del Instituto Nacional de Criminología.

El Consejo de Defensa Social, reside en la Ciudad de San José y ostenta el carácter de Corporación pública, siendo regulada por la Ley en comentario la composición del mismo, su estructuración y el régimen del personal que lo sirve, el cual se clasifica en administrativo, técnico y de custodia, así como su funcionamiento respecto del que prescribe que los acuerdos deberán de ser tomados por mayoría absoluta de votos, decidiendo, en caso de empate, el voto de quien presida.

La Ley de Defensa Social de Costa Rica, dedica un Capítulo, interesante de por sí, al Instituto Nacional de Criminología, al que exigen importante funciones en orden al asesoramiento técnico, a la Investigación social, a la enseñanza y a la cultura y divulgación.

La función de asesoramiento del Instituto Nacional de Criminología, se condensa en la confección de una estadística criminal minuciosa con referencia a las normas y frecuencia de la criminalidad y respecto a los factores etiológicos influyentes, debiendo ser el referido Instituto quien propone al Consejo de Seguridad social el programa de acción social a desarrollar, en la lucha preventiva contra la delincuencia, así como la mejora de los tratamientos penitenciarios.

En orden a la investigación social, el Instituto de Criminología, estudia al delincuente en su persona y en su ambiente, dictaminando sobre la clasificación de los reclusos y tratamiento a cada uno de ellos, interviniendo mediante informe suyo en la concesión de libertades condicionales, en lo relativo al derecho de gracia y en materias similares.

Respecto a la función de enseñanza del Instituto de Criminología, es a él a quien corresponde expedir títulos y certificados, encontrándose entre sus facultades para el futuro y como dice la Ley "cuando la situación económica lo permita", la organización de la Escuela Penitenciaria, para la debida y eficiente preparación del personal penitenciario.

En orden a la cultura y a la divulgación el Instituto de Criminología publica un Boletín divulgador e informativo, organiza bibliotecas especializadas y mantiene el Museo Criminológico y Criminalístico.

Especifica la Ley la que denomina Acción Social del Consejo, el cual asume las funciones de administración de los establecimientos de readaptación y de carácter penal del país, las funciones de prevención y control de la delincuencia y de cuantos focos de generación y de propagación de la criminalidad se aprecien. Es el órgano ejecutor de la Ley de Vagos, para llevar a la práctica las disposiciones de la misma.

La estructuración orgánica de la nueva Ley respecto de materia tan importante como la Defensa Social, ha motivado la adaptación o concordancia de la misma con el Código penal y con el de Policía; así, en efecto, la propia Ley de Defensa Social en uno de sus Capítulos dedicado a concordancias legales, modifica el código penal en el sentido de que el sistema penitenciario y la ejecución de medidas de seguridad acordadas por la Autoridad judicial se encontraran a cargo del Departamento Nacional de Defensa Social dependiente del Ministerio de Justicia y regido por el Consejo Superior de Defensa social. En consecuencia el término de "Dirección Gral. de Prisiones y Reformatorios" quedará expresamente sustituido por el de "Consejo Superior de Defensa Social".

Junto a las expresadas reformas y de otras diversas llevadas al seno del Código penal, recoge el nuevo cuerpo legal, las que afectan al Código de Policía, en el que se instituye que las cárceles estarán bajo la dirección técnica del Consejo Superior de Defensa Social, en la forma que disponga la Ley orgánica de dicha Corporación.

También dichas modificaciones por razones de necesaria concordancia son llevadas al Código del procedimiento criminal, en varios puntos de su función adjetiva.

Como habrá podido apreciarse, el contenido y trascendencia de la Ley, son estrictamente orgánicos, asentando bases y estructurando instituciones a través de las cuales encuentra cauce la política preventiva contra la criminalidad, cuya parte sustantiva reside en los Códigos penales y de policía y en la propia Ley de Vagos de Costa Rica.

Ante un planteamiento y una estructuración corporativa, como la reseñada de la Ley de 1953, sólo cabe tener y por el contrario desear, que la ordenación presupuestaria del país, no se convierta en obstáculo al desenvolvimiento y a la actividad de unos organismos, a los que con sentido práctico y certero se les encomienda una función preventiva e investigadora, formativa y divulgadora de la que tan laudables consecuencias han de derivarse para la paz del país y para la represión de la criminalidad.

Reformas legislativas

DECRETO-LEY DE 22 DE MAYO DE 1957, por el que se adiciona un nuevo artículo, doscientos sesenta y ocho bis, al Código Penal ordinario.

En el título segundo del libro segundo del Código Penal se agrupan los tipos de delitos contra la seguridad interior del Estado, buen número de los cuales son de necesaria ejecución multitudinaria, que requiere una preparación y dirección singular o de reducido número de personas que reciben en el Código las denominaciones de jefes, promotores o promovedores, organizadores o directores, sin cuyo eficiente impulso de ordinario no hubiera podido tener realidad el delito, por lo que la Ley penal señala para esas conductas mayores sanciones que las fijadas para los meros participantes.

Varios artículos del Código, especifican las circunstancias que determinan la presunción del carácter de promotores, jefes, directores y organizadores, cuando no resulten claramente conocidos, en relación con algunas de las figuras delictivas, lo que no sucede con las demás, por lo que, para evitar que se utilicen criterios de analogía, reprobados por la ciencia penal, en cuanto puedan agravar la situación de los reos, se considera necesario incorporar al Código, una presunción genérica, aplicable a todas las hipótesis de delincuencia colectiva, con fórmula tomada del artículo doscientos cincuenta y seis, con la precisión de cuáles son los elementos caracterizadores más revelantes.

Para que no ofrezca duda la comprensión del precepto nuevo, ni se altere la armonía sistemática del Código ni la numeración de su articulado, deberá aquél colocarse al final del título y darle número duplicado.

En su virtud, previa deliberación del Consejo de Ministros, y en uso de la facultad conferida por el artículo trece de la Ley constitutiva de las Cortes, modificado por la Ley de nueve de marzo de mil novecientos cuarenta y seis

DISPONGO:

Artículo 1.º Al título segundo del libro segundo del Código Penal ordinario se añadirá el capítulo trece, con un artículo que llevará el número doscientos sesenta y ocho bis, que dirá:

«Artículo doscientos sesenta y ocho bis.—Cuando en la comisión de los delitos colectivos comprendidos en el presente título no aparecieren los jefes, promotores, o directores y no haya precepto especial que atribuya esa condición, se reputarán por tales, en cada caso, el más caracterizado entre los enjuiciados, y en igualdad de condiciones el de más edad.»

La caracterización a que alude el párrafo anterior se refiere a los que ejercieren acto de dirección o representación y, en su defecto, a la condición, conducta y antecedentes, a juicio de los Tribunales, en razón con la naturaleza y circunstancias del hecho.

Artículo 2.º Quedan derogadas las disposiciones que se opongan a lo establecido en este Decreto-ley.

Artículo 3.º Del presente Decreto-ley, que comenzará a regir a partir del día siguiente al de su publicación, se dará cuenta inmediata a las Cortes.

DECRETO-LEY DE 22 DE MARZO de 1957, por el que se añade un nuevo párrafo al artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El artículo quinientos tres de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, requiere, entre otras condiciones, para que pueda decretarse la prisión provisional que el delito imputado tenga señalada en la ley pena superior a la prisión correccional, hoy prisión menor. Esta condición tan justa y oportuna en la generalidad de los delitos, puede no serlo en los que, bajo la rúbrica de los que se cometen contra la seguridad interior del Estado, se comprenden en el título segundo del libro segundo del Código Penal, que ordinariamente producen alteraciones más o menos graves y duraderas del orden público.

En estos casos, al acordar la libertad de los procesados mientras la perturbación del orden no haya cesado por completo, suele tener la lamentable consecuencia de producir una desmoralización social o que delincuentes obstinados insistan en su conducta, dificultando gravemente la acción de la autoridad, dirigida a la restauración del orden perturbado.

Por ello, es considerable reformar el citado artículo quinientos tres, estableciendo una excepción para los delitos y circunstancias antes mencionados, en los que se decretará la prisión provisional, aun tratándose de delitos penados con prisión menor o arresto.

En su virtud, previa deliberación del Consejo de Ministros, y en uso de la facultad conferida por el artículo trece de la Ley constitutiva de las Cortes, modificado por Ley de nueve de marzo de mil novecientos cuarenta y seis,

DISPONGO :

Artículo 1.º Al artículo quinientos tres de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se añadirá el siguiente párrafo:

«Cuarto.—Cuando de la causa resulte la existencia de delito comprendido en el artículo segundo del libro segundo del Código Penal, sea cualquiera la pena señalada al delito y mientras la situación alterada por él no haya sido completamente normalizada, se decretará la prisión provisional, sin que en ningún caso pueda exceder ésta de la duración de la pena señalada al delito que la motiva.»

Artículo 2.º Quedan derogadas las disposiciones que se opongan a lo establecido en este Decreto-ley.

Artículo 3.º Del presente Decreto-ley, que comenzará a regir a partir del día siguiente al de su publicación, se dará cuenta inmediatamente a las Cortes.

ORDEN DE 30 DE MARZO DE 1957, por la que se dictan normas para la tramitación de procesos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Se ha mantenido reiteradamente el criterio de que la eficacia de la pena, más que de su intensidad, depende de la oportunidad de su aplicación por lo que debe aspirarse a que la sanción siga de cerca al delito, lo que requiere de los jueces y Tribunales una celosa actividad, que sólo puede estar limitada por un razonable riesgo de error o de que se disminuyan las garantías procesales que la Ley ofrece a los reos.

Esa actividad ha sido en todos los tiempos legítima aspiración social, porque la celeridad sin precipitaciones del proceso penal tanto afecta a la pública convivencia como a la de los sueltos activos y pasivos de las infracciones criminales, y ello ha movido en varias ocasiones a este Ministerio a estimular el celo de los Tribunales y del Ministerio Fiscal, mediante disposiciones tendentes a asegurar el cumplimiento de preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, estímulo que se reitera por la presente, que reproduce las antes aludidas.

En su virtud, este Ministerio ha tenido a bien disponer:

1.º Tanto en la instrucción de los sumarios como en el período de plenario, los Jueces y Tribunales observarán con el mayor celo las normas en vigor contenidas en las disposiciones dictadas por este Ministerio en 3 de mayo de 1926, 21 de marzo de 1932, y 8 de abril de 1933, encaminadas a procurar el más exacto cumplimiento de preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2.º Al recibirse en la Audiencia los partes de incoación de los sumarios se distribuirán entre los Magistrados, por el turno de reparto que el mismo Tribunal acuerde, atribuyéndose desde ese momento la ponencia al Magistrado a quien el sumario se turne, el que hará en su libro de vigilancia el asiento correspondiente o hará una ficha, si se prefiere este sistema.

3.º Los ponentes examinarán con asiduidad sus libros o ficheros, cuidando de observar el progreso de la instrucción de los sumarios y especialmente de que los Jueces cumplan lo dispuesto en el artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

4.º Sin perjuicio de que en cada caso puedan acordar las Salas de Justicia, conforme a los artículos 324 y 325 de la Ley, las Salas o Juntas de Gobierno se reunirán, como dispone el artículo 20 del Decreto de 8 de abril de 1933, dentro de los cinco primeros días de cada mes, y, además, cuantas veces lo estimen preciso; en cada reunión los Ponentes

tes darán cuenta de los sumarios pendientes en los Juzgados en cuya tramitación observen retardo o irregularidades, o en todo caso de los que llevan más de un mes de tramitación para apreciar las causas que hayan impedido su terminación y adoptar los acuerdos pertinentes.

Las salas de Gobierno podrán acordar que se cite a sus reuniones a los Ponentes, a fin de que emitan los informes prevenidos en el párrafo anterior.

Los presidentes de las Salas o Juntas de Gobierno cuidarán de que en la redacción del acta de cada reunión se cumpla lo acordado por el artículo 21 del citado Decreto.

5.º Igualmente, darán cuenta de los procesos pendientes en la Audiencia en los que adviertan dilación por incumplimiento de los términos fijados en la Ley o en los acuerdos judiciales para los diferentes trámites o traslados, cumplimiento de diligencias o ejecución de sentencias.

6.º Cuando en virtud de lo dispuesto en el artículo 626 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se pasen los asuntos al Ponente, éste examinará cuidadosamente si se han practicado las notificaciones y emplazamientos, así como si se han remitido las piezas de convicción, y dará cuenta a la Sala para inmediata subsanación y corrección del defecto que aprecie.

7.º Transcurrido el término del emplazamiento se darán sin dilación los traslados de instrucción, y evacuados en los términos para ello fijados, examinarán los Ponentes, para dar cuenta a la Sala, las peticiones formuladas, debiendo rechazarse las de renovación del auto de terminación del sumario para la practica de nuevas diligencias si no se consideran esenciales para la comprobación de los hechos o su calificación y las que puedan practicarse en el juicio oral.

8.º Una vez que los autos se encuentren en estado de señalamiento, de la vista, se hará sin dilación, sin que se pueda demorar porque ya esté cubierto con otro señalamiento un dilatado período de tiempo. Asimismo, semanalmente se hará por los secretarios respectivos alarde de los asuntos que hayan llegado a tal estado, y se darán cuenta a las Salas.

9.º Los Jueces de Instrucción harán uso siempre que sea posible de la prórroga de jurisdicción autorizada por el artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando requieran de otro Juez o Tribunal la práctica de diligencias, excedido el plazo que prudencialmente consideren necesario para su cumplimiento, practicarán lo dispuesto en el artículo 192 de la citada Ley.

10. Los Tribunales cuidarán de evitar las suspensiones de juicios, que únicamente deberán acordarse excepcionalmente, y cumplirán al efecto lo que dispone la regla 14 de la Orden, de 21 de marzo de 1932. Asimismo, vigilarán especialmente el cumplimiento de las ejecutorias,

evitando todo retraso en la práctica de las necesarias diligencias para su propia terminación.

11. La Inspección de Tribunales velará por el cumplimiento de las anteriores disposiciones y especialmente de la forma de llevarse los libros o, en su caso, los ficheros de vigilancia y la celebración de las reuniones periódicas prescritas en el número 4.º y la redacción de sus actas.

SECCION DE JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia penal correspondiente al primer cuatrimestre de 1956

JOSE M.^a GONZALEZ SERRANO
Fiscal de la Audiencia de Salamanca

CODIGO PENAL

1. Art. 8.^o, núm. 1.^o *Enjénación mental*.—Fué bien apreciada la completa responsabilidad penal, porque sin desconocer la existencia de una oligofrenia, ni de una psicopatía que se dice no diagnosticada, se valoran a efectos penales y se afirma que no privaban al reo, del conocimiento y de la conciencia de los hechos que se persiguen (S. 14 febrero).

Para que la embriaguez pueda ser encajada en la circunstancia primera del artículo 8.^o, es preciso que sea completa, esto es, que anule totalmente la voluntad de la gente, suprimiendo la conciencia del mismo, e impidiéndole la valoración de sus actividades (S. 24 abril). Y así, no se aprecia la embriaguez como situación de trastorno mental transitorio, pues no consta que aquella hubiese anulado momentáneamente las facultades intelectuales y volitivas, hasta convertir al reo en un ser inconsciente y no constando tampoco que la embriaguez del recurrente fuese de tal intensidad que le hubiese disminuído notablemente su normalidad mental, sino que tan sólo le produjo el efecto de aminorársela meramente, pero sin privarle de darse cuenta del alcance y trascendencia de sus actos, no puede apreciarse la eximente incompleta del núm. 1.^o del artículo 9.^o del Código penal (S. 30 abril).

2. Art. 8.^o, núm. 4.^o *Legítima defensa*.—El estado de riña aceptada, excluye la posibilidad de estimar la eximente de legítima defensa, completa o incompleta (S. 21 marzo).

3. Art. 8.^o, núm. 7.^o *Estado de necesidad*.—Repugna la posibilidad de aplicar a los reos de un delito de adulterio, la eximente completa o incompleta de estado de necesidad (S. 28 abril).

4. Art. 8.^o, núm. 8.^o *Caso fortuito*.—Si bien es cierto que los agentes de la Autoridad deben proceder en el cumplimiento de su deber con la máxima prudencia, no lo es menos que cuando en su actuación se producen por los perseguidos actos de rebeldía y desconocimiento del principio de la autoridad, aunque no sean dañosos para la integridad física de los agentes; y el lugar, la hora y la ocasión se juntan en contra de las posibilidades de detención, haciendo ineficaz el desvelo empleado; la necesidad de la intimidación por la fuerza resulta corolario admisible de

empleo y hasta cierto punto como justificativa del cumplimiento de su deber (S. 26 abril).

5. Art. 8.º, núm. 10. *Miedo insuperable*.—De un sólo hecho no es dado apreciar más que una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal; y así, si ha sido estimada la eximente incompleta de legítima defensa, procede desestimar en el mismo hecho la eximente 10 del artículo 8.º del Código penal (S. 14 febrero).

6. Art. 8.º, núm. 11. *Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho*.—El estado de honda enemistad, despiaza la cuestión penal de la legitimidad en el ejercicio del cargo, que reclama la eximente, completa o incompleta (S. 7 febrero).

Se aprecia la eximente, pues los procesados cuando produjeron las lesiones, trataron antes de imponer respeto al principio de autoridad, de manera pacífica primero y de forma conminatoria más tarde, y sólo al verse acometidos por los asaltantes de la finca, acudieron a medidas de violencia, conducentes, asimismo, a su defensa corporal en trance de peligro cierto (S. 15 febrero).

Concurre la eximente incompleta, pues el agresor en servicio de vigilancia como Guarda Jurado, se excedió al disparar en el ejercicio de su cargo, ya que el disparo no obedeció a motivo alguno que lo justificara, porque tanto el herido, como su acompañante, huían en aquellos momentos de la persecución de que eran objeto por parte del procesado, inermes y en actitud pasiva. Y al decir el artículo 13 del Reglamento de 8 de noviembre de 1949, que los Guardas Jurados tendrán a su cargo el recorrido y vigilancia del término municipal, cuartel o demarcación que les estén asignados, no prohíbe que el guarda jurado actúe fuera de su jurisdicción; y por esto procede reconocer que es aplicable al presente caso el artículo 22 del Código penal, pues a la sazón el procesado era un dependiente del Ayuntamiento en servicio de vigilancia de un monte del mismo término municipal, aun cuando las vicisitudes del momento lo desplazasen del terreno de su jurisdicción (S. 6 abril).

7. Art. 8.º, núm. 12. *Obediencia debida*.—La eximente requiere el que exista motivo de unidad por razón de obediencia jerárquica, entre el que manda y el que obedece; lo que no se da entre los procesados que estaban ligados por meras relaciones laborales, derivadas de su condición de empleado y patrono (S. 12 marzo).

8. Art. 9.º, núm. 2.º. *Embriaguez*.—Como en los hechos probados se dice que la embriaguez era consecuencia de libaciones en diferentes tabernas, no resultan elementos de hecho bastantes para estimarla como preconcebida, ni tampoco como habitual (S. 13 de marzo).

9. Art. 9.º, núm. 4.º. *Preterintencionalidad*.—No es aplicable esta atenuante a los delitos contra la propiedad (S. 2 febrero).

Se aprecia la atenuante, pues se afirma que el autor no tuvo intención de causar un mal de tanta gravedad como el de la fractura del maxilar, y porque el medio empleado para agredir fué sólo el de un golpe con el puño (S. 27 marzo).

10. Art. 9.º, núm. 6.º. *Vindicación próxima*.—Se aprecia la atenuante, pues la agresión fué en vindicación de una ofensa por calificativos muy

insultantes. Y así apreciada en el delito de lesiones, no procede la estimación de la atenuante quinta del mismo precepto, pues aquellos graves insultos, serian el mismo fundamento de hecho (S. 20 marzo).

11. Art. 9.º, núm. 8.º *Arrebato*.—La perturbación momentánea de la inteligencia y la sobreexcitación de la voluntad, han de provenir de estímulos lícitos y poderosos recientes e inmediatos, dimanados de actos graves e ilegítimos realizados por el ofendido de modo directo contra el ofensor (S. 1 febrero). Pues este arrebato no consiste en el que es común de todas las personas que luchan entre sí, sino en el efecto inmediato de algún acto injusto, capaz de excitar el impetu agresivo de quienes así ofrecen un grado de malicia disminuida dentro del humano proceder (S. 5 marzo).

No es aprecia la atenuante, porque la causa que impulso a la mortal agresión, era la denuncia formulada por la víctima ante las graves amenazas que el recurrente le había hecho (S. 3 marzo). Ni se aprecia una circunstancia atenuante análoga a la de arrebato, porque falta el estímulo legítimo en la actuación del recurrente (S. 2 abril).

De unos mismos hechos no pueden derivarse dos circunstancias atenuantes, cual la octava del artículo 9.º apreciada por las ofensas graves, y la sexta del propio artículo (S. 20 marzo).

12. Art. 9.º, núm. 9.º *Arrepentimiento espontáneo*.—Para la apreciación de la atenuante es preciso que, reaccionando la conciencia del agresor cuando no fuera todavía perseguido el delito judicialmente, y procurando la aminoración de sus efectos, el culpable se presente a las Autoridades confesando su actuación dolosa (S. 21 marzo). Y no puede apreciarse en quien mata a una persona y desde su casa envía un parte del suceso ocultando o disimulando el trágico fin del mismo, cuyo parte estaba obligado a dar por razón de su cargo (S. 26 abril).

13. Art. 10, núm. 1.º *Alevosía*.— Se estima la alevosía por la total sorpresa del acometido; y nada se desvirtúa por el estado de embriaguez del procesado, del que también se proclama que tenía conciencia de sus actos (S. 13 marzo).

14. Art. 10, núm. 6.º *Premeditación conocida*.—La premeditación está tipificada por el propósito meditado del culpable de ejecutar el delito buscando momento y medios adecuados para llevarlo a efecto, persistiendo en sus decisiones después de un lapso de tiempo suficiente para hacerse cargo de sus consecuencias ulteriores, con fría razón, y revelada de modo inequívoco por actos externos (S. 25 febrero).

15. Art. 10, núm. 13. *Nocturnidad*.—No basta que la ejecución del hecho se haga de noche, sino que es preciso la elección de esas horas para la realización del delito o al menos su aprovechamiento (S. 20 febrero). Es indudable que facilitó la ejecución del hecho efectuarlo de noche, si se realizó por escañamiento en un edificio sito en el casco urbano de una ciudad (S. 19 enero).

16. Art. 10, núm. 14. *Reiteración*.—Para que concurra la circunstancia basta con que algún precepto legal sea el fundamento de las primeras sentencias, aunque ese precepto no aparezca incluido en el Código mismo que después se aplica (SS. 3 marzo y 6 abril).

17. Art. 10, número 15. *Reincidencia*.—Para que pueda ser apreciada la circunstancia, precisa que quede justificada no sólo la existencia de condenas anteriores por delitos de idéntica naturaleza, sino que tales condenas fueron pronunciadas antes de que el reo hubiera de cometer los hechos que se persiguen actualmente (S. 15 marzo).

En nada influyen la omisión de la fecha de la sentencia anterior, ni la de la pena impuesta, salvo en aquellos casos en que la apreciación cuantitativa del daño pueda tener valor, habida cuenta de las modificaciones legales introducidas en beneficio de los reos (S. 13 febrero). Y en estos casos no puede apreciarse la agravante de reincidencia, sino se expresa la cuantía del delito que sirve de antecedentes (SS. 25 enero y 18 abril).

18. Art. 10, núm. 16. *Desprecio del sexo*.—Esta agravante encuentra su fundamentación natural y jurídica no sólo en el amparar la debilidad física de la mujer, sino más esencialmente en mantener la consideración a que la misma es acreedora por lo que simboliza y representa en el orden familiar y en la esfera social. Y ha de ser apreciada siempre que no sea inherente a la naturaleza del delito y no exista provocación por parte de la víctima. Sin que sea óbice el que también se hiciese apreciación de la circunstancia de abuso de superioridad, que no se derivó de los mismos elementos de hecho, sino de haberse perpetrado la agresión cuando la lesionada se encontraba sola y teniendo en brazos un niño de corta edad. Y conrrido también la agravante de prevalerse el culpable de su carácter público, pues siendo Guardia municipal recibió la orden de citar a esta mujer, y cuando para ello se personó en su domicilio, la gopeó con las manos y con el vergajo reglamentario (S. 1 febrero).

19. Art. 14. *Autoría*.—Como los reos persiguieron con propósito común agresivo a su víctima, esa solidaridad de intención les constituye en coautores de las lesiones que ocasionó el golpe de la botella, aunque se desconozca cuál de ellos lo dió materialmente (S. 17 enero). Pues el acuerdo previo origina responsabilidad «in solidum» por el resultado más grave para todos los que intervienen en el hecho criminal (S. 2 abril).

20. Art. 19... *Responsabilidad civil*.—La relación de dependencia, motivadora de la responsabilidad civil subsidiaria, es perfectamente compatible con el parentesco que ligue al procesado y al responsable civil subsidiario (S. 3 marzo).

El carácter de tercero lo tienen las Compañías aseguradoras, con acceso en el procedimiento penal cuando hubieran constituido el depósito previo para obtener una renta a favor de los directamente perjudicados o de sus herederos, de acuerdo con la Orden ministerial de 25 de marzo de 1936, por un hecho inicialmente tenido como accidente del trabajo y posteriormente objeto de sanción como delito (S. 7 febrero).

Mientras no se extinga la responsabilidad penal según alguno de los números del artículo 102 del Código de esta Orden, entre los que figura el de la prescripción del delito, se mantendrá viva la responsabilidad civil, en tanto se ejerciten juntas las dos acciones respectivas, que no cuentan entonces con más términos de prescripción que los del artículo 113 y la regla para su cómputo del artículo 114, del aludido Código penal, pero otra cosa sucede si se reclama separadamente la indemnización civil, pues en-

tonces se ventilan sólo obligaciones de esta clase ante Tribunales no concedores de delito, y entonces el artículo 117 del Código punitivo remite la extinción de la responsabilidad que resta, a las reglas del Derecho civil (S. 25 abril).

Siendo responsable el procesado P..., en concepto de cómplice, procede acceder al motivo de casación, para dar exacto cumplimiento al artículo 107 del Código penal y acomodar a él las resoluciones consiguientes sobre la responsabilidad civil del delito, que no liga al cómplice solidariamente con el autor, aunque sí lo constituya en deudor subsidiario de la cuota del último (S. 14 marzo).

21. Art. 23... *Penas*.—La regla primera del artículo 61 del Código penal, se refiere exclusivamente al caso de ejecutores de delitos en quien concurren una sola circunstancia atenuatoria sin ninguna de agravación, pues si las atenuantes fuesen dos o más se aplicará la regla quinta del mismo precepto, así como la del artículo 66 en los casos de eximentes imperfectas (S. 17 enero).

La regla cuarta del artículo 61 del Código penal, establece una facultad discrecional, que por ello no es susceptible de casación (SS. 28 marzo y 2 abril).

La pena inferior al grado mínimo de la de presidio mayor que es la señalada al delito perseguido, se compone de tres grados, constituidos por la totalidad del presidio menor (S. 23 febrero).

No se tienen en cuenta para la fijación de la pena de uno de los procesados dos sentencias condenatorias dictadas en su contra, por delitos de pesca con explosivos en julio y agosto de 1929, ya que no constituyen antecedente penal, porque el artículo 60 de la Ley de Pesca fluvial de 20 de febrero de 1942, reformado por la ley de 4 de mayo de 1948 define como delito la reincidencia prevista en el artículo 57 de la misma ley, y este precepto entiende que incurrir en reincidencia, como circunstancia especialmente agravante, los que en los doce meses anteriores a la fecha de la infracción, hubieran sido sancionados como autores de otra infracción prevista en la misma ley, para lo que se establece el Registro de infractores en materia de pesca fluvial por los artículos 108 y 109 del Reglamento de la mencionada ley de fecha 6 de abril de 1943; y aunque los artículos 60 y 57 de la ley dicha empleen terminología no usada en nuestra ley común, que no admite circunstancias especialmente agravantes, ni la prescripción de la reincidencia, son de obligada observancia en la materia especial que es objeto del fallo pronunciado (S. 12 marzo).

22. Art. 91. *Multa*.—No cabe casación contra la facultad o potestativa de la audiencia para fijar la duración de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa (S. 5 marzo).

23. Art. 231... *Atentado*.—Existe delito de atentado, pues el procesado se abalanzó sobre el policía y le golpeó, con lo que quedó manifiesto su intención de menospreciar el principio de autoridad, lo que integra el dolo específico de este delito (S. 7 enero).

Existe el delito del atentado, pues el reo golpeó al policía y le lesionó, sin poder conseguir su propósito de soltarse (S. 16 abril).

24. Art. 237... *Desobediencia*.—Se aprecia el delito previsto en el

artículo 237 del Código penal, pues el procesado, ante el requerimiento del policía de que firmara un acta y que le acompañara a la Comisaría, expuso su negativa y la amenaza de hacer objeto al policía de un atentado (S. 2 enero). Y porque los recurrentes fueron requeridos judicialmente para que no molestaran a la nombrada por el Juzgado administradora del caudal relicto, y no obstante, sembraron las fincas sin autorización de la misma desatendiendo la prohibición impuesta (S. 7 marzo). Y porque el procesado fué requerido por cédula notificada a su esposa, para que en el término de una audiencia devolviera despachado el recurso, y ante ello se constituyó en aptitud pasiva de rebeldía, motivando que la Sala acordase remitir testimonio al Juzgado de Guardia (S. 13 marzo).

25. Art. 240... *Desacato*.—Existe desacato en el injuriar a una autoridad que no se hallase en el ejercicio de sus funciones, pero cuyas injurias se profiriesen con ocasión de tal ejercicio (S. 18 febrero).

Lo mismo comete desacato el que con ocasión de las funciones de una autoridad, la calumnia o la injuria (S. 30 abril).

26. Art. 246... *Desórdenes públicos*.—El hecho de adquirir el recurrente, encargado de una chatarrería, la cerradura, los tirafondos, los ceniceros y las diversas piezas de metal que otro de los procesados arrancaba de los coches de la RENFE, constituye el delito de desórdenes públicos, ya que se trata de objetos destinados al servicio público de transporte, sin que se precise consignar que la sustracción de los mismos produzca entorpecimiento en dicho servicio público (S. 30 enero).

27. Art. 251... *Propagandas ilegales*.—Habiéndose realizado dos introducciones del boletín de que se trata, ambos ejemplares correspondientes al mes de mayo de 1953, una en 31 de marzo de 1954 que no llegaron a ser repartidos, y otra a mediados del año anterior de 1953, los que fueron entregados para su lectura y difusión a un número reducido de personas, es indudable que se contienen todos los elementos que integran el delito de propaganda ilegal, ya que con diferencia de ocho a diez meses se han practicado dos actos análogos, en diverso grado de realización, si bien el segundo hecho relatado, que es anterior en el tiempo primero, es el único que llega a producir el efecto de difusión que condena la ley; por lo que existe el delito de propaganda ilegal, consistente en distribución de periódicos comprendidos en el número 3.º y párrafo penúltimo del artículo 251 del Código penal (S. 3 abril).

28. Art. 254... *Tenencia de armas*.—La certificación acreditativa de pertenecer a Falange, ni el derecho del recurrente a solicitar licencia para uso de armas, ni el haberse aducido antes esa solicitud, evidencian la realidad de los requisitos a que se refiere el artículo 256 del Código penal, además de ser potestativa en los Tribunales esa reducción de la pena (S. 17 enero).

29. Art. 302... *Falsedad*.—Se excluye el carácter delictivo del hecho, porque se trata de alteración no esencial, dada la finalidad de la orden contenida en el documento (S. 2 marzo).

Aunque la finalidad perseguida por el culpable al efectuar en dos recibos, sustanciales mutaciones de la verdad, fuera la misma, no por ello puede estimarse que cometió un sólo delito de falsedad en documento pri-

vado, toda vez que su propósito de delinquir se manifestó en dos ocasiones distintas (S. 8 marzo). Y así obró rectamente el Tribunal al estimar tres delitos distintos de falsedad, puesto que correspondían a tres actos de voluntad y ejecución netamente perfilados (S. 16 marzo). La falta de precisión, en cuanto a la individualización de cada una de las hojas o talones de pedido que falseó la procesada, ha de pesar en la conclusión final de un delito continuado; pero no para formar una sola figura delictiva, porque estimándose que tales hojas se referían a dos libretas diferentes, expedidas a nombre de dos personas distintas, la continuidad delictuosa se produjo, pero paralelamente en cada una de dichas titularidades (S. 11 febrero).

Existe falsedad aunque no conste quiénes la realizaron materialmente, pues los dos procesados condenados como autores, proporcionaron el documento oficial que había de ser falsificado (S. 9 febrero). Pues para que varios que cooperan a la ejecución de un delito hayan de estimarse autores del mismo, basta que exista unidad de acción y común acuerdo, y así se aprecia el delito de falsedad, aunque en los hechos probados no aparezca cuál de los encartados es el que realizó la alteración de la verdad (S. 18 febrero).

Es inductor de la falsedad, pues convenció al veterinario para extender un certificado sobre lesiones de una res, simulando un accidente sufrido por la misma, sin que el veterinario reconociese personalmente al animal (S. 29 febrero). Se estima a los dos procesados autores del delito de falsedad, al uno como autor material, y al otro como inductor, dado el natural influjo que este último tenía como patrono sobre el primero (S. 12 marzo).

Las Juntas provinciales de Protección de Menores, según el decreto de 2 de julio de 1948, forman parte de la estructura de esta Institución estatal, bajo la dependencia del Ministerio de Justicia, y por tanto, la falsificación del marcaje taladro de las localidades para presenciar espectáculos públicos usado por la Junta provincial para la percepción del tanto por ciento que legalmente le corresponde, está incluida en el artículo 278 del Código penal, que sanciona la falsificación de sellos, marcas y contraseñas usados en las oficinas del Estado. Y de no estar incluida en tal precepto, saldría siempre al paso el artículo 277 del mismo código, que castiga con la misma pena la falsificación de los sellos usados por cualquiera Autoridad, Tribunal, Corporación oficial y oficina pública (S. 9 marzo).

Que no puede llegarse a la doctrina que el recurso propugna de ser el delito de estafa consecuencia obligada del de expendición de moneda falsa y siempre penables ambos de manera conjunta; porque el perjuicio económico por el receptor de aquella moneda va inherente a la naturaleza de la infracción como consecuencia directa de la misma, en lugar de producirse una nueva acción delictiva dotada de vida propia, a la que hubiera de buscarse el oportuno tratamiento penal (S. 15 febrero).

Existe falsedad en documento oficial, pues el procesado raspó la última cifra en las participaciones que tenía correspondientes al sorteo realizado por la Organización de Ciegos (S. 10 enero).

Los libros de contabilidad de una Empresa del ferrocarril, merecen el concepto de mercantiles (S. 28 abril). No resulta acertada la calificación de letras de cambio, porque éstas carecían de la firma del librador, que ya es

requisito inexcusable según el artículo 444 del Código de comercio; pero el delito sigue encajado en el artículo 303 del Código penal que se refiere también a cualesquiera otra clase de documentos mercantiles, término que abarca a las letras falseadas, puesto que su utilización fué entre personas que mantenían relaciones comerciales (S. 6 febrero).

Para que pueda entenderse cometido el delito previsto en el artículo 304 del Código penal, es preciso que se estime probado que el uso se hizo del documento falso, respondía al conocimiento de tal falsedad y al propósito de lucrarse amparado en la apariencia verdadera de tal medio falaz (S. 7 febrero).

Para que una carta pueda merecer el carácter de documento privado a los efectos del delito de falsedad, es indispensable que sea generadora de algún derecho, o que se derive de su texto la existencia de una obligación que afecte a intereses de un tercero (S. 27 marzo). Existe el delito previsto en el artículo 306, pues el reo, que era administrador del Sindicato, autorizó una certificación haciendo constar en ella el contenido de un acta de la entidad que era inexistente, y cuyo documento sirvió de base para la interposición de una demanda en reclamación de cantidad contra ese Sindicato (S. 17 abril).

El tipo delictivo definido en el artículo 307 está formado por estos elementos: Presentación en juicio de documento privado falso; que se haga a sabiendas de su falsedad; intención de lucro o perjuicio de tercero; que la falsedad revista alguna de las formas previstas en el artículo 302; y que el que lo presente no haya tomado parte en la falsificación; siendo lo mismo que se incorpore el documento a los autos, original o testimoniado (S. 25 enero).

En sentencia condenatoria por un delito de malversación, y otro de falsedad, se estima que el arbitrio del artículo 318 para reducir la pena en los delitos de falsedad, no tiene un carácter de generalidad que permita su aplicación a otros delitos en los que la ley no lo expresa así (S. 11 febrero).

30. Art. 322... *Uso indebido de nombre*.—Existe el delito, pues el procesado M. P. al alquilar una bicicleta en Cáceres dijo llamarse Angel Gutiérrez, y al empeñarla dos días después en Plasencia, dijo llamarse Angel Corchero (S. 10 febrero).

31. Art. 334... *Quebrantamiento de condena*.—La existencia de una condena anterior es presupuesto necesario para que pueda cometerse éste delito, por lo que no puede volver a tenerse en cuenta para que sirva de circunstancia agravatoria del mismo; pero si bien esa estimación duplicada ha de ser repudiada no puede extenderse tal apreciación a todas las condenas que fueron impuestas al reo que se evade, cuando fueron varias (S. 6 febrero).

32. Art. 338. *Simulación de delito*.—El delito requiere se haya motivado alguna actuación procesal, y no tiene el carácter de proceso la intervención de la Autoridad Gubernativa, cual aquí la denuncia que se formuló ante la Policía Armada (S. 24 febrero).

Si de las diligencias conoció la Jurisdicción castrense hasta la debida comprobación de la simulación, es patente la existencia del delito (S. 6 abril).

33. Art. 341. *Salud pública*.—Es reo del delito contra la salud pública del párrafo 1.º del artículo 343 del Código penal, el practicante que encargado de aplicar a un cliente una tanda de inyecciones de Farnapen, sustituye por otro cuya naturaleza no ha podido ser determinada, el inyectable recetado (S. 5 febrero).

El concepto comercial, comprende como actos de autoría toda clase de actividades encaminadas a la dolosa distribución de los productos tóxicos (S. 22 abril).

En causa seguida por delito contra la salud pública, se estima que la adquisición, la venta y el ánimo de lucro, excluyen en modo absoluto el título de imprudencia; porque no cabe olvidar el dolo específico de ese delito, con el que se defienden altos valores de interés nacional y racial contra la infección y la contaminación, combatiendo el peligro en que reside la esencia de ilicitud de todos los hechos definidos como delitos sanitarios (S. 26 enero).

34. Art. 385... *Cobhecho*.—Existe delito de cobhecho, porque el oficio por el que el Guarda forestal da determinado informe al Ingeniero Jefe del distrito, y por cuyo informe dicho Guarda había cobrado cierta cantidad para que fuese en un sentido determinado, debe estimarse como una actuación relativa al ejercicio del cargo, ya que según el artículo 30 del Reglamento del Cuerpo de Guardería Forestal del Estado de 30 de diciembre de 1941, incumbe a los guardas poner en conocimiento de sus jefes cuantos datos juzguen precisos (S. 31 enero).

35. Art. 394. *Malversación*.—El reintegro por medio de la fianza que se tenía constituida, no es proceder eficaz a los efectos del artículo 396 del Código penal (S. 13 enero). Los artículos 395 y 396 del Código aludido, ofrecen una especie de redención parcial de culpas a los funcionarios malversadores que efectúen el reintegro de lo malversado dentro de cierto tiempo, y aunque esa rebaja de pena no pueda aplicarse al caso previsto en el artículo 394, el reintegro ha de pesar sobre la conciencia del juzgador, y así se estima que reviste análogo significado al que tiene en cuenta la circunstancia novena del artículo 3.º del Código penal, por lo que si no cupiere en ella, debe estimársela incluida en la circunstancia décima del mismo precepto (S. 16 abril).

El hecho integra la malversación prevista en el artículo 395 del Código penal, pues el procesado consintió por negligencia inexcusable, que determinada señora retirase parte de los bienes que se hallaban embargados por debitos a la Hacienda y de los que era depositario. Y apreciado el hecho de haberse negado el procesado al requerimiento de la Autoridad, de entregar los bienes que en el obraban depositados a un nuevo depositario, no puede integrar, además de la malversación, el delito de desobediencia, ya que este carece de existencia independiente (S. 25 enero).

El depositario de bienes embargados tiene el carácter de funcionario público, el que no se desvirtúa porque fueran de su propiedad los bienes objeto del embargo (S. 31 marzo).

36. Art. 403. *Fraude*.—El artículo 403 del Código penal establece una modalidad específica para los delitos que indica cuando fueran cometidos por funcionarios públicos abusando de su cargo; por lo cual no cabe admitir que ese mismo carácter de funcionario pueda servir a la vez para apreciar

la agravante número 10 del artículo 10 del propio Código (S. 24 febrero).

37. Art. 406. *Asesinato*.—Es encubridor del asesinato, pues le presentó impasible y seguidamente trasladó a la ciudad al asesino, sin producir denuncia alguna, facilitando así su fuga (S. 2 enero).

38. Art. 411... *Aborto*.—Es inductor del delito de aborto, pues existió un convenio previo para provocarlo (S. 8 febrero). Y porque persuadió a la joven dado el ascendiente que sobre la misma tenía, proporcionándole dinero para los gastos y encargándole visitara a determinada persona. Y el otro procesado es cómplice, pues proporcionó una habitación de su casa, en la que colocó una bombilla adecuada, y en cuyo lugar se consumó el delito de aborto (S. 8 marzo).

La intervención de la profesora en partos y de la matrona oficial, no se limitó a indicar los procedimientos capaces de provocar el aborto, sino que recomendaron el empleo de una sonda o de unas inyecciones, e incluso proporcionaron la primera; de lo que se infiere que su actuación rebasó lo regulado en el número 1.º del artículo 416 del Código penal, y merece ser estimada como actos de cooperación, sin los cuales el acto no se hubiese realizado. Y las demás procesadas son cómplices, pues facilitaron a la joven los nombres y direcciones de las primeras, y la acompañaron al domicilio de las mismas (S. 17 marzo).

39. Art. 418. *Lesiones*.—Se trata de un caso de codeincuencia, pues los dos procesados acometieron conjuntamente a la víctima, y si primero luchó uno sólo con ésta, intervino luego el otro hasta unirse ambos para golpear al lesionado. Por lo que no constituye obstáculo para la realidad del delito de lesiones, el hecho de ignorarse cuál de los coautores produjese la herida de arma blanca (S. 31 enero).

El Tribunal de casación puede revisar lo que los juzgadores de instancia pudieran indebidamente incluir en los hechos probados, cual si se dice que la cicatriz del lesionado no tiene importancia en un hombre; estimándose ahora que existe deformidad, pues la irregularidad quedó al lesionado en lugar tan visible como parte baja y externa de un párpado, que expresamente se dice representa una fealdad (S. 15 febrero).

Como las lesiones determinaron una disminución de la visión del ojo derecho, esta afirmación obliga a estimar como aplicable lo dispuesto en el número 2.º del artículo 420 del Código penal, pues para la pérdida de un ojo basta que exista una alteración funcional del mismo o en la visión normal de él dependiente, perturbando su uso o disminuyendo en cuantía sensible, no sujeta a valoración predeterminada, tan importante sentido (S. 23 enero).

40. Art. 429. *Violación*.—Dada la mentalidad de la violada, que debía tenerse como la propia de una niña de seis o siete años, ha de estimarse la equivalencia a la falta de razón, no por privación de la que podía tener, sino por déficit de su alcance (S. 26 marzo). Y si se trata de una mujer de dieciséis años, que acusó un déficit intelectual de naturaleza oligofrénica en el grado de la imbecilidad, y con una edad mental de cuatro a seis años (S. 28 abril).

Ante el caso de que la víctima es una niña de muy escasa edad, se aprecia que el delito debe estimarse consumado, cuando los actos de conjunción

de los órganos genitales lleguen al extremo posible, dentro de las condiciones normalmente fisiológicas del inculpaado y la víctima (S. 6 febrero).

El delito de violación pertenece al género llamado de delitos momentáneos; de lo que se deduce que cuantas veces consiga el violador saciar sus instintos sobre la misma persona, a manera de acciones diferentes o en fechas separadas entre sí, cometerá otros tantos delitos perfectos (S. 28 febrero).

41. Art. 340. *Abusos deshonestos.*—Aunque existiese unidad de lugar y ocasión, procede apreciar como delito el cometido con cada una de las niñas, y no uno solo continuado (Ss. 4 febrero y 17 abril).

En nada puede influir la indeterminación del número de veces en que fueron cometidos los abusos deshonestos, ya que precisamente por esa indeterminación no se apreció más que un solo delito por los perpetrados con cada uno de los menores, que son los que era imposible desconocer (S. 24 febrero).

No se estima cometido el delito, al no darse la ejecución de actos libidinosos, ya que no constan manifestaciones previas, y los actos que se iniciaron, por las partes del cuerpo a que se dirigieron, no merecen tal carácter (S. 25 abril).

42. Art. 431... *Escándalo público.*—No hubo infracción del número 1.º del artículo 431 del Código penal pues concurren las características de la ofensa a las buenas costumbres y del grave escándalo y transcendencia que exige la ley, en los hechos de actos homosexuales entre un recluso y un oficial de la prisión en que aquél se hallaba (S. 30 enero).

43. Art. 434... *Estrupro.*—Toda joven honesta se supone que es doncella (S. 21 abril). La doncellez se presume en toda mujer soltera; sin que sea óbice el que procurase su aborto, porque ello sólo revela el deseo de ocultar el vergonzoso atropello de que había sido objeto (S. 15 marzo).

No son sinónimos los términos criado y doméstico, pues el primero hace referencia a quien presta servicios por un salario, y el segundo a cuantos viven bajo el mismo techo, formando una entidad doméstica; y así es doméstica la persona que acude a realizar las faenas de la casa, en la que incluso pernocta cuando los quehaceres lo exigen (S. 13 enero).

El engaño no puede limitarse a la mera exposición de una mentira, sino que puede también representarse por una conducta falaz y tendenciosa (S. 21 marzo). Y no puede cifrarse únicamente en la promesa de matrimonio, sino que pudo generarse por el continuo trato de personas de distinto sexo, que mantuvieron relaciones amorosas formales y públicamente conocidas (S. 7 febrero). Y como no consta que la promesa de matrimonio fuese anulada en forma alguna después del primer contacto carnal, hasta el nacimiento del niño en que fué rota, hay que estimarla subsistente y continuadora del engaño (S. 25 abril).

44. Art. 438. *Corrupción de menores.*—Favorece habitualmente la corrupción de varias muchachas menores de edad, quien las tiene en su casa, aunque no residan en ella como su domicilio permanente, y las viene recibiendo para que cohabiten con hombres diversos; porque el número de las mujeres y la repetición de su asistencia, son elementos bastantes para estimar en la dueña de la morada, una habitualidad delictiva, conforme al

número 1.º del artículo 438 de Código penal (S. 15 febrero). Pues la habitualidad es tanto como la repetición de actos suficientes a crear costumbres; pero aun sin existir esa habitualidad, único requisito impugnado, el recurso resultaría inoperante, porque el facilitar camas mediante precio para la cohabitación con mujeres menores de veintitrés años, serían hechos que encajarían en el número 2.º del propio artículo (S. 15 febrero).

45. Art. 449... *Adulterio*.—La actitud de transigencia o de resignación acomodaticia, no puede rectificarse más tarde por el marido para perseguir lo que antes toleraba (S. 26 abril).

Si el querellante al enterarse de la conducta de su esposa se marchó con sus hijos menores del domicilio conyugal al de su madre, no consintió por ello la deshonrosa conducta de aquélla, y ese proceder seguido de la correspondiente querrela, acredita su discreta repulsa (S. 30 abril).

46. Art. 457... *Injurias*.—Es necesario que se ejercite concretamente la acción, bien por delito de injurias o bien por el de calumnia, sin que sea lícito que la acción entablada por razón de uno de ellos, pueda derivarse después para perseguir el otro; ni el que se repunte agraviado, puede desnaturalizar la verdadera esencia del delito cometido, presentando como injurias las que realmente sean calumnias, para de tal suerte privar al acusado de su derecho a demostrar la veracidad de sus asertos (S. 17 marzo).

Conforme al artículo 114 del Código penal, la prescripción comienza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito; y el de injurias se entiende cometido el día en que las frases ofensivas fueron llevadas a un acta notarial, como contestación dada por el representante legal de una entidad al requerimiento interesado por el presidente de otra sociedad; porque al hacer esas manifestaciones a la presencia del Notario autorizanle para que fueran transcritas en un documento público, se exteriorizó lo que aparentemente tiene visos de ataque al honor de una persona, y de esas expresiones tuvieron conocimiento, cuando menos, el notario interviniente, sus auxiliares y la persona en cuyo nombre se hizo el requerimiento (S. 21 enero).

Fue acertado el encuadrar los hechos en el artículo 457 y en los números 3.º y 4.º del 458 ambos del Código penal, pues el recurrente obligó a un médico prestigioso a levantarse de la mesa del comedor de un hotel y a abandonar la sala llevándole agarrado violentamente del brazo, al propio tiempo que le manifestaba que su presencia allí no era grata (S. 22 marzo). Es injuria grave el sentarse un hombre en el regazo de una mujer, hecho realizado públicamente y como acto de oposición a la actitud de esta de no dejarle el asiento de un autobús (S. 27 abril). Es injuria grave el consignar en un escrito que había de tener estado oficial, afirmaciones de una atribución de falta de moralidad en las relaciones que dentro de una oficina pública se dicen y mantienen dos personas de distinto sexo; y esto no se justifica por ser una actuación de denuncia al superior para su corrección, pues si se denuncian los actos inmorales, deben ser expuestos en forma concreta, y sin hacer de ello supuesto para deducir consecuencias y determinaciones de carácter particular para el futuro (S. 24 abril).

47. Art. 471 : *Matrimonios ilegales*.—Afirmándose que el recurrente contrajo el seis de enero de 1938 matrimonio civil con la recurrida, que dicho

matrimonio fué inscrito en el Registro Civil, y que hallándose subsistente contrajo segundas nupcias el 24 de mayo de 1949, se dan los elementos precisos para apreciar la existencia del delito previsto en el artículo 471 del código penal (S. 27 enero).

48. Art. 49... *Abandono de familia*.—Se reputa malicioso el abandono de domicilio conyugal, cuando se realiza sin causa que lo justifique suficientemente; y no es causa justificada para el marido la de contraer su mujer una enfermedad contagiosa, no imputable a ella (S. 13 marzo).

49. Art. 490... *Allanamiento de morada*.—La morada es el recinto que constituye el hogar de una familia, donde ésta exclusivamente desarrolla las actividades de la vida doméstica; y el portal de una casa de vecinos no es propiamente la morada que la ley protege (S. 21 abril).

La violencia especificada en el párrafo segundo del artículo 490 del Código penal, abarca a la que se ejerciere tanto sobre las personas como sobre las cosas; y así, si el procesado abrió la puerta con golpes de piedra y empujones que causaron daños en la misma (S. 1 febrero).

50. Art. 493... *Amenazas*.—Salvo algún caso especialísimo, el delito de amenazas, sólo puede darse en grado de consumación.

Lo mismo puede llevarse a efecto de palabra que de obra; y se integra al encañonar a otra persona con un revolver, cuyo estado de inutilidad era ignorado por esta (S. 13 mayo). Y las frases proferidas con la simultánea actitud del reo de apoderarse de una barra de hierro y esgrimirla contra cierta persona que ante él se presentaba en forma pacífica y que se vió obligada a huir para evitar la agresión (S. 4 abril).

Existe el delito, pues se anunció la agresión por teléfono y después por escrito; y, aunque no se precise cual sea la entidad de esa agresión a fin de determinar si constituye delito o falta, en cambio se agrega la exigencia de 14.000 pesetas (S. 30 enero).

51. Art. 496. *Coacción*.—El delito de coacción exige un acto de violencia, ya de fuerza material o susceptible de producir intimidación, y, además, que el que lo lleve a cabo no obre legítimamente (S. 17 marzo).

El acto puede ser de fuerza material o de intimidación, y se dan estos requisitos en quien para conseguir que determinada persona deshaloje la vivienda que ocupa, la conmina apuntándola con una pistola; aunque como la causa generadora del suceso fué que esa persona continuaba ocupando indebidamente la vivienda, se aprecia la atenuante de arrebató (S. 14 febrero). Integra el delito el hecho de sacar a la escalera de la casa los muebles que una persona tiene en el piso que habita, por quien, asimismo, disfruta ese piso, cerrando después la puerta y determinando con ello que la desposeída tuviera que acudir a la Autoridad para ser repuesta en la posesión de los muebles extraídos (S. 17 marzo).

Existe el delito de coacción, porque por muy amplias que sean las facultades de los Guardas Jurados, no alcanzan a imponer a los conductores de una piara de ganado, que la dejasen encerrada en un corralón, en tanto abonasen el daño que, a su juicio, habían causado (S. 13 marzo).

52. Art. 500... *Robo*.—Existe escalamiento, pues se trepó por el cierre de tijera de un establecimiento (S. 27 febrero). O por introducirse por ventanas o huecos inadecuados a esos fines, sin que ni siquiera se exija que

estén situados a altura mínima a vencer (S. 3 marzo). O si los reos penetraron por el tejado (S. 7 abril). O por una ventana (S. 16 abril).

La rotura de la lina del escaparate, equivale al rompimiento de la pared (S. 27 abril).

En el concepto de llaves falsas se comprenden cualesquiera que se utilicen, aunque no se produzcan fracturas ni desperfectos en la cerradura (S. 14 febrero).

Debieron estimarse las agravantes de desprecio del sexo y realización en la mora de la ofendida, pues no bastan a excluir estas circunstancias las alegaciones sobre el móvil del procesado dirigido a atentar contra la propiedad, porque en delitos complejos, cual el de robo con homicidio cada una de las entidades delictivas que lo componen conservan su característica esencial y pueden recibir la influencia de las circunstancias accidentales que no le sean inherentes (S. 20 febrero).

Si al autor le corresponde el grado máximo de la pena de presidio mayor, si el delito es frustrado se le impondrá la pena inmediatamente inferior, que estará integrada por el grado máximo del presidio menor y los grados mínimo y medio del presidio mayor (S. 21 abril).

53. Art. 514... *Hurto*.—Comete hurto el dependiente que se apodera de cantidades de dinero pertenecientes al propietario del negocio, aunque por razón de su cargo tuviera que manipular con esas cantidades, bien por cobrarlas de tercero, bien por haberle sido entregadas para hacer pagos del negocio; ya que su intervención no obedecía a actos independientes de su cualidad de empleado y respondían a una función representativa de la propiedad del dueño del negocio (S. 13 marzo).

Existe estafa y hurto, sin que pueda admitirse la invocación de no haberse apropiado con ánimo de lucro de la motocicleta sustraída, sino que lo efectuó únicamente para lograr por medio de ella, le fuese prestada la cantidad que defraudó; pues el lucro consiste no sólo en el beneficio que el numerario pueda proporcionar al culpable, sino también, en el provecho o utilidad que la cosa sustraída pueda reportarle (S. 13 febrero).

Es correcto hacer una imputación única, aunque el apoderamiento de los diversos cortes de tejidos se realizara en fechas no concretadas, pero siempre por el mismo sujeto, en daño de la misma persona y empleando el mismo medio (S. 11 enero).

Comete hurto cualificado por el abuso de confianza, el auxiliar de una entidad que valiéndose de las facilidades de su cargo se apodera de productos de la misma (S. 4 febrero). Y el vigilante que se apodera de los efectos que vigila (S. 18 febrero). Y el factor de la RENFE que se apodera del producto de la recaudación, pues la material entrega que se le hizo del dinero, no le otorgaba un título traslativo de la posesión, lo que hubiera integrado apropiación indebida (S. 24 febrero). Y no obsta a la estimación del abuso de confianza, la cualidad de meritorio o aspirante que el reo tenía en la Empresa perjudicada (S. 29 marzo).

53. bis. Al decirse que el recurrente indicó a los otros reos las casas de los vecinos que se encontraban ausentes, para que pudiesen realizar en ellas las sustracciones, y que esto lo habían convenido con antelación, es notoria la cooperación al delito con actos sin los cuales no hubiera podido

ejecutarse (S. 5 enero). Pues el convenio previo a la sustracción excluye el título de encubrimiento, y hace surgir el de participación directa y principal de autor en delito de hurto (S. 8 marzo).

Existe el delito de hurto frustrado, pues se expresa que las dos condenadas se apoderaron del monedero, aunque fuesen sorprendidas por la perjudicada en el momento de cometer la sustracción y detenidas por un Agente de la Autoridad (S. 22 marzo).

No constando la cuantía de los hurtos anteriores a la ley de treinta de marzo de 1954, no puede apreciarse la reincidencia (SS. 1 y 14 de febrero).

54. Art. 517... *Usurpación*.—La figura de usurpación prevista en el artículo 518 del Código penal, no requiere beneficio propio de los procesados, sino de cualquier persona o entidad (S. 3 enero).

55. Art. 528... *Estafa*.—Para la apreciación de la estafa o del hurto, es preciso conocer como elemento primario cuál sea la cuantía de lo estafado o hurtado (S. 1 marzo).

El engaño definidor de la estafa, afecta por igual a todos los que intervinieron ligados por un acuerdo para obtener el lucro ilegítimo, cualquiera que sea la participación que tengan en la comisión (S. 8 febrero).

Es encubridor porque auxilió a los otros dos procesados a trasladar a otro lugar más seguro los útiles y efectos empleados para estafar (S. 4 febrero).

Existe estafa del núm. 1.º del art. 529 del Código penal: en la utilización de vehículos de alquiler, sin contar con medios para abonar su importe (S. 14 enero). Y en el engañoso proceder de retirar de un Banco los fondos necesarios para abonar el importe de la mercancía apetecida, y enajenarla con nombre supuesto acto seguido por su precio y apropiarse de este (S. 4 abril). Y porque el procesado encargó en una sastrería la confección de tan excesivo número de prendas de vestir, que implica aparentó solvencia económica, de la que carecía (S. 24 abril). Y el conductor de un camión que puesto de acuerdo con el propietario de un buey, simula el atropello y muerte de éste para cobrar de la Compañía Aseguradora el importe de la responsabilidad civil (S. 29 febrero). Y si el procesado se ausentó del hotel sin pagar la factura, habiéndose fingido miembro de la Escuela de Marina, no estando subsumido en el delito de estafa el de uso de nombre supuesto; y como el uso de nombre supuesto no tuvo más móvil que el de hacer imposible la localización del procesado y evitar con ello la eficacia de un procedimiento judicial tendente al cobro de la factura, fué aplicada debidamente la sanción determinada en el párrafo segundo del artículo 322 del Código penal (S. 27 enero).

Existe el delito de estafa previsto en el artículo 531 del Código penal pues en el contrato de compra-venta se relacionaron fincas que no pertenecían al vendedor más que por mitad y en proindiviso (S. 19 enero). Y si los bienes de que dispuso el procesado, estaban gravados en virtud de una pignoración que el procesado había aprobado como marido de la prestataria, pignoración cuyo respeto por parte del mismo era inexorable (S. 5 marzo).

56. Art. 535. *Apropiación indebida*.—Es requisito imprescindible que el agente haga suya la cosa de pertenencia ajena (S. 9 enero).

Existe el delito, pues el procesado recibió ciertas sumas con el encargo de invertirlas en ciertos pagos, lo que no hizo y se apoderó de esas cantidades (S. 2 enero). Y porque no exculpa al procesado la negativa de la mandante a recibir el pago, ya que tal negativa fué basada en que quería pagarse mediante letras de cambio, las que son tan sólo instrumento de crédito, pues tratándose de deudas de dinero debieron satisfacerse conforme determina el artículo 1.170 del Código civil (S. 23 enero). Y si el reo se apropió de la suma recibida a título de mandatario (S. 1 febrero). Y porque el procesado hizo suyos el importe de los recibos de la casa en que prestaba sus servicios como portero y que cobraba por orden de la dueña (S. 15 febrero). Y si se retuvo para utilizarlo en beneficio propio, dinero de pertenencia ajena, que el reo había recibido con el fin determinado de adquirir efectos para la oficina (S. 23 marzo). Y si el procesado que era administrador de una fábrica de sacos, se apoderó de varios de ellos que como administrador poseía (S. 27 abril).

El reo es autor del delito de apropiación, pues como representante de una Entidad social, retiraba cantidades de la cuenta corriente y en lugar de ingresarlas a su dueña legítima, las hacía suyas. Y el cajero de esa Entidad es cómplice, pues permaneció impasible ante las maniobras del primer procesado, y percibió diversas cantidades como precio de su transigencia (S. 14 marzo).

El artículo 535 no creó un delito nuevo, sino que se limitó a segregar la apropiación de la estafa, y esto explica no estimarse preciso el Código incluir nominativamente el delito de apropiación indebida en el número 4.º de sus artículos 515 y 528, como determinador del carácter delictivo de los hurtos y estafas posteriores cuyas cuantías no excedieran hoy de 500 pesetas; pero jamás pudo ser otra la voluntad de la Ley, y justifica también que ni el artículo 587 ni otro distinto establezca de manera concreta la falta correlativa del 535, pero sería absurdo pensar significase dicha omisión la licitud de acciones fundamentalmente punibles (S. 6 abril).

No es de aplicar la excusa absolutoria admitida en el artículo 564 del Código penal, pues el perjuicio inferido lo fué a una Sociedad anónima, aunque la totalidad de las acciones de la misma pertenezcan a parientes del procesado (S. 1 marzo).

57. Art. 546 bis. *Receptación*.—A los reos de receptación no puede imponérseles, salvo el caso de ser habituales, pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto y no puede afectar a aquellos receptadores, para agravar su penalidad, el haberse apreciado para los autores la circunstancia específica segunda del artículo 516 del Código penal, pues tal circunstancia es personalísima (S. 18 enero).

El encubridor habitual no se beneficia de la limitación de pena que en favor del no habitual, marca el párrafo 2.º del artículo 546 bis a) (Ss. 4 y 11 febrero y 28 marzo).

El tope de la pena a imponer a los receptores, no puede estar determinado por circunstancias meramente personales concurrentes en el autor del hecho (S. 4 febrero).

58. Art. 565. *Imprudencia*.—El delito de imprudencia temeraria, es compatible con la transgresión de un precepto de la circulación urbana (S. 1

marzo). Pues lo que eleva la calificación del hecho imprudente a la categoría de temerario, no es la infracción reglamentaria, sino la gravedad de su olvido (S. 11 febrero). La conducta fué temeraria, pues el procesado no solamente desobedeció un precepto reglamentario, sino que desoyó los consejos de una elemental prudencia que le presentaba los graves riesgos (S. 4 abril).

Existe imprudencia temeraria, en conducir un automóvil ocupado por muchos viajeros, bajando a bastante velocidad en dirección a una curva, sin aminorar la marcha (S. 3 marzo). Y en el invadir la franja de la carretera destinada al tránsito de dirección contraria, sin la seguridad absoluta de que la maniobra carece de peligro (S. 7 abril)... Y en la conducta del ayudante del conductor, que procedió con descuido al examinar las inmediaciones del camión que iba a emprender marcha hacia atrás, pues si hubiese dado la vuelta completa en rededor del camión, había observado la presencia de la infortunada niña (S. 9 abril). Y por el exceso de velocidad conduciendo un camión por una calle de la ciudad (S. 25 febrero). Y por no usar los frenos y parar la camioneta, al ver la vacilación de la mujer que cruzaba la plaza (S. 29 febrero). Y en el acercar el automóvil en una de las aceras de la calle, empujando con la aleta a un transeunte de dicha acera (S. 20 marzo). Y en el llevar frecuentemente en los bolsillos una granada de mano (S. 15 marzo).

Se aprecia delito de imprudencia simple con infracción de reglamentos, por el hecho de aceptar la conducción del ómnibus con capacidad para veintinueve plazas, llevando setenta personas (S. 13 febrero). Y el hecho de invadir con el automóvil la zona destinada al paso de los vehículos de dirección contraria, causa del atropello, constituye, cuando menos, el delito de imprudencia simple con infracción de reglamentos por estimación del artículo 21 del Código de la Circulación (S. 27 marzo).

El calificativo de profesional conforme al artículo 565 del Código penal, implica la idea de hábito o continuidad en el ejercicio de la profesión, y por profesión ha de entenderse el empleo, facultad u oficio que uno tiene y ejerce públicamente (S. 25 abril).

No cabe la compensación de culpas en el orden penal (S. 16 y 26 de marzo).

Es compatible el delito de imprudencia con el delito específico creado por el artículo 3.º de la ley de 9 de mayo de 1950, que se consuma tan pronto conduzca alguien algún vehículo de motor, sin estar legalmente habilitado para ello (S. 1 marzo). Y con el delito de peligro del artículo 2.º de la ley dicha, que se consuma por el solo extremo de conducir un automóvil carente de frenos (S. 8 marzo).

No cabe la eximente octava del artículo 8.º del Código penal, pues el que obra con imprudencia temeraria no ejecuta un acto lícito con la debida diligencia (S. 21 abril).

Disponiendo el número 2.º del artículo 420 del Código penal, que por razón de lesiones graves se impondrá la pena de prisión menor y multa de 5.000 a 10.000 pesetas, ha de apreciarse que es desde luego superior a la de prisión menor que señala como única el artículo 565 (S. 21 marzo).

LEYES PENALES ESPECIALES

59. *Automóviles*.—La creencia del procesado de que podía circular con la motocicleta, sin matrícula y sin habilitación legal para conducirla, por el informe de la Gestoría sobre el plazo para obtener la documentación precisa, es creencia que determina en el aspecto penal la exclusión del dolo (S. 28 enero). Es de aplicar el artículo 3.º de la ley de 9 de mayo de 1950, al conducirse un vehículo de motor sin la autorización legal pertinente; sin que la responsabilidad quede excluida por la demora de la Agencia a la que comisionó el responsable la concesión del permiso (S. 24 febrero).

Cada caso deberá ser objeto de estudio, hasta distinguir si se ejecutaron o no varias acciones punibles con vida propia e independientes entre sí, como suele suceder cuando el conductor del automóvil lo utiliza contra la voluntad de su dueño, o bien careca de permiso para conducirlo, y comete, además, alguna imprudencia por sí sola merecedora de castigo (S. 17 abril).

60. *Caza*.—En los terrenos vedados, visiblemente cerrados o acotados, o materialmente cercados y amojonados, es necesaria, conforme a los artículos 9 y 15 de la ley de caza, la autorización escrita o el permiso del dueño o llevador de la finca (S. 19 enero).

LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

61. *Competencia*.—A los fines de dirimir las discordias en materia de competencia, basta con la estimación de principios probatorios, que aun sujetos a posibles rectificaciones, deciden de momento la contienda. Y no es obstáculo para resolver la cuestión de competencia, el alegar ser preferente el fuero de los Tribunales del Ejército de Tierra sobre los de Marina, de los que partiera el requerimiento de inhibición; pues el acuerdo de ahora no se opondrá al que se pronuncie por quien deba hacerlo, si después de sustraído el asunto de los Tribunales ordinarios, de todas formas incompetentes, se suscitase nueva cuestión entre los especiales (A. 16 enero).

Está mal formada la cuestión de competencia, pues no se oyó por la Jurisdicción castrense y en el momento procesal oportuno, al procesado (A. 22 febrero).

La ley de 8 de marzo de 1941 al reorganizar los organismos de Vigilancia y Seguridad, otorgó en su artículo 18 el carácter militar a los componentes del Cuerpo de Policía Armada y de Tráfico, infiriéndose de su texto que aquéllos tendrán tan solo tal carácter, en los actos en que fueren objeto de obra o de violencia realizados contra los mismos en el desempeño de sus funciones, o con motivo de ellas, por integrar el delito de insulto a fuerza armada; y como no constan ninguna de esas circunstancias, sino tan solo la de haber sido desatendidas por el reo las voces que el policía le diese para que parase el camión con el que había emprendido la huida, es manifiesto que a dicho policía, no puede atribuirsele el aludido carácter militar en relación con dicho hecho (S. 24 marzo).

El hecho motivador del procesamiento dictado por la Jurisdicción de Marina, consiste en las manipulaciones obscenas que el recurrente realizase

con un marinero, de cuya naturaleza el Juez instructor deduce existir dos delitos simultáneos, uno de corrupción de menores imputables al referido recurrente, y otro contra el honor militar, del cual deberá responder el marinero, por lo que ambos fueron procesados respectivamente del delito que se atribuye a cada uno; y a este caso es de aplicar lo dispuesto en el artículo 21 del Código de Justicia Militar, según el que, cuando personas sometidas a distinto fuero ejecutan un solo hecho definido como delito en el Código dicho y en el Penal ordinario, será competente para juzgarlos la Jurisdicción especial (S. 24 enero).

62. *Recusación*.—Si en la pieza separada de recusación de un Magistrado no se demuestra la certeza de la causa y por ello se deniega la recusación entablada, ese funcionario indebidamente tachado, no tiene por qué seguir apartado del conocimiento del caso en que la recusación se produjo (S. 8 marzo).

El Tribunal procedió acertadamente al acordar la continuación de incidente de recusación, no obstante, su disentimiento por el recusante, y al imponer la multa de 100 pesetas y pago de costas al no ser aquella apreciada (S. 25 abril).

63. *Infracción de Ley*.—El recurso de casación sólo se da para defensa de derechos personalísimos, y no para que el procesado, que no ejercitó acusación privada ni acción pública, pueda atacar a otros posibles responsables (S. 30 enero). Es una anomalía de falta de legitimación activa, el impetrar de la casación que se modifique el delito calificado, en beneficio del reo autor del mismo que aceptó la sentencia de que se recurre, preterición decidida por otro condenado (S. 3 abril).

Se da lugar al recurso, pues la Sala de Instancia, no obstante apreciar la realización de los delitos previstos en los artículos 3.º y 9.º de la ley de 9 de mayo de 1950, dejó de castigarlos basándose para ello en no estar comprendidos en el auto de procesamiento, como si la calificación que en este se hiciere de los hechos sumariales, no fuera meramente precautoria, provisional y susceptible de esenciales modificaciones en el transcurso del sumario y posteriormente hasta momento procesal más avanzado, en que de modo definitivo se formula por las partes el objeto del debate en el juicio oral (S. 18 abril).

Sólo puede entablarse la casación contra los autos de las audiencias cuando la ley concede expresamente dicho medio de impugnación, y no figura, en tal caso, el auto que en virtud de un cambio de legislación, acuerda revisar de oficio la sentencia (A. 2 enero). La materia de correcciones disciplinarias no puede ser sometida a casación (S. 2 marzo). No cabe el recurso de casación por infracción de ley, cuando se trata de infracciones de normas adjetivas (A. 17 marzo). Y tampoco puede admitirse el motivo del recurso si se basa en un principio general de derecho que se dice recogido en determinadas sentencias (S. 6 abril).

No son documentos auténticos a efectos de casación las letras de cambio tachadas de falsas, porque son los instrumentos del delito (A. 10 enero y 24 de marzo). Ni tampoco el informe de los peritos aunque se efectuase el reconocimiento ante la presencia judicial (A. 25 enero).

64. *Quebrantamiento de forma*.—La suspensión del juicio oral por in-

comparecencia de testigos, sólo está el Tribunal obligado a acordarla si considera necesarias esas declaraciones (S. 11 enero). El motivo de casación no depende sólo de que se deniegue alguna diligencia de prueba, sino también de la pertinencia de la misma, a los efectos de la tesis de la parte que la propuso (S. 1 febrero). La negativa de prueba ha de implicar la total prohibición de su práctica, y esto no acontece cuando se limita a accidentes relativos al modo y forma de ejecutar dicha prueba; y así ocurre si se admitió y se practicó la prueba pericial médica, pero se denegó la petición de que los médicos redactaran unos cuadernos de examen del procesado para la escala de inteligencia del mismo (S. 14 febrero). No hubo quebrantamiento de forma originado por la incomparecencia de un testigo, porque se ignora sobre qué extremos había de ser interrogado, y así no puede juzgarse sobre la transcendencia de su testimonio (S. 2 marzo).

Debe aceptarse la declaración de los hechos que se contenga en cualquier parte de la sentencia, sin más excepción que cuando se imponga pena capital (S. 10 febrero). El Tribunal no tiene que llevar a la declaración de hechos probados, más que los que a su juicio lo estén. (S. 20 enero). Pues los tribunales plasman en la premisa de facto, no los hechos que interesen a las partes consignar, sino los que con arreglo a su conciencia, estimen probados (SS. 16 y 27 marzo).

No existe quebrantamiento de forma, pues las contradicciones que se señalan lo son entre el Resultando primero y el fallo (S. 14 febrero). Pues la contradicción a que la ley se refiere como motivo de quebrantamiento de forma, ha de resaltar de los solos términos de los hechos probados (S. 3, 9 y 31 marzo).

Los conceptos jurídicos que pueden dar lugar a la casación que autoriza el núm. 1.º del artículo 851 de la ley de Enjuiciamiento criminal, son aquellos que por su identidad con las propias palabras que la ley punitiva emplea para definir el delito, representan por sí solos la esencia del mismo, y que al propio tiempo sean inaplicables a otras circunstancias; condiciones que no concurren en las frases, se apropió y apreciación, que son términos usuales (S. 9 enero y 18 febrero). Pero las expresiones, ánimo de lucro y perjuicio, constituyen en sentencia condenatoria por delito de apropiación indebida, conceptos jurídicos (S. 27 enero). Los conceptos jurídicos predeterminantes del fallo, han de ser de índole penal (S. 4 febrero).

Los Tribunales no deben limitarse en sus afirmaciones de hecho, a transcribir los que se sienten en los informes periciales, sino que los que consideren probados en conciencia a través de las pruebas practicadas (S. 3 marzo).

La sentencia que absuelve o condena, resuelve todos los problemas sometidos a la consideración del Tribunal (S. 21 enero). Pues para que pueda prevalecer el recurso por quebrantamiento de forma fundado en el número 3.º del artículo 851 de la Ley procesal, es indispensable que los puntos no resueltos en la sentencia, sean de derecho (S. 23 enero). Los Tribunales tienen la obligación de resolver en sus sentencias todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y de la defensa, pero esto ha de entenderse referido a aquellos elementos precisos para la congruencia de los fallos que dicten (S. 17 abril).

Ante la conformidad del reo, no puede el Tribunal traspasar los límites de la calificación aceptada; y por ello se estima que hubo quebrantamiento de forma, pues no se limitó la Audiencia a condenar al procesado al pago de la indemnización de 5.000 pesetas pedida por el Fiscal, sino que la amplió a otra que pudiera acreditarse en la pieza de responsabilidad civil que se remitiría al Instructor (S. 27 enero). Ni tampoco pueden variarse aquellas calificaciones aceptadas, para introducir aspectos o motivos que alteren su transcendencia penal; cual en el caso de autos en el que, aunque en el escrito de calificación se refería que debía hacerse aplicación de lo preceptuado en los artículos 70 y 71 del Código penal, reguladores del concurso de delitos, es lo cierto que se interesaban unas penas concretas, sobre las que hubo conformidad; pero a pesar de ello se decidió sobre un punto de derecho que no había sido objeto de las conclusiones mutuamente aceptadas, al estimarse conexos los delitos de falsedad y estafa, cuando habían sido calificados separadamente; y la conformidad prestada por el procesado, había de referirse precisamente a la forma en que la acusación se producía (S. 23 abril).

No puede ser admitido el recurso, al no cumplirse la exigencia procesal de formularse protesta en momento oportuno; protesta que no es comunicable de un procesado a otro (A. 21 marzo).

La información suplementaria autorizada en el núm. 6.º del artículo 746 de la Ley procesal, constituye una facultad ordinariamente estimativa de la de instancia (S. 14 marzo).

Apareciendo que el sumario versó únicamente sobre la depuración de un delito de aborto por el que se declaró procesado a P. M....; y que aunque la madre y representante legal de la agraviada C. A... se personó ante la Audiencia para ejercitar la acusación privada, en el escrito de calificación provisional no consideraba a P. M.... más que autor del delito de aborto; y que sólo en el juicio oral al formular las conclusiones definitivas, fué cuando reputó a P. M.... autor del delito de estupro por el que fué condenado; se estima que existe un defecto de procedibilidad y el entender otra cosa pugnaría con los más elementales principios de defensa, al privar al acusado de la posibilidad de aportar pruebas con que combatir la certeza y alcance de hechos delictivos que no se le imputaron hasta un momento procesal en que ya no le era factible hacerlo (S. 8 marzo).

INDICE ALFABETICO

Abandono de familia, 48.
 Aborto, 38.
 Abusos deshonestos, 41.
 Abuso de superioridad, 18.
 Adulterio, 3, 45.
 Alevosía, 13.
 Allanamiento de morada, 49.
 Amenazas, 50.
 Apropiación indebida, 56.
 Armas, 28.
 Arretrato, 11, 51.

Arrepentimiento, 12, 35.
 Asesinato, 37.
 Atestado, 23.
 Automóviles, 59.
 Autoría, 19, 39.
 Calumnia, 46.
 Casación, 63, 64.
 Caso fortuito, 4.
 Caza, 60.
 Coacción, 51.
 Cohecho, 34.

- Competencia, 61.
 Cómplice, 56.
 Correcciones disciplinarias, 63.
 Corrupción de menores, 44.
 Deber, 6.
 Desacato, 25.
 Desobediencia, 24, 35.
 Desórdenes públicos, 26.
 Embriaguez, 8, 13.
 Enajenación mental, 1.
 Escándalo público, 42.
 Estado de necesidad, 3.
 Estafa, 55.
 Estupro, 43.
 Falsedad, 29.
 Fraude, 36.
 Hurto, 53.
 Infracción de ley, 63.
 Imprudencia, 33, 58.
 Inducción, 29, 38.
 Injurias, 46.
 Legítima defensa, 2, 5.
 Lesiones, 39.
 Locura, 1.
 Malversación, 35.
 Matrimonios ilegales, 47.
 Miedo insuperable, 5.
 Multa, 22.
 Necesidad, 3.
 Nocturnidad, 15.
 Obediencia, 7.
 Pena, 21, 22.
 Pesca, 21.
 Premeditación, 14.
 Prescripción, 20, 21, 46.
 Preterintencionalidad, 9.
 Prevalcimiento, 18.
 Propaganda ilegal, 27.
 Quebrantamiento de condena, 31.
 Quebrantamiento de forma, 64.
 Receptación, 57.
 Recusación, 62.
 Reincidencia, 17, 21.
 Reiteración, 16.
 Responsabilidad civil, 6, 20.
 Robo, 15, 52.
 Salud pública, 33.
 Sexo, 18, 52.
 Simulación de delito, 32.
 Uso indebido de nombre, 30.
 Usurpación, 54.
 Vindicación, 10, 11.
 Violación, 40.

CRONICAS EXTRANJERAS.

Un aspecto de la historia de la falsificación de moneda

Conferencia pronunciada por el Profd Dr. THOMAS WURTENBERG, el 12-5-52 con motivo del «Deutsche Münzforschertag».

Traducción del Prof. J. Navarrete.

Entre «moneda» y Derecho penal existen, desde los tiempos más remotos, múltiples relaciones. Desde el comienzo de la moneda acuñada se apodera de ella el Estado, y su emisión es considerada como uno de los derechos de soberanía. A partir de este momento cada Estado castiga con el máximo rigor los ataques a su soberanía y sistema monetarios. Casi todas las leyes penales, tanto antiguas como del presente, contienen preceptos referentes a las múltiples formas de falsificación de moneda, tales como la fabricación de monedas falsas, la falsificación de moneda legal o la puesta en circulación con ánimo de estafa de dinero falso. Junto a este genuino Derecho penal monetario existe, principalmente en los tiempos modernos—y también en el pasado—, un propio «Derecho penal de la circulación monetaria», como, por ejemplo, cuando la ley penal prohíbe la exportación o importación de monedas o castiga la negativa injustificada a aceptar una determinada clase de dinero. Modernamente, el Derecho penal no solamente protege contra los ataques antijurídicos a la moneda como tal, sino también a todo el sistema, de forma que hoy podemos hablar de un verdadero «Derecho penal dinerario».

Si queremos exponer en una rápida ojeada algunos *aspectos de la rica y viva historia del Derecho penal monetario* hemos de tener presente que los cambios de moneda, así como las variaciones del Derecho penal monetario están en estrecha vinculación con los grandes cambios y variaciones que desde hace siglos se vienen operando en la esencia y estructura de los *Estados occidentales*. Ante todo, en el Derecho penal monetario de una época se refleja la imagen de aquel Estado en sus rasgos esenciales. Precisamente esta estrecha vinculación entre el Derecho penal monetario y el desarrollo de la idea del Estado hacen que la consideración de las vicisitudes de la falsificación de moneda, así como los medios para combatirla, sea un tema lleno de atractivo.

I

EL DERECHO PENAL MONETARIO DEL IMPERIO ROMANO

Ya en tiempos de la República había en Roma una fuerte confusión monetaria cuando fueron puestas en circulación, por ejemplo, monedas con símbolos de poco valor, así como cantidades de denarios plateados. En tiempos de

la «Guerra civil» se intentó en Roma orientar este confusionismo por medio del Derecho penal. Al dictador Sila corresponde el mérito de haber creado un amplio derecho penal monetario, sobre cuyas firmes bases los siglos posteriores, hasta bien entrados los tiempos modernos, pudieron seguir legislando. En las famosas *Leges Corneliae* creó Sila numerosos tipos penales nuevos, encontrándose también en la *Lex Cornelia de falsis* preceptos que castigan las múltiples formas de falsificación de moneda. Este Derecho penal monetario de Sila lo conocemos a través del *Corpus Iuris civilis*, del Digesto e Instituciones de Justiniano.

Estaban castigados con penas los siguientes hechos :

1. La fabricación de monedas falsas, ante todo empleando metales de menor valor. 2. El cercenamiento de las monedas. 3. La emisión y transmisión a sabiendas de monedas falsas o falsificadas. Las penas para los delitos monetarios eran en Roma extremadamente duras. Los ciudadanos libres eran entregados a las fieras, y los esclavos, crucificados. Los delitos menos graves eran castigados, según el libre arbitrio del juez, con el destierro a una isla, privación de los derechos civiles, confiscación de bienes, etc.

Si preguntamos cómo los juristas romanos trataban de justificar un Derecho penal monetario tan duro, las fuentes nos responden que en los delitos monetarios se veía un ataque a la *publica fides*, a la fidelidad y buena fe en el tráfico. Solamente al final del Imperio, en el punto culminante del absolutismo imperial, aparece una base que legitima una sanción tan rigurosa de los delitos monetarios: el delito monetario viene a ser considerado como un caso de *crimen laesae majestatis*. El Derecho monetario se había convertido en un derecho de soberanía que, juntamente con otros privilegios, correspondía al *Princeps*, aun cuando formalmente no se habían eliminado los derechos del Senado. En todo caso, el delito monetario, como lesión de un derecho de soberanía, se dirige contra la persona del emperador mismo, lo que le da el carácter grave de un delito de lesa majestad.

Sobre la extensión real de la criminalidad en relación con la falsificación de monedas en tiempos de los romanos tenemos pocas noticias. Es, sin embargo, interesante que fuera de Italia, en provincias como Austria, Suiza y sur y sudoeste de Alemania—como han mostrado los hallazgos—debía de haber grandes talleres en los que se falsificaban monedas. Conocido es el hallazgo realizado en Mainz-Kastel conteniendo enseres del siglo III después de Cristo, descrito por el profesor Behrens (*Mainzer Zeitschr.*, 1920). Se han encontrado moldes de arcilla para unos sesenta tipos distintos de monedas que probablemente se empleaban en la obtención de monedas falsas. A la vista de estos moldes se discute si realmente aquí había un taller dedicado a la falsificación de monedas o se trataba de un taller para la fabricación legal de dinero y precisamente de un tipo especial de dinero de ocupación para la provincia. Por esta última solución se inclina, entre otros, Teodoro Mommsen, a quien debemos libros tanto sobre Derecho penal romano como sobre las monedas romanas. Dado que la función de monedas de aquel entonces entre los romanos estaba, en general, rigurosamente penada, es de suponer que lo contenido en este hallazgo se refería a un taller de monedas falsas que en las provincias estaba menos vigilado que en Italia y, por tanto, podían dedicarse a su oscuro oficio con menos dificultad.

II

EL DERECHO PENAL MONETARIO ALEMÁN DE LA EDAD MEDIA

Al proceso general de desarrollo de los Estados medievales, desde su punto culminante en tiempo de los otones y salios hasta la caída del Imperio, en tiempos de los últimos Hohestaufen, está ligado el destino del sistema monetario alemán de la Edad Media. A causa de la creciente concesión por parte del rey a los grandes y a los poderes estables para emitir moneda surgieron multitud de monedas distintas que se diferenciaban entre sí por su forma, tamaño, peso, ley y cuño. Los investidos de este derecho, posteriormente, ante todos los señores territoriales, buscaban, siempre en orden progresivo utilizar la autorización concedida para emitir monedas según su libre arbitrio, en obtener la mayor ganancia. La confusión existente en el sistema monetario medieval se agrava más todavía a causa de las frecuentes sustituciones de la moneda, cosa que no solamente ocurría cuando cambiaba un sobebrano, sino, antes bien, a causa de otras muchas situaciones anómalas conocidas. Al titular de un derecho de emisión, movido por motivos fiscales o simplemente engañosos, le prestaba grandes ventajas la imperfección de la técnica utilizada en aquellos tiempos para la acuñación de las monedas que no permitían la obtención de una forma totalmente redonda, dado lo primitivo de los utensilios empleados. También el peso de las monedas de una especie determinada oscilaba dentro de amplios límites. Nada más fácil, pues, para los falsificadores que cercenar los márgenes y cantos de las monedas, con lo que a menudo resultaba deteriorado incluso el mismo sello estampado en la moneda. También en el momento de ser estampadas, las monedas demasiado pesadas, por medio de una balanza eran separadas o apartadas. Poco a poco, los titulares del derecho de acuñar monedas iban haciéndolas cada vez menos peso y apropiándose esta ganancia. Todas las leyes y disposiciones administrativas dictadas para controlar la moneda no eran suficientes para evitar la enorme confusión monetaria de la época. No mucho más éxito tuvo la justicia penal de los poderes medievales para combatir las peligrosas manifestaciones de la falsificación de monedas de aquellos tiempos. De manera perjudicial influye en ello que en el Imperio de entonces no hubiere una legislación y un poder penal unitarios. Esto era una consecuencia de la multiplicidad de la vida medieval, cuyos círculos sociales (emperador, rey, Iglesia, príncipes, ciudades, etc.) tenían sus propias disposiciones penales. Por eso no hay que maravillarse de que el Derecho penal monetario medieval ofrezca un cuadro de lo más variado y casi confuso.

En primer lugar se castigó la falsificación de moneda propiamente dicha: la fabricación de monedas con troqueles falsos o su acuñación con troqueles auténticos, pero utilizando metales de menor valor o más ligeros. Los que principalmente se dedicaban a esta actividad eran ante todo los maestros de taller, e incluso se puede hablar de un «Derecho penal especial» de los maestros de taller. Otras personas distintas de estos maestros, al menos en los primeros tiempos, apenas si aparecen como autores, ya que la técnica de la acuñación de la moneda no era sencilla ni podía considerarse que fuera del dominio del público. Como pena para la falsificación de moneda aparece en las fuentes más antiguas la pérdida de la mano. Esta pena tiene un carácter simbólico, ya que

se aplicaba a aquel miembro del cuerpo humano con que se había cometido el hecho. Sin embargo, para el maestro de taller que tenía que ser castigado con mayor rigor existe también la pena de muerte. Según el derecho del «Sachssenspiegel» era decapitado. Desde el siglo XIII existen penas aún más rigurosas, como de hervir al autor, pena que también encierra un carácter simbólico y que ya en tiempos de los romanos constituía una pena usual contra los falsificadores: la muerte por el fuego o cremación. Incluso hacia el final de la Edad Media encontramos como pena típica contra los falsificadores de moneda la muerte por el fuego, aunque esporádicamente se encuentra también en las fuentes la pena de destierro o, como ocurría en Ueberlingen, se aplicaba la muerte ahogando al delincuente. En Friburgo se decapitaba al falsificador; se colocaba la cabeza en una columna, el cuerpo era reducido a cenizas y se clavaban en dicha columna tres monedas falsas para ejemplaridad de todos.

La Edad Media vió en el falsificador un tipo de delincuente de peligro general. Una antigua fuente frisona llama al falsificador el ladrón más enojoso, ya que roba a los santos, a los señores y a toda la gente. En Hamburgo se le llamaba «el ladrón de toda la tierra». En el Derecho canónico se le designaba como *pauperorum virorum oppressor et civitatis turbator*, con lo que se ponía especialmente de manifiesto la protección a los pobres y a los económicamente débiles realizada por el Derecho penal. Una vez más el falsificador de moneda es designado como estafador cuando se dice que «se burla de la gente». Como exponente de la gravedad con que la Alta Edad Media consideraba a los estafadores y falsificadores de moneda, nada nos los demuestra más claramente que el Dante en su obra poética, que tan bien refleja la conciencia jurídica medieval. El Dante nos muestra a Felipe el Hermoso, de Francia, uno de los más notables falsificadores y depreciadores de la moneda, desterrado en uno de los infiernos más profundos. Además, en el Canto XXX del *Purgatorio*, nos habla de su compatriota Adán de Brescia, notable maestro de taller que había falsificado moneda florentina, que también es conducido a uno de los infiernos más profundos, porque—como dice el Dante—no había cometido solamente un delito, sino más delitos que un demonio hubiese podido cometer. De una manera plástica deja Dante sufrir de hidropesía a los falsificadores de moneda, quemados en Florencia a causa de sus delitos, a los que se les hinchan los miembros para recordar con esta pena que los falsificadores de moneda por medio de sus numerosas falsificaciones han aumentado también el volumen del sistema monetario de su país.

Encontramos también otras penas para delitos monetarios distintas de las falsificaciones en sentido estricto que acabamos de tratar. Piénsese, ante todo, en el ya citado cercenamiento (recorte) de las monedas. A estos delitos se aplica la pena de mutilación de los dedos de las manos, encontrándonos de nuevo ante una de las tan preferidas penas simbólicas. Algunas veces estos casos se consideraban como hurto. De todo ello se deduce que la Edad Media tenía un Derecho penal monetario de variada configuración.

III

EL DERECHO PENAL MONETARIO DE LA EDAD MEDIA

Si seguimos el derrotero del Derecho penal desde 1600 hasta el siglo XIX hemos de comprender esta parcela del ordenamiento jurídico penal de acuerdo con la naturaleza y el espíritu de los *modernos Estados territoriales*. Este tipo de Estado de la época moderna descansa sobre el derecho legítimo de las dinastías reinantes, y el poder estatal aparece como la suma de los derechos de soberanía concentrados en la mano del príncipe. El Derecho monetario era uno de los más importantes derechos soberanos estatales. El Jefe del Estado, la autoridad puesta por Dios, era también en todos los asuntos concernientes al sistema monetario la suprema instancia. Ahora los príncipes, que continuaban la pródiga política monetaria de la Edad Media, intentan obtener ganancia de la administración de su derecho monetario y, ante todo, una relevante mejora de las rentas de su Estado. Estos intereses preponderantes fiscales del señor del país son los responsables en primera línea de la extraordinaria miseria y confusión monetarias de la Edad Moderna. Por distintos caminos intentaron obtener de la gestión de su derecho monetario pingües y fáciles ganancias. Cada vez más frecuentemente se suceden las emisiones de dinero nuevo. El peso y la ley de la moneda fueron fuertemente disminuídos. La mala moneda propia era, en la medida de lo posible, desplazada al Estado vecino a cambio de su moneda buena, la cual era fundida y convertida en moneda de menor valor que, a su vez, era distribuída con nueva ganancia. Este catastrófico sistema monetario experimentó su punto culminante en el transcurso del siglo XVII, en tiempos de los «Kipper und Wipper» (Falsificadores de moneda). No solamente los señores del país, sino también todo aquel que quería hacerse rico rápidamente acudía a los «Kipper y Wipper». La estafa monetaria se extendió cada vez más a otras capas sociales y el número de tipos de autor se multiplicó poderosamente. Esta extendida estafa monetaria llegó a amenazar entonces la totalidad económica. Príncipes, electores, instituciones religiosas, ciudades y también los ciudadanos competían entre sí para obtener dinero de metales cada vez más depreciados. Cuando, por ejemplo, el contenido de plata del táler no se podía disminuir más aún con la mejor voluntad se acuñaron monedas de cobre a las que se las sumergía en una solución de plata hirviendo, con lo que por lo menos se las coloreaba. Entonces comenzaron los numerosos hurtos de metales que en aquellos tiempos, como ahora, constituyen un síntoma de que la situación de las materias primas y con ello la ordenación económica de un país están perturbadas. Un cronista dice: «Los recipientes, calderas, tubos, canales y todas las demás cosas de cobre fueron recogidas para convertirlas en monedas y hacer dinero. Si una iglesia tenía una antigua pila bautismal era convertida en monedas, sin que le sirviese para nada su carácter sagrado.» Otra fuente contemporánea nos dice: «Los médicos abandonaban a sus enfermos y pensaban más en la usura que en Hipócrates y Galeno; los juristas olvidaban sus asuntos y dedicándose a la usura dejaban de leer a Bantolus y Baldus, e incluso los traficantes, tenderos y mercaderes cuya profesión era el comercio dedicaban la mayor parte de su actividad profesional a negociar con la moneda.»

En vista de una tan extendida práctica de falsificación de moneda y de un tan variado sistema monetario hemos de preguntar por qué la justicia penal de

los Estados territoriales modernos de los siglos XVII y XVIII fracasó en gran escala en la lucha contra unas formas de listuales tan peligrosas y amenazantes. En primer lugar, hemos de ver si tanto el derecho del Reich como el de los Estados, vigentes en aquellos tiempos, podían oponerse de una manera eficaz por medio de la aplicación de penas a la falsificación de moneda. Recordemos solamente el artículo III de la «Carolina» de 1532 donde se aplicaba a la fabricación de moneda con ánimo de estafa o al aprovechamiento de moneda extranjera, o a la alteración con metales inmutables de la ley de una moneda, la pena, ya frecuente en Roma, de la muerte por el fuego, mientras que el deterioro de la moneda, como el cercenamiento, se castigaba según el arbitrio del juez con penas sobre el cuerpo o los bienes. Pero de nada hubiera servido el mejor Derecho Penal monetario si, como ocurrió en la práctica de los siglos XVII y XVIII, no encontraba la aplicación suficiente para ser eficaz. Casi exclusivamente las ciudades del Reich pensaron en exigir responsabilidad a los falsificadores de moneda, no comportándose así muchos señores territoriales cuyo propio interés estribaba precisamente en la estafa monetaria. El propio Estado se constituye incluso en el mayor estafador monetario de aquella época. Resignadamente dijo Agustín Leyser, juez sajón del siglo XVII, que los señores de los Estados traficaban con una *regale falsae monetae*. Si se quiere reprochar a los pequeños falsificadores de moneda que contravinieron las normas de un Derecho penal monetario, que cometieron un *crimen laesae majestatis*, pudieron éstos replicar con toda razón que el mismo Estado que a ellos, pequeños delinquentes, quería condenar, había cometido todavía delitos mucho mayores. A muchos, como las fuentes muestran, les sirvió esta excusa. Sabemos por ejemplo, que cuando el «medailleur» de Gotha, Christian Wermuth, fué descubierto y acusado de falsificador de moneda, no sufrió ninguna pena, porque se le necesitaba para el futuro, permaneciendo muchos años, a pesar de sus delitos anteriores, al servicio de su Príncipe.

Cuando en el transcurso del siglo XIX el Estado moderno se desarrolla bajo las formas de *Monarquías constitucionales* y *Estado de Derecho*, desapareció aquel confucionismo monetario y ante todo la alteración (maleamiento) de la moneda inaugurado, por los señores territoriales y los jefes de los Estados, maleamiento que incluso sobrepasaba los límites de una estafa monetaria. Por otra parte, hay que hacer constar que también en los siglos XIX y XX, cuando el poder legal del Estado actúa dentro del marco de su política económica, ha realizado acciones que, al menos, en lo que a sus efectos sociales y económicos respecta, igualan a las desvalorizaciones monetarias de los siglos XVII y XVIII, si bien a estas medidas se les da otros nombres, como el de «inflación», o, simplemente, el de «reforma monetaria».

Además, en el transcurso de los siglos XIX y XX han sido cometidas numerosas estafas y falsificaciones monetarias por delinquentes que, con frecuencia, trabajan en bandas. Estos delitos, sin embargo, no amenazan de una manera inmediata al complejo social y económico del Estado moderno, y el poder del Estado intenta dominarlos por medio de un Derecho sancionador monetario finamente elaborado y fundamentado sobre el Derecho Penal. A pesar de esto, en un pasado próximo se creó una situación que puso bruscamente de manifiesto un nuevo peligro que amenazaba al orden económico y que estribaba precisamente en la falsificación de moneda. El caso más importante lo consti-

tuyó el escándalo producido por la falsificación de billetes de Banco ocurrido en Budapest a mediados de 1920 y que causó gran sensación. Se trataba de un intento en el que, por medio de falsificaciones en gran escala de dinero francés y checoslovaco, se produjo una fuerte sacudida en los sistemas monetarios de otros Estados. La falsificación de moneda al servicio de la política exterior constituye una novedad en la rica historia criminológica de los tiempos modernos. Con ello comienza la *última época* de la historia del Derecho Penal monetario: la lucha internacional contra la falsificación de moneda.

Aristide Briand dirigió en 1926 un escrito al Secretario General de la Sociedad de Naciones en el que teniendo en cuenta el carácter internacional de la falsificación de moneda, estimulaba la realización de una Convención de los Estados que crease una colaboración interestatal para la lucha contra estos delitos y que produjese un perfeccionamiento de las leyes penales en cada uno de los Estados en particular. Tras varios años de deliberaciones llegó a ser realidad el, todavía hoy en vigor, «Convenio internacional para la lucha contra la falsificación de moneda de 1929», al que se adhirieron, entre otros Estados, Alemania y Suiza, pero que desgraciadamente no fué suscrito por Francia y los países anglosajones. Este importante Convenio quiere conseguir que la colaboración internacional en la lucha contra la falsificación de moneda sea fomentada por medio de una unificación de las disposiciones penales nacionales y de una estrecha cooperación de la policía de todos los países, persiguiendo la meta de que todos los falsificadores de moneda y autores de cualquier delito monetario puedan ser perseguidos y castigados, dondequiera que haya sido cometido el hecho, cualquiera que sea su nacionalidad y lo mismo en el caso de que el dinero falsificado o adulterado sea nacional o extranjero. Los delitos monetarios son elevados así a la categoría de «delitos universales», punibles en cualquier parte. De este modo pondrían de manifiesto los primeros puntos de apoyo para la estructura de un Derecho Penal internacional supraestatal e incluso se verían los primeros indicios de un Derecho Penal universal. Actualmente se multiplican los intentos y trabajos para mejorar notoriamente este Derecho Penal monetario internacional. De suma importancia dentro del marco de estos esfuerzos es el informe conteniendo numerosas propuestas de reforma que el profesor Castejón (Madrid), uno de los más destacados propugnadores de la lucha internacional contra la falsificación de moneda, presentó al Congreso de criminalistas que tuvo lugar en San Marino en 1951. Con razón puso de manifiesto cómo las especiales circunstancias por las que atraviesa el mundo de hoy facilitan poderosamente la actividad de los falsificadores de moneda, como por ejemplo, el perfeccionamiento de la fotografía y de las técnicas gráficas; falta de un control sobre la industria del papel, con lo que los falsificadores de moneda pueden tener a su disposición papel auténtico para la fabricación de billetes de Banco; las numerosas emisiones de dinero nuevo de las que el público es informado deficientemente: las favorables posibilidades del «mercado negro» para el tráfico de divisas, etc. Todo esto lleva consigo que en concurrencia con los estafadores y falsificadores, el poder estatal quede retrasado. Un elemento eficaz en la lucha contra esta peligrosa falsificación de moneda de nuestros días puede ofrecerlo, no solamente una política criminal nacional e internacional, sino ante todo, un saneamiento y nueva ordenación de la vida económica y monetaria de todos los Estados.

REVISTA DE LIBROS

ANCEL, Marc.: "Tendencias actuales de la individualización de la pena" traducción directa del francés y notas por Angel Torio, prólogo por Juan del Rosal).—Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid.—Vol., 15, 1956 (22 × 16), XII, páginas; precio, 30 ptas.

La necesidad de la "individualización de la pena" se afirma actualmente por todas las escuelas penales, habiendo llegado a ser el vocablo más que corriente en la terminología jurídica y científica. "Sin embargo, el concepto de la individualización es una de las fuerzas más operantes en el moderno derecho penal contemplado en su dinamismo legislativo. Las posibles maneras de concebir la individualización son mucho más variadas de lo que ordinariamente se piensa, y en la época actual han surgido orientaciones que tienden a dotarla de unos aspectos, un contenido y una fuerza de expansión realmente nuevos. Para cerciorarse de ello, resulta suficiente el examen de las legislaciones modernas en su evolución más próxima y en su tránsito más inmediato. En este terreno es preciso referirse con amplitud al derecho comparado", que es lo que hace el autor, Marc. Ancel. La individualización es un problema que se planteó en el siglo XIX, reanudándose y transformándose a medida que el derecho penal adquiría nuevos aspectos después del comienzo del siglo XX.

Marc. Ancel, conocido y destacado penalista francés, pronunció una admirable conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad Vallisoletana acerca de tema tan apasionante como el que hemos citado repetidamente. Impresa gracias a la limpia traducción del Dr. Angel Torio, Profesor adjunto de la Cátedra de Derecho Penal, se ofrece hoy al lector en una pulcra edición.

BRONISLAW MALINOWSKI: "Crimen y costumbre en la sociedad salvaje". Publicaciones de la Escuela de Criminología de la Universidad de Barcelona, 1956, 127 págs.

La obra de Bronislaw Malinowski tiene el valor de fijar la realidad antropológica de la sociedad salvaje ante dos interpretaciones de la misma igualmente erróneas: la que entiende no estar sujeto el salvaje a ley, costumbre o tradición de ninguna clase y aquella otra que traza una teoría de dicha sociedad completamente divorciada de los hechos, afirmando la completa sujeción, la total dependencia del salvaje, "con obediencia esclava", al complejo de normas de conducta que laten en su grupo, tribu o clan.

Ataca Malinowski la actitud de quienes, con material insuficiente, construyen teorías infundadas, sin tener en cuenta la realidad, encontrándose "en un callejón sin salida, de construcciones estériles y artificiales", advirtiendo que las teorías contenidas en el libro "no están hechas de conjeturas o de reconstrucciones hipotéticas, sino que son, sencillamente, una tentativa de formular el problema, de introducir conceptos precisos y definiciones claras dentro de este tema".

Precedido de un trabajo sobre "Bronislaw Malinowski y su obra", firmado

por el doctor J. Alier y de un prefacio del autor fechado en la ciudad de Nueva York en marzo de 1926, el libro—pequeño en extensión, pero sugestivo e interesante en su contenido—divídese en dos partes. La primera, que comprende trece capítulos, trata de “La ley y el orden primitivos”, y a través de ella se desarrolla la tesis de que la realidad salvaje y su examen difieren de las afirmaciones sentadas como verdades por la Antropología ortodoxa. Se ha dado una versión casi siempre falsa de la sociedad salvaje en orden a sus principios legales. Malinowski se esfuerza en reducir a sus justos límites tales “verdades”.

Después de plantear el problema de la “sumisión automática a las costumbres”, estudia—con numerosos ejemplos—la influencia de las relaciones económicas en las tribus, para, en sucesivos capítulos, desarrollar, en sus múltiples aspectos, la importancia del mandato, sea ley o tradición, en la vida del salvaje. Tras hacer hincapié en el principio de reciprocidad, define y clasifica las reglas consuetudinarias y desarrolla la problemática en torno a una definición antropológica de la ley.

Termina la primera parte con las conclusiones sacadas de lo expuesto en los capítulos anteriores y con el “propósito” de pronosticar que se encontrará que “la reciprocidad, la incidencia sistemática, la publicidad y la ambición serán los factores principales en la poderosa maquinaria de la ley primitiva”.

La segunda parte, “Crimen primitivo y su castigo”, consta de cuatro capítulos. Estudia Malinowski en el primero lo relativo a la infracción de la ley y el restablecimiento del orden. El segundo, clarificado con abundantes ejemplos, versa sobre las influencias legales de la hechicería y el suicidio. Los dos últimos capítulos plantean cuestiones del máximo interés, cuales son “los sistemas legales en conflicto” y el “dogma del clan” o el “sib-dogma”, según oportuna expresión del doctor Lowie. La primera cuestión pone de relieve la discrepancia entre el ideal de la ley y su realización. La ley consiste—dice—en un número de sistemas más o menos independientes, sólo parcialmente ajustados unos a otros. En cuanto al “dogma del clan”, debe ser aceptado con reservas: los salvajes están unidos por la tradición y el mandato; pero, a veces, tal unión es una ficción legal, ya que, en realidad, esta unión es casi constantemente quebrantada en el curso de la vida ordinaria.

Los precisos y documentados estudios de Malinowski en esta obra serán muy útiles para aquellos que están interesados en esta clase de materias, e incluso, en general, para el criminalista.

JOAQUÍN MORALES

BÜCHERT, Herbert: “Die Todesstrafe, geschichtlich, religioes und rechtlich betrachtet”. — Lucheterhand Verlag. Berlín - Neuwied - Darmstadt (sin fecha), 76 páginas.

No se propone este libro, folleto más bien, un estudio erudito sobre la pena de muerte, al modo de los de Dörsing o Von Hentig, sino de un trabajo de divulgación encaminado a contener una, al parecer, fuerte corriente en pro del restablecimiento de dicha pena en la Alemania Federal. En efecto, el abolicionismo que se consagró constitucionalmente en la Ley fundamental de Bonn, fué en gran parte producto de una comprensible reacción contra los abusos de la represión en la

época nacional-socialista, pero pasado ese momento vuelven a oírse autorizadas voces en favor de un retorno a la pena capital como supremo recurso contra ciertos crímenes atroces que últimamente han conmovido la opinión. El autor, que reconoce la fuerza de este movimiento en su cualidad de juez de Berlín, escribe esta obra para poner de manifiesto las para él poco convincentes razones de los partidarios de la pena capital. Lo hace sistemáticamente desde un punto de vista histórico, religioso y iusfilosófico, para concluir con los consabidos tópicos sobre la utilidad de la última pena en vistas a la prevención general, ejemplaridad e inculización, contradicha por los riesgos de errores judiciales e imposibilidad de corrección.

A pesar de lo elemental del trabajo no faltan datos curiosos y poco conocidos, sobre todo en lo tocante a la historia de la pena de muerte en Alemania y los progresos parlamentarios del abolicionismo. En las referencias al derecho comparado los datos son a veces inexactos o anticuados, así en referencia a España el consignar nuestro país entre los abolicionistas pensando que es aún vigente la legislación de 1932.

ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS

CAMBRIDGE DEPARTMENT OF CRIMINAL SCIENCE: "Sexual Offences". (Londres, MacMillan & C.^o Ltd. 1957: 63s net.)

Trátase de una nueva obra de la Serie "English Studies in Criminal Science", editada por la aludida Sección de Ciencia Penal de la Universidad de Cambridge, bajo los auspicios de León Radzinowez, Director de la repetida Sección universitaria y autor del prefacio que precede a la obra.

Esta contiene los resultados de una investigación efectuada en el transcurso de más de cinco años sobre más de la cuarta parte de los delitos registrados por las Oficinas de Policía, durante un año, en catorce distritos de Inglaterra y Gales, abarcando, por tanto, grandes núcleos industriales, portuarios, comunidades urbanas y suburbanas, así como rurales.

También ha constituido objeto de dicha investigación el cálculo aproximado de delincuentes no aprehendidos, su proporción en las principales modalidades de delincuencia sexual, las causas determinantes de no haberlos podido identificar.

La parte principal del informe que la susodicha investigación dió por resultado, recoge 2.000 casos de culpables confesos: detalles relativos a la edad de los mismos, profesión u ocupación, condiciones maritales y cuantas circunstancias habían escapado a estudios análogos precedentes. Al mismo tiempo se ha procurado arrojar alguna luz sobre las circunstancias también de las víctimas, los métodos por los que han podido llegar a conocimiento de la Policía esa clase de delitos y el "modus operandi" empleado para su perpetración; sin haberse, en suma, descuidado el estudio de los respectivos procesos o actuaciones judiciales, con especial referencia a la clase de penalidad aplicada en su caso, multa o reclusión, ni olvidado las aportaciones del peritaje médico con relación al número e índole de casos en los que se dispuso de tal aportación técnica y los dictámenes de dichos expertos.

Se ha seguido también la conducta observada durante un período de cuatro

años a fin de poder apreciar el grado de éxito alcanzado en la prevención de reiteraciones y determinar un grupo especial de reiterantes.

Concluye el informe que, en definitiva, se expone en la obra un estudio del Derecho positivo, sustantivo y procesal, con inclusión de la reciente "Sexual Offenders Act" de 1956, revisándose igualmente la posibilidad de enmiendas que dicho Derecho sugiere y aportándose finalmente, a título comparativo, informes recabados de cuatro Estados europeos sobre el particular, y de los Estados Unidos de América.

Se halla dividido el libro en seis partes, más cuatro apéndices. La primera parte concierne a las "características más salientes de los delitos sexuales. El capítulo II de dicha parte estudia la ya aludida proporción de delincuentes cuya identificación no pudo lograrse, la edad de las víctimas, tiempo transcurrido desde la comisión del hecho hasta su denuncia a la Policía, terminando con unas conclusiones en las que se fija en el duplo de los homosexuales el número de casos no identificados de heterosexuales, siendo generalmente a los catorce años la edad de jóvenes víctimas de tales delitos. El 63 por ciento de casos fueron puestos en conocimiento de la Policía por los padres de dichas víctimas a raíz de la manifestación de éstas y estribando también en la mayoría de los casos la razón de fracasar los intentos de identificación en la deficiente descripción dada respecto a los culpables; deficiencia a su vez generalmente obediente a la poca edad de las víctimas o las circunstancias frecuentes en el hecho, tales como obscuridad, sorpresa o incluso desmayo consiguiente de aquéllas.

En el capítulo IV de la propia parte relativa a los culpables sujetos a procedimiento, se llega a establecer un 28 por ciento de declarados reos de "atentados contra el pudor", 25 por ciento de casos de "exhibicionismo", un 23 por ciento de infracciones de esta clase sancionadas con medidas reglamentarias y un 14 por ciento de "importunos con propósitos inmorales". Sólo a 5 por ciento alcanza el número proporcional de casos más graves, como raptó, estupro o violación, incesto, etc.

Aborda el capítulo VII de la segunda parte la cuestión relativa a circunstancias personales de los culpables y, con referencia al aspecto matrimonial de los mismos, se afirma allí que más de seis por cada diez, entre 1.769 delincuentes sexuales, eran solteros, y que la proporción de éstos era mayor en los casos de homosexualidad, si bien en ellos uno de cada cinco eran casados al perpetrar el hecho.

En la parte cuarta, y concretamente en el capítulo XIII, se señalan porcentajes que ascienden al de 28 para los reincidentes ya condenados por "exhibicionismo" u otros delitos de índole homosexual, no rebasando el 15 por ciento la proporción de reincidencias en la clase de heterosexuales.

Y finalmente en el capítulo XV, se señala como la más profusamente impuesta en este tipo de transgresiones, naturalmente después de la de reclusión, la pena de multa, registrándose un 40 por ciento de casos sometidos a régimen de prueba; y afirmándose en el informe final el fracaso de esa clase de sanción, así como el de la privación de libertad por corto tiempo, con vistas a los resultados que acusa el estudio de la reincidencia.

JOSÉ SÁNCHEZ OSÉS

CARRO IGELMO, Alberto José: "El despido justo". Doctrina. Legislación. Jurisprudencia.—Prólogo de D. Eugenio Pérez Botija.—Editorial Bosch.—Barcelona, 1957.—557 páginas.

Las Reglamentaciones laborales de trabajo han elaborado, en estos últimos años, un tan hondo estudio del despido, regulándose con todo detalle la materia relativa a las *sanciones* que pueden imponerse por determinadas *faltas* cometidas en el trabajo—sanciones que culminan laboralmente en la de mayor gravedad o *despido*—, que se ha llegado a hablar por algún sector de la doctrina, al igual que en la extranjera, de un Derecho penal del trabajo. El presente libro, bien meditado y mejor escrito, del que es autor el profesor de la Universidad, de la Escuela Social y de la Escuela Sindical de Barcelona, señor Carro Igelmo, está dedicado al estudio de esa ruptura del contrato laboral cuando exista justa causa de despido.

Sistematiza el autor la materia en los siguientes capítulos: Introducción. I. Las faltas de asistencia o de puntualidad en el trabajo.—II. La indisciplina o desobediencia.—III. Los malos tratamientos y las faltas de respeto y consideración.—IV. La ineptitud.—V. El fraude, deslealtad y abuso de confianza.—VI. La disminución dolosa del rendimiento.—VII. Las negociaciones sin permiso.—VIII. La embriaguez.—IX. La falta de aseo.—X: Las rifias y pendencias.—Finalmente, en dos amplios apéndices, se recoge la jurisprudencia sobre las justas causas de despido de los Tribunales Supremo y Central de Trabajo, y la proyección de dichas justas causas de despido en las Reglamentaciones Nacionales de Trabajo.

El libro, por otra parte, es de la mayor actualidad, al recoger las últimas disposiciones que regulan la materia, que llegan hasta el Decreto de 26 de octubre del pasado año, y como muy bien dice el ilustre prologuista, "el esfuerzo de Carro Igelmo bien merece los plácemes, que sin regateo tributamos, y los augurios de la oportunidad de Editorial Bosch al lanzar al mercado este provechoso estudio".

DIEGO MOSQUETE

CASTAN VAZQUEZ, José María, Abogado, Fiscal y Profesor adjunto de la Universidad de Madrid: "La protección al honor en el Derecho español".—Publicaciones de la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, sin fecha.—26 páginas.

Se ocupa Castán Vázquez, en este nuevo trabajo, del honor, comenzando por estudiarlo como sentimiento: "El honor es un sentimiento y los sentimientos es más fácil *sentirlos* (de la intensidad con que siente el hombre la noción del honor dan idea sus reflejos físicos: la sangre sube al rostro cuando recibe una ofensa)". En la doctrina jurídica se habla del honor en dos sentidos: el subjetivo y el objetivo. En el primero es el sentimiento de nuestra propia dignidad, y en el segundo es el reconocimiento que de esa dignidad hacen los demás. Ambos aspectos interesan al jurista.

Seguidamente se estudia "El honor en España", tanto en su aspecto cien-

tífico como a través de la Literatura, tanto clásica como moderna. El honor y el Derecho, el honor como derecho de la personalidad, el honor en el Derecho español y la protección al honor en los derechos penal y civil.

Estudiando el problema en su aspecto penal, dice el profesor Castán Vázquez que el Código protege el honor en diversos preceptos; dedica, en primer término, todo un título (el X, del libro II); pero, aparte de estos preceptos (artículos 453 a 457), en que encuentra una tutela el derecho al honor e incluso el derecho al secreto del deshonor, hay otros muchos de nuestro Código penal en los que se toma en consideración, bien sea para la pena imponible, bien para agravar la que corresponde por delitos diversos a los que se une el ánimo de injuriar, o por delitos que se cometen a causa de él (infanticidio, aborto *honoris causa*, lesiones menos graves inferidas con manifiesta intención de injuriar, etc.).

Seguidamente estudia la circunstancia atenuante sexta del artículo 9.º (obrar en vindicación de una ofensa) y la agravante 16.ª del artículo 10 (ejecutar el hecho con desprecio que por la dignidad, edad o sexo mereciere el ofendido), para señalar, seguidamente, otros dos casos que entrañan atentados al honor: el chantaje y la difamación. Después de un detenido examen, el autor llega a la conclusión de que el chantaje requiere un precepto específico, no obstante poder actualmente sancionarse de acuerdo con lo dispuesto en el número 1.º del artículo 493.

En cuanto a la difamación, no estando en los códigos penales de 1932 y vigente específicamente definida y sancionada, como en el de 1928, habrá que considerarla actualmente como un delito continuado de calumnia o de injurias, ya que es el sistemático ataque al honor de una persona. Mas "para hacer más efectiva, en el derecho español, la sanción al difamador, parece que será conveniente acoger de nuevo en el Código penal la figura de la difamación como delito autónomo en el título de los delitos contra el honor".

Seguidamente se ocupa del discutido artículo 428 de nuestro vigente Código, y después de estudiarlo detenidamente y de citar la opinión de algunos penalistas españoles que se manifiestan contrarios al mismo, hace notar que, defendiendo la naturaleza del citado artículo, que "si bien es cierto que el honor en sentido subjetivo reside en la propia conducta digna, también lo es que el *honor objetivo* del marido radica—por una convención social, injusta si se quiere, pero arraigadísima todavía, especialmente en, nuestra patria—en la fidelidad de la mujer. Por lo que cabe admitir que obra realmente en defensa de su honor quien castiga a los adúlteros.

En este interesante trabajo de Castán Vázquez, que ya fué el tema de la conferencia que pronunció en la Academia Valenciana de Legislación y Jurisprudencia el día 26 de mayo de 1956, demuestra no sólo su competencia en los temas propios del Derecho civil, a los que con especial vocación se dedica, sino también la profundidad de su preparación jurídico-penal.

CLARK, Robert E.; KOENIG, Samuel, y VEDDER, Clyde B.: "Criminology, a book of readings".—Publicado por "The Dryden Press".—New York, 1955.

Como indica la ampliación al título de la obra, "a book of readings", ésta estriba en una recopilación de diversos criminólogos, modernos en su casi totalidad, ya que las referencias a otros más antiguos parece haber quedado circunscritas a los criterios más salientes de Lombroso, Ferri, Tarde y Bongger; recopilación sistematizada en los veintinueve capítulos de que el libro consta, agrupados en cuatro partes.

El primero se intitula "¿Qué es la Criminología?", y comprende aportaciones de J. P. Shalloo y de Marshall B. Clinard, quien reputa a la ciencia referida como "un aspecto de la Sociología americana". El capítulo segundo estudia el fenómeno delincuencia a través del prisma ofrecido por Albert Morris y Walter C. Reckless. Al delincuente viene dedicado el capítulo tercero, en el que diremos colaboran Paul W. Tappan, Walter Coutu, Karl F. Schuessler, Donald R. Cressey, Albert Morris, Hans von Hentig, Alfred R. Lindesmith y H. Warren Dunham, autores todos ellos, respectivamente, de monografías sobre "el delincuente", su personalidad, sus rasgos más marcados, estudio introspectivo del criminal, su víctima y clasificación de los delincuentes.

El aspecto legal se trata en el capítulo cuarto merced a las aportaciones de Harry Elmer Barnes, Negley K. Teeters, Richard C. Fuller y de Benjamín Karpman, considerando la presunta deficiencia de "sus leyes penales", "la Moral y el Derecho penal", y "el Derecho y la Psiquiatría".

El capítulo quinto se consagra a la Estadística, recogiendo estudios sobre el particular de Frederick A. Conrad y Thorsten Sellin.

Una segunda parte, que comienza con el capítulo sexto; reseña las "Teorías de algunos adelantados ("pioneers") de la Criminología", concretándose, cual ya quedó indicado, a las obras principales de Lombroso, Ferri, Tarde y Bongger, según los estudios de las mismas realizados por diferentes estudiosos norteamericanos.

Los "Factores psicológicos del Delito" son el contenido de la misma segunda parte en su capítulo séptimo. Reseñanse en él los trabajos de Karpman, Thornton, Alexandre y Healy, y los de Abrahamsen y Dunham, sobre la naturaleza del psicópata, la personalidad psicopática y el delito, los conflictos internos del crimen, la disgregación o tensión familiar como factor, y la esquizofrenia y la conducta delictiva..

Concluye dicha parte segunda (capítulo VIII) con los "Factores culturales y sociales del delito": aportaciones de Morris, Tannebaum, Eliot, Reinhardt, Clinard, Johnson, Van Vechten y Sutherland.

El capítulo IX inicia la parte tercera de la obra: "Delincuencia sexual", examinada a través del trabajo de Reckless sobre las causas de la prostitución, el de Jenkins, sobre la formación del delincuente sexual; de Riemer, sobre la etiología del incesto.

El alcoholismo y la toxicomanía se abordan en el capítulo X, utilizando las contribuciones de Mowrer, Seliger, Upton y Lindesmith. El juego y sus problemas criminológicos son considerados en el capítulo XI, desde las perspecti-

vas ofrecidas por Jacoby, Morehead y Peterson. El delito como objeto de organizaciones es expuesto mediante los trabajos de Lindesmith, de las conclusiones formuladas por la Comisión senatorial americana, de las monografías de Stevenson y de Freeman. El llamado "delito de guante blanco" (capítulo XIII) es tema tratado y recogido en la obra que se reseña por Sutherland, Vallerstein y Wyle, Peterson, Healy y Bronner, Clinard, Schulman y Killian.

La cuarta parte, dedicada al "tratamiento del delincuente", recoge en el capítulo XV lo relativo a la organización policial (trabajos de Cogshall y Wilson; el enjuiciamiento criminal y la organización judicial (Pollak, Krieg, Floch y Nordskog). La pena constituye el tema tratado en el capítulo XVII, donde se resumen los opúsculos, obras y artículos de Tillinn, Caldwell y Taft, el penúltimo de éstos sobre la pena de muerte.

La prisión y los reclusos (capítulo XVII) constituye el motivo de los trabajos de Haynes, Weinberg, Teeters, Burke, Tracy y Clemmer.

El régimen de prueba (capítulo XIX), mediante las aportaciones de Reine- mann, Giardini, Leeds, Clarke, Fuller, Bates, Rasmussen, Scott y Wyle, considera los siguientes temas: Principios y prácticas sobre el régimen de prueba; la dinámica social y los regímenes de prueba y bajo palabra; el régimen de prueba requiere una capacitación especial; los logros y aspiraciones del régimen de prueba; terapéutica por grupos entre sometidos al régimen de bajo palabra, etc.

Y, por último, con los trabajos de Peterson, MacCormick, Lukas y Vold finaliza el libro, ocupándose de los sistemas de prevención del delito y de las mejoras obtenidas en este sentido.

J. S. O.

DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DEL ESTADO DE CALIFORNIA.

"Modus operandi and crime reporting" (Sacramento (California), "Bureau of Criminal Identification and Investigation"), 1955, ed. revisada.

Trátase de una publicación realizada bajo los auspicios de Edmund G. Brown, procurador general, y consistente en un Manual encaminado a la preparación de informes para facilitar la labor de investigación y estadística de los organismos que tienen encomendada la prevención y persecución de los delitos.

Responde dicho "Manual" a la idea, sobre todo, de ayudar a los "sheriffs" y demás jefes de Policía, en cuanto el artículo 11.112 del Código penal les impone la obligación de suministrar "diariamente" al "Bureau of Criminal Identification" las huellas digitales de todas las personas detenidas bajo imputación de transgresiones de índole sexual y otros delitos graves. El artículo 11.107 preceptúa asimismo la remisión de datos, con arreglo a modelo de formulario, relativos a las "felonies" y ciertos delitos de los catalogados como "misdemeanours" perpetrados en las jurisdicciones respectivas. El objetivo final de esa recolección de datos es precisamente facilitar a los "funcionarios de paz" aludidos los medios para la identificación de delincuentes cuya detención les esté encomendada.

Al efecto incluye el "Manual" repetido impresos para lograr uniformidad

en la información mínima precisada para que los funcionarios o agentes encargados de la investigación puedan catalogar adecuadamente las fichas respectivas y registrarlas bajo el epígrafe correspondiente a la técnica peculiar empleada por el presunto culpable en la comisión del hecho.

Tal clase de registro, comprensivo igualmente de fichas modelo para la anotación de casos de fraudes cometidos mediante la utilización de cheques, se atiende, por ejemplo, en el caso de robos, sustancialmente a la consignación de conceptos afines a la hora y fecha del atentado, personas víctimas de la agresión, bienes que fueron afectados por la misma, método empleado, medios utilizados, útiles, marcas o peculiaridades del objeto del robo, manifestaciones del presunto culpable, etc.

Recomiéndase, finalmente, la adición a dichas hojas o fichas de cuantas descripciones contribuyan a facilitar la identificación del hecho y sus responsables.

J. S. O.

DIAZ PALOS, Fernando, Doctor en Derecho y Abogado fiscal de la Audiencia de Barcelona: "Dolo penal". Editorial Bosch, Barcelona, sin fecha, 114 páginas.

Sigue Díaz Palos enfrentándose con los temas fundamentales de nuestra ciencia, y en esta cuidadosa monografía nos ofrece un magnífico estudio sobre el dolo, ampliando lo que ya nos había dicho en su anterior monografía sobre la culpabilidad jurídico-penal, al tratar de este primer elemento de la misma.

Propugna una conciliación entre las posiciones intelectualistas y voluntaristas; pero afirmando el dominio de la voluntad, cuyo tradicional ascendiente en los dominios del delito se muestra más conforme con la dimensión dinámica que el dolo entrafia y enemiga, por tanto, de la pasividad a que parece propender un puro intelectualismo contemplativo.

Las materias tratadas son las siguientes: Evolución histórica; clases de dolo; elemento intelectual; conocimiento de los hechos y su significación; elemento emocional, y derecho positivo español.

Siguiendo su costumbre, nos ofrece finalmente unas conclusiones, de las que seguidamente ofrecemos un resumen, pues de esta forma es como creemos que el lector podrá ver la posición del ilustre autor de este trabajo sobre cada uno de los puntos que tan magistralmente estudia. Estas son las siguientes:

Primera. El resultado de la evolución histórico-doctrinal del dolo nos lo muestra en forma compendiada, como conciencia y voluntad de un hecho punible.

Descartadas tanto la tendencia ampliatoria como la restrictiva del dolo, tomamos posición frente a las teorías de la representación y de la voluntad, en cuanto exigimos, para que exista dolo, tanto conciencia como volición del resultado.

Si no reputamos suficiente el elemento intelectual, tampoco debe bastar el solo elemento volitivo. Ambos son necesarios y de su concurso nace la intención, alma del dolo.

Segunda. La única clasificación rigurosamente científica, atendido el contenido del dolo, es la que lo concibe, bien como directo, bien como eventual. Las demás pretendidas especies no son formas independientes sino conjunción o combinación de aquellas dos fundamentales. La clasificación del dolo que atiende a su intensidad debe ser desplazada a otros lugares de la teoría del delito. El dolo subsiguiente, el de peligro o el *generalis*, deben desecharse en absoluto.

Tercera. El elemento intelectual debe ser *príus*, lógico de toda indagación teórica del dolo. Con su estudio comienza el desenvolvimiento estructural de la noción, bien entendido que tal análisis es puramente metódico dada la intimidad del *proceso* psíquico en que descansa el proceso. Esto supuesto, pueden distinguirse dos aspectos del conocimiento: Uno práctico y otro valorativo. Los dos son necesarios para que exista dolo.

Cuarto. Para ver el resultado y el nexo causal que lo liga a la acción puesta por el sujeto, las características del tipo más generales, el estudio del conocimiento fáctico debe referirse a ellas primordialmente.

Puesto que es conocer los hechos que fundamentan la pena, deberá exigirse igualmente el conocimiento de los que la elevan (agravantes).

Admite el error sobre los hechos que excluyen o atenúan la pena, exceptuando: La propia imputabilidad, las condiciones objetivas de la punibilidad y las excusas absolutorias; pero concediendo al yerro amplio poderío en cuanto a las causas de justificación e inculpabilidad.

Quinta. La valoración de los hechos por el sujeto se desdobra en dos sentidos: Conocimiento de la significación de los elementos normativos del tipo y conocimiento de la significación antijurídica de la propia conducta.

Sexto. El elemento emocional no es pura volición, sino actitud de la voluntad frente a lo representado, de tal modo que no sólo debe contar lo directamente querido sino también lo implícitamente admitido.

El dolo directo admite dos hipótesis: El dolo de propósito y el dolo de consecuencias necesarias.

Entre las teorías que tratan de resolver la duda congénita del dolo eventual, cree el autor que la del consentimiento es la más segura.

Séptima. En el Derecho positivo español el concepto de dolo está ausente, pero puede inducirse de la comparación de las dos fundamentales especies de culpabilidad contenidas en los artículos 8 ap. 8.º, 565 y 586, 3.º. De la exégesis de los indicados preceptos se obtiene la conclusión de que el dolo se identifica en España con la intención maliciosa.

Octava. El conocimiento fáctico en el dolo puede acoplarse en Derecho español a las mismas premisas que hemos aceptado.

Novena. El elemento intelectual está implícito en el artículo 1.º del Código penal y el emocional explícitamente declarado en la exigencia de voluntariedad de dicho precepto y de los concordantes.

El dolo eventual, aunque ignorado por el Código, cabe en el párrafo 3.º del artículo 1.º

En estas conclusiones, creemos quedan, por su autor, recogidos sus interesantes puntos de vista y a nosotros ya no nos queda más que felicitarle por

esta nueva aportación a la ciencia de los delitos y de las penas, entre cuyos cultivadores ha alcanzado tan destacado puesto por el mérito de sus trabajos.

C. C. H.

GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José: "Colonias Penales e Instituciones Abiertas". Prólogo del Sr. Lic. D. Teófilo Olea y Leyva, publicaciones de la Asociación Nacional de Funcionarios Judiciales, México, 1956.

El Profesor González Bustamante, Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma y Ministro de la Suprema Corte de Justicia de México es bien conocido de los lectores del ANUARIO DE DERECHO PENAL en cuyas páginas han aparecido importantes trabajos, debidos a su pluma, sobre temas de Derecho penal y Derecho procesal penal.

La publicación que ahora reseñamos, de carácter penitenciario, constituye un generoso esfuerzo encaminado a la reforma de la ejecución de las penas de privación de libertad en México, organizándola sobre nuevas bases orientadas hacia una finalidad reeducadora. Estas penas, en su mayoría, son ejecutadas en la actualidad en penitenciarías, presidios, cárceles, en establecimientos cerrados correspondientes a los tipos denominados de *seguridad máxima* y *seguridad media*, cuya organización y funcionamiento se inspiran más que en la aspiración a la reforma de los reclusos, en el propósito de mantenerlos bien seguros dentro de sus muros. Uno de los instrumentos más eficaces para lograr su corrección y reinserción en la vida comunitaria, el trabajo, no responde en las normas que lo regulan, y de modo especial en su aplicación, a las modernas exigencias penitenciarias. No desconoce, sin embargo, su alto valor la legislación penal mejicana. El artículo 79 del Código penal dispone que el Gobierno organizará los establecimientos destinados al cumplimiento de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad "sobre la base del trabajo como medio de regeneración procurando la industrialización de aquéllos y el desarrollo del espíritu de cooperación entre los detenidos, facultándose al Estado para establecer, con carácter permanente o transitorio, campamentos penales adonde se trasladarán los reos que se destinen a trabajos que exijan esta forma de organización." Pero tan elevados propósitos no se han realizado hasta ahora y no sólo deja de utilizarse tan valioso medio de reforma, sino que la enorme carga del sostenimiento de los presos pesa gravosamente sobre las espaldas del Estado. En gran parte, estos y otros graves defectos del funcionamiento de las prisiones mejicanas que el autor señala provienen de la enorme descentralización de los servicios penitenciarios que dependen por completo de los Estados, facultad que estos mantienen con fuerte espíritu de particularismo y que constituye un insuperable obstáculo para la colaboración entre la Federación y los Estados, necesaria para la realización de la deseada reforma penitenciaria.

El Profesor González Bustamante con claro conocimiento de las modernas orientaciones penológicas ataca vivamente el actual sistema de las enormes penitenciarías y de las cárceles y presidios de régimen de rigurosa clausura. En particular los establecimientos de seguridad máxima, afirma, son los más ina-

decuados para el tratado de los presos y los más onerosos para el Estado. Pero no es un partidario decidido de la abolición de la prisión, cree, con prudente moderación, que aún no ha llegado el momento de enjuiciar esta pena desconociendo sus resultados, y que su función puede aún ser provechosa para ciertos delinquentes. Puede ser útil, en caso de prisiones bien organizadas para los delinquentes habituales y peligrosos, pero en modo alguno para los delinquentes primarios, para los que no revelen especial peligrosidad, para éstos postula con ardor la creación de colonias penales organizadas sobre la base de un tratamiento reformador con trabajo al aire libre. Esta idea ya tenía arraigo en Méjico en el proyecto de la vigente Constitución de 1917, cuyo artículo 18 disponía que toda pena superior a dos años de prisión se cumpliría en colonias penales o presidios fuera de las poblaciones, que dependerían directamente del Gobierno Federal, pagando los Estados a la Federación los gastos proporcionales al número de reos que tuvieran en dichos establecimientos. Para nada se mencionaban las penitenciarías, los grandes establecimientos cerrados, sino que se establecían, como una de las bases fundamentales para la ejecución de las penas privativas de libertad, las colonias penales al aire libre y se creaba, además, una colaboración, que hubiera reportado grandes beneficios, entre la Federación y los Estados para la construcción de aquellos establecimientos. Por desgracia el proyecto fracasó no obstante la brillante defensa que de él se hizo.

Hoy existen en Méjico colonias penales, las de las Islas Marías en el Pacífico. Dedicadas en 1908 a la relegación de delinquentes habituales de vagos y mendigos esta medida constituyó un completo fracaso. Actualmente gracias a los esfuerzos realizados se está desarrollando en ellas una intensa actividad colonizadora, la explotación de importantes cultivos, de riquezas forestales y de especies marinas, en las que se ponen grandes esperanzas. Pero aún deberían ser creadas, propone el autor, en varios estados otras colonias penales de tipo agrícola, pecuario o fabril. También podría aprovecharse el trabajo de los penados por medio de campamentos móviles para la apertura de caminos vecinales y para la construcción y conservación de las grandes carreteras. La realización de este programa —que elimina los grandes establecimientos penales de elevada población, donde los reclusos no trabajan, o trabajan poco y con escaso y deficiente rendimiento, y crea instituciones fundadas sobre la base de una organización racional del trabajo con aspiración reformadora—, constituiría un enorme progreso en la ejecución de las penas privativas de libertad en este país.

Con gran simpatía mira el Profesor González Bustamante el auge enorme que van alcanzando las "prisiones abiertas". Los Congresos Penal y Penitenciario de la Haya de 1950 y el organizado por la Sección de Defensa Social de la O. N. U. celebrado en Ginebra en 1955, estudiaron ampliamente este tema y formularon votos recomendando su implantación. El autor hace una detallada descripción de estos trabajos y da una amplia noticia de la difusión mundial de estas instituciones. Mas a pesar del agrado que este nuevo sistema de ejecución penal le inspira, manifiesta con gran sensatez que la actualidad mejicana no permite pensar que por ahora puedan establecerse estas instituciones. No en todas partes se declara con tan honrada sinceridad la realidad nacional. Sin embargo, Méjico posee ya alguna excelente institución, como el nuevo recluso-

rio para mujeres de Ixtapalpa, magnífico en todos sus aspectos, pues es de hecho una prisión abierta, ya que su principal característica es la ausencia de candados y cerrojos y una mínima vigilancia exterior durante la noche.

Para la solución del problema penitenciario en su país propone el autor, de acuerdo con Buentello y Marcus, la creación de los siguientes tipos de establecimientos: *a)* cárcel para los delincuentes primarios, jóvenes condenados a pena menor de un año; *b)* cárcel para delincuentes primarios adultos condenados a pena menor de un año; *c)* manicomio judicial; *d)* penitenciaría de toxifrénicos; *e)* cárcel correccional para jóvenes educables entre dieciocho y veintitrés años; *f)* granja semiabierta, con sistema de libertad bajo palabra; *g)* cárcel central de la ciudad para procesados; *h)* penitenciaría para adultos reformables; *i)* colonias penales del continente; *j)* colonias penales isleñas; *k)* penitenciarías de seguridad máxima con privilegios mínimos para reos de gran peligrosidad.

Es de esperar que en un país como Méjico, que cuenta con tantos entusiasmas y competentes penalistas, penólogos y criminólogos, no tarde en realizarse este científico y bien meditado programa de reforma penitenciaria que con vivo entusiasmo y una seria fundamentación penológica propone el Profesor González Bustamante.

EUGENIO CUELLO CALÓN

GOWERS, Sir Ernest: "A life for a life?" (¿Vida por vida?), Londres, Chatto and Windus, 1946, 144 páginas.

A través de ocho capítulos y un apéndice (compreensivo de datos estadísticos sobre cuyos resultados ha afirmado el autor su tesis de que las cifras de homicidios perpetrados deben hallarse determinadas por factores distintos a la vigencia de la pena capital), Sir Ernest Gowers realiza un resumen de los problemas implícitos en la abolición de la referida pena.

Presidente de la Real Comisión Británica designada para el estudio de tales cuestiones en los años 1949 a 1953, pasóse al campo del abolicionismo como consecuencia, al parecer, de los resultados obtenidos durante el período de información y aportación de testimonios recabados previamente sobre el particular por la Comisión susodicha.

Después de narrar los desagradables detalles de las ejecuciones, y evidenciando también la anomalía que implica la existencia de una sola pena para tantos delitos que sólo tiene de común la gravedad de los hechos con ella castigados, Sir Ernest enjuicia dicha sanción desde las perspectivas moral y práctica que la cuestión sugiere.

Al propugnar el autor la abolición de la pena de muerte, no lo hace puntualizando los detalles del procedimiento para llevar a cabo tal abolición, confesando ignora sobre el particular si efectivamente ello requeriría o no la educación previa de las masas u opinión pública, por entender que esto último entra ya en el ámbito de la política.

Estima que no es un riesgo tan probable como se pretende el que, de desaparecer la pena capital, sería provocar casos de linchamiento si a raíz de tal supresión, se llegase a producir nuevos crímenes de los que conmueven a las gentes.

Cree también Mr Gowers que la conclusión a que puede abocarse depende esencialmente del criterio respectivo acerca de dónde gravita el peso de la prueba en general, cuestión ésta que, a su vez responde al criterio religioso que cada cual adopte. Recuerda en este sentido que a cualquiera de los criterios religiosos aducidos, al parecer antitéticos, se llegaría por razones de fe, y no por la fuerza de la razón; repuntando vano argüir entonces cuál de aquéllos sería el acertado o justo. "Todo lo que puedo decir —añade— es que, lo que he llamado el principio, criterio o dogma del Antiguo Testamento —representado por la frase titular "Life for Life"— despierta menos adhesión emotiva que el precepto del Nuevo Testamento que veda privar de la vida a título de retribución".

El argumento retentivo basado en que la opinión del vulgo exige la pena que se discute, carece para el autor de fundamento racional: "podrá discutirse —admite— sobre tal criterio en un sentido meramente práctico, mas en modo alguno lógico".

Descarta, asimismo, el argumento que apoya la conservación o mantenimiento de la pena en "unas presuntas dificultades que entonces se crearían para la Administración penitenciaria"; pues tal problema no ha surgido en los países que no admiten la pena de muerte.

Igualmente viene a considerar inadmisibile la pretensión de que es más humana la pena de muerte que la reclusión prolongada, pues si reconoce que ésta es en efecto dura e intimidativa, también estima no puede llevarse más lejos la deducción. El temor que pueda inspirar la reclusión perpetua, ha de sopesarse con el hecho cierto de que la muerte elimina toda posibilidad de reforma y arrepentimiento.

Finalmente, respecto a otro argumento para mantener la última pena, uno de índole utilitaria, el basado en la excepcional aptitud intimidativa de la pena capital, concluye Mr. Gowers invocando los resultados estadísticos, que revelan no es precisamente concomitante con la disminución de los crimenes más graves la subsistencia de la pena en cuestión.

Recuerda en último extremo la frase de Sellin: Cuando la colectividad la rechaza, ha de ser derogada, sin preocupación por los resultados que arrojen las cifras de homicidios.

J. S. O.

GUALLART Y LOPEZ DE GOICOECHEA, José: "El principio "Nullum crimen, nulla poena sine previa lege" en los Fueros de Aragón". Separata de "Homenaje a la memoria de don Juan Moneva", Zaragoza, Talleres Editoriales "El Noticiero", sin fecha.

No ha mucho el Profesor Guallart publicó un concienzudo trabajo sobre el antiguo derecho penal aragonés ("El Derecho penal de la Compilación de Huesca 1247") que fué objeto de una amplia y justamente elogiosa recensión aparecida en nuestro ANUARIO, y de nuevo tras breve plazo saca a luz este valioso estudio histórico, minuciosamente documentado como el anterior, en el que nos da a conocer la recia raigambre que desde muy antiguo tuvo en Aragón el

principio de legalidad de los delitos y de las penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*).

Iniciase el trabajo con una acertada síntesis, fundamentada con abundante y selecto aporte bibliográfico de los aspectos histórico, legislativo y doctrinal del referido principio y pasa luego a la parte primordial de su estudio, a la exposición y examen de las leyes y fueros que de modo firme y ejemplar aseguraron en el orden penal las garantías jurídicas de la persona a los regnicolas del Reino de Aragón.

Mientras que en Castilla el sentido de legalidad penal no se manifiesta hasta bien mediado el siglo XIII y comienzos del XIV, en especial en los Ordenamientos de Cortes (Cortes de Valladolid de 1293, de Burgos de 1301, de Medina de 1303, etc.), en los que, singularmente como reacción contra los abusos y desmedido arbitrio penal de los señores, se prohíbe y castiga matar, lisiar ni tomar cosa alguna a los malhechores hasta que no sean oídos y juzgados conforme a ley, en Aragón la justicia real recaba para sí las atribuciones judiciales de los señores. En uno de los más antiguos textos del Derecho aragonés, en el privilegio dado a Barbastro por Pedro I en 1100 declara éste a sus súbditos su voluntad constante de que se haga justicia y que siempre se juzgue con arreglo a los fueros. Ha de vivirse y juzgarse conforme a fuero. *Standum est chartae*.

Más tarde, Jaime I se esfuerza por proteger a sus súbditos contra la incertidumbre jurídica y el arbitrio de los juzgadores. En el prólogo de la Compilación de Huesca se declara que el rey la hizo y estableció para que por ella "todas las iusticias judguen, assi como fuero manda". Y en consecuencia, en este libro se regula rígidamente la declaración de *inimicitia*, que se condiciona a exigencias, formalismos y plazos determinados, y si en él aparecen hechos, como determinadas formas de traición, castigados al arbitrio del rey, surge como remedio la garantía procesal, "*conviene que estas ditas cosas sian feytas iudicialmente*". La Compilación rechaza organismos extrajudiciales y arbitrarios, ordenando que "*ninguna iunta o iunteros no fagan Iusticia ad alguna persona*" antes de ser juzgada por la Justicia del rey. Las penas corporales, muerte y mutilaciones quedan reservadas a la Justicia real. Obrar contra estas normas constituye contrafuero sancionado con multa. Las penas se establecen de modo determinado, y en los casos excepcionales en que el culpable queda al arbitrio del juez, la pena ha de ser proporcionada a la calidad y cantidad del delito.

La protección de los derechos de la persona, ya afirmado por disposiciones anteriores, se ratifica enérgicamente en la confirmación del Privilegio General por las Cortes de Zaragoza de 1348, en las que don Pedro IV juró por sí y sus sucesores que no matarían, lisiarían ni desterrarían, ni ellos ni sus oficiales, a ningún aragonés sin previa sentencia de juez competente. No cabe aseguramiento ni garantía más rotunda y terminante.

Contra el quebrantamiento del fuero se dan fuertes seguridades desde el primitivo Derecho aragonés, el proceso de *firma*, que era un amparo de los oprimidos, y en modo especial el proceso de *manifestación*. Esta constituía una eficaz garantía jurídica contra la tortura, la prisión ilegal, la detención por juez incompetente; impedía la ejecución de cualquier sentencia criminal so pretexto de notoria injusticia en el fallo o nulidad del proceso. El juez competente

para decidir estos procesos fué el célebre Justicia de Aragón, magistratura de excelsa rectitud.

A estas fuertes garantías de legalidad se añade en el Derecho aragonés, adelantándose en muchos siglos al Derecho y a la jurisprudencia de nuestros días, la repulsa enérgica y manifiesta de la interpretación extensiva. "El fuero no admite de *consuetudine Regni* interpretación extensiva", se declara en la primera de las Observancias recopiladas por mandato de las Cortes de Teruel de 1428. "El juez ha de estar y juzgar siempre según la Carta y según lo que ésta contiene", establece la Observancia 16.^a

En tiempos posteriores, en los días del emperador Carlos V, la fórmula del legalismo penal alcanza aún, si cabe, afirmación más concluyente y decisiva en el fuero de las Cortes de Zaragoza de 1528, en el que de modo terminante se ordena a los jueces y oficiales del rey que "guarden y observen los fueros y libertades de Aragón, que no puedan prender persona alguna en el dicho Regno, ni detener, sino en los casos y formas ya por fuero statuydos, y sólo en las cárceles de la ciudad o villa, ni puedan dar tormento ni ejecutar sentencia alguna sino dada en legítimo y foral proceso".

Por desdicha, no siempre las garantías y seguridades que los fueros otorgaban a los aragoneses fueron observadas, por esfuerzos de la nobleza prepotente, o por otras causas, no pocas veces se deforma y decaen el espíritu foral; fué necesario salir al paso de estos abusos para volver al justo sentido, lo que con frecuencia se logró en los fueros de las últimas etapas.

El profesor Guallart ha prestado con el valioso estudio que hemos reseñado un servicio de importancia al conocimiento de la historia del Derecho penal aragonés: no menor que el que antes prestó con su notable trabajo sobre la Compilación de Huesca.

E. C. C.

GUALLART Y LÓPEZ DE GOICOECHEA, José: "La guerra, crimen".
Zaragoza, 1956.—Págs. 371-411.

Dentro de la serie de publicaciones de la cátedra "General Palafox", de Cultura Militar, de la Universidad de Zaragoza, ha aparecido este volumen, debido a la pluma del ilustre catedrático de Derecho penal de dicha Universidad, en el que se hace referencia a la guerra, con su cortejo de dolores y desdichas, muertes, sangre, esclavitud, éxodos y orfandades, en la que, al faltar la ley y el freno, se consagra la fuerza, que no siempre coincide con la justicia. Considera que el problema de la guerra injusta entra de lleno en el Derecho penal, porque en el empleo de medios injustos o ilícitos en las maneras de guerrear se da sobradamente la existencia de una antijuridicidad con substratum ético, o cuando menos social. Nuestros teólogos y moralistas nos hablaban de las injusticias en la guerra porque hay medios reprobados de guerrear, inocentes que salvaguardar, y ha de darse para con todos un mínimo sentimiento de humanidad, ya que no de caridad.

Al final de la guerra mundial de 1914-1918, en el artículo 228 del Tratado de Versalles, el Gobierno alemán reconoce a las potencias aliadas "libertad

para procesar y condenar, por sus Tribunales militares a las personas acusadas de haber cometido actos contrarios a las leyes y usos de la guerra". Después de la última conflagración mundial, surgen los conceptos de crímenes y criminales de guerra, los Tribunales de Nuremberg y Tokio, que es objeto de estudio en el VI Congreso de la *Association Internationale de Droit pénal*, celebrado en Roma del 27 de septiembre al 3 de octubre de 1953, con un tema sobre "La protección penal de las Convenciones internacionales humanitarias".

¿Se debe incriminar la guerra misma? Guallart contesta a la interrogante que se formula con las palabras empleadas en la primera sentencia del Tribunal de Nuremberg, que decía: "Desencadenar una guerra de agresión no es solamente un crimen internacional, es el crimen internacional supremo, no diferenciándose de los otros crímenes de guerra sino en el hecho de que aquél los contiene a todos." No han faltado de tiempos atrás demandas en pro de dicha incriminación, y el autor del trabajo que anotamos cita, al efecto desde las opiniones de los pensadores clásicos, pasando por las de publicistas y sociólogos modernos, hasta los proyectos más recientes y los trabajos de reuniones científicas de los penalistas en diferentes Congresos internacionales.

Termina el sugestivo trabajo del profesor Guallart glosando el discurso de Su Santidad a los miembros del VI Congreso de Derecho penal, en el que propugnó por la elaboración de un Derecho penal internacional para proteger a los individuos y a los pueblos contra la injusticia y las violaciones del Derecho. Por ello se puede afirmar que la guerra injusta es el primero y más grave crimen de los que el Derecho penal internacional presenta, lo que hace al distinguido profesor zaragozano finalizar su magnífico estudio con la bella frase siguiente: "¡Quiera Dios que la amenaza que el Derecho penal internacional fulmina contra tal crimen sea bastante para prevenirlo. Y si por desdicha el mal se produce, que el Derecho penal internacional sea eficaz para sancionarlo!"

D. M.

GUTIERREZ DE LA CAMARA, José Manuel: "Derecho marítimo"
 (Obra adaptada del cuestionario de la asignatura para las Escuelas Oficiales de Náutica).—Colección de Estudios de Derecho Internacional Marítimo.—Serie A.—Obras generales, número 3.—Madrid, 1956 (24 × 16). 507 páginas. 550 grabados. Precio: 175 pesetas. Instituto "Francisco de Vitoria".

El autor, teniente coronel auditor de la Armada, ex profesor de Derecho marítimo en la Escuela Moral Militar y abogado del Ilustre Colegio de Madrid, ha escrito una obra extraordinariamente útil, además de importante adaptándola al cuestionario de la asignatura para las Escuelas Oficiales de Náutica. Los epígrafes de los distintos capítulos de esta obra aparecen con doble tipografía, a fin de que mediante ésta fácilmente se pueda distinguir cuáles suponen contestación estricta a preguntas del cuestionario oficial de la asignatura en las citadas Escuelas y cuáles presupuestos o ampliaciones convenientes para la mejor comprensión de las otras referencias legislativas. Se

centran a las normas publicadas con anterioridad al 1.º de enero de 1956, aunque su vigencia haya comenzado posteriormente.

Las primeras manifestaciones históricas de leyes marítimas aparecen en el Código de Ham Musabí (Rey de Babilonia), que se remonta al año 2100 antes de Cristo, y que contiene algunos preceptos sobre construcción de naves, contrato de embarco, responsabilidad del naviero, fletes, abordajes... En el Código de Manú (siglo XIII a. C.) se encuentran también disposiciones marítimas que, hasta el descubrimiento en 1901 del de Ham Musabí, se consideraban las más antiguas. Nada nos ha llegado de las leyes marítimas fenicias respecto al intenso tráfico comercial que el pueblo fenicio desarrolló; pero sí de los griegos, cuya *Lex Rhodia* debió ser una ley orgánica de esta índole. De ella conocemos sólo un fragmento relativo a la echazón, reproducido por un juriconsulto romano con el título *De Lefe Rhodia de Jactu*. Las leyes marítimas griegas pasaron, con leves modificaciones, al Derecho romano, siendo incluidas en el *Digesto*.

En la colección de las *Basílicas* fueron reunidas, probablemente como libro III, las reglas del Derecho marítimo bizantino. En la Edad Media resaltan, por su importancia e influjo en todo el Mediterráneo, el Libro del Consulado de Mar, recopilación de los usos marítimos de la época (s. XIV); los *Rodes de Olerón* (s. XIII), de general aplicación en el Occidente europeo, y las *Leyes de Wisby*, de gran influencia en la Europa septentrional. En la Edad Moderna son sumamente destacables las Ordenanzas francesas de 1681, debidas a Colbert, ministro de Luis XIV, y por lo que respecta a nuestra Patria, las de Bilbao de 1737, que además de en España se aplicaron en América, aun en naciones que ya habían conseguido su independencia. En el orden marítimo-mercantil, después del Código de Comercio de 1829, aparece el de 1885, hoy vigente. Junto con él están en vigor multitud de leyes y disposiciones Marítimas de diversas especies de las que sobresalen por su importancia las Ordenanzas de la Armada, de 1793; las de matrículas de 1802; la Ley de Comunicaciones Marítimas, de 1909; el Título Adicional a la Ley de Sujuiciamiento Militar de Marino, de 1925; la Ley de Puertos, de 1928; el Código de Justicia Militar, de 1945; la Ley de Bans, de 1951; Sobre Condiciones de Trabajo en la Marina Mercante, articulada en 1952; la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante y otras muchas leyes. Disposiciones que paulatinamente han de ser objeto de estudio.

MARTINEZ VAL, José María: "El abogado". Alma y figura de la toga.—Editorial Cabal.—Madrid, 1956.—201 páginas.

El presente trabajo contiene interesantes sugerencias, distribuidas en las materias siguientes: "La vocación; La libertad; Justicia y poesía; Abogacía y humanismo; La formación del Abogado; El trabajo del Abogado; La misión del Abogado; La responsabilidad social del Abogado; La moral del Abogado; El lenguaje del Abogado; Oratoria forense; Lógica jurídica; La consulta; El dictamen; El pleito; La causa penal; Compañerismo; Abogacía y política, y El Abogado." Va precedido de una carta-prólogo, del señor Duque de Maura.

Plantea el autor el problema formulado por Julius Henry Cohen, al preguntarse: *Business or profession?*; es decir: ¿Ocupación o profesión?, señalando que Carnelutti la ha caracterizado como "la más difícil y peligrosa de las profesiones liberales". Martínez Val exalta la abogacía que se nutre de hambre y sed de justicia, destacando que a veces la ley no prevé y menos resuelve la cuestión que se plantea. Estima que el abogado demuestra mejor su temple dentro de la causa penal, y debe tener en cuenta que el culpable tanto puede ser un enfermo como un verdadero pecador.

No podemos examinar, como sería nuestro deseo, por falta material de espacio, uno a uno los distintos puntos estudiados por el autor en su amplio sumario, en el que se propuso, y lo consiguió acertadamente, dibujar un perfil modélico del abogado "como hombre de vocación específica por la vida del Derecho, para el que la libertad es ambiente esencial de su profesión. Hombre también que sobre el horizonte material y económico de su actividad siente la justicia como pasión y encuentra en su ejercicio profesional un rico y profundo veneno de poesía y humanismo". Finaliza el trabajo con una bella definición del abogado, al que considera como "un hombre de honor, perito en Derecho que consagra vocacionalmente su vida a la lucha por la justicia".

D. M.

MATOS ESCOBEDO, Rafael: "La responsabilidad penal de las personas morales".—Legislación mexicana y doctrina.—Ediciones Botas.—México, 1956.—192 páginas.

Se hace posible en este interesante trabajo aunar la doctrina y la práctica por la circunstancia de que el autor, que desempeña en la actualidad el cargo de ministro de la Suprema Corte de Justicia y fué juez de las Cortes penales y juez de distrito, es, a la vez, profesor de Derecho penal, de Derecho procesal penal y de Estudios superiores de Derecho penal de la carrera del Doctorado en la Escuela Nacional de Jurisprudencia de México, por cuya razón, y como juez en las Cortes penales, pudo observar que las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las agrupaciones carecían de aplicación práctica y no se presentaba ningún caso que motivara la aplicación de las responsabilidad penal corporativa ni la imposición de las penas de suspensión o de disolución previstas en la legislación positiva.

Dicha falta de aplicación práctica de los preceptos legales relativos a las personas morales llevaban al siguiente dilema: O se suprimían por inútiles, regresando a la actitud clara del Código de 1871, que rechazaba expresamente la responsabilidad de las sociedades y agrupaciones, o se modificaban y adicionaban en forma de obtener su aplicación práctica, precisando sin regateos la capacidad de las personas morales para ser sujetos activos de aquellos delitos que fueran peculiares a su naturaleza y constitución y, particularmente, estableciendo la necesidad de su procesamiento, a fin de cumplir la garantía de "nulla poena sine iudicio". El autor intervino, en 1937 y 1938, en la redacción de un Código penal para el Estado del Yucatán, denominado Código

de defensa social. Más tarde hubo de participar en un ciclo de conferencias en la Universidad Veracruzana y en la Asociación Nacional de Funcionarios Judiciales, en las que sustentó su opinión, que, por cierto, fué objeto de algunas críticas y controversias, y, finalmente, le decidieron a publicar el presente libro, en el que comienza recogiendo una certera frase del gran penalista argentino Sebastián Soler, que dice: "Una cosa es la ley y otra es nuestra opinión; cuando éstas no coincidan, nadie nos privará de decir lo que pensemos; pero debemos saber distinguir lo que es la ley de lo que sólo es nuestro deseo... La ley es con frecuencia más sabia de lo que se supone; pero para entenderla es preciso estudiarla con ánimo prudente y buena voluntad."

En consecuencia del plan trazado por Matos Escobedo, desarrolla la materia en dos partes, dedicando la primera a la legislación positiva y la segunda al estudio doctrinal del problema, por lo que en la primera parte se contempla el sistema punitivo mexicano y las personas morales, que distribuye en diferentes capítulos, que se intitulan del modo siguiente: La responsabilidad de las personas morales en las leyes penales mexicanas; Código penal de 1871; Proyecto de reformas al Código penal de 1871; Código penal de 1929; Código penal de 1931; Proyecto de reformas al Código penal de 1931; Leyes federales; Leyes de Monopolios; Ley de Instituciones de crédito; Ley general de Sociedades Mercantiles; Código sanitario; Códigos de los Estados; Código penal de Veracruz; Códigos penales de San Luis Potosí, Sonora e Hidalgo; La controversia sobre la ley mexicana; La responsabilidad penal corporativa; Actualidad de la doctrina de la responsabilidad penal en las personas morales; El proceso de Nuremberg; Congresos internacionales.

En la segunda parte, dedicada especialmente, como antes decimos, a la doctrina, se estudia la responsabilidad penal corporativa en este aspecto, y comprende los siguientes capítulos: I. La responsabilidad penal de las personas morales en la doctrina.—II. La doctrina de la ficción.—III. La doctrina de la realidad de las personas morales.—IV. El Derecho penal y la ficción.—V. Las personas morales y las penas.—VI. Las personas morales y las medidas de seguridad.

Altamente ameno y sugestivo es el desarrollo de tan prometedor sumario, lo que hace el autor con sobrada competencia, en el doble aspecto teórico y práctico de la cuestión, que llega, como conclusión, a afirmar que "si la persona moral no existe en la realidad, y es una simple ficción, tan absurdo es pretender imponerle una pena para reprimir un delito imposible, como querer someterla a una medida de seguridad en prevención de una peligrosidad que no reside más que en seres humanos y que, además, no es pronosticable en las personas morales".

D. M.

MENDOZA, José Rafael: "Estudio acerca del recidivismo en Venezuela".—Separata de la "Revista de la Facultad de Derecho".—Caracas, 1956.—79 páginas.

Monografía de la que es autor el ilustre catedrático de Derecho penal de la Universidad Central de Venezuela, tan interesante como todos sus trabajos, en

la que hace constar que está pasando la etapa del recidivismo, incorporado a los Códigos penales, bajo la denominación de reincidencia, como una simple institución jurídica que significa ora una mayor imputabilidad, bien una mayor penalidad, ya una transformación en la sanción, cuando se comete un delito después de una condena definitiva por otro y antes de que haya transcurrido un lapso de prescripción. Define el recidivismo como "una manera especial de ser, de pensar y de actuar un sujeto, que le conduce a repetir uno o varios actos antisociales"; por ello se hace necesario estudiar cada individuo perturbador de la socialidad, analizar su personalidad, investigar las causas que determinan su especial manera de ser, de pensar y de actuar, graduar su peligrosidad y establecer el tratamiento adecuado para una eficaz defensa de la sociedad.

Hace un estudio de la evolución del recidivismo, examinando el concepto antiguo, el concepto del medievo y la teoría del tercer hurto, para llegar a la regulación legislativa en España, Francia, Suiza, Inglaterra, Bélgica y Rusia. A continuación se ve el problema en la doctrina criminológica moderna, con profusión de citas que recogen las opiniones de los más destacados tratadistas del mundo, dedicando especial atención al estudio de la cuestión en Venezuela, con capítulos dedicados preferentemente a los salteadores y bandoleros, a los recidivistas de la guerra a muerte, a los cuatrerros, guerrilleros profesionales y recidivistas políticos, con el examen de las causas específicas, en las que destaque la propia individualidad venezolana y los factores mesológicos.

Finaliza el documentado estudio con las siguientes conclusiones: 1.ª Es conveniente mantener el término recidivismo como expresión amplia, en todos sus aspectos, del fenómeno natural y social de la reiteración de actos perturbadores de la socialidad por unas mismas personas. 2.ª Es necesario estimar recidivista, independientemente de toda condena judicial, al sujeto perturbador de la socialidad, que por su manera especial de ser, de pensar y de actuar repetirá uno o más actos antisociales. 3.ª Se debe establecer en todos los países una jurisdicción especial que conozca de los casos de recidivismo, y un procedimiento particular para investigar la personalidad del recidivista y las causas que le llevaron a repetir actos perturbadores de la socialidad. 4.ª Es urgente sustituir el castigo o pena de los recidivistas curables por el tratamiento aconsejado por las ciencias de conocimiento del hombre—psiquiátricas, psicoanalíticas, endocrinológicas y demás—que lleven a cabo las transformaciones de la personalidad. 5.ª Debe intensificarse la lucha no solamente contra las causas genéricas de la antisocialidad, sino también contra las causas específicas del recidivismo en cada país.

D. M.

MEZGER, Edmundo: "La culpabilidad en el moderno Derecho penal".—
Prólogo y notas por Juan del Rosal.—Traducción de J. M. Navarrete.
Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho de la
Universidad de Madrid.—Vol. XIV.—1956.—56 páginas.

Esta breve pero importante publicación recoge las conferencias pronunciadas por el profesor Edmundo Mezger, de la Universidad de Munich, en la Facultad de Derecho de Valladolid durante el curso académico 1955-56. En ajustado pró-

logo son presentadas por el profesor Del Rosal, su decano, a quien se deben también las notas bibliográficas, de alto valor orientador, y las referencias a textos legales o doctrinas españoles.

El autor establece, como entrada a sus disertaciones, que la cuestión de la culpabilidad tiene unos fundamentos filosóficos, porque no entraña sólo una infracción objetiva del Derecho, sino también una relación subjetiva con la personalidad del autor (pág. 2). Analiza después el principio de que la pena presupone la culpabilidad, y esto lo hace sobre la comparación del artículo 1.º de nuestro Código penal español y el 59 del Código penal alemán (págs. 5 y 7). Cree que hay que pasar de una concepción psicológica de la culpabilidad a la concepción normativa (pág. 9) y explica cuál ha sido el proceso histórico para este paso desde Radbruch (psicologista) hasta Frank, Goldsmidt y Freudenthal (normativistas).

Se ocupa después de la configuración normativa de las formas de culpabilidad, definiendo la culpa como "reprochabilidad" (pág. 21) y manifestando la mayor dificultad que hay para explicar desde el normativismo el "dolo" que exige "el conocimiento de las circunstancias de hecho que pertenecen al tipo legal" (pág. 23), estudiándolo en relación con el error sobre la antijuridicidad de la acción, a la vista del parágrafo 59 del Código penal alemán, no sin exponer las opiniones encontradas en torno a este problema concreto (teorías de la unidad de la culpabilidad; del dolo en sentido estricto y de los grados de culpabilidad, para concluir con la opinión personal del autor "que es inadmisibles la separación entre el dolo y la conciencia de la antijuridicidad de la acción" (pág. 29).

Toda la segunda parte del folleto que comentamos se refiere a la importante cuestión de la imputabilidad, que en verdad forma como el substrato de la culpabilidad y a la que también se dedicó Mezger en memorable conferencia pronunciada en el Instituto de Estudios Jurídicos de Madrid el día 19 de mayo de 1956 (publicada en este ANUARIO, tomo IX, fasc. III, págs. 437 y ss.).

Al estudiar la imputabilidad compara el autor los distintos métodos de los Códigos penales español y alemán. El nuestro sigue el método biológico puro, mientras el alemán sigue el método mixto, pues hace incidir en su parágrafo 51 la consideración valorativa. Mezger considera sucesivamente los tres grupos del artículo 51 del Código penal alemán: trastornos condicionados somáticamente formas anormales de la constitución espiritual y trastornos psicógenos de la vida espiritual (págs. 36 y ss.). Cree el autor que también estos del tercer grupo, en casos especialmente graves, pueden y deben fundar una exclusión de la culpabilidad (pág. 44). Termina el autor manifestando su creencia en que la concepción normativa de la culpabilidad descansa en dos valores fundamentales de toda sociedad humana: individuo y comunidad (pág. 54) y que la culpabilidad muestra el hecho penal como expresión de una personalidad imputable, constituyendo la base legítima de la pena (pág. 56).

JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ VAL

“*Neue Juristische Wochenschrift Fundhefte*”. *Strafrecht*, I, recopilado por el Dr. Franz Luber, y II, por el Dr. Otto Helmut Schmitt, Beck'sche Buchandlung.—Munich-Berlín, 1953-1955.—143 y 139 páginas.

Constituyen estos repertorios, como los parejos de Derecho civil, Derecho público, laboral y fiscal, no solamente un sumario de sentencias como tantos otros, sino que, además de esta labor, comprende los resúmenes de artículos y disposiciones legales aparecidos en lengua alemana (y algunos extranjeros) sobre temática penal material y procesal. Todo ello por orden alfabético y sistemático con lo que no es menester hacer resaltar la utilidad de tal obra, que carece de parangón en la bibliografía jurídico penal. Comprende el primer cuaderno los artículos, decisiones y disposiciones aparecidos entre el 1 de enero de 1950 y 31 de diciembre de 1952, y el segundo entre 1 de enero de 1953 y 31 de diciembre de 1954.

A. Q. R.

PALACIOS, Ramón: “La cosa juzgada”.—Editorial José M. Cajica Jr. Puebla, México.—318 páginas.

Los más esclarecidos jurisconsultos romanos dedicaron su atención a la autoridad de la cosa juzgada, sobre cuyo tema se siguen publicando monografías con frecuencia, y no es la menos interesante la de este autor mejicano, miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, que aborda, con la máxima competencia, el estudio de este instituto, en su doble aspecto civil y penal, examinando al efecto, en capítulos separados, importantes temas: Justificación del instituto; Preclusión y autoridad de cosa juzgada; Objeto del proceso y sentencia; Naturaleza y efectos del sobreseimiento penal; Efectos de la autoridad de cosa juzgada; Eficacia refleja de la sentencia; Eficacia de la sentencia penal de falsedad documental.

Por la índole de nuestro ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, nos interesa destacar la parte relativa al proceso penal, en la que el autor llega a las siguientes conclusiones: La acción penal es un poder-deber del Ministerio Público como órgano del Estado encargado de la acusación, por el cual, sin intervención de los particulares, solicita del Juez la apertura del proceso, para declarar la culpabilidad del indicado en grado de probable, junto al cuerpo del delito, y, en las conclusiones acusatorias, la certeza de la culpabilidad y la existencia del delito para que le sea impuesta una sanción al procesado. El objeto principal, primario, del proceso penal, es el hecho típico y la culpabilidad del imputado, y por ende la aplicación de la pena exactamente prevista por la ley. También es objeto principal del proceso penal la pretensión del culpado sobre su inocencia, sobre las modificativas de la figura y de la pena y la graduación de ésta. El fin del proceso penal es la actuación del derecho objetivo, la realización de la jurisdicción. Objeto secundario, accesorio, derivado del proceso penal, es la solicitud del Ministerio Público a la reparación del daño exigida contra el delincuente. Contenido del proceso es todo lo realizado en él; la actividad desenvuelta por las partes, el juez y los auxiliares, los objetos materializados en la causa; los actos procesales ejercitados.

Dedica especial atención al sobreseimiento penal, que no afecta a la reparación civil, porque no es necesario que exista una condenación de orden criminal para que se pueda condenar al pago de la responsabilidad civil. El auto de sobreseimiento ni puede formalmente considerarse como sentencia, ni menos adquirir la autoridad de cosa juzgada.

Altamente sugestivo es el capítulo VII, que se refiere a la eficacia de la sentencia penal de falsedad documental, en el que se estudia esta figura delictiva, y dentro del que se contemplan problemas interesantes sobre la prejudicialidad de lo penal en lo civil y comercial, y la eficacia de la sentencia prejudicial penal de falsedad, en el proceso civil y mercantil, en relación a las partes y a terceros, llegando a la conclusión de que la sentencia penal principal con autoridad de cosa juzgada y en que se condenó al culpado o se le absolvió declarando la falsedad documental, ejerce efectos reflejos en la causa civil si la relación jurídica deducida en ésta emana precisamente del documento no verdadero.

D. M.

PALACIOS, Ramón: "La tentativa".—El mínimo de ilicitud penal.—México, 1951.—262 páginas.

El autor de este trabajo ostenta el título de profesor de Derecho penal de la Universidad Nacional de México, y pertenece también a la judicatura de dicho país. De la importancia del presente estudio es buena prueba el hecho de que esté precedido de un prólogo de nuestro ilustre colaborador el doctor don Juan José González Bustamante, en el que hace constar que "el estudio de los problemas jurídico-penales ha recibido notable impulso en la Facultad Nacional de Jurisprudencia y es digna de alabanza la profundidad de algunas monografías presentadas como tesis recepcionales por alumnos de la licenciatura; semejantes frutos son el reflejo de la labor docente del profesorado y del creciente entusiasmo de los alumnos". Con referencia al libro que vamos a comentar, dice asimismo el ilustre prologuista que el tema desarrollado es uno de los más arduos de la dogmática penal, que es estudiado por el autor, con la máxima competencia, y constituye una contribución a la cultura jurídico-penal.

Si algún Instituto del Derecho de castigar ha sufrido muchas vicisitudes, el más importante es el de tentativa. El Exodo, olvidando su criterio talional decreta: "El que hiere a un hombre queriéndolo matar, muera por ello." Se recoge a continuación el examen del problema en el Derecho histórico, con el principio *cogitationis poenam nemo patitur*, para examinar después la naturaleza jurídica de la tentativa, que Carrara consideró como el delito imperfecto, en cuyo concepto coinciden Florián, Pesina y Ferri. Un nutrido grupo de eminentes penalistas sigue, asimismo, el criterio trazado por Carrara y fundamenta la punibilidad de la tentativa en el peligro corrido de la consumación.

La bibliografía señaló uniformemente a los prácticos italianos de la Edad Media como los primeros que alimentaron la preocupación por hallar la línea que separa los actos preparatorios de los ejecutivos, siendo los primeros alejados en el tiempo de la consumación los remotos distantes de los que facilitan la empresa; y constituirían los segundos aquellos próximos a la consumación, con-

cluyendo con los de frustración. Carrara varió sustancialmente su anterior doctrina, para enunciar la que titula ataque a la esfera jurídica de la víctima, a fin de alcanzar el distingo propuesto, separando los actos consumativos de los preparatorios y de los ejecutivos.

Las leyes mejicanas, mediante el Código penal de 1871, crearon el delito imposible o irrealizable, "porque fué imposible o porque fueron evidentemente inadecuados los medios que se emplearon". Puede ser revelador de la temibilidad del sujeto activo el sistema constitucional de entonces, como el de hoy, prohibiendo la analogía para la incriminación, lo que hacía inevitable el castigo del acto en el que no media peligro. "El delito frustrado es un caso forzado a la inversa", al decir de Saldaña.

La Comisión encargada de la redacción del proyecto preliminar del Código penal italiano hace referencia, en este aspecto, a la distinción entre el hecho de aquel que ha empezado la ejecución del delito, del que cumplió todos los actos de ejecución, sin ocasionar el resultado.

Termina el presente libro con referencias legales al Código penal para el distrito y territorios federales de 1929; ley de Aduanas de 30 de agosto de 1935; Código de Justicia militar de 18 de agosto de 1933, y Código penal español vigente, y, en definitiva, constituye, en nuestro entender, una interesante aportación al estudio de tan sugestivo tema, por lo que no tenemos inconveniente en hacer nuestras las palabras de González Bustamante, cuando dice: "Ojalá que esta obra, producto de la dedicación y amor al estudio del profesor señor Palacios, quien, a la par que agudo jurista, es funcionario de relevantes cualidades en la judicatura general, sea nuncio de una producción cada vez más numerosa y cada día más brillante por parte de valores nuevos y de los ya consagrados y así podremos hablar de labor grandemente cultural y profundamente universitaria."

D. M.

PISAPIA, G. Domenico: "Studi di Diritto Penale".—Ed. Cedam.—Padova, 1956.

El profesor Pisapia, catedrático de Derecho penal de la Universidad de Modena, nos presenta en esta obra una colección de estudios sobre Derecho penal, reunidos en este volumen con el fin de proporcionar al lector su fácil manejo y una idea sobre la evolución del pensamiento penal de su autor en estos últimos años.

Dentro de sus páginas son tratados muy diversos temas, todos de carácter monográfico y referidos algunos a problemas doctrinales, otros a cuestiones de derecho positivo y bastantes a puntos centrales de la parte general y a las directrices generales de un ordenamiento penal. El primero de ellos se refiere a la determinación del concepto de capacidad en derecho penal, y en él, después de una parte dedicada a la doctrina, se considerarán las relaciones, imputabilidad-capacidad, capacidad-antijuridicidad, capacidad-peligrosidad, capacidad en Derecho penal y capacidad de delinquir, y capacidad y personalidad.

La noción jurídica de "status" y su importancia en derecho penal es objeto

del segundo trabajo. Después de examinadas las nociones varias de la doctrina sobre el particular, el profesor Pisapia caracteriza al "status" partiendo de la base según la que no es posible afirmar *a priori* si el "status" es una cualidad, o una posición, o una cualificación jurídica, ya que puede asumir la una o la otra función "según la diversa consideración que haga el ordenamiento jurídico, y teniendo en cuenta que debemos arrancar del hecho de que éste sea un "modo de ser de la personalidad del sujeto", "esa nota, que acompaña caracterizándole al verdadero y propio "status" en sentido técnico, consiste en la particular tutela jurisdiccional para él prevista por el legislador, debiendo toda cuestión relativa al mismo ser decidida por el órgano jurisdiccional en proceso autónomo". El contenido del "status" deberá ser determinado *a posteriori*.

Por lo que respecta al Derecho penal, los "status" como objetos de tutela jurídico-penal y como cualificación del sujeto en el delito propio y en el delito contra el "status", son analizados magistralmente por el profesor Pisapia.

El criterio distintivo entre la participación criminal y la delincuencia mediata y su tratamiento en el artículo 48 del Código penal italiano son el contenido de su tercer artículo.

Otros temas son los referentes a "La obligación jurídica de atestiguar la verdad según el artículo 483", que impone la obligación de sinceridad y sanciones su contravención". "El abandono moral como forma de sustraerse a las obligaciones de asistencia familiar". "La obligación jurídica de la cohabitación y el artículo 570 del Código penal italiano". En cuyo trabajo se presenta la problemática en torno a su posible tutela penal, cuya claridad no aparece en el artículo referido, "El dolo en el delito de alteración de estado". "El ejercicio del derecho de querrela en el delito de concubinato". "Observaciones en torno al proyecto preliminar del nuevo Código penal". "Las relaciones de familia como causa de no punibilidad", y los supuestos jurídico-positivos en que se plantea el problema de la naturaleza de la causa de no punibilidad en los artículos 307, 384, 418 y 649 del Código penal italiano. Aspectos distintos del concepto de "invasión" y de su regulación jurídica en el ordenamiento de su país.

Uno de los artículos de más implicación teórica es el dedicado a "Los fundamentos y límites de las causas de exclusión de pena" o, como llamamos nosotros, excusas absolutorias. En él, independiente de lo relativo al derecho positivo y a los criterios de sistematización científica de las causas de no punibilidad, se aborda el tema de la punibilidad como correlato extrínseco del ilícito penal y los fundamentos y argumentaciones, *lógicos* y *jurídicos* de dichas causas.

Los últimos artículos son dedicados al problema de la "bancarrota" en diversos aspectos de la misma, a la "Unidad y pluralidad del sujeto activo en la estructura del delito"; en cuyo trabajo se aborda el interesante tema del delito plurisubjetivo, con las oportunas distinciones respecto al mismo y los errores a que puede llevar el doble supuesto de delitos naturalmente plurisubjetivos y delitos propia y normativamente plurisubjetivos.

El trabajo final está dedicado al tema de "Las profesiones liberales y la culpa por omisión", tratado sobre la naturaleza de la obligatoriedad de la prestación y las argumentaciones positivas y jurisprudenciales en favor y en contra de aquélla.

ROSAL, Juan del: "Introduction sociologique au problème de l'état dangereux.—Separata de la obra "Deuxième cours international de criminologie".—París, septiembre a octubre 1953.—12 páginas.

El señor Del Rosal divide este trabajo en seis apartados con distintos epígrafes; pero, por su contenido y orientación, más responde el trabajo a dos vertientes perfectamente escindibles.

En la primera (epígrafes I a V) el autor nos plantea, en la síntesis de sus conceptos y en el análisis de sus dificultades, una exposición crítica del estado peligroso desde un plano sociológico. En la segunda se intentó (el apartado VI es ligeramente más extenso que todos los demás unidos) perfilar, a través de trece puntos, lo que habrán de ser los jalones fundamentales de un examen sociológico del problema del estado peligroso.

En el primer apartado nos da el maestro de Valladolid las directrices en cuya intersección habrá de situar el estado peligroso: realista, sintomático y de peligrosidad, única fórmula de compatibilizar este estado como "fenómeno social" con los dogmas penales de legalidad, pese a que la ascendencia del concepto es netamente—como es sabido—criminológica.

Estas consideraciones previas de ángulos de mira habrán de entrecruzarse para que la consideración del concepto se proyecte (epígrafe III, "Breve análisis del estado peligroso") hacia la determinación de los datos básicos sobre los que habrá de construir el concepto: hecho, persona y sociedad, o lo que es lo mismo, que hay "un hecho delictivo y una persona autor de tal hecho... a los que habrán de añadirse las circunstancias que caracterizan la persona o condicionan el hecho", extremos que, aun más sintéticamente expuestos, podrán reducirse a un bipolarismo integral y recíprocamente funcional, aunque en proporción distinta: El hombre en su entidad criminógena y el mundo circundante, goznes en los que deberá encardinarse el estado peligroso, por lo que, y dado que toda concepción unilateral, subjetiva u objetiva, acaba por auto-destruirse, el estado peligroso habrá de estar compuesto, según el doctor Del Rosal, por los elementos siguientes: un peligro determinado, un sujeto peligroso, un sujeto pasivo del peligro, los factores o elementos componentes (condiciones del estado peligroso) y los índices o síntomas.

En el apartado IV, el señor Del Rosal acomete la "integración sociológica" del estado peligroso en razón a que el sujeto peligroso "constituye en potencia un ser que presenta probabilidades de... turbar el orden social establecido por el derecho". Hace, en realidad, de introducción al siguiente, donde precisamente se centra la cuestión, ya que se "apuntan algunos de los factores sociológicos formativos del estado peligroso" (V): ambiente, vida familiar, vida social, etc.

La segunda parte: "Posible orientación sociológica, el problema del estado peligroso", es a nuestro juicio la más interesante y en la que, aparte de su aportación al esclarecimiento del problema y su acertado jalonamiento, resume y sintetiza las afirmaciones de la primera parte, en los puntos siguientes:

a) Exclusión de enfoques monodimensionales, como, por ejemplo, el exclusivo origen exógeno del estado peligroso que deberá construirse sobre la ecuación: personalidad y mundo circundante en el preciso momento del crimen.

b) Orientación sociológica que precisa "situarse fácticamente", diremos nosotros, aun admitiendo factores dispositionales.

c) Polarización de la orientación sociológica, aunque debidamente situada, como hemos dicho, entre el hecho y el autor.

d) Distinción de índices o síntomas y factores (confusionismo que achaca a Ferri), haciendo hincapié, y esto es importantísimo, sobre la estrecha vinculación que deberá existir con las valoraciones morales y jurídicas, porque "la sociología, nos dice el autor, procede también etiológica y teleológicamente".

e) Concreción de los posibles límites alcanzados por los factores exógenos.

f) Subrayar las influencias decisivas, así como la ocasión del delito.

g) Afirmación de que la valoración de grado positivo del peligro deberá realizarse sobre una base criminológica de orden normativo en la que intervienen aspectos naturales, morales y jurídicos.

h) Distinción entre estado peligroso objetivo y subjetivo.

i) Conclusión, resumen y referencia al Derecho español (Ley de Vagos y Maleantes).

Lo que es decir: que en estos nueve primeros apartados el señor Del Rosal nos da las normas sobre las que habrá de fundarse la estimación del estado peligroso en su doble juego de influencias objetivas y subjetivas. En ellos hay técnica y conocimientos y acaso se dibuja el pensamiento del autor, que luego se expone en los cuatro números siguientes. En ellos el maestro, y a través de un concepto de sociología cristiano, trata de engastar cuanto de biológico y criminológico tuvieran estas cuestiones dentro del ámbito de un sistema de Derecho penal, esto es, de entronizar el estado peligroso en las razones morales de justicia, o lo que es lo mismo, dirigiéndolo hacia "la finalidad o apropiación con la justicia". Ya aquí aparecen apuntadas las ideas que poco después habían de ser aludidas de modo más concreto y extenso por el autor en sus conferencias de Roma y en los cursos monográficos del pasado año. Que las dos funciones represiva y preventiva han de armonizarse en un plano superior de valoraciones jurídicas, sentido además de la orientación católica más moderna. Y todo ello con el lenguaje típicamente jurídico, pulido y técnico a que nos tiene acostumbrados el autor, con referencias bibliográficas de última hora.

Es, en suma, un esquema estilista y moderno de lo que pudiera ser una amplia monografía sobre el tema; y sobre su cañamazo habránse de afrontar posibles orientaciones legales de tipo criminológico, si se quiere permanecer fieles a los dogmas jurídico-penales, en la tarea de adaptar el Derecho a las aportaciones de la ciencia moderna.

FRANCISCO ESPINOSA ARROQUIA
*Ayudante de la Cátedra de Derecho Penal
de la Universidad de Valladolid.*

SCARANO, Luigi: "Instituzioni de Diritto processale penale". Libreria editrice treses di Leo Lupi.—Napoli, 1956.—218 páginas.

El profesor ordinario de la Universidad de Catania, Luigi Scarano, nos ofrece en estas "Instituciones" el fruto de la labor de su cátedra, realizada

durante diez años y recopilada en estas lecciones por su asistente de cátedra, doctor Delfino Siracusano.

Como se desprende de lo indicado, se trata de un libro destinado a los alumnos de su cátedra; pero, como advierte el autor, el trabajo contiene un completo estudio del proceso penal en Italia, según las últimas modificaciones legislativas y teniendo siempre presente no sólo la más reciente doctrina jurisprudencial, sino los últimos avances de la doctrina.

La obra consta de trece capítulos, en los que, con la claridad y precisión que requiere toda obra didáctica, son desarrolladas las materias siguientes:

En el primer capítulo estudia el sistema del proceso penal italiano, sus fuentes y la esfera de aplicación de la norma procesal penal en relación a las personas, al tiempo y al espacio.

Es el objeto del segundo el examen de su relación procesal y sus presupuestos, estando dedicado principalmente al estudio de la acción penal, su concepto, caracteres, formas de ejercicio y condiciones de perseguibilidad.

La competencia es estudiada en el tercero, que trata de la competencia por la materia, por el territorio y de la competencia funcional.

En el cuarto y quinto se trata de los sujetos principales de la relación procesal penal (El juez, el Ministerio público y el imputado) y de los accesorios (Parte civil, responsable civil y persona civilmente obligada por la multa).

En los siguientes capítulos VI al XIII, se estudian: Los actos del proceso penal, el desenvolvimiento del Juicio de primer grado, los medios cautelares, el debate y la sentencia, la impugnación y sus medios (ordinarios y extraordinarios) y los procedimientos especiales.

En fin, se trata de un trabajo que cumple sobradamente los fines que, como indica el autor, contiene "mas soluciones que problemas" y "más demostraciones que afirmaciones".

C. C. H.

SCHAFFSTEIN, Federico: "La ciencia europea del Derecho penal en la época del Humanismo".—Traducción castellana de José María Rodríguez Devesa, profesor ayudante de Derecho penal en la Universidad de Madrid.—Instituto de Estudios Políticos.—Madrid, 1957.—185 páginas.

Freiderich Schaffstein, profesor ordinario de la Universidad de Gotinga, discípulo de Von Hippel y mundialmente reconocido como uno de los más eminentes especialistas de la Historia de la Ciencia del Derecho penal, nos ofrece en este precioso y cuidado trabajo un estudio sobre cuatro grandes figuras que, durante la época del Humanismo, destacaron en el estudio de nuestra ciencia: *Andreas Teraquellus*, *Tiberius Decianus*, *Petrus Thodosieus* y *Didacus Covarrubias*.

Tratándose de exponer el estado de la ciencia europea durante el siglo XVI y principios del XVII, no pueden estar mejor escogidas las figuras: Un alemán (Teodoricus), un español (Covarrubias), un francés (Teraquellus) y un italiano (Decianus), pues indudablemente estos juristas fueron los que, en sus respec-

tivos países, contribuyeron de forma más eficaz al desarrollo de la ciencia de los delitos y de las penas. Más es de advertir, como hace el autor, que el Derecho criminal del siglo XVII apenas se había aún independizado del canónico y del civil, independencia que lentamente se va logrando a través del tiempo y que, lo más pronto, se puede considerar conseguida en la segunda mitad del siglo XVIII.

Petrus Theodoricus (Peter Dietrich), aunque no haya alcanzado la fama internacional de los otros tres autores citados, es el que con sus aportaciones, sobre todo en su obra "Collegium Criminale" (1618) eleva la ciencia criminal a parecida altura que la alcanzada en otros países, lo que permite parangonar la obra de este autor, en su país, con la realizada por los otros en los suyos respectivos.

Reconoce el autor que Covarrubias ocupa un lugar destacado en la Ciencia penal europea de su época y el primero en la española, y que su influencia fué tal que en la Europa no española, en los dos siglos siguientes a su muerte, vieron luz no menos de siete ediciones de sus extensas "Opera omnia". Su teoría del dolo indirecto fué recibida por Carzobio de Covarrubias, al que cita también en muchos pasajes de sus trabajos.

El autor demuestra un perfecto conocimiento de la biografía de este autor español y no olvida hacer alguna alusión a otro ilustre jurista patrio de esta época: Antonio Suárez.

Entre los juristas franceses de la época humanista, cuya fama fué principalmente alcanzada en los estudios de Historia del Derecho e inscivillistas, en el campo del derecho penal únicamente destacó Andreas Tiraquellus y eso porque de sus múltiples escritos sólo uno estaba dedicado a la materia penal, en la monografía titulada "De poenis legum ac consuetudinem Statutorumque temperandis aut atiam semittendis et id quibus quetque ex causis", obra póstuma editada por su hijo.

La obra de Decianus, al igual que la de Tiraquellus fué publicada en su mayor parte y en la más importante para nuestra ciencia, después de su muerte. Su obra principal, como es bien sabido, es su "Tractatus criminalis" que fué editado primeramente en Venecia por su hijo Nicolaus, alcanzando después varias ediciones, que se encuentran en contradicción con las ideas defendidas por este ilustre penalista en su "Apología".

Destaca el "Tractatus criminalis" por constituir una rara excepción en su época, en la que apenas pueden encontrarse pobres indicios de una parte general, ya que, en realidad, es una verdadera exposición completa del Derecho penal, teniendo en cuenta el estado de los conocimientos sobre esta materia entonces.

Después de estas notas, sólo nos queda felicitar al traductor profesor Rodríguez Devesa por la perfección lograda en su trabajo de traductor, al verter a un perfecto y elegante castellano la obra del Maestro Schaffstein.

SCHMIDT, Eberhard: "Die Reform des strafrechts im Rückblick auf berliner impulse in des Geschichte der modernen Kriminalpolitik", J. C. B. Mohr, Tubinga, 1956 (19 páginas).

Separata de las Actas del 41 Congreso de Juristas Alemanes de Berlín, se aprovecha en la Ponencia de E. Schmidt tal ocasión para recordar la decisiva influencia que la vieja capital prusiana tuvo en el movimiento de reforma penal, rememorando el 26 Congreso, celebrado en ella en septiembre de 1902, bajo la Presidencia de Heinrich Brunner. Fué entonces cuando se planteó oficialmente la procedencia de la reforma del Código imperial de 1871, datando de entonces el valioso movimiento alemán que aún no ha llegado a cristalizar en un nuevo cuerpo legal uniforme, aunque ahora parezca en vías de conseguirse. Por lo pronto se logró en aquella ya alejada fecha una obra de valor científico sin igual, la edición de la *Vergleichende Darstellung*, completada con sus 16 volúmenes en 1909 y en la que colaboraron todos los grandes penalistas alemanes del tiempo, con la excepción de Binding. El alma de la reforma fué, sin embargo, la Facultad de Derecho de la Universidad de Berlín gracias a los dos titulares de la cátedra de penal, Guillermo Kahl y Francisco von Liszt. Representantes de las dos grandes tendencias contrarias, la clásica y la moderna, su noble entendimiento hizo posible la tarea reformadora, siquiera fuese tan sólo en el ámbito de lo científico. Entre ambas luminarias formaron una tendencia intermedia, análoga a la *terza Scuola italiana*, Frank y Van Calker.

Como telón de fondo al panorama histórico-técnico de la reforma presenta E. Schmidt el doble apoyo de lo filosófico y lo político, en cuanto que Kahl y von Liszt se movieron dentro de la corriente del idealismo alemán y del liberalismo nacional de Bismarck. Rechaza las acusaciones que en su tiempo hicieron a von Liszt sus enemigos declarados Binding y Birkmeyer, tachándole de "revolucionario". Más que tal fué el maestro de Berlín un conciliador genial, heredero de las esencias liberales de la Ilustración cuyo sumo representante fué Feuerbach, adaptando tan gloriosa tradición a las insobornables realidades sociales del tiempo, pero sin estridencias ni extremismos de ningún género. Fruto de una tal conciliación, que no fué más que realismo en el mejor sentido de la palabra, lo constituyó la confesión de Kahl en su famoso discurso del *Reichstag*, en 1927, cuando reconoció al fin de su vida de patriarca del clasicismo, la transcendencia de lo social en la genética del delito y aun la relativa "corresponsabilidad" de la Sociedad. El ejemplo de los dos insignes maestros de la facultad berlinesa, los "Dioscuros" Kahl y von Liszt, debe servir de ejemplo y estímulo en el momento crítico de la actual reforma en puertas, sobre todo en lo que tiene de sano realismo. Sin duda los problemas del día son diversos, pero no tanto como a primera vista pudiera creerse, pues sigue en cabeza hoy como ayer, el del abuso inaudito de las penas cortas de privación de libertad (cuya apología ha llegado a hacerse en el seno de la moderna Gran Comisión de Reforma) y la proliferación de infracciones que de una vez para siempre deben ser desterradas del verdadero "derecho penal criminal". Aun en lo puramente teórico el ejemplo de los maestros berlineses del fin del siglo sigue valedero, notablemente la feliz alianza que Kahl llegó a realizar entre la idea de Justicia y la de utilidad general, sin por eso reincidir en las retrógradas tra-

diciones del retribucionismo, aún no desaparecidas de nuestra teoría y de nuestra *praxis*. Cita a este respecto las palabras generosas de Makino, el patriarca de la ciencia penal japonesa; quien recientemente condenó el retribucionismo en nombre de la civilización, lamentando que tal condena y el ideal del correccionalismo no hayan figurado en el texto de la Declaración Universal de los Derechos del hombre.

A. Q. R.

TAFT, Donald R.: "Criminology". (New York, "The Macmillan Company", 1956.)

En esta tercera edición, dedicada a Henley B. Bastin, la Criminología de Taft aparece distribuida en cuatro partes, relativas: al fundamento de la conducta delictiva; a la explicación del fenómeno delito; al tratamiento de los delincuentes, y al tratamiento de los delincuentes jóvenes y a la prevención del delito.

En la parte primera abórdase la índole e importancia del problema que el delito plantea; los criterios normativos en el ideario norteamericano, con análisis de los antecedentes históricos de la cultura americana, sus caracteres actuales, sus valores institucionales. La importancia del papel desempeñado por la profesión jurista, influjos a que la misma se halla expuesta; examen de los grupos políticos y sociales; el proceso formativo de la conducta. También se trata en esta primera parte lo relativo al valor de la Estadística, como método para el logro de conclusiones criminológicas, sistemas de clasificación y de obtención de datos estadísticos. El aspecto histórico del desarrollo de la ciencia criminológica; métodos empleados en el estudio de la etiología del delito.

La parte segunda comienza dedicándose a la motivación del delito, con examen del factor hereditario, etnológico, estudiando, asimismo, las características mentales y sociológicas de la personalidad, los rasgos físicos individuales, las situaciones psicológicas referidas al factor sexual; los desórdenes o descompensaciones de tipo endocrino; las enfermedades físicas y mentales; la personalidad como producto social; la minoría negra en su aspecto criminógeno y en el estadístico comparativo, con análisis de la posible persistencia actual de factores producidos durante su etapa de esclavitud. Los efectos del "urbanismo", la emigración hacia el Norte y efectos de la Guerra, como aspectos también relacionados con dicha raza. La inmigración; los problemas de adaptación que entraña. La delincuencia considerada en el indígena o aborígen americano. Las condiciones económicas. La influencia familiar; trascendencia de los cambios operados en el papel familiar. El niño acogido y adoptado. La ecología del delito con referencia a la diversidad de regiones geográficas en los Estados Unidos; las particularidades de la delincuencia según se trate de zonas urbanas o rurales; las barriadas, los suburbios. Las formaciones sociológicas delictivas: el "gang"; el delito organizado; el "depredatorio"; defectos de sistemática normativa que evidencia el "racketeering"; las coligaciones pseudo-sociales o económicas; el delito "guante blanco"; los medios de difusión y recreo (la prensa, los juicios "periodísticos"); la televisión; los libros humorísticos. Consideraciones criminológicas desde la perspectiva religiosa: influjo preventivo de la

Iglesia. Alcoholismo y toxicomanía (reciente incremento del consumo de drogas entre la adolescencia). La delincuencia sexual; desavenencia social en cuanto a una norma eficiente de ética sexual; la prostitución, su control, la trata de blancas y su represión; delitos sexuales violentos. Intentos para la formulación de una teoría del delito: determinismo o libre albedrío.

La parte tercera, consagrada al "Tratamiento de los delincuentes", comprende: una consideración histórica sobre la eficacia del castigo, formas de éste; avance hacia una Penología científica. Fundamentos de la pena. Circunstancias que influyen en la efectividad del castigo. La pena de muerte, su historia, argumentos sustentadores de la misma sobre su efecto intimidador. Derecho penal: sus principios informadores; penalidad diferente en delitos similares; la sentencia indeterminada y la delincuencia habitual. La demencia y la responsabilidad. Aplicación de métodos positivistas. Evolución experimentada respecto a la responsabilidad penal. Cooperación interestatal para la ejecución de normas penales (problema de federación). La Policía: importancia de su función; historia, organización, sistemas de retribución; papel de las Comisiones ciudadanas; la Policía femenina; papel preventivo de la Policía; el "Federal Bureau of Investigation". Empleo de la Policía privada. Detención preventiva y reclusión breve: descripción de las cárceles, sus problemas y peligros; los remedios. Problemas que suscitan los delitos de ínfima entidad. Los tribunales: historia; el proceso; el defensor; el juez; el jurado. Régimen de prueba: naturaleza e importancia; entrenamiento del personal dedicado a la efectividad de este sistema. Historia de las prisiones: la deportación y las colonias penitenciarias; las instituciones penitenciarias en Norteamérica; sistemas penitenciarios; caracteres de la población reclusa; estructura de los penales; personal penitenciario; disciplina; motines; experimentos de "self-government". Clasificación, ingreso y estadística penitenciaria. Tipos de reclusos. El trabajo en la prisión: sistemas, retribución. Instituciones penitenciarias de formación profesional y correccionales; instrucción de los reclusos. Reformatorios femeninos; asistencia facultativa. Las enfermedades mentales y la Psiquiatría en los penales. Problemas sexuales; sanidad, recreos; formación religiosa. La comunidad penitenciaria como una posible agencia socializadora. El excarcelamiento: métodos. El indulto; la conmutación. El régimen de "bajo palabra"; la sentencia indeterminada; la determinación del momento del licenciamiento; instituciones complementarias y auxiliares de dicho régimen. Medidas para los que quebrantan el mismo.

Finalmente, la parte cuarta comienza dedicada al Tribunal juvenil, su historia, sus relaciones con otros institutos o agencias. La detención de delincuentes jóvenes. La jurisdicción juvenil correccional. Instituciones para delincuentes jóvenes. El régimen inglés de establecimientos "Borstal"; el sistema de la "junior republic". La prevención del delito: predicción de la delincuencia; síntomas; métodos para el descubrimiento de niños "problemáticos"; la inspección escolar. La truhanería. El papel de las clínicas de orientación infantil: la terapéutica de grupos. La educación y formación del carácter en la instrucción pública: métodos. La situación familiar: divorcio y Tribunales familiares. Acogimiento familiar de niños delincuentes y pre-delincuentes. Los recreos y distracciones como métodos preventivos. El trabajo desarrollado por la Oficina juvenil de New York. El sistema correccional del Estado de California. La

Prisión de Wallkill en el Estado de New York. El sistema correccional federal. Historia del Federal Bureau of Investigation. La actividad de las Naciones Unidas en el ámbito de la Criminología. Jurisdicción castrense.

Todas las materias que preceden son tratadas en el espacio de 759 páginas; algunas de ellas acaso merecieran mayor extensión y, por otra parte, es de lamentar el exclusivismo de enfoque americanista con que algunas otras son abordadas; por ejemplo, el factor étnico y el aspecto institucional en los sistemas de prevención. No obstante, y con la ventaja que aún supone su puesta al día, ha de estimarse muy recomendable, cual aparecían las ediciones anteriores, esta nueva de una obra francamente ilustrativa de los más recientes progresos logrados en la investigación criminológica.

J. S. O.

THORSTEN SELLIN y DONALD CAMPION, S. J.: "Capital and Corporal Punishment".

Trátase de un "Apéndice" a las "Actas y Elementos de Juicio" editados por el Comité Mixto del Senado y Cámara de Representantes del Parlamento Canadiense, publicado en Ottawa el año 1955.

Su contenido se divide en dos partes: la primera debida al profesor Thorsten Sellin, de Filadelfia, y la segunda al Padre Donald Campion.

La parte primera es un ensayo sobre la pena de muerte y la seguridad de la Policía; la segunda, un estudio análogo, comparativo, entre los Estados de la Unión Americana, en que se halla vigente la pena capital y los que no tienen en su legislación tal pena.

Comienza el trabajo del profesor Sellin transcribiendo aquel argumento aducido para el mantenimiento de la última pena, consistente en que, de ser la misma abolida, habría más riesgos para la integridad personal de la Policía. Parte tal argumento de la creencia basada a su vez en que el temor de una posible ejecución capital evita el empleo de armas mortíferas al perpetrar un delito, así como el uso de ellas, tras la comisión del hecho, al ser detenido el criminal por los agentes.

Considera el profesor precitado que para sustentar con base suficiente tales opiniones sería precisa una aportación de datos, hasta ahora no realizada, acerca de si efectivamente los criminales usan aquella clase de armas en sus encuentros con la Policía en los Estados abolicionistas con más frecuencia que en los que conservan la pena capital, resultando, además de dicho empleo, muertes o lesiones para los indicados agentes.

La dificultad al respecto de tal fundamentación radica, a juicio del profesor Sellin, en que muchos departamentos de Policía poseen sistemas de registro poco satisfactorios y hasta, en algunas ocasiones, carecen de información sobre el particular.

Con referencia a estudios llevados a cabo en la Universidad de Pensylvania durante el curso 1954-55, se hace constar se cursó una comunicación a las oficinas de Policía en núcleos de población con más de 10.000 habitantes, recabando de aquéllas informes sobre los datos a que acaba de aludirse y que se resumen

en la publicación objeto de esta reseña, consignando que, de 128 casos de encuentros o ataques a la Policía (ocurridos en el período 1919 a 1954, en 266 poblaciones de 17 Estados diferentes, seis de éstos abolicionistas), murieron 138 agentes, quedando excluidos de dichos datos siete casos, en que los culpables eran enfermos mentales y otros en los que los agentes fueron atacados con una linterna. Hubo también casos en que el ataque al funcionario tuvo lugar con arma de fuego, pero sin llegar a dispararla, o mediante atropello deliberado del policía, que resultó aplastado contra otro vehículo; incluyéndose, por el contrario, tres casos en los que, ya detenido el criminal y despojado de armas, arrebató la pistola del policía, haciendo fuego con ella.

Publícanse sendas estadísticas comprensivas de las poblaciones de donde procedían los datos referidos, con especificación en aquéllas de los casos registrados en los años a que se contrae el estudio, y porcentaje de casos referido a grupos de 100.000 habitantes de cada Estado, distinguiendo los Estados abolicionistas de los que no lo son. También se aporta estadística contraída a la ciudad de Chicago, comprensiva del número de policías asesinados en la conocida etapa (411), de la clase de delitos en cuya prevención o persecución tuvieron lugar dichos asesinatos (prevalciendo paradójicamente, y con gran diferencia, los supuestos de robo sobre los de homicidio, y siguiendo en descenso los casos de detención o fuga del criminal, y otras clases de delitos); concluyendo con el número de las ejecuciones de los totales respectivos: 100 como tal en la repetida etapa.

Un resumen estadístico referido al examen de la cuestión en Chicago y Detroit (cuya selección por el autor se debe sin duda a las peculiares condiciones criminógenas de estas dos poblaciones americanas) acusa, con relación a la etapa 1928-48, unos totales de 39 policías asesinados o heridos en Chicago el primer año de esa etapa, para 15 en Detroit; mientras que en la última anualidad citada, tales delitos sólo se registran en número de tres para Chicago en 1947 y dos para Detroit en 1943, careciéndose de datos comparativos completos de ambas ciudades en los últimos años indicados.

Condicionándolo a la certeza de los informes proporcionados, el autor del trabajo concluye calificando de infundada la tesis de ser mayor el número de casos de atentados a la Policía en los Estados norteamericanos abolicionistas que en los que mantienen la última pena. Que, en conjunto, precisamente, y aunque por escasa diferencia, los primeros registran menos crímenes de la índole considerada.

La segunda parte del trabajo referido, debida, cual ya se dijo, al Padre Donald Campion, S. J., como resultado de estudios análogos a los precedentemente reseñados, llega a conclusión también similar a la obtenida por el profesor Sellin, en cuanto que la existencia de la pena de muerte no depara mayor garantía para las fuerzas encargadas del mantenimiento del orden público.

A continuación el P. Campion, como resultado también de encuestas dirigidas a los jefes de Policía de 27 Estados de la Unión, encuesta formulada en términos de "si la abolición de la última pena implicaría pérdida de protección para los miembros de tales fuerzas", asevera que no prevalece en las contestaciones obtenidas opinión determinada, particularmente en las que proceden de los Estados que no tienen en vigor la repetida pena.

Como resumen de las contestaciones aludidas y del estudio realizado sobre las mismas, el autor manifiesta que, agrupadas aquéllas por razón de la proximidad geográfica de las zonas de procedencia, reparto de población, etc., no reflejaron los Estados consultados un tipo de opinión de los funcionarios interesados acerca de la virtualidad protectora de la pena de muerte; y que, con los defectos indicados, pudo el referido autor obtener, si bien ceñido al Estado de Pensylvania, la idea de que no hay un nexo consistente entre el número de reos ejecutados y los atentados a los miembros de dichas fuerzas.

J. S. O.

VETENCOURT LARES, Pedro: "Ejercicio de la acción civil derivada de delito de acción pública por el Ministerio Fiscal". Caracas-Madrid, 1957. 53 páginas.

El señor Vetencourt es un decidido partidario del ejercicio de la acción civil derivada del delito de acción pública por el Ministerio Fiscal, y a conseguir que así sea en las leyes de su natal Venezuela ha consagrado gran parte de su combativa juventud.

En este libro nos da noticias de sus luchas para ello, sostenidas después de mostrarnos su convicción y su fundamento, apoyándose en los pareceres de Del Vecchio y de los miembros del Congreso Nacional de Venezuela, señores Brillemboure y Uнда Briceño, que apoyaron su propuesta en el sentido indicado y que, primero rechazada, fué después admitida, aunque con grandes limitaciones. Es la transcripción de los cuatro discursos por él pronunciados, por cierto de sólida y clara doctrina; en el Congreso Venezolano, de que es diputado, del informe de la Comisión especial de dicho Congreso, de que también formó parte, encargada de estudiar el proyecto de Ley de la Procuraduría de la Nación y del Ministerio Público, en la que se acogió la reforma, y de la discusión, a su propuesta, de esta reforma en el Colegio de Abogados de Caracas.

Deja también testimonio su libro de su paso por España, donde también propuso el problema en sesiones del Instituto de Derecho Procesal, fotocopiando la convocatoria y el acta que refleja el coloquio por él propuesto sobre este tema y celebrado el 3 de diciembre de 1954 y transcribiendo las declaraciones que hizo para el *Boletín Informativo* de dicho Instituto, aparecidas en el número de marzo de 1955.

La lectura del libro ha de ser de gran valor informativo para los que no asistieron al coloquio y un agradable recuerdo de él para los que tuvimos la fortuna de asistir.

DOMINGO TERUEL CARRALERO
Magistrado.

REVISTA DE REVISTAS

A L E M A N I A

Zeitschrift fuer die Gesamte Strafrechtswissenschaft

Berlin, De Gruyter, 68 Band, II Heft. 1956

NOLL, Peter: «Ubergesetzliche milderungsgründe aus vermindertem Unrecht». («Causas de atenuación supralegales por disminución del injusto»).

Este artículo, que antes fué conferencia pronunciada por su autor, *Privatdozent* de la Universidad de Basilea, en el Instituto de Derecho extranjero e internacional de Friburgo de Br., mantiene la tesis de la adaptación de las circunstancias atenuantes no sólo a la culpabilidad, como es de común doctrina, sino, asimismo, a la antijuridicidad y su *quantum*. Para ello, considera dichas circunstancias como posibles grados diversos e inferiores del injusto (*Unrecht*). Tal opinión de la graduabilidad de lo antijurídico data de un reciente artículo de Kern en el propio *Zeitschrift* (1952, pág. 255), reafirmandose con arreglo a la visión plural de la antijuridicidad en Welzel. La cuestión se vincula, asimismo, con la de los valores o contenido del injusto material y con la manera, específica de tipificarlo en la respectiva técnica legislativa. Así son posibles valores y desvalores de la acción, del resultado, de la motivación, etc., que entrañan consecuencias penales bien diversas, unas veces, en lo tocante a la cantidad, y otras, a la cualidad de la respectiva estimativa. Con estas consideraciones, Peter Noll llega a la conclusión de que «la gravedad del injusto de una acción depende tanto del número y vigor de los elementos integrados en el tipo concreto, como del número y vigor de los elementos justificativos».

El problema de las circunstancias de atenuación supralegales vinculadas a una menor antijuridicidad debe ser planteado y resuelto, según el autor del artículo, en correspondencia con las causas de justificación legales y supralegales. A estos efectos estudia a continuación las posibilidades de degradación de las causas justificativas en atenuantes, por falta de total adecuación a los elementos constitutivos previstos por la ley. Es decir, una especie de sistema de «eximentes incompletas», a modo del vigente en el Derecho español. Distingue, sin embargo, entre la inadecuación consistente en el no cumplimiento de los elementos constitutivos de la justificación, y la que sobrepasa los mismos, por ejemplo, en el clásico supuesto de exceso en la legítima defensa, posible también en otros de estado de necesidad, consentimiento del ofendido, corrección, etc... En estos casos ve el autor, como otros penalistas suizos (Thormann y Logoz), una clara disminución del injusto, bien que en la legislación de su país, como en la de Alemania y Francia, no exista previsión expresa más que en el caso de exceso en la

legítima defensa. Se cita a este respecto como excepcional el sistema italiano de computar a título de imprudencia los excesos en diversas causas de justificación (arts. 51 a 56 del Código italiano), si bien considera el autor que tales eventos de exceso pueden y aún suelen ser de carácter doloso y no necesariamente culposos.

Conexa con la cuestión de las causas justificativas completas o incompletas, por *minus* o *plus*, es la relativa a conflictos de bienes jurídicamente protegidos. Sobre ella hace el autor un breve, pero sugestivo, estudio comparatista alemán, suizo y francés, con especial referencia a tópicos de la Parte especial, al aborto terapéutico y al homicidio consentido. Uno y otro presentan en ciertas hipótesis dentro del derecho penal suizo, sendos casos de atenuación supralegal estimándose preferible, sin embargo, en plano de *lege ferenda*, la solución brindada por el Código italiano.

La supralegalidad de las atenuantes no debe ser considerada como un riesgo para el efecto intimidativo de la represión penal ni para la seguridad jurídica, como algunas veces se ha afirmado. Pues en todo caso es exigible, según Noll, una rigurosa coordinación con las valoraciones previstas en la ley. No ha de suponer, en todo caso, una dificultad insuperable ya que hoy día son tantas las instituciones bastante más atentatorias a los conceptos clásicos de la seguridad, incluso fuera del ámbito de lo estrictamente judicial, es decir, en el de la ejecución administrativa. En cambio, la atenuación supralegal ha de ser judicialista siempre, constituyendo en suma un mero ejercicio de las más elementales tareas de individualización y mensuración de la pena.

KREBS, Albert: «Probleme der Behandlung Rückfälliger in der Strafanstalt» («Problemas del tratamiento de reincidentes en los establecimientos penitenciarios»).

Constituyó el presente trabajo una ponencia de su autor al III Congreso Internacional de Criminología celebrado en Londres en septiembre de 1955. Estima que el problema de la reincidencia es doble: de un lado, estrictamente jurídico, mientras que del otro ostenta aspectos predominantemente criminológicos y de tratamiento. No siempre se hallan perfectamente coordinados uno y otro punto de vista, siendo el segundo el que es desarrollado por el autor de la ponencia, de un modo concreto en lo que interesa al régimen prisional.

Antecedén muy atinadas consideraciones respecto a la reincidencia específica y genérica (nuestra reiteración), haciendo ver cómo lo que interesa criminológicamente es predeterminar cuál es el delito verdaderamente determinante de la tendencia o personalidad del reincidente. En efecto el hecho de haber sido condenado anteriormente (el «Vorbestraft») no siempre indica la presencia de un reincidente en el sentido criminológico de la expresión. A ello hay que añadir la relatividad de los datos aportados por la sedicente «reincidencia» oficial, pues son muchos los delitos anteriores que no han sido descubiertos o a los que no llegó una sentencia condenatoria consignada en

el registro, pese a lo cual criminológicamente sus autores presentan todas las características del «reincidente» real.

A los efectos del tratamiento, el Dr. Krebs considera de gran utilidad la distinción de cuatro grupos fundamentales:

a) el de reincidentes habituados por su vida anterior a inactividad, sobre todo por la frecuencia de condenas cortas que no les habituaron al trabajo; los de este grupo son fácilmente adaptables a la rutina de la prisión, pero refractarios a la readaptación completa;

b) el de reincidentes que han conseguido o se han esforzado en la obtención de un cierto equilibrio para evitar posteriores actos criminosos; con conciencia de los valores morales pero sin vigor suficiente para evitar los riesgos de la vida libre en sociedad;

c) el de los reincidentes que no han logrado adaptarse a las mínimas condiciones de autodisciplina y que frecuentemente se rebelan histéricamente contra el orden observable en los establecimientos, constituyendo los de más difícil tratamiento;

d) el de los reincidentes que, al contrario de los anteriores, se dan perfectamente cuenta de las nuevas condiciones de vida comunitaria, notablemente en cuanto a la repercusión de la pena sobre los parientes extraños a la infracción que motivó la condena.

Un quinto grupo e) puede ser formado por aquellos reincidentes de personalidad varia, pero que conciben en pensar que su inclinación a la delincuencia es irreprimible o fatal: son los reincidentes «lábilés», que se dan con especial frecuencia en jóvenes y mujeres.

En todo tratamiento de reincidentes es absolutamente necesario un previo estudio de la personalidad, comparando los datos que se observan en el momento de la admisión con los del momento de la liberación del establecimiento. Nunca hay que perder de vista que la vida en éste es, por decirlo así, artificiosa y en no pocos aspectos propicia a degenerar en factor criminógeno. Por lo mismo se examina la labor que en el tratamiento deben realizar médicos, antropólogos, sociólogos, así como el comportamiento de los funcionarios del establecimiento, sin olvidar la decisiva trascendencia que ha de tener, asimismo, la opinión pública respecto a los liberados. Es este momento de la liberación el verdaderamente crítico en todo tratamiento penitenciario, pero lo es aún más para los reincidentes. Recomienda para ello el régimen intermedio de los establecimientos de paulatina readaptación, las «Fliedner-häuser».

HIETE, Gerd: «Probleme des Strafvollzugs und der Strafvollzugsgesetzgebung» («Problemas de la ejecución penal y de su codificación»).

El artículo, que es el texto de una conferencia pronunciada en la Universidad de Friburgo por el Fiscal de Brunsvik, Dr. Hiete, viene a constituir una especie de llamada de atención hacia los problemas de la ejecución penal, un tanto descuidados de un tiempo a esta parte en Alemania. Responde, pues, al programa de revalorización de tales estudios acordado en la reunión de Munich de la sección de Derecho penal de la Sociedad de Derecho Com-

parado (julio de 1955) a propuestas del Prof. Jescheck. Bien que sin profundizar en la temática filosófica, cuestiona el autor la afirmación de Bader de que la pena privativa de libertad sea y haya de permanecer un mal. Ello debe ser afirmado, ciertamente, en cuanto que priva de un correlativo bien, el de la libertad; pero con esta privación debe cesar el mal, sin aditamento de otros superfluos, que serían ilógicos y antilegales en el actual clima del Derecho penal, según la fórmula finalista-correccionalista de Von Liszt.

Se hace un rápido recorrido histórico sobre los modernos avatares de la legislación penitenciaria alemana, propugnando su codificación conforme a los más recientes resultados de la ciencia. Reconoce, sin embargo, que las opiniones a este respecto no son tan unánimes como pudiera creerse, y como Hall afirma, puesto que tópicos como el de la pena privativa de libertad única, comúnmente admitidos en otros países, como Inglaterra, siguen teniendo poderosos adversarios en Alemania. Cita como tales, partidarios de la distinción clásica entre presidio y prisión, los acuerdos de la Gran Comisión de Reforma del Código penal, el Ministerio Federal y la Unión Judicial Alemana, que consideran la unificación penal como atentatoria a los fines de prevención general. Trata de combatir dicha tesis, que según él no tiene otro apoyo que el sentido retribucionista de las penas presidiales, estimando más acorde con la de resocialización el mantenimiento de la pena única, por ser la personalidad y no el delito lo que en definitiva cuenta.

LEFERENZ, Heinz: «Zur Problematik der Kriminologischen Prognose» («Sobre la problemática del pronóstico criminológico»).

Se trata de un erudito resumen de la tarea más delicada e importante de la Criminología, esto es la del pronóstico de las conductas delictivas. Iniciada en un sentido predominantemente intuitivo, de ojo clínico y perspicacia de juez, trata de constituirse en un procedimiento científico lo más exacto posible. Inicióse esta fase en el seno de los laboratorios y servicios criminológicos de las prisiones, en Bélgica y Letonia primero, luego en Baviera, Austria y en toda Alemania, a partir de 1937. En la época nazi se impusieron cuestionarios sumamente extensos, de hasta dieciocho páginas, que ahora han sido cuidadosamente revisados y simplificados. Cita especialmente las técnicas ideadas por Exner y sus colaboradores; entre quienes destaca el sociólogo americano Burgess, los perfeccionamientos introducidos por los esposos Glueck y por el alemán Schiedt, este último especializado en el tema de pronóstico de reincidencias. Más modernamente son de destacar los trabajos de Schwaab, Kohnle y el suizo Frey, que abandonando los prejuicios de los investigadores de estadísticas, se ocupan del examen individual psicológico, el único que ofrece garantías de éxito por trabajar sobre la realidad del hombre. A este respecto hace ver el autor cómo el puro procedimiento estadístico sólo conduce a resultados asimismo estadísticos, de frialdad de cifras, tantas veces alejadas de las realidades humanas. En todo caso pone en guardia el autor contra los excesivos optimismos de lograr una exactitud

seguramente imposible en esta materia, por cuanto que hay que contar, en todo evento, con la realidad de las innumerables diferencias individuales y con el poder del libre albedrío.

* * *

Se inserta, como de costumbre al final del volumen, la reseña de los trabajos de la séptima reunión de la Comisión de Reforma del Código penal alemán (del 2 al 6 de septiembre de 1955), firmada por el Dr. Karl Lackner. En cambio, no se registra, por falta de espacio, la usual sección bibliográfica.

En el Anejo de la Sociedad de Derecho Comparado hacen las crónicas del Derecho penal hispanoamericano Jiménez de Asúa, del yugoslavo A. Munda, del checoslovaco E. Schmied, concluyendo el número con los votos del IV Congreso Internacional de Defensa Social, celebrado en Milán en abril de 1956.

68 Band. III Heft. 1956

BOLDT, Gottfried: «Zur struktur der Fahrlaessigkeits-Tat» («Sobre la estructura del acto imprudente»).

A falta de grandes monografías sobre la culpa, como las que últimamente ofrece la bibliografía italiana, tales como las de F. Alimena, Riccio, Altavilla y Pettbello Mantovani, la alemana se contenta con artículos de revista, no por menos extensos de menor agudeza e interés. Pues el problema del delito culposo sigue ofreciendo inexhausta materia de estudio a la dogmática, notablemente a la que, en frase de Maurach, trata de sacarlo a la luz fuera de «las sombras del delito doloso», en que secularmente estuviera cobijado. Entre dichos estudios destaca el del profesor de Berlín, Gottfried Boldt, que lo lleva a cabo en una perspectiva preferentemente dirigida a la doctrina de la acción finalista, donde la lucha de las doctrinas es aún más visible y las dificultades más arduas. Prescindiendo del detalle de mera exposición y entresacando del artículo lo verdaderamente original y sustancial, es de observar en el mismo un propósito de liberación de la fórmula tradicional en que la culpa se integra en una mera forma de la culpabilidad, al lado del dolo, procurándose la disolución de ese «matrimonio forzoso» de que también hablara Maurach. Para el autor de tan interesante trabajo la culpa o imprudencia no se agota en la mera noción de «forma de culpabilidad», sino que para comprenderse de un modo íntegro ha de comprender un «complejo total de acaecimiento» («gesamte Geschehenskomples»), que se denomina «acto o acción de imprudencia» («Fahrlaessigkeits-Tat»). Tal acción ha de ser comprendida como algo manifiestamente diverso de la estructura del dolo, mejor dicho, de la acción del dolo, frente a la cual constituye un «altud» y no meramente un «minus». A la finalidad ha de acompañarse, en todo caso, una valoración embebida en la conciencia del acto sin lo cual éste carecería de plenitud de sentido para el Derecho penal. Con lo cual se enriquece el finalismo con las aportaciones axiológicas y se procura una nueva aproximación entre los originariamente opuestos puntos de vista de Welzel y Mezger.

Especialmente bien logrado está en el trabajo de Boldt la referencia a la modalidad de culpa omisiva, que es sólo una parte de la culpa y no una asimilación, como algunos pretendieron. También en dicha forma es posible detectar una «no acción» final, bien que de finalidad en potencia, «la esperada determinación de un determinado obrar». Al valorarlo así, el juzgador ha de realizar una tipología que pudiera denominarse «judicialista», de relleno de las lagunas que las tipologías legales presentan en este aspecto omisivo. En la imposibilidad de seguir el autor en su argumentación sobre la dogmática alemana, del Código y del Derecho penal especial, es de mencionar su feliz objeción a la tesis de Sauer que trata de reducir todo lo culposo a la doctrina del error, y que en su día fuera contradicha por Engisch. En el fondo, según ambos, se trata de una confusión entre el error propiamente dicho y la ignorancia o desconocimiento del acto doloso, lo cual es conceptualmente distinto y no hace más que reafirmar la sustancialidad de lo culposo. Siempre el resultado es prácticamente el mismo, de «culpa-no-dolo». En todo caso no puede decirse que haya una «culpa en sí», como tampoco «un dolo en sí», debiendo ambas acciones ser consideradas en relación directa a una tipicidad objetivamente predeterminada.

El normativismo definitivamente asentado en la dogmática alemana sobre la culpa, que considera ésta como una infracción a un deber («Pflichtwidrigkeit»), no equivale a una pura y simple asimilación de ambos conceptos. Pues es evidente que no toda infracción de un deber entraña culpa, debiendo ser la tipicidad el signo definitivamente determinante. Es la razón por la cual toda acción culposa es una acción concretamente típica. Por lo mismo, niega Boldt la tesis brindada por Gallas de una pretendidamente sustantiva «culpa de prohibición» o «Verbotsfahrlaessigkeit», que se correspondería con el error de prohibición, último avatar del «error iuris». No es ella ni una forma del acto culposo ni un tipo específico de la culpa, y eso tanto en el Derecho penal criminal como en el especial y el administrativo, donde las apariencias de la «culpa de prohibición» son más visibles pero no menos engañosas.

Resumiendo la original tesis de Boldt, según esquema con que concluye su trabajo, la culpa, al igual que el dolo, posee un carácter pluridimensional. El dolo es, como finalidad, elemento de la acción, como tipicidad interna, elemento de la antijuridicidad y como expresión de la intencionalidad, elemento de la culpabilidad. En cuanto a la culpa es: como determinación final frustrada («finale Fehldetermination»), elemento de la acción; como violación de un deber de atención, injusto, y como ausencia de previsión contraria al deber, culpabilidad.

PETERS, Karl: «Die Parallelität von Prozesz- und Sachentscheidungen»
(«El paralelismo entre decisiones procesales y reales»).

Trátase en este artículo del profesor de Münster de una peculiaridad del Derecho procesal alemán, civil en su origen pero que por él se trata de aclimatar al penal. Hay en las decisiones judiciales, sean por sentencia o no, unas que deciden el fondo real del asunto, las denominadas «decisiones reales o materiales», las «Sachentscheidungen», y frente a ellas las que ventilan

situaciones o cuestiones meramente procesales, las «Prozentscheidungen». En cierto modo se corresponden a decisiones materiales y formales, pero en opinión de Peters, tal correspondencia puede y debe ser corregida, en el sentido de descubrir en las «decisiones procesales» un cierto contenido material en base a esencias axiológicas más o menos soterradas en ellas. Cita a este respecto las decisiones de casación en que se impugna el recurso interpuesto, sean como infundado o como inadmisibles; en ellas es dable hallar tanto un carácter material como puramente procesal o formal, por cuanto que ambos caracteres aparecen inevitablemente entrevarados, sin pureza alguna de perfiles.

Existen decisiones procesales en las cuales es factible y aun inexcusable la consideración de valores materiales en relación con el objeto del proceso, pero que aparecen ocultos (caso del denominado «paralelismo encubierto»). En otro grupo pueden coexistir ambas naturalezas: formal y real, siendo función del legislador o del juzgador el preferir una u otra (caso de paralelismo consuntivo). En un tercer grupo, en fin, del llamado «paralelismo ideal», la coexistencia aparece neta y parificada, a modo de un doble objeto procesal formal y material.

La conclusión del autor, después de un detallado recorrido a través del Derecho procesal alemán, es la de aproximar todo lo posible lo formal a lo material, con clara preeminencia de éste, que ha de reflejarse en ulteriores reformas, tanto en un ordenamiento como en el otro, e incluso en la organización de tribunales, encaminado todo al servicio de un ideal supremo de justicia.

KULG, Ulric: «Zum Begriff der Gesetzkonkurrenz» («Sobre el concepto del concurso de leyes»).

El texto del artículo sirvió a su autor como ponencia al Congreso de penalistas alemanes celebrado en Kiel en junio de 1955. Después de hacerse una exposición de las conocidas doctrinas tradicionales sobre el concurso de leyes, a saber, la de la «especialidad», de la «subsidiariedad», de la «consunción» y de la «alternatividad», se propone introducir una mayor claridad en la por el autor considerada caótica situación del tema. A estos efectos, considera preferible el asunto del concurso normativo a tres posibilidades básicas: de «heterogeneidad», de «identidad» y de «interferencia». Aunque no privada de interés la tesis del autor, sí parece harto cuestionable su confesado propósito de clarificar los conceptos, pues la verdad es que en el fondo no hace otra cosa que complicarlos. En cambio, es de sumo valor el aspecto crítico del trabajo, especialmente el referido a la teoría de la consunción y la rica erudición de que se hace gala todo a lo largo del trabajo, que concluye con una referencia a las últimas propuestas en el seno de la Comisión de reforma del Código alemán. Nada cabe oponer tampoco a la laudable tendencia armónica del autor, que entre las exigencias a veces contrapuestas de lo lógico y lo teleológico, propugna un terreno de conciliación en lo por él denominado «funcional», si bien no explique el alcance de dicho término.

Nuevamente ocúpase el Dr. Dreher de los extractos sobre los trabajos de la Gran Comisión de Reforma del Código penal alemán, referidos en este número a la sesión octava, celebrada del 25 al 29 de octubre de 1955 y versando sobre temas penológicos, notablemente sobre el tratamiento de los delincuentes reincidentes y habituales.

La sección bibliográfica, encomendada al magistrado Dr. Hartung, versa sobre las publicaciones alemanas de Derecho procesal a partir de 1954.

En el Anejo del grupo de Derecho comparado, el profesor Honoré, de Oxford, se ocupa de los «Problemas de la reforma penal en Inglaterra», desde la trascendental «Criminal Justice Act» de 1948, y el Consejero Dr. Grützner, sobre «Política estatal y criminal en la extradición», sumamente interesante tratándose de quien es, seguramente, la máxima autoridad alemana sobre dicha materia. Lejos de limitarse este último trabajo a una labor meramente informativa, constituye un corto pero sustancial resumen del derecho de extradición, siquiera en su aspecto material. Es especialmente digna de mención la postura crítica de Grützner contra el principio de la absoluta reciprocidad, sobre todo en lo tocante a la estimativa de delitos cualificados por las condiciones personales de la víctima. A este respecto critica con ejemplos convincentes el ejercicio de dicha reciprocidad frente a la diversa concepción del delito de abusos deshonestos sobre menores en la legislación francesa y alemana. Cita como feliz paradigma la solución brindada en el número 13 del artículo 1 del Convenio de extradición hispano-alemán de 1878, que en materia de protección de menores se remite la tipicidad a la edad consagrada por la ley del país donde el delito está llamado a ser perseguido.

ANTONIO QUINTANO, RIPOLLÉS

BELGICA

Revue de Droit Penal et de Criminologie

Julio 1956

VERHAEGEN, Jacques: «La légitime defense et la guerre»; pág. 975.

Cada uno de los fragmentos del presente trabajo, que contiene el examen de los grandes problemas que plantea la legítima defensa en la guerra, responde al pensamiento de eminentes pensadores. Así, el primero de dichos apartados es de Blas Pascal: «Todo aquel que se asusta al ver lo que pasa en el mundo, no se asusta de sus debilidades. Creemos obrar seriamente... como si cada uno de nosotros supiera ciertamente dónde está la razón y la justicia.» Ha llegado a ser un lugar común constatar que los principios de moral y de derecho no son frecuentemente invocados cuando se trata y se discurre de cuestiones internacionales; ya no es en la controversia diaria, que se cruza entre teorizantes, periodistas y políticos, sino entre otros profesionales que pretenden demostrar que son los únicos que dominan las más imperiosas necesidades y remedios para acertar lo que piensan como

justo y verdadero. En toda esta especie de diversos debates y polémicas, escribió Mauriac: «Nos apasionamos, defendemos con codicia nuestros argumentos; y nuestros rencores no dejan de elegir el punto que entendemos más vulnerable del adversario, y gozamos con excitarle más aún», mientras que es preciso admitir que si dispensamos trato de favor a la incertidumbre jurídica dentro del orden internacional que nos ofrece al rechazar, por ejemplo, fórmulas nobles y elevadas que venían perdurando en esta rama del Derecho, ante las necesidades sagradas, ejercen por el momento un poder de seducción, pero sin estar sujetas a ninguna obligación legalmente fija y estatuida, sin limitar, por consecuencia, la libertad.

No es que se rechace en absoluto el principio tantas veces recordado y que llegó a ser axiomático: «*Salus patriae suprema lex*», fórmula mágica que guardaron los Gobiernos nacionales que saben y les consta que todavía no ha perdido su brillo ni su universal eficacia, pero por lo mismo que el mundo terrestre se ensancha, ya las fronteras nacionales no aparecen tan distantes unas de otras, y la tradicional separación más que de miembros alejados parece unir los vínculos dependientes y estrictamente solidarios del bien común que desde largo tiempo ha cesado de identificarse con las conveniencias exclusivas de la patria.

El segundo punto de controversia recuerda la doctrina de J. Leclercq en su «*Droit Naturel*»: «Teorías parecidas no pueden justificarse, ya que el deseo de justificación busca a cualquier precio que sea reafirmar el estado de cosas existente. Todos los Estados lo practican, los teólogos no quieren examinar el «bien fundado»; si se detuvieran en un examen detenido, lo encontrarían moral y jurídicamente monstruoso.» Si rememoramos la historia, una antigua tradición clásica es opuesta a resolver los fundamentos del derecho de la guerra, y semejante tradición constituye por sí misma un argumento respetable que nadie osaría poner en duda, algunas de las ideas «recibidas o transmitidas» de generación en generación, a pesar de constituir aberraciones, persistiendo durante siglos, tuvieron su contradictor en el Cristianismo, pero la tradición considerada en su conjunto disfrutó de un crédito absoluto e ilimitado; tales aberraciones fueron la tortura judicial, principio reprobable contra la verdad, sistemáticamente viciosa en el procedimiento secular, que por contagio pasó al procedimiento eclesiástico. Durante largos períodos de la Edad Media, prevalecía, y penetró en la Edad Moderna, y la sensibilidad de los hombres se ajustó a tal modo de proceder. Su abolición oficial, por beneficiosa que haya sido, no evita que subsistan abusos contrarios al progreso real humanitario exacerbados durante la guerra. Santo Tomás de Aquino y San Alfonso María de Ligorio tuvieron que transigir con ciertos abusos para robustecer la autoridad del Jefe del Estado.

El tercer principio invoca otro pensamiento «pascalino»: «Jamás se hace el mal plenamente, pero se habitúa uno al mismo cuando se hace conscientemente.» Sobre este aspecto se hacen por el autor de este trabajo interesantes comentarios y sugerencias, en las que por falta de espacio no podemos detenernos, pero que, en definitiva, son altamente sugestivas y hacen muy meritorio el presente estudio.

VERSELE, S. S.: «Police et defense sociale»; pág. 994.

La sola semejanza y aproximación de los términos «Policía» y «defensa social» pudiera parecer una paradoja, comienza diciendo el autor del presente artículo, que constituye una interesante aportación al examen de esta nueva doctrina, cuyo movimiento, como es sabido, nace en Génova con el impulso del «Centro de Estudios», que crea Gramática al día siguiente de la terminación de la segunda guerra mundial y que, al decir de Versele, halla sus fuentes directas en un pasado lejano, por lo que él cita opiniones de Beccaria, Montesquieu, Voltaire y otros filósofos que combatieron el arbitrio judicial inhumano del viejo Derecho penal, que hubo de ser sustituido por un régimen penal más humano, ya que el Derecho penal clásico no era más que un Derecho fundado en la justicia abstracta. La defensa social contemporánea entiende que la política criminal se ha de fundar en la verdadera naturaleza del hombre, considerado en su dignidad como persona y en el deber de solidaridad sobre el respeto de valores morales y el cuidado y atención que requiere la conciencia social.

Los principios positivos esenciales de este movimiento cuidan con interés de sustituir la responsabilidad de la causa por la responsabilidad moral objetiva, considerando al delincuente con nuevos derechos y deberes.

En apartados numerados, dentro del plano sistemático adoptado, el escritor estudia el Derecho criminal de la nueva defensa social como medio más eficaz puesto en acción ordenada para disminuir la criminalidad. El problema general de defensa social es el de Ferri, condensado en las palabras siguientes: «El más insignificante de los progresos dentro de las reformas de previsión social, vale cien veces más y es mejor que la publicación de todo un Código penal.» El programa está concebido en los preceptos siguientes: a) La prevención «ante delictum». 1. Política preventiva general. 2. Política preventiva individual. b) La prevención «post delictum»: 1. Información. 2. El juicio. 3. Las sanciones.

Estudia a continuación las cuestiones relativas a la policía de defensa y protección social, que son examinadas de la forma siguiente: a) Función policial. b) Misión predelictual de la policía. c) Misión postdelictual de la policía. 1. La información sobre el hecho. 2. La información preventiva. 3. La reinserción social. d) Las brigadas sociales de la policía. 1. La brigada juvenil. 2. La brigada femenina. 3. La brigada «tutela».

El objeto de la justicia represiva de defensa social, según el autor del estudio que anotamos, no es otro que el de «resocializar» a los delincuentes a fin de reintegrarlos a la comunidad social.

DIEGO MOSQUETE

C U B A

Enquiridion

Octubre-diciembre 1956

TABIO, Evelio: «Sobre el Patronato de Liberados»; pág. 7.

El autor, Magistrado del Tribunal Supremo y especialista en esta clase de trabajos, critica el sistema penitenciario adoptado en la mayor parte de las naciones civilizadas, poniendo de manifiesto sus deficiencias e inconvenientes y su inutilidad práctica, por lo que estima necesario el cumplimiento de las disposiciones legales que ordenan la creación del Patronato de Liberados.

Cuando el sancionado sale de la prisión, y la sociedad no le facilita trabajo para subvenir a sus necesidades perentorias, y se convierte en un ser que odia a los demás, es una necesidad inaplazable implantar el Patronato, constituido por personas e instituciones que se preocupan por la suerte del preso y evitan que se sitúe en el plano de la desesperación. Es preciso que el ex recluso pueda reintegrarse al seno de la colectividad con la protección y garantía de dicho Patronato, que ha de resolver la situación de los que por designios del destino, han caído en el delito, quizá por una sola vez.

BROWN, James: «Nuevo método de subdivisión monodactilar»; pág. 11.

La subclasificación de un Registro monodactilar depende del número de fichas archivadas, ya que su función consiste en abreviar la búsqueda de una individual dactiloscopia. Además, es preciso recordar que sucesivas subclasificaciones aumentan el porcentaje de errores, y que la labor de los técnicos tampoco brinda solución al problema. Por lo mismo, ha hecho concebir un método, que el autor llama de subclasificaciones, de gran utilidad en la identificación de rastros, tomados en el lugar del hecho delictuoso, y que puede resumirse con cualquier ficha monodactilar, con el empleo de un retículo, obteniéndose los siguientes elementos: tipo a que pertenece el dactilograma; tipo de corazón; crestas del delta del lado derecho del corazón; determinación del delta izquierdo al corazón; determinación del corazón desde el delta derecho. Cuando se trate de presillas gemelas, se harán lecturas adicionales en relación con la presilla descendente.

SUBIRATS DE QUESADA, José M.: «En torno a la delincuencia juvenil»; página 15.

Se trata de la divulgación de un concienzudo estudio estadístico del profesor de Sociología de la Universidad de Alabama, Dr. Morris G. Galdwell, editor de las publicaciones de «The Alabama Correctional Research Association», institución a la que pertenece el autor del trabajo que anotamos,

que desempeña en Camagüey el cargo de Presidente de la Audiencia, y que viene a poner de manifiesto el incremento de la delincuencia juvenil en los Estados Unidos y la urgencia de acudir a una profilaxis para combatir esa grave enfermedad social.

El autor ha traducido conferencias pronunciadas en Asociaciones públicas y privadas sobre el tema de la delincuencia juvenil, y los peligros que acechan a los jóvenes, que fácilmente les llevan al delito, y en las que todos convienen que es necesario tomar medidas para atajar el mal. «Somos, dice, los Estados Unidos un pueblo inclinado a la política del *laissez faire*, *laissez passer*», en lo referente a los problemas sociales.» Por lo que estima que es necesario darse cuenta, «con alarma», del problema juvenil, sobre todo teniendo en cuenta que la juventud está desquiciada desde la primera guerra mundial, que los vínculos familiares son cada día más flojos, que la autoridad de los padres decrece por momentos y que el respeto a los maestros y superiores se ha perdido casi por completo.

Prosigue el articulista con atinadas observaciones sobre la técnica y tratamiento de la Escuela de Alabama, a través de la corrección de muchos delincuentes, ensalzando la paciente labor de reconstrucción moral de menores extraviados que allí se realiza, y termina propugnando por la necesidad de introducir en la legislación de su país, y en los establecimientos correccionales, las modificaciones pertinentes, conforme a las opiniones de los estudiosos sobre esta cuestión, educando al pueblo para que contribuya eficazmente a la mejor solución del grave problema de la delincuencia infantil.

ABASTOS, Manuel G.: «Prevención y represión de los accidentes de tránsito»; pág. 33.

El presente trabajo, debido a la pluma del profesor de Derecho penal, en la Facultad de la Universidad Mayor de San Marcos, es continuación de otros publicados en números anteriores de la revista que anotamos, de los que ya hemos dado cuenta a nuestros lectores, en el que estudia el delito de «exceso de velocidad», examinado como delito especialmente en el proyecto Rocco de 1927, y en la Ley penal española de 9 de mayo de 1950.

Después de estudiar las dificultades que se oponen a hacer del «exceso de velocidad» un delito autónomo, reconoce que una de las pocas leyes especiales que han establecido dicho carácter es la Ley penal del Automóvil española, que en su artículo 2.º sanciona al que condujera un vehículo de motor con velocidad excesiva o de otro modo peligroso para el público, dada la intensidad del tráfico, condiciones de la vía pública u otras circunstancias que aumenten el riesgo, y considera que la velocidad será excesiva cuando sea peligrosa, de conformidad con lo que disponez los artículos 17, 93 y 95 del Código de la Circulación, haciendo comentarios de la opinión del maestro Cuello Calón, que se ha ocupado del problema en cuestión.

D. M.

Revista Penal de La Habana

Julio-septiembre 1956

MARTINEZ, José Agustín: «El narcoanálisis y la defensa social»; pág. 273.

Se trata de un documentado artículo del Director de la revista y Presidente del Instituto Nacional de Criminología, tan conocido y querido de los españoles, que comienza diciendo que «cuando el experto psiquiatra es llamado por el Juez para que determine, tan acertadamente como sea posible, la personalidad de un acusado, se encuentra frente a una tarea de máxima responsabilidad, porque de su dictamen dependerán las conclusiones que el Magistrado necesita tener en cuenta para apreciar con acierto la responsabilidad legal del acusado en la comisión del hecho criminoso, su carácter y el tratamiento que requiere la peligrosidad específica que presenta: su nocividad social, si se quiere».

Merced al somnífero—al decir de Klasi—se impone a la atención de los psiquiatras el empleo llamado de narcosis continua, preconizada sin éxito por Wolff, desde 1915, al que siguieron los estudios de Meerloo sobre las modificaciones psicológicas narcóticas y postnarcóticas, que inducen a continuar las experiencias.

Dentro de la defensa social, la narcosis provocada puede conducir al descubrimiento de la culpabilidad de un sujeto cualquiera. El autor examina, a continuación, los resultados obtenidos, en relación con los intervalos lúcidos, por la Sociedad Neurológica de Chicago. Las experiencias que se realizaron con barbitúricos de nueva elaboración, y las observaciones clínicas, dieron interesantes resultados, en materia de revelación de secretos y de estados íntimos de conciencia.

En el trabajo que anotamos el profesor Martínez Viademonte se hace las siguientes preguntas: ¿Cuál es el objeto actual del narcoanálisis en la investigación criminal? ¿Cuál es el objeto actual y el objeto posible? ¿Es lícito su empleo para arrancar la confesión de un acusado?, que más concretamente formula en el siguiente sentido: ¿Es lícito su empleo contra la voluntad de un acusado que niega su crimen o que mantiene a su favor alguna circunstancia excluyente o atenuante? Contesta a la primera pregunta diciendo que el narcoanálisis no puede tener otro propósito que el de cooperar a la investigación del crimen, y en este sentido puede dar resultados hasta en relación con el tratamiento especializado del sujeto en cuestión. En casos de amnesia, el narcoanálisis puede cooperar eficazmente a que se haga la luz en cualquier rincón perturbado del cerebro, y puede descubrir en un sujeto aparentemente sano trastornos psicopatológicos o neurológicos en estado latente hasta el momento de la prueba. El narcoanálisis puede ser defendido como procedimiento de exploración, investigación y comprobación, pero reducido a sus justos límites.

Mas, en definitiva, ¿es lícito o ilícito su empleo contra la voluntad manifiesta del sujeto? Si la confesión es un acto de la libre voluntad del acusado, la negativa a sufrir el examen narcoanalítico equivale a la negativa del sujeto a prestar la confesión judicial. El Magistrado preguntará al acu-

sado si desea o no someterse a la prueba narcoanalítica y si éste responde negativamente, la experiencia no pueda verificarse. Sobre esta cuestión se trató en el Comié Internacional de Expertos en Criminología, reunido en Lake Success, en 1949, bajo los auspicios de la O. N. U., y más recientemente, en el II Congreso Internacional de Criminología de París, celebrado en septiembre de 1950, en el que el profesor Martínez Viademonte, propuso primero en la Sección de Biología y después en una de las Sesiones plenarias la adopción de este sistema en las legislaciones procesales de todos los países.

MONTEJO GRANADOS, Alvaro: «Algunas consideraciones jurídicas y sociales del aborto»; pág. 292.

Consta el trabajo de una «Noticia histórica» sobre el aborto en los pueblos primitivos: Egipto, Persia, Grecia, Roma, el antiguo Derecho francés, el Derecho canónico y el Derecho español. La polémica del aborto acerca de la imputabilidad cuando es consentido por la madre, y en cuya discusión intervienen médicos, juristas, literatos, sociólogos y filósofos, da lugar al esbozo de opiniones abolicionistas del delito, frente a otras favorables a su conservación.

El autor de este trabajo examina la cuestión en sus dos aspectos principales: el jurídico y el social; y clasifica el aborto distinguiendo las diferentes clases: a) terapéutico; b) eugenésico; c) por causas sentimentales; y d) «honoris causa».

Se hace un estudio detallado de la cuestión a través de conferencias de eugenesia y de acuerdos en Congresos últimos de Criminología, así como el tratamiento del aborto en los Códigos penales de Colombia, Bolivia, Costa Rica, Chile, Guatemala, Honduras, Panamá Perú y Venezuela y especialmente en el Código argentino que en su artículo 86 dice: «el aborto practicado por un médico diplomado, con el consentimiento de una mujer encinta, no es punible»; ni tampoco lo es cuando el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. Otra de las causas que se invocan para justificar el aborto es el honor.

Las muchas definiciones que se han dado del aborto han traído nuevas orientaciones a la Medicina y al Derecho, como atentado a la familia, y conjunto de derechos y deberes que ligan a los miembros del grupo doméstico.

También se contemplan en el presente trabajo los elementos del delito de aborto, distinguiendo: a) existencia de embarazo; b) interrupción del embarazo producido artificialmente y empleo de medios conducentes a producir el aborto, cuyos medios son clasificados por la Medicina legal en mecánicos, químicos y morales.

COVA GARCIA, Luis: «Concepto moderno de la reforma penitenciaria»; página 349.

El Ministro de Justicia de Venezuela, Dr. Luis Felipe Urbaneja, dió una declaración sobre el concepto moderno de la pena que tiene por objeto re-

habilitar, readaptar, reformar al hombre que en mal hora ha delinquido, en la mayoría de los casos, por causas ajenas a su propia voluntad, haciendo una clara exposición en donde sacó a colación el caso de ciertas enfermedades, en que el enfermo era aislado, encerrado y hasta desechado del núcleo social, y, sin embargo, en la actualidad ese concepto erróneo ha desaparecido, porque esas enfermedades tienen curación y el enfermo no sale del núcleo social ni es considerado como un apestado merecedor de aislamiento. En la actualidad se piensa que el penado que ha ido al delito puede ser útil en el futuro, por lo que hay que prepararle para la vida. El régimen penitenciario de Venezuela tiende a convertirse en un taller de trabajo. Las granjas industrializadas y fábricas manufacturadas colaboran en la transformación espiritual y moral del recluso, que es el elemento que hay que trabajar, educar y conducir hacia la salvación definitiva. La selección y formación del personal penitenciario es uno de los aspectos básicos de la adaptación, porque el empleado carcelario es, en realidad, un pedagogo, un educador, un formador de espíritus vocacionales. Los edificios han de tener las seguridades necesarias para evitar evasiones, consiguiendo un sistema progresivo y salvando los errores del pasado.

APARICIO LAURENCIO, Angel: «La educación religiosa en las prisiones; página 352.

Comienza el presente trabajo diciendo que en 1564, Bernardino de Sandoval, escritor español y precursor de la reforma penitenciaria, señalaba la necesidad de que personas de virtud y letras visitasen las cárceles, para que hablasen con los presos cosas que tocasen a la salud del alma y para que los aconsejasen, amonestasen y enseñasen que deben huir de los pecados, viviendo cristianamente, haciéndoles pláticas espirituales con frecuencia. Desde entonces, notables penólogos se han preocupado de estudiar la influencia de la Religión como medio de reforma moral de los que cumplen penas de privación de libertad, cuyo tema ha sido tratado en Congresos Internacionales.

Después de estudiar el libro de Howard Aparicio Laurencio cita a los escritores Wines, Cuche, Kriesgmann y, entre los actuales, a Cuello Calón, Exner, Paterson, Beeche, Tappan, Scheldon y Eleanor Glueck. Finalmente recoge los acuerdos de los últimos Congresos Internacionales: Caracas, en abril de 1953; Segundo Congreso Penitenciario Justicialista, en la Argentina, del 16 al 21 de agosto de 1954; Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en Ginebra del 22 de agosto al 3 de septiembre de 1955, y, por último, las Primeras Jornadas de Defensa social de La Habana, de 21 al 25 de noviembre de 1955. Asimismo, examina la legislación penitenciaria, en vigor, en diversos países, para señalar la gran importancia de la educación religiosa como medio de resocialización.

CANEPPA, Vicorio: «Las revueltas y los motines en las prisiones»; pág. 366.

Se trata de un trabajo del que es autor el Presidente de la Asociación Brasileña de Prisiones, en el que afirma que durante los años 1951, 52 y mediados de 1956 se apreció un fuerte aumento en las explosiones, amotinamientos y violencias en masa, por parte de los reclusos en las prisiones. La Dirección de la Asociación Brasileña de Prisiones ofrece una interpretación técnica y objetiva de este fenómeno, llamando la atención de las autoridades competentes. El comportamiento, violento y destructivo por parte de grupos de presos, no es ninguna novedad en el campo penitenciario, por ser el resultado de tentaciones emocionales, siempre presentes en un grado más o menos acentuado, en los hombres confinados en instituciones penitenciarias. Por otra parte, los presos se alimentan también de monotonías y aborrecimientos; sensación de injusticias y frustraciones, pocas esperanzas para el futuro, privaciones sexuales, ansiedades con respecto a sus familias y amigos y otros factores similares. Estas tensiones, constantemente presentes, se manifiestan en rebelión, con el estímulo de factores inmediatos, como pudieran ser la mala alimentación, la brutalidad o el tratamiento injusto y caprichoso, desarmonías con el personal, o más aún, otras condiciones básicas de esa misma naturaleza, que pueden servir para remover las emociones elementales de los hombres.

D. M.

E S P A Ñ A

Revista de la Obra de Protección de Menores

Ministerio de Justicia. Julio-agosto 1955, número 43

GUALLART Y LOPEZ DE GOICOECHEA, José: «Crítica y repudio de los «sueros de verdad» en nuestra Jurisdicción tutelar»; págs. 5 y sigts.

El Prof. Guallart que se había ocupado, no ha mucho, de los novísimos medios de investigación de los hechos delictivos, comúnmente denominados «sueros de verdad», en un excelente trabajo reseñado en nuestro ANUARIO (1956 fascículo I, págs. 118 y sigts), vuelve a tratar esta cuestión, tan estudiada y discutida, con motivo de sugerencias y propuestas para aplicar dichos medios de investigación a los tribunales de menores.

El autor, después de tratar en general del empleo de estos procedimientos en el campo judicial y de señalar la general repulsa que los condena, nos informa de estas sugerencias hechas para utilizarlos en las jurisdicciones de menores. Se alega que existen casos intermedios, entre el plano médico y el plano represivo, como ocurre con las medidas de seguridad, entre las que destacan las medidas educativas empleadas con los menores delincuentes, en los que, por no tratarse de imposición de penas, no se justifica la oposición absoluta al empleo de la narcoanálisis. Contra esta tesis sustentada por el Prof. Lebre, profesor de la Facultad de Derecho de Aix, opone el

autor que aun hallándose la jurisdicción tutelar por completo desprovista de carácter represivo, su peculiar índole, lejos de abonar la autorización del empleo de las drogas de verdad, fundamenta más bien la necesidad de acentuar su repulsa. Que si en general se condena la narcoanálisis como atentatoria a la personalidad humana, la personalidad del menor—tan compleja, frágil y peculiar—, ha de merecer del derecho mayor estima y protección que la del adulto.

Por otra parte, si la personalidad del adulto queda dañada con el uso de estos sueros, mayores perjuicios habría de sufrir el niño. Médicos, como Cornil y Ollivier, señalan las especiales precauciones que aun con fines meramente terapéuticos, requiere la aplicación de ciertos productos a los menores. Tales cautelas y exigencias son buena prueba de los graves peligros que para éstos encierran.

Y todo, ¿para qué?, termina certeramente el Prof. Guallart. Para lograr una confesión. Una confesión que sólo conduciría a saber que el menor cometió el hecho imputado, el cual, en la jurisdicción de menores, es lo que importa menos.

EUGENIO CUELLO CALÓN

Revista de Medicina Legal

Madrid. Números 128-129. Enero-febrero 1957

Consta este número del siguiente sumario: Profesor Caro Heing: «La Ley de la colocación forzosa de enfermos mentales en la República Federal Alemana».—G. Gutiérrez Aguilera y G. Arias Parra: «Valor del «test» de Rorschach en la peritación psiquiátrico-forense».—Dr. Martínez Sellés: «El factor tiempo en Medicina legal y Toxicología».—Dr. Pérez Folgado: «El embolismo amniótico»; y Dr. Humberto Domínguez: «Comentando, una ponencia».

* * *

El Dr. Pérez Folgado aborda un tema de gran interés médico-legal, el referente al embolismo amniótico, que consiste en la presentación súbita en la madre, durante el parto o minutos siguientes, de graves cuadros clínicos de «shock» unas veces mortales, pasajeros otras, y otros, en fin, complicados con sintomatología hemorrágica, atribuidos a la penetración del líquido amniótico en el torrente sanguíneo materno.

El autor estudia la etiología y patogenia, los diagnósticos clínicos y terapéuticos y autópsico y el tratamiento, y termina señalando la importancia de estas cosas en el ejercicio de la función médico-forense que dan lugar a delicados diagnósticos en los casos de muertes súbitas durante el parto que pueden motivar el ejercicio de la acción judicial contra el tocólogo. Es de destacar la moderna bibliografía utilizada por el competente autor de este trabajo.

Merece también especial mención el comentario del Dr. Humberto Domín-

guez al trabajo de sus compañeros Royo Villanova y Martín Lagos, sobre la «Responsabilidad profesional del cirujano».

CÉSAR CAMARGO HERNÁNDEZ

ESTADOS UNIDOS

The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science

Volumen 47, número 2. Julio-agosto 1956

JOHN VINCENT BARRY: «Alexander Maconochie (1787-1860)».

Duodécima monografía de las que el «Journal» norteamericano viene dedicando a la serie «Pionners in Criminology». Débese a la pluma del Magistrado J. V. Barry, del Tribunal Supremo de Victoria y Presidente del Departamento de Criminología de la Universidad de Melbourne, Victoria (Australia).

Alexander Maconochie nació el 11 de julio de 1787, en Edinburgo, y, a la edad de dieciséis años, ingresó en la Armada, siendo prisionero de los franceses, con ocasión de un naufragio, hasta la caída de Napoleón. Por su temperamento estudioso y la coincidencia con dos reformadores de los sistemas penales, Obermaier (Baviera) y Montesinos (España), se colige su afición a tales materias, un poco ajenas a su profesión de marino. Repatriado en 1814, volvió a desempeñar servicios en la Armada inglesa, participando en la batalla de Nueva Orleans, pasando a la reserva en 1855 con el rango de capitán.

Previamente, en 1836 Sir John Franklin, oficial de Marina y explorador ártico renombrado, fué designado para el cargo de Subgobernador de la Tierra de Van Diemen, nombre por el que fué conocida oficialmente Tasmania hasta la mitad del siglo XIX.

Cuando se independizaron sus colonias de Norteamérica, Inglaterra hubo de volver la vista hacia otros puntos para el confinamiento de sus deportados, inaugurando un establecimiento penitenciario en Nueva Gales del Sur el 26 de enero de 1788. El mismo año era dedicada a igual finalidad la Isla de Norfolk, y en 1803 la aludida «Tierra de Van Diemen».

Cuando ya había despertado cierta crítica solvente el sistema penal de deportaciones y régimen de convictos en Inglaterra, lo que acaecía por la tercera decena del siglo XIX, fué cuando se acercaba el momento en que el precitado Subgobernador invitó al Capitán Maconochie a acompañarle a su nuevo destino como secretario particular. Antes de abandonar Londres el ahora biografiado hubo de comenzar a prestar atención a los problemas de reforma penitenciaria en virtud de una encuesta patrocinada por la Sociedad para la Mejora de las Prisiones.

Pasando por alto, dada la índole anecdótica de los mismos, algunos particulares consignados en el artículo respecto a disensiones del biografiado con otros funcionarios residentes en Hobart (el principal establecimiento entonces en Van Diemen's Land), porúcidas al parecer por causa de los informes motivados por la encuesta antes aludida, lo cierto parece ser que la relación de Maconochie luego con James Backhouse y George Washington

Walker, contribuyó a reforzar en el primero su afición e interés en las tareas de reforma penitenciaria, y así, en 1837, redacta un informe en el que, refiriéndose al trato dispensado a los convictos, dice, por ejemplo: «Suscribo por completo el pretendido derecho de la sociedad a adoptar medidas ejemplares con quienes quebrantan sus normas; mas los individuos de tal modo sacrificados a lo que, en el mejor de los casos, ha de calificarse de solución política, tienen a su vez derechos que reclamarnos, y quizá derechos de los más respetables por cuanto se hallan en nuestras manos desarmados, sufriendo una condena impuesta en nuestro propio provecho. No tenemos derecho a arrojarlos de nosotros para siempre. Hasta su sufrimiento físico ha de ser moderado, y el dolor moral que podemos y debemos incluso infligirles debe ser cuidadosamente mesurado de modo que, a ser posible, logremos su reforma y no en modo alguno su perversión.

En su principal trabajo «Crime and Punishment» (1842) formuló su tesis fundamental; «No ha de aconsejarse en modo alguno lenidad respecto a los criminales. Ello, de ampliarse impensadamente, más bien les perjudicaría, siendo preferible incluso el empleo de la mayor severidad... Lo deseable, en nuestro conflicto con el delito, es conceder la importancia debida a la reforma de los delincuentes, y estudiar cuantos medios puedan contribuir al logro de tal finalidad. Hemos de hacer ante todo preventiva, más que curativa, nuestra táctica para con el crimen. El verdadero objeto de la disciplina penitenciaria es preparar a los reclusos para su liberación; reformarlos».

En un anteproyecto de reglamento por él preparado en 1840 comenzó con la siguiente afirmación: «La finalidad del Nuevo Sistema de Disciplina Penitenciaria estriba, además de dispensarles un castigo adecuado por sus delitos pasados, en entrenarles para la vuelta a la sociedad con una conducta honesta, útil, haciéndoles miembros de aquélla, merecedores de la mayor confianza. Todo ha de encaminarse a este objetivo y prevalecer el mismo sobre cualquier otra idea al respecto».

Finalmente, por lo que atañe a los medios por Maconochie vislumbrados como aptos para la finalidad expuesta, se consignan en el artículo reseñado los siguientes puntos:

1) Las condenas no han de dictarse con fijación de tiempo determinado de duración; debiendo sustituirse a la mayor brevedad posible las condenas temporales por las «laborales».

2) La cantidad de trabajo que un recluso ha de llevar a cabo ha de expresarse en signos («marks»: de ahí el nombre de su sistema) representativos de la ganancia del recluso, y que éste obtenga por su mejora de conducta, frugalidad de vida, hábito de trabajo, etc.

3) Mientras se halle en prisión, el recluso ha de hacerse acreedor a cuanto reciba, excepto abrigo y los medios de subsistencia estrictos; todo lo demás ha de añadirse a su deuda en «signos».

4) Cuando por su disciplina se haga acreedor a ello, ha de trabajar en compañía de un pequeño número de reclusos, haciéndose responsable al grupo de la conducta y trabajo de cada uno de sus miembros.

5) En la fase final de la reclusión ha de interesarse parcialmente al internado en su propio trabajo, sometiéndosele a disciplina menos severa con vistas a su próximo licenciamiento.

KENNETH J. MACONOCHE: «Changing the pattern of behavior: outline of a therapy for criminal reform» («Variando el tipo de conducta: B bosquejo de un terapéutica para la reforma de los delincuentes»); páginas 162 y ss.

En este artículo, escrito precisamente por el bisnieto del Capitán Maco-nochie, se describen dos técnicas que, combinadas, se aproximan cual ninguna, a juicio del autor, a una terapéutica eficaz en la reforma del delincuente. Una de las técnicas aludidas es el ya aludido anteriormente «Mark Syrtem»; la otra, la técnica de Alexander (F. Matthias), australiano de origen aunque residente por mucho tiempo en Inglaterra.

Aunque encaminada la técnica del «Mark System» a la reforma penitenciaría, tiene de común con la otra el propósito de capacitar al delincuente para que cobre dominio sobre las costumbres que rigen su vida. Considerá-gase, no obstante, como más amplia de efectos la técnica de Alexander, por cuanto se reputa que muestra y comprueba experimentalmente el método en cuya virtud el individuo se hace cargo del mecanismo de sus propios há-bitos, que normalmente radica fuera de su conciencia. Se considera también por el autor que esa segunda técnica enunciada logra mejorar las condicio-nes individuales físicas y mentales: la capacidad para dominar sus inhibi-ciones y, por consecuencia, sus reacciones instintivas, sus «impulsos inter-nos inconscientes».

MILTON W. HOROWITZ: «The psychology of confession» (Psicología del confeso); págs. 197 y ss.

Reputando que el problema de la confesión del procesado es antiquísi-mo, se echa de menos por el articulista aportación literaria referente tanto a la frecuencia en que se produce como a lo que denomina su «dinámica» en sentido psicológico.

Prescindiendo del estudio de casos en que la confesión no es espontánea (materia que se califica de índole diversa aunque interesante), se concreta el artículo a estudiar la situación psicológica de la persona que reconoce un acto imputado y, en resumen, a fundamentar las siguientes conclusiones: 1) El presunto culpable es acusado por la autoridad o por represen-tante de ella. 2) La prueba se reputa en todo caso susceptible de obtener objetivamente. 3) Se reducen los factores propicios al acusado. 4) Este úl-timo llega a abrigar, cuando no desde el primer momento, un sentimiento de culpabilidad. 5) El presunto culpable presiente que la confesión «es el camino de la liberación psicológica».

EDITORIAL: «Weather and crime in tallahassee during 1954» (Las condi-ciones atmosféricas y la criminalidad en la capital del Estado de Flo-rida); págs. 218 y ss.

Comiéntase aludiendo a las conjeturas, más o menos fundadas, de que ha venido siendo objeto la climatología como factor determinante de la

delincuencia. Añádase que el Bureau Federal de Investigación ha incluido el «clima», entre otros factores, en recientes informes unificados sobre el delito como una condición que determina el incremento de la criminalidad en una comunidad determinada.

Recuérdase en el artículo que Montesquieu («Espíritu de las Leyes») ya indicaba que la actividad delictiva aumentaba conforme se aproximaba la persona al ecuador, así como el hábito a la bebida se intensificaba con la cercanía a los polos. Conocida es la opinión de Quetelet acerca de que los delitos contra la persona, particularmente los más violentos, prevalecían en el Sur, y sobre todo en la estación cálida, mientras que los que iban contra la propiedad eran más peculiares de los países fríos o nórdicos: afirmaciones, en suma, designadas como la «ley térmica de la delincuencia»; reproduciéndose casi en iguales términos el criterio por Mayo-Smith en su obra «Statistics and Sociology» (New York 1902, pág. 270).

Igualmente se anota que en 1892 Leffingwell se refirió al clima como un «factor causal» y se prosigue exponiendo que la hipótesis radica en que las unidades comunmente adoptadas del tiempo, tales como la humedad, la temperatura, la presión barométrica, han de ponerse en relación con delitos como los cometidos en la circulación, embriaguez y otros actos, hasta cierto punto considerados con referencia al aspecto estadístico.

En el estudio que determina el artículo ahora reseñado fué tomada como campo de observación la ciudad de Tallahassee (Florida) durante el año 1954, y las conclusiones a que abocó el trabajo referido resultan poco propicias a ningún aserto consistente a propósito del susodicho factor ecológico, toda vez que no pudieron establecerse nexos de coincidencia en la referida población, en la anualidad también indicada, entre las variaciones experimentadas por las condiciones higrométricas, las temperaturas y la presión, por un lado, y el número o clase de delitos perpetrados, por otro.

Vol. 47. Núm. 4. Noviembre-diciembre 1956

ROLAND GRASSBERGER: «Hans Gross (1847-1915)»; págs. 397 y ss.

Décimotercera publicación de la serie «Pioneers in Criminology», en la que se recuerda la aportación de Gross a la Criminología.

Durante muchos años de intensos trabajos prácticos como Juez, y luego como Fiscal en Graz (Styria, Austria), recogió el biografiado importantes conocimientos científicos en general, preocupándose, asimismo, de la técnica de los rayos X, entonces incipiente; todo ello con la preocupación orientada a la investigación del delito, o a la creación o descubrimiento de lo que luego se ha llamado la «Criminalística».

Como fruto de sus esfuerzos escribió un «Manual para el Juez instructor» (1883), rebasando con ello las aportaciones entonces conocidas de Pitalaval (1735-43), Jagemann (1841), Avé Lallemand (1860) y de Lombroso (1878).

En opinión de Gross, todo delincuente era un problema científico a dis-

cernir por el juez que, aparte de hallarse personalmente lo mejor dotado, debía disponer al efecto de la mejor ayuda técnica.

Con posterioridad, comprendió Gross que a todos esos conocimientos científicos había que sobreponer los relativos a la Psicología, siendo consecuencia de esa ampliación de su criterio inicial la publicación de la «Psicología Criminal» en 1897; definiendo y concibiendo esa última ciencia como un sumario de cuantas materias de índole psicológica son precisas para el trabajo del criminalista investigador.

Trata en esa obra de configurar al humano con todas sus buenas y malas cualidades y, anticipándose a las modernas opiniones acerca de la ciencia de las expresiones, dedica grandes párrafos al vestido, a la fisonomía y a la especial aptitud de los gestos o rasgos, muy en particular los de las manos.

Al igual que hizo Liszt al fundar el «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», en septiembre de 1898 (dieciocho años después), Gross dió a la publicidad su «Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik», advirtiendo en la Introducción que una de las finalidades más importantes de esa revista era recoger las observaciones relativas tanto a la Antropología Criminal como a la Criminalística, a fin de que los datos fuesen útiles para el Derecho penal. En el campo de la Criminalística destacó la importancia del empleo de peritos, tales como físicos, químicos, médicos, zoólogos, botánicos y hasta artesanos expertos en varios oficios; todo ello sin desentenderse del papel del jurista al que precisamente atribuía una labor directiva y orientadora, por tanto, acerca de los ulteriores progresos de esos esfuerzos técnicos combinados para el mejor conocimiento de la causalidad y características del delito.

JOS ANDENAES: «Determinism and Criminal Law» (Determinismo y Derecho penal); págs. 406 y ss.

El autor es Profesor de Derecho penal (substantivo y procesal) en la Universidad de Oslo, Presidente también de la Asociación de Criminalistas Noruegos, así como miembro de la Comisión del país aludido para el Código penal.

En este artículo comienza el Profesor Andenaes advirtiendo con encomiable modestia no trata de mostrar tesis personal suya acerca del problema que sirve de título a su trabajo: dice que su propósito se limita a un análisis de las consecuencias que cada uno de los conceptos antagónicos (determinismo, indeterminismo) entraña para la Ciencia penal.

Recuerda las marcadas diferencias de opinión que se registran en la historia de dicha Ciencia a propósito de la justificación del castigo: expiación, beneficio social atendido mediante la prevención, parece que son los dos conceptos en que fundamentalmente gravitan todos los matices de dicha justificación.

Después añade que rara vez, por no decir nunca, el Derecho positivo de cada país responde a un sistema lógicamente elaborado; antes bien, esas normas son el resultado de un desarrollo histórico en el que han influido

varias tendencias o idearios. Trátase, en suma, de preceptos que obedecen como a fórmulas de compromiso solutorio, cuando no denotan la coexistencia de criterios diferentes.

Por lo que al Derecho penal noruego atañe, prosigue el Profesor Adenaes, revela una mixtura de aquellas dos tendencias fundamentales precedentemente aludidas: en su Código penal advierte, al lado de castigos propiamente tales, preventivas medidas también. Manifiéstase, asimismo, en el artículo que, en estrictos términos prácticos, la razón por la que la responsabilidad es una condición precisa para el castigo radica en la impropiedad que resultaría de aplicar una pena en casos de culpable demente o en estado de inconsciencia. Empero, cree también que esa fundamentación de la responsabilidad se halla «coloreada» por tonos indeterministas, poniendo de ejemplo el supuesto del irresponsable que, como tal, carece de la responsabilidad moral justificativa del castigo. Igualmente anota que principio similar es el aplicado en el caso de responsabilidad subjetiva; la propensión general a apreciar como una de las exigencias la justicia el que nadie sea condenado más que por acto que él mismo perpetró, lo que a su vez entraña el concepto de la voluntariedad y, a lo sumo, el de negligencia.

Acusa posteriormente la existencia de una marcada inclinación al determinismo psicológico, lo que cree debido, más que a replanteamiento de la discusión acerca del libre albedrío, al sentido en que han evolucionado recientemente las ciencias más conspicuas al ente humano, las cuales han concretado su atención en las causas del acto delictivo, reconociendo, no obstante, que los criterios técnicos se han extendido hacia zonas más amplias.

Manifestaciones positivas de esas últimas tendencias las advierte en la cristalización de criterios más benignos, en vez de condenatorios, hacia las infracciones cometidas por menores y adolescentes: prácticamente también ha podido advertir esa diferencia comparando, en la legislación noruega, la «Children Protection Act» de 1953 con su precedente la «Welfare Act» de 1896 y, más concretamente, dentro de esas normas, advierte que conceptos como los de «depravación», «degeneración moral», «propensos a la ruina moral», han sido sustituidos por los «inadaptación al propio medio», «condiciones nocivas y de otro modo demostrativas de un serio peligro para la salud o el desarrollo del niño», etc.; expresiones, en suma, que califica de «índole neutral» desde el punto de vista que las viene considerando.

Señala también un análogo cambio de actitud para con los que incurrir en embriaguez: la idea de que el alcoholismo es una enfermedad, para equipararla a morbos de otro tipo y dispensar a todas esas formas «ayuda» en lugar de «castigos» con el módulo de «medidas de corrección», es criterio que, indudablemente, ha conquistado gran terreno, pese a las muchas voces que aún clamorean su oposición a ello, al menos denotando se ha ido demasiado lejos en el sentido expuesto.

A propósito de los delincuentes que, desviándose de lo normal, no están en el caso de verdaderos irresponsables, aprecia el autor que la tesis determinista ha conseguido también paulatina afirmación: no otra cosa entiende que es el criterio en cuya virtud la reincidencia debe prevenirse en vez de atajarse mediante sanciones. Opina como cosa indudable que la razón para

ello ha consistido principalmente en creer que esa clase de individuos últimamente aludida son susceptibles de reconocimientos psiquiátricos acertados.

Por otra parte, estima que otro ejemplo de «fusión» de ideas contrapuestas, o cuando menos divergentes, lo ofrecen las individualizaciones de penas: la proporcionalidad que ya casi axiomáticamente se proclama para la entidad de las que se imponen en cada caso; la consideración como circunstancias atenuantes de la juventud o minoría de edad o de la carencia o retraso en la evolución de facultades intelectivas; la importancia concedida a los prececientes individuales de carencia de hogar en la fase juvenil, a las llamadas neurosis, a los traumas cerebrales como determinantes de alteraciones de carácter.

Concluye el autor advirtiendo cuán difícil es parar una vez emprendidos esos derroteros que acaban de señalarse; indicando también cómo muchas veces los problemas existentes al respecto parecen complicados por impropiedades o dificultades del lenguaje respectivo: así, en términos morales es frecuente hablar, por ejemplo, de «fines egoístas perseguidos mediante la explotación del prójimo», fórmula que automáticamente inspira la convicción de un alto grado de culpabilidad y, consiguientemente, del merecimiento de un castigo bien merecido. Situación que cambia, aun tratándose del mismo caso, si se describe en términos al uso psiquiátrico, tales como «psicópata», «frigidéz emotiva», etc., y aún más si esas presuntas anomalías pueden o se tratan de explicar etiológicamente con referencia a factores hereditarios. También a título de ejemplo, se refiere el autor a que durante la ocupación de su país en la última contienda fué frecuente designar a ciertas personas como ejemplos de refinada crueldad para con sus víctimas, cambiando por completo el concepto si la misma actitud emotiva se representaba en términos de «sacudida neurótica debida a impresiones ingratas durante la infancia».

En suma, para el Profesor Andenaes quedaría planteada la complejidad del problema enunciado en el título de su artículo con la consideración, como dilema, de la solución en cuya virtud la prevención del delito ha de ser miraça cual cuestión de higiene social, o del retorno al Derecho penal clásico fundado en el concepto de culpabilidad.

CARMEN MILLER, Michael: «Follow up studies of introverted children: relative incidence of criminal behavior» (Prosecución de los estudios sobre infancia introversa: conducta delictiva escasa); págs. 414 y ss.

Mucho se ha escrito acerca de las características de la personalidad de individuos que llegan a ser clasificados como delincuentes o criminales. Aunque con diferentes opiniones, muchos criminólogos coinciden en admitir no solamente que son apreciables las peculiaridades personales de los delincuentes y las personas probas, sino que incluso llegan a aceptar como posible la averiguación de esas peculiaridades antes de que en el grupo correspondiente de los aludidos se hayan manifestado en actos de proclividades delictivas. Los factores que contribuyen a la producción de este fenómeno se conciben por los autores como resultado, a su vez, complejo de recíprocos

influjos de distinta etiología dinámica: somáticos, temperamentales, intelectuales, socio-culturales, etc. Concediendo primordial atención a uno de esos factores, algunos investigadores llegan a la conclusión de que, en la predicción del delito o de la criminalidad, ha de atenderse, empero, al papel que juegan varios de ellos, si bien con carácter secundario.

De esta clase se considera la actitud de los Glueck respecto al problema, y, sin entrar a la descripción de las aportaciones al respecto de la obra «Unraveling Juvenile Delinquency», el resto del artículo se dedica a describir uno de los aspectos tratados en la misma: el de que un grupo de muchachos delincuentes, examinados previamente, fué susceptible de diferenciación, mediante sus rasgos «temperamentales», del contrapuesto grupo de muchachos no delincuentes, y ello gracias a que una gran proporción de los primeros mostró acusada tendencia extroversiva.

(Nota: Trátase del examen de resultados que se dicen obtenidos mediante el examen de distintos grupos de sujetos internados en la «Dallas Child Guidance Clinic», puestos en contraste con otros ingresados en penitenciarías y correccionales del Estado de Tejas; concluyéndose el trabajo con la manifestación de que aún se precisan mayores estudios para conseguir la deseada predicción de la delincuencia.)

JEFERRY, Clarence Ray: «Crime, Law and social structure» (Delito, Derecho y constitución social); págs. 423 y ss.

El autor, miembro de la Sección de Sociología y Antropología de la Universidad Meridional de Illinois, en Carbondale, ya escribió un artículo anteriormente acerca de la Estructura del Pensamiento Criminológico Norteamericano (Jour. of. Crim. Law, enero-febrero de 1956), y en este que pasamos a reseñar ofrece como una primera parte, metodológica, sus observaciones a propósito del mayor interés que, a su juicio, ha de prestarse a la sociología legal, para compensar así la concreción de objeto característica de la Criminología positivista. Considera, en efecto, que el delito debe ser investigado también desde las perspectivas ofrecidas por los sistemas institucionales, y ello basándose en el aserto de MacIver (Robert M.): «Cuando la Ley define un fenómeno social —tal acontece con el delito—, no podemos pretender su exclusiva referencia etiológica fuera del propio sistema institucional» («Social Causation», New York, Ginn and Co., pág. 88).

«El crimen es una categoría legal. La única cosa que asemeja unos delitos a otros es que todos ellos constituyen infracciones legales. En tal sentido la causa única del delito es la propia Ley... El delito es por ello esencialmente relativo...» Hay para Jeffery dos problemas, conexos, en la Sociología legal: Cómo el Derecho es entidad diferenciada de la Costumbre, y cómo la Institución legal se halla relacionada con otras estructuras institucionales, de una parte; por otra, cómo se administra el Derecho penal.

Conforme a un criterio fundamentalmente histórico, se trata de descubrir el desarrollo del Derecho penal como un sistema de control social surgido a raíz de rebasar el ámbito familiar el mantenimiento del orden.

Apréciase el Derecho como más característico de las sociedades «urbanas» que de las «rurales», y se concluye estableciendo los siguientes asertos:

a) Una teoría del delito ha de estar basada en el estudio del Derecho y de la sociedad. La etiología del delito ha de encontrarse en las instituciones legales y sociales, no en el individuo delincuente.

b) El método a emplear ha de ser el histórico, ya que él es el que destaca la interdependencia funcional de los elementos varios del sistema social. Ese método se cree que rechaza la orientación calificada de individualista que se atribuye a la escuela inglesa del «funcionalismo».

c) El criterio «causa» ha de ser sustituido por el de «función» o «interdependencia».

d) Calificase también de «normativa» la característica del criterio sustentado por el articulista, ya que en definitiva el fenómeno que constituye el objeto de la investigación, el delito, ha de ser apreciado en cuanto social o antisocial, legal o ilegal.

e) Las normas legales han de estar referidas a los cambios sociales experimentados en el seno de las estructuras institucionales. Históricamente el Estado ha reemplazado a la familia como unidad de control social. El delito es una resultante de ese desarrollo institucional o cambio social.

FLOCH, Maurice: «*Are prisons outdated?*» (¿Son anacrónicas las prisiones?); págs. 444 y ss.

Se comienza recordando el criterio, ahora bastante generalizado, de que las prisiones son instituciones ya anacrónicas, de que no logran los fines mediante las mismas propuestas, y que, de lograrse en ellas algún efecto de rehabilitación, ello es producido, no por obra de la prisión, sino a pesar de la prisión misma. Por su parte, el articulista opina que si las instituciones penales, o penitenciarias más bien, se hallan «demodées» es solamente a causa de la organización a qué responden; que con grandes cambios y mejoras las propias cárceles actuales pueden convertirse en las instituciones idóneas a la finalidad anhelada: la rehabilitación aludida.

Abordando el examen del funcionamiento actual de las prisiones, a fin de poder explicar con mayor fundamento el fracaso de las mismas; poniendo de relieve el ideario filosófico que en la empresa reformadora ha de presidir, se concluye formulando, a modo de bases técnicas a que dicha rehabilitación se condiciona, los siguientes consejos: atención al recluso como integrante de un medio social, en su realidad «dinámica»; descartando hasta el más leve vestigio de la sensación de inferioridad en que el autor conceptúa se hallan sumidos actualmente los internados en establecimientos de la índole referida.

MURRAH, Alfred: «*Prision or probation: Which and why?*» (Prisiones o régimen de prueba: ¿Qué y por qué?); págs. 451 y ss.

Recoge este artículo una conferencia pronunciada ante la «National Probation and Parole Association» americana en una reunión celebrada con-

juntamente con la «American Bar Association», en Philadelphia, el 23 de agosto de 1955.

Nada mejor que el párrafo a continuación transcrito para exponer la sustancia de la tesis sustentada en la referida alocución:

«Desde los comienzos de las sociedades ordenadas, éstas han venido preocupándose afanosamente por la promulgación de normas para la discriminación de la culpabilidad y de la inocencia. El juez sentenciador sólo parece precisar de preceptos autorizados para saber a qué atenerse en la sustanciación de un proceso. Sin embargo, parece que data tan sólo de tiempos recientes la preocupación por la fase resolutoria en el proceso penal; y con motivo, ya que cuando la norma estribaba en el «ojo por ojo» eran escasísimos los problemas que pudiera entrafñar la función del juzgador: el delito señalaba su propia pena sin consideración a criterios de responsabilidad o de culpabilidad. Mas una apreciación más civilizada de los delinquentes como integrantes de su comunidad y, sobre todo, la convicción íntima de que, en definitiva, son productos de su ordenada sociedad, nos ha llevado gradualmente a la aceptación de la idea conforme a la cual el tratamiento humanitario fuera de los muros de las penitenciarías ha logrado ocupar puesto en nuestra jurisprudencia; que el estudio científico del delincuente, no la «compensación emotiva», es el procedimiento correccional más efectivo. Con este nuevo concepto no cabe duda se ha impuesto un nuevo deber a la función de juzgar y se ha de recordar que tras mucha agitación conceptual y dura controversia data de 1925 que en esta gran nación pudiese un juez federal suspender la ejecución de una condena, sustituyendo ésta por sometimiento al régimen de prueba». (Public Law 596, 43 Stat. 1259.)

«Esperamos —prosigue el autor— que en día no lejano hayamos logrado tal grado de perfeccionamiento técnico, sobre la base de que es la rehabilitación, y no la retribución o la venganza, el fin primordial de una sentencia, que podamos desempeñar la función judicial en lo penal sobre una base tan científica como la que ya sustenta los modernos métodos de comprobación del delito y aprehensión del culpable.»

Concluye reconociendo que no sólo es tarea judicial, sino también deber de ciudadanos conscientes el aprovechar los adelantos científicos, sobre todo, a su entender, en el orden cronológico, y saber distinguir que hay delinquentes verdaderamente profesionales, para los que su género de vida es un método esencial y deliberado de profesión, otros para los que tres años de reclusión no han servido más que para ahondar su incipiente desadaptación social que, en resumen, la solución de cuantos imponderables gravitan al determinar si lo que procede es un fallo condenatorio o una medida de régimen de prueba, implica una decisión que exige la «sabiduría de un Salomón».

FRANCIA**Revista Internacional de la Policía Criminal**

(Edición española)

Octubre 1956

POTIER, Alfredo: «La protección judicial y menores»; pág. 244.

Reviste extraordinaria importancia el hecho de diferenciar la protección judicial de la infancia, de la protección administrativa, que se basan en reglas y principios muy distintos, y son igualmente distintos en cuanto a su medio de acción y a su modo de intervención, porque la protección administrativa se ejerce por Autoridades de esta índole, como son los Gobernadores, los Alcaldes y los funcionarios, mientras que la protección judicial implica la intervención de Tribunales y Magistrados. El objeto del presente artículo no es otro que el de estudiar la protección de la infancia, en general, recogiendo en diversos apartados los siguientes títulos: I. La protección penal de la infancia. II. La protección judicial del menor en situación vulnerable. III. La protección judicial del menor que presenta un comportamiento normal. Se desarrollan, con toda competencia, dichos enunciados, y se ofrece, para números sucesivos, la continuación del presente estudio.

AFTALION, Enrique R.: «Una sugerencia a propósito de trata de blancas en la Argentina»; pág. 250.

El ilustre y conocido profesor de la Facultad de Derecho y de Ciencias Sociales de Buenos Aires examina, en un breve artículo, la cuestión, distribuyendo el tema en los siguientes epígrafes: La sociología criminal «Chase-Gardée» de los diletantes y de los irresponsables; La responsabilidad de la palabra; El caso de la trata de blancas en la América latina; Infracciones a la Ley 12-331 (art. 17).

Critica el autor el hecho de que se considere que la América latina en general y Buenos Aires en particular, constituyen uno de los centros mundiales de la trata de blancas, cuya afirmación «constituye ya una especie de lugar común criminológico que obliga a un esclarecimiento urgente de una vez para siempre recordando su origen y poniendo al descubierto el error que contiene». En 1936 se promulgó en la Argentina la Ley 12-331, sobre la prostitución, que instauró en todo el país un riguroso régimen abolicionista, estableciendo penas severas para los mantenedores de casas toleradas. Se puede afirmar hoy en día que la posición abolicionista es más firme que nunca, por lo que merece el más enérgico mentís la opinión de los que siguen propagando que la América latina es el centro de los rufianes, el «lugar favorito para los traficantes de la trata de blancas» y que en Buenos Aires «existen mercados donde se venden mujeres en pública subasta». En resumen, al decir del autor del presente artículo, la trata de blancas es un problema prácticamente inexistente hoy en la Argentina.

DEB, R.: «El «modus operandi». Medios de detención y de prevención»; página 253.

«Modus operandi» significa forma de proceder, técnica empleada, y por tanto es el método consistente —dice el autor de este trabajo— en buscar a los criminales de acuerdo con su «modus operandi», y se funda en el estudio de las diversas formas y crímenes cometidos y métodos empleados. El principio fundamental es el de que, al igual que todo ser humano, el criminal tiene sus hábitos y, en general, de un crimen a otro se conserva siempre la misma técnica, lo cual no significa que sea inmutable, porque hay delincuentes inteligentes que adaptan su técnica a las circunstancias. Por ello es muy interesante la clasificación de los delincuentes según su actividad individual, siguiendo la naturaleza del delito cometido. Por ejemplo: robo con escalamiento, malversación, estafa, incendio voluntario, estupefacientes, etc., con todas las subdivisiones posibles.

El presente trabajo se completa con el estudio de algunos casos concretos, especialmente sobre asuntos acaecidos en la India, y termina con el examen relativo al valor preventivo del sistema del «modus operandi», que puede servir no solamente para descubrir a los delincuentes, sino también para prevenir sus fechorías.

Noviembre 1956

MERGEN, A.: «Los valores en la doctrina penal y la criminología científica»; pág. 274.

Es el primer artículo, que ofrece continuación, del profesor de Criminología de la Universidad de Mayence, que está distribuido en los siguientes títulos: I. ¿Admite el delito una definición completa? II. Ciencia y criminología en principio, después Derecho penal. III. Derecho penal; justicia y equidad. IV. Resocializarse, sí, pero ¿sobre qué bases? V. Ética y biología. Dos dominios diferentes.

Comienza el autor examinando las relaciones entre la doctrina penal y la criminología científica, y llega a la conclusión de la «imposibilidad de dar al delito una definición exhaustiva, englobando a la vez los aspectos jurídico-axiológicos y los aspectos empíricos, creando, pues, una definición que sería a la vez descriptiva, explicativa, ética, normativa y conforme a la realidad».

POTIER Alfredo: «La protección judicial de los menores»; pág. 279.

Constituye el segundo artículo, conclusión del publicado en el número anterior, a que antes hicimos referencia, comprensivo de un nuevo epígrafe que se intitula: «La protección judicial del menor, víctima de un comportamiento anormal de su familia», en el que hace referencia a la Ley de 24 de julio de 1889 sobre los menores maltratados y moralmente abandonados, en la que se establece la pérdida o la privación de los derechos del

poder paterno, con respecto a los padres que se han comportado de una manera indigna hacia sus hijos.

CUELENAERE, A.: «A propósito de criptofotografía»; pág. 284.

Los procedimientos criptográficos pueden ser subdivididos—así lo hace el autor de este artículo—en dos categorías: 1.ª Los que no necesitan de una imagen visible para la transmisión del mensaje. Entre éstos se pueden distinguir los procedimientos de la imagen latente, los procedimientos por blanqueo y los de curtimiento de la gelatina. 2.ª Los que reducen la imagen a un punto imposible de descubrir a simple vista, en los que se hace indispensable una ampliación, a fin de hacer legible el mensaje.

En apartados distintos se desarrollan estos procedimientos con ampliatuza de datos y grabados ilustrativos que ponen de manifiesto la importancia y utilidad de los procedimientos en cuestión.

SICOT, Marcel: «Una gran Exposición Internacional de Policía en Essen»; página 295.

El autor de este artículo, Secretario General de la C. I. P. C., relata el éxito de la Policía alemana occidental, en la Exposición que tuvo lugar en los días 1 al 23 de septiembre del pasado año, en la que se pusieron de manifiesto los más ultramodernos aparatos de óptica y acústica, televisión, grabación, transmisión de imágenes y de fichas fotográficas y dactioscópicas a larga distancia, telescriptores perfeccionados, pantallas luminosas destinadas a las conferencias y de naturaleza a hacer caer en desuso el encerado, demostraciones de aparatos detectores de mentiras, cerraduras de seguridad, tableros presentando «modus operandi», procedimientos judiciales de identificación y de clasificación, juntamente con maquetas de servicio de circulación de las grandes ciudades, los cars de moda, los coches de socorro, las demostraciones de helicópteros; en una palabra, todos los aspectos de la circulación de hoy y de mañana.

La C. I. P. C. aportó a este certamen una contribución sustancial, que fué muy elogiada, y en dicha Exposición se puso de manifiesto que el objetivo esencial de la misma no era sólo mostrar las actividades múltiples y los medios perfeccionados de la Policía de los tiempos modernos, que, dicho sea de paso, fueron evocados en numerosas conferencias, sino hacerla conocer y apreciar mejor, para demostrar a la población que la Policía es, esencialmente, su más destacado protector.

Diciembre 1956

DUPREEL, J.: «La defensa social y los métodos penitenciarios modernos»; página 306.

El presente estudio reproduce la parte esencial de un informe presentado al IV Congreso Internacional de Defensa Social, que tuvo lugar en

Milán del 2 al 6 de abril de 1956, con el título de «El problema de la prevención en la acción penitenciaria», en cuyo Congreso se hizo ver la necesidad de un verdadero espíritu de defensa social que anime a todos los que siendo legisladores, magistrados o administradores, están llamados a luchar contra la criminalidad o sus causas, y entre los medios para prevenir los actos criminales figuran, naturalmente, los métodos de tratamiento penitenciario, cuya principal misión es la de impedir la reincidencia, para devolver a la sociedad individuos mejorados susceptibles de ser encauzados y de llevar en lo sucesivo una existencia normal.

Es corriente que, al visitar instituciones penitenciarias, personas no iniciadas en estos problemas, se maravillen del aspecto general poco represivo de los establecimientos, en los que encuentran un cuadro de vida muy semejante al de cualquier otro internado, con condiciones de trabajo para los presos análogas a las del exterior, e incluso medios de distracción, como el cine, la radio y competiciones deportivas. Esto es la consecuencia de que el régimen de las prisiones, desde hace medio siglo a esta parte se ha humanizado sensiblemente.

La evolución de los métodos penitenciarios, caracterizada por una creciente preocupación de la personalidad del condenado, desarrollada en un sentido social, hace que la prevención aparezca como el motor y la justificación más importante, porque es preciso obrar en atención al comportamiento social del individuo, para conseguir su readaptación, por la «socialización», a que aspiran los regímenes penitenciarios, con repulsa hacia los sistemas de intimidación o de aislamiento, incapaces para conseguir la anhelada reintegración social de los penados. La prevención aparece, pues, como una vía segura, una piedra de toque susceptible de orientar a las autoridades penitenciarias en el camino a seguir para contribuir eficazmente a la realización de esta defensa social que debe ser el objetivo de su misión.

MERGEN, A.: «Los valores en la doctrina penal y la criminología científica»; pág. 308.

Constituye el presente estudio la segunda parte del trabajo publicado por el profesor de Criminología de la Universidad de Mayence, en la que continúa el desarrollo del tema a que ya anteriormente hemos hecho referencia, y en el que se recogen los siguientes títulos: VI. Pena y medida de defensa social. VII. ¿Qué valor tienen los compromisarios actuales? VIII. ¿Cuál será el criterio terapéutico? IX. Derecho penal y Sociología criminal. X. La herejía del actual dualismo. Conclusión.

La necesidad real de protección a la sociedad y de sus miembros es un hecho bien establecido. La doctrina teóricopenal se subordina a este hecho no sin contradicciones y al precio de oscuros compromisos. Pero sólo la Criminología, ciencia de lo real y de lo que es, puede responder a las exigencias planteadas por este hecho social. Si la aplicación lógica del principio de la culpabilidad es, sociológicamente hablando, desprovista de sentido, el investigador debe resignarse a abandonarle. Los partidarios del mantenimiento de la pena-expiación, fundada en los valores éticos, invocan con frecuencia la

necesidad de expiación que el delincuente habría de sentir en su propia persona, pero el autor del trabajo que anotamos se plantea la siguiente interrogante: ¿Es en realidad ésta una base suficiente y un fenómeno en el que uno puede fiarse? Y después de sabrosos comentarios sobre el caso en cuestión, el autor llega a la conclusión de que el Derecho penal depende de la Sociología criminal.

En sus conclusiones termina el articulista afirmando que «el jurista debe servir al orden externo del Derecho natural y de la equidad, en la humanización del Derecho positivo, que es el orden establecido por la sociedad a través del orden aportado por el hombre con sus conocimientos y sus ideales, pero también con sus prejuicios y sus mentiras. En este orden la noción de norma no tiene ningún valor absoluto que nos dispense del control de los resultados. Al contrario, nos obliga a revisar continuamente nuestra orientación a la luz de los conocimientos de las realidades objetivas».

ROGERS, J. H.: «Utilización de los ultravioletas en el examen de tintas descoloridas; pág. 318.

El Inspector de Policía de Sidney (Australia), que firma este artículo, resalta la utilidad del empleo de los rayos ultravioletas, en el examen de documentos falsificados, con referencia concreta a un asunto reciente tratado por la «New Wales South Police Scientific Bureau», en el que se consiguieron extraordinarios resultados.

Se trataba de un joven empleado como ordenanza de oficinas, que había abierto una carta, falsificando un cheque que fué presentado en el Banco y cobrado. Expuesta la escritura a la luz de los rayos ultravioletas, fué posible descubrir el delito, con lo que después pudo comprobarse que el autor había cometido un cierto número de falsificaciones similares.

D. M.

Etudes Internationales de Psycho-sociologie Criminelle

París, julio-septiembre 1956, número 1

Una nueva revista, cuyo propósito es «s'informer et d'informer sur les situations qui altèrent la personnalité et déterminent les comportements dangereux» ha aparecido, en septiembre de 1956, en París. Se denomina «Etudes Internationales de Psycho-sociologie criminelle», y su tendencia es neopositivista. Redactor Jefe es V. Stancin, Profesor de la Escuela Superior de Antropología de París, y el Consejo de Dirección le forman E. Alquier, E. Altavilla, H. Levy-Bruhl, J.-R. Mendoza, E. Monosat, A. Nicéforo, A. Quiroz, L. Stern, J. Tremolieres y L. Tinavre-Grenaudier. Redacción: Ecole Supérieure d'Antropo-biologie, 56, Boulevard Raspail, París, 6.º

La revista, según en el primer número se anuncia, abierta a los investigadores de todos los países que deseen dar a conocer los resultados de sus estudios, se propone una doble tarea. En primer lugar, científica: profundizar

las investigaciones y reunir estudios de psicología criminal sobre el plano internacional; en segundo lugar, humana: procurar ser intérprete entre los hombres de ciencia y el público. El fin último: llegar algún día «à une criminologie comparée».

Valoran el número interesantes estudios de Nicéforo: «Quelques images représentant la conduit criminelle sous l'influence des facteurs biologiques, sociaux et autres» (págs. 4-13), en el que el autor insiste en la concepción de la conducta criminal como resultado de tres categorías de factores o causas: geográficas, sociales y biológico-individuales o constitucionales, reivindicando la antigüedad de la misma por él sostenida ya en la conferencia que con el título de «La sociologie criminelle» pronunció en la Universidad de Lausanne en octubre de 1901, contra los que la consideran concepción nacida en nuestros días.

«La notion d'agressivité chez l'enfant» (págs. 14-20), en el que el Profesor Hueyer, después de determinar que la agresividad es un fenómeno normal y necesario en el hombre en general, y, en particular, en el niño, y estudiar las dificultades de establecer límites entre la agresividad normal y la patológica, hace un análisis de las condiciones evolutivas de la agresividad normal del niño hasta su adolescencia.

El artículo «La prouesse et la forfait» de E. Moussat (págs. 21-24) está dedicado a la juventud. Conclusiones del autor son que para prevenir los delitos de la juventud hay toda una pedagogía de «l'ogueil» por crear. Es preciso respetar el orgullo del niño en la búsqueda de su personalidad. El deseo de gloria es natural al hombre. Pero la verdadera gloria no puede conferirse más que por admiradores competentes y dignos de estima. Dar al orgullo del niño objetivos nobles, vigilar el círculo de sus compañías, serán las tareas principales de los educadores.

Sugestivo es el titulado «The victimology», de B. Mendelson (págs. 25-36), en el que se ocupa del alcance y la ideología de una nueva rama de la ciencia: la «victimología»; breve esquema del influjo de la «victimología» en la actuación de la justicia; receptividad de la víctima; el índice de «victimity» en los accidentes mortales de circulación; correlación de culpabilidad (imputability) entre la víctima y el delincuente, etc.

V. Stanciu, en las págs. 37-47, trata de «psycho-sociologie criminelle et prophylaxie», ciencia —la primera— que estudiará los efectos de los procesos sociales en la psíquica y en el comportamiento individual, como también en la mentalidad y en la conducta de los grupos. En relación a la profilaxis del crimen estima que debe realizarse de idéntico modo que la supresión de la malaria, no por el tratamiento individual, sino atacando las fuentes colectivas del mal.

Contiene también la revista que comentamos otros estudios dignos de loa en las secciones «Criminologie appliquée» (págs. 48-51), «Cours et Conférences» (págs. 52-70), «Livres et Revues» (pág. 71) y «Echos du Monde» (págs. 84-96).

MARINO BARBERO

Profesor A. de la Universidad de Salamanca.

G R E C I A**Revista Penitenciaria**

Septiembre-diciembre 1956

En el presente número se publican importantes trabajos, de los que hemos de resaltar, dentro de la Sección doctrinal, el del Ministro de Justicia M. Cons. Papaconstantinou, que lleva por título: «La lucha contra la criminalidad». Seguidamente se recogen otros estudios relativos al Primer Congreso Panhelénico de funcionarios de Establecimientos penitenciarios, y, entre ellos, una alocución del Presidente del Congreso, M. A. Proestopoulos, y del Presidente de la Unión de Funcionarios, M. S. Voutsinos; un discurso del Ministro de Justicia y otros de M. Char Triantaphyllidis y G. Catopodis; dos comunicaciones sobre «La importancia de la misión del personal penitenciario», de M. Bacatsoulas, y «La elevación del sector penitenciario y reformador ante la opinión pública», de E. J. Zancarolas.

Asimismo, se inserta en el presente número un estudio de G. A. Catopodis, que se titula «Un estudio estadístico sobre la criminalidad de los menores», y otro de Ch. Triantaphyllidis sobre «Elementos de ciencia penitenciaria».

En la Sección de Congresos Internacionales se recogen el IV Congreso Internacional de Defensa Social, y el Instituto de Antropología Criminal. En la Sección de legislación se inserta la Ley noruega sobre protección de menores.

Como en números anteriores, contiene también una interesante información bibliográfica sobre libros y revistas de la especialidad.

Enero-febrero 1957

Comienza el presente fascículo con un trabajo de Ferd Weyler sobre el problema penitenciario, al que siguen amplias referencias relativas al «Consejo de Coordinación de Medidas sobre Menores» y «Primer Congreso de Funcionarios de Establecimientos Penitenciarios y de Casas de Educación».

En la Sección de Congresos Internacionales se hace referencia a la «Comisión Internacional de Policía Criminal», y en la de Historia de las prisiones helénicas, a una Circular de 1870 sobre la «La lesión incurable».

En el apartado relativo a legislación se recoge la Ley núm. 55-1952 de Francia, relativa a «la fuga de menores». Y en la sección de bibliografía se hacen recensiones sobre el libro de P. Eliadis, que se titula «Introducción a la criminalidad de los menores», y sobre revistas francesas, belgas, suizas, italianas y cubanas.

Finalmente se insertan, con carácter de notas y dentro de una sección que se intitula «Diario de las prisiones», algunas relativas a la «Unión Internacional de Sociedades de Patronato de Menores», «El proyecto sueco para la unificación de las penas» y «Los servicios de antropología penitenciaria».

ITALIA

Rivista Italiana di Diritto Penale

Noviembre-diciembre 1956

GALLO, M.: «La disapplicazione per invalidità costituzionale della legge penale incriminatrice». pág. 723.

Se hace cargo este estudio de los complicados y sutiles problemas normativos que, de un modo especial en el orden penal, viene a suscitar la hermenéutica del artículo 30, penúltima proposición de la ley de 11 de marzo de 1953, núm. 87, que, para eliminar las «torturadoras dudas» a que daba lugar el artículo 136 de la Constitución política —según el cual la ley ordinaria en contradicción con una norma constitucional «deja de tener eficacia» desde el día siguiente al de la publicación de la sentencia reconocedora de su ilegitimidad— ha dispuesto que «las normas declaradas inconstitucionales «no pueden tener aplicación desde el día siguiente a la publicación de la decisión». Si bien queda claro haberse querido decir en la ley de 1953 que la declaración de ineficacia surte efecto incluso para las relaciones anteriores que no queden cubiertas por la cosa juzgada, no resulta ya tan clara en la doctrina la posición en que la nueva norma se encuentra respecto del artículo 136 ni la compatibilidad entre ambos preceptos, el constitucional y el ordinario, cuyas repercusiones penales revisten sumo interés.

Aunque a primera vista pudiera estimarse que el artículo 136 de la Constitución disciplina los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad dictada por la Corte de justicia Constitucional de manera sustancialmente equivalente a los de un acto de abrogación, no se comprende fácilmente cómo pueda resultar conciliable con tal criterio una reglamentación que obliga a considerar a la ley declarada ilegítima como si nunca hubiese existido. En otros términos, la Constitución se limita a disponer la «abrogación» de la ley inválida, en tanto que el artículo 30 de la ley de 1953 parece transformar este efecto derogatorio y, por tanto, «ex nunc», en una anulación con eficacia «ex tunc», según opina Calamandrei, lo que produce la explicable perplejidad acerca de si se trata realmente de una modificación de la norma constitucional operada a través de una ley de rango ordinario que, en tal caso, resultaría, a su vez, inconstitucional en este punto.

La misma expresión usada en la ley de 1953, refiriéndose a las disposiciones inconstitucionales: «la norma deja de tener eficacia...», denota, a juicio de Gallo, la intención del legislador contraria a que las leyes opuestas a la Constitución puedan conservar plena fuerza y valor respecto de los hechos pasados, ni frente a los ciudadanos ni, tampoco, frente a los órganos jurisdiccionales, con toda la fuerza retroactiva que esta ineficacia supone en cuanto a todos los efectos de la norma invalidada sobre casos no amparados por la autoridad de cosa juzgada y con todos los riesgos que ello comporta para la certidumbre jurídica. Delitala ha trazado un cuadro bastante convincente y orgánico sobre los efectos penales de estas declara-

ciones de ilegitimidad que, sin embargo, dejan en la sombra, según Gallo, algunas importantes zonas, ya que el régimen de «inaplicación» de la ley inválida, formulado explícitamente en el artículo 30 de la ley de 1953 y ya implícito en el artículo 136 de la Constitución, da vida a un complejo fenómeno que nada tiene que ver con el de la «sucesión de leyes en el tiempo», ya que ha podido hablarse de un doble efecto de la sentencia de ilegitimidad: el de «abrogación» y el de «inaplicación»; y sólo el primero encaja en la verdadera sucesión temporal de leyes. . . .

Examina Gallo el problema minuciosamente y en toda su amplitud, en el orden doctrinal y en la esfera del Derecho positivo italiano, haciendo una exposición crítica de las más autorizadas opiniones que intentan resolver el problema, conciliando o sobreponiendo textos poco acordes, sin que llegue a prestar incondicional asentimiento a la fórmula que caracteriza a las normas inconstitucionales como «leyes nulas pero aplicables». La precariedad de unas consecuencias jurídicas eliminables «*ex tunc*» es evidente, así como tratarse de una nulidad insubsanable y la eficacia desplegada por la ley ilegítima hasta el pronunciamiento de inconstitucionalidad es interina y deleznable. El efecto de la decisión de ilegitimidad constitucional es más bien «anulación» que abrogación o inaplicación. Las mayores dificultades surgen en el campo penal, al producirse la invalidación de leyes incriminadoras o modificativas del régimen punitivo anterior, ya que el problema se complica aún más con la resurrección de la legalidad precedente, cuya eficacia, favorable o desfavorable, sobre cada caso concreto, puede poner en conflicto al principio de supremacía constitucional con las capitales garantías penales y con la seguridad jurídica de los particulares frente a la potestad represiva del Estado: La norma reconocida como constitucionalmente ilegítima pudo haber modificado en sentido favorable al reo o, incluso, suprimido una incriminación precedente; al recobrar su vigor la ley antecedente, resurgiría la punibilidad de hechos no incriminados al tiempo de su comisión, sin que valga eludir el problema acudiendo al mecanismo de la sucesión de leyes penales; que ya hemos visto que no es identificable con el que nos ocupa. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de una norma que excluyera la incriminabilidad de ciertos delitos a determinados grupos de ciudadanos, por razón de su religión o raza; precepto que, indudablemente, vulneraría el dogma constitucional de igualdad ante la ley. ¿Tendría efectos retroactivos («*in malam partem*») la sentencia de inconstitucionalidad que restituyese su secuestrado vigor a una anterior ley penal igualitaria desconocedora de la discriminación inconstitucional anulada? En rigor, así sería. No obstante, la aplicación indiferenciada del criterio de la anulación de la ley inconstitucional equivaldría, sustancialmente, a admitir en materia penal la eficacia retroactiva de disposiciones que el particular, en el momento de emprender un determinado comportamiento, no podía utilizar como regla para la propia conducta. Se hace, pues, precisa una delicada y compleja tarea de interpretación que, prescindiendo de toda argumentación puramente literal, salve el espíritu. La clave, para Gallo, está en el artículo 25 de la propia Constitución («Nadie podrá ser castigado sino por virtud de una ley que haya entrado en vigor» antes del hecho cometido»), fórmula esta de «ley entrada en vigor» equivalente a la adoptada por el legislador:

penal, «ley del tiempo en que fué cometido el delito». Toda posible divergencia, más aparente que real, de textos, habrá de ser resuelta dando decisivo predominio a este artículo 25 y teniendo en cuenta que la ley constitucionalmente ilegítima, antes de ser pronunciada su inconstitucionalidad, estuvo realmente «en vigor» y produjo consecuencias jurídicas, si bien fuesen a título precario, y valió y se impuso como norma de conducta, no sólo en un plano psicológico, sino también normativo. Y, por consiguiente, la ley anterior «que recobra su vigor» por efecto de la sentencia de inconstitucionalidad deberá dejar intactas las consecuencias «pro reo» de la ley anulada, aunque no mediere la autoridad de una sentencia favorable firme, puesto que tal ley precedente, resucitada, no pudo servir durante su letargo como esquema o norma de conducta para los particulares.

Completa Gallo su estudio con la consideración y resolución de otros pormenores y secuelas, con arreglo a los mismos principios afirmados. Asimismo, habrán de considerarse decaídas las sentencias de condena por violación de leyes excepcionales, temporales o financieras declaradas ilegítimas.

MARCO BOScareLLI, Encargado de Derecho penal en la Universidad de Camerino: «La associazione per delinquere»; pág. 744.

El tema de la asociación constituida para la comisión de delitos—certera-mente estudiada no hace mucho en España, con vistas a nuestro artículo 513 del Código vigente, por el Fiscal González García— es examinado con amplitud y copiosa documentación bibliográfica y jurisprudencial por el Profesor Boscarelli, con referencia al Derecho italiano, no limitado en este punto a la principal previsión del artículo 416 («cuando tres o más personas se asocian con el fin de cometer delitos... por el solo hecho de participar en la asociación, incurre en la pena de reclusión de uno a cinco años»), toda vez que contempla al supuesto asociativo en múltiples figuras de delito.

La hipótesis del artículo 416 exige por parte del culpable dos diversos y sucesivos comportamientos: uno activo (cumplimiento del acto de asociación) y otro omisivo (omisión del acto de apartamiento); deber de apartamiento que, al no estar puntualizado en el tiempo, suscita dudas en cuanto a su plazo u oportunidad, configura a esta entidad penal como delito permanente y plantea cuestión sobre la naturaleza omisiva del delito y sobre si es, por su estructura, un tipo mixto de acción y de omisión. Propiamente, es esta etapa omisiva la caracterizada como especie de delito permanente y no la previa conducta positiva, que podría ser llamada «prólogo activo»; pudiendo darse el caso de ser criminalmente responsable con arreglo al artículo 416 quien, siendo inimputable o estando justificado por cualquier causa o ignorando el verdadero significado de la asociación en el momento de adherirse a la misma, no se aparta de ella cuando aquella causa de irresponsabilidad hubiese cesado.

Aborda Boscarelli otros temas conexos, como la plurisubjetividad y la homogeneidad de los delitos propuestos por la asociación (que han de afectar al orden público, social y al interés del Estado, dada la colocación sistemática de este precepto dentro del Código); los problemas de coparti-

cipación en los planes y actividades criminales del grupo; la necesaria existencia de una situación de «peligro» social, como circunstancia constitutiva (¿condición objetiva de punibilidad?); particularidades de la vida del delito; agravación de la penalidad para los jefes y promotores y tipificación, también agravada, de la llamada «correría» («scorreria»), cuando, según la fórmula legal del artículo 416, los asociados recorriesen en armas los campos o las vías públicas, y el supuesto, igualmente agravado, de exceder de diez el número de miembros de la asociación.

GIANFORMAGGIO, Abogado Ugo: «Presunzione di paternità e contrasti giurisprudenziali»; pág. 764.

Una reciente nota del Dr. Gustapane ha renovado la atención sobre un problema de delito de alteración de estado civil cuya correcta solución se ve estorbada por un antagonismo jurisprudencial —penal y civil— en el que Gianformaggio estima equivocada la posición de la Sección de lo penal de la Corte de Casación y acertada la de lo civil.

El caso originador del actual comentario fué el siguiente: Cierta hijo, en la realidad adulterino, fué declarado e inscrito como hijo de madre que no quiere ser nombrada; el Ministerio Público viene en conocimiento, por otras fuentes distintas del acta de nacimiento, de que la criatura es hijo de mujer casada y pretende, en consecuencia (fundándose en una errónea interpretación del artículo 231 del Código civil), que es hijo legítimo del marido de la madre y que ha sido alterado su estado por la formación de un acta de nacimiento de filiación ilegítima; persigue penalmente al responsable de la declaración de nacimiento, como reo de un delito de alteración de estado (art. 567), con lo que el juez penal es investido con el conocimiento de una cuestión meramente civil, como es la atribución al niño de un estado civil determinado, básico para la existencia del delito.

Frente a la enunciada posición penal, es bien conocido que las Secciones civiles de la Corte de Casación han acogido el principio de que la presunción de legitimidad del artículo 231 del Código civil es inoperante en cuanto falte una correlativa acta de nacimiento de filiación legítima y que, por ello, el estado de hijo legítimo tan sólo es reconocido al infante cuando exista un acta de nacimiento de filiación legítima. Las Secciones penales, por el contrario, discrepando de tal orientación, han afirmado siempre que el estado de hijo legítimo surge en el niño por el solo hecho del nacimiento de mujer casada y que, por tanto, la declaración, en tales casos, del hijo como ilegítimo integra el delito de alteración de estado. Criterio, el segundo, que deriva del error de confundir el que pudiera llamarse «estado natural» con el estado relevante, resultante del título relativo o inscripción, que es el único que el ordenamiento jurídico y el Magistrado pueden tomar en cuenta. Son, pues, posiciones inconciliables en la interpretación del artículo 231 del Código civil y sobre valor atribuible a la presunción de paternidad en él prevista. Desde luego, sería inconcebible pretender que el mismo sujeto pueda ostentar estado de hijo legítimo para el Magistrado penal, como factor normativo integrante del tipo penal del artículo 567, y

el estado de hijo ilegítimo para el Magistrado civil, para quien el estado es el que consta en el acta de nacimiento; sin que baste para salvar el contraste decir que para el Magistrado penal sólo es relevante la verdad real (nacimiento de mujer casada) y para el Magistrado civil cuenta solamente la verdad formal (título del estado). El juez penal, decidiendo sobre el mencionado concepto normativo, preliminar o prejudicial, invade el campo reservado al Magistrado civil y viola, en consecuencia, una garantía consagrada por la ley para la protección del estado de las personas.

La eficacia del título (mientras éste subsista) vincula al total ordenamiento jurídico y también al juez penal, que deberá obedecerla, sin que le sea permitido afirmar cosa diversa de la proclamada por el título —que mientras no sea rectificado por los adecuados cauces legales, desplegará sus efectos frente a todos y en todas las sedes, civil y penal— ni indagar sobre la correspondencia entre el título y la verdad efectiva, sino que debe dejar tales indagaciones en manos de los órganos jurisdiccionales competentes. Formado un título de filiación ilegítima, tal título no puede quedar, expuesto a la inquisición del juez penal y deberá, por tanto, el Ministerio Público obrar antes en vía de rectificación del acta de nacimiento o ejercitar la acción de reclamación de estado y, después que el juez civil se haya pronunciado, será cuando podrá iniciar la acción penal por alteración de estado civil. Así lo prevé expresamente el artículo 19 del Código de Procedimiento penal al declarar, en términos taxativos, que «cuando la decisión sobre la existencia de un delito dependa de la resolución de una controversia sobre el estado de las personas, el ejercicio de la acción penal quedará en suspenso hasta que sobre tal controversia sea pronunciada la sentencia indicada en la primera parte del artículo 21 (juicio decisorio de una cuestión prejudicial)». Únicamente así quedará removido el obstáculo opuesto a la actividad represiva. Tales son los justos límites y verdadero alcance de la trascendencia penal del principio «favor legitimatis», en general, y, en particular, respecto del hijo adulterino «ex matre». Por lo demás, de seguirse el criterio aquí combatido, se agravaría la situación del marido —padre putativo del hijo adulterino— que habría de escoger entre el silencio y el desconocimiento de la paternidad. Y aun el propio interés del hijo abona la inoportunidad de la pretendida formación de un ficticio título de estado de filiación legítima, puesto que interesa al hijo que su situación legal se identifique lo más posible con los vínculos naturales, dejando abierta la puerta a un posible reconocimiento ulterior, unilateral, por parte del padre natural, sin la barrera insuperable que a ello opondría un ficticio estado de filiación legítima.

El ordenamiento civil y el penal —concluye Gianformaggio— no son dos mundos incomunicados entre sí, sino dos aspectos de un único ordenamiento, que no pueden disociarse sin riesgo y daño de la unidad jurídica a que pertenecen.

Noticias y comentarios (pág. 778)

Informa la revista sobre el «Segundo Congreso Internacional de Juristas Católicos», celebrado en Roma y Ostia, en los días 2 a 4 de octubre

de 1956, y que giró sobre tres mociones fundamentales: la del profesor Pompe, de la Universidad de Utrecht, sobre «La persona humana en el Derecho penal» la del profesor Peters, de la Universidad de Münster, sobre «El respeto de la persona humana en el procedimiento penal», y la del profesor Delitala, de la Universidad de Milán, sobre «El respeto de la persona humana en la ejecución de la pena». En el orden jurídico-sustantivo se reafirmó el principio «nulla poena sine culpa» que eliminando vestigios de responsabilidad objetiva, tiende a suscitar en el sujeto un real sentimiento de responsabilidad; de lo que deriva también la necesidad de dar valor exculpatório al «error de derecho», siempre que sea inculpable y la de suprimir la acumulación de penas y medidas de seguridad. En el ámbito del proceso se destacó la necesidad de reafirmar las garantías individuales, tales como el derecho al silencio en el imputado, la ilicitud de hipnosis, narcoanálisis y medios de indagación análogos, así como de las demasías informativas de la prensa.

ADOLFO DE MIGUEL GARCILÓPEZ

La Scuola Positiva

(Rivista di Criminología e Diritto criminale)

Año X, fascs. 1-4

Está dedicado íntegramente este número de la «Scuola Positiva», a la memoria del que fué su tercer director e ilustre penalista y profesor titular de Derecho penal de la Universidad de Roma, Filippo Grispigni, por desgracia para la ciencia penal, fallecido en Viterbo el día 27 de agosto de 1955.

Los más eminentes penalistas italianos y algunos de otras nacionalidades (alemanes, españoles, franceses, etc.) se asocian al póstumo homenaje con sus trabajos, que podemos dividir en dos clases: Dedicados al estudio, en todos sus aspectos, del ilustre maestro italiano recientemente desaparecido, o a la exposición de temas penales expresamente escritos en honor del ilustre Maestro, que hasta su muerte fué el Jefe del positivismo en su nueva fase «neopositivista» o «técnico jurídica».

Ante la imposibilidad de dar cuenta de todos estos notables trabajos, dado el espacio de que podemos disponer, y no siendo factible hacer una relación, dada la calidad de todos ellos, preferimos recordar algunos datos biográficos y bibliográficos del Maestro desaparecido y de cuya muerte ya se dió cuenta en el «Noticiario» de este ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, que de esta forma se asoció al pesar de todos los cultivadores de nuestra ciencia y le rindió el último homenaje:

Filippo Grispigni nace en Viterbo el día 31 de agosto del año 1884, es laureado en Roma en el año de 1909, y dos años después se dirige a Berlín para, bajo la dirección del profesor Von Listz, especializarse en el Kriminalis Lichen Seminar. Ocupa su primera cátedra en Camesino en el año 1912, desempeñando sucesivamente las de Cagliari y Milano, hasta que en el año 1942 pasa como profesor ordinario a la Universidad de Roma, en

la que desempeñó primero la cátedra de Derecho procesal penal, y después la de Derecho penal hasta su jubilación. Muere en la misma población en que nació pocos días después de cumplir los setenta y un años.

Sus obras más importantes son: Su «Derecho penal», que se publicó en el año 1933 y que en el de 1950 alcanzó la tercera edición, y el «Derecho procesal penal», publicado en 1942, que juntamente con su estudio sobre el «Consentimiento del ofendido», la «Introducción a la Sociología Criminal» y su monografía sobre los delitos contra la Administración de Justicia, constituyen los trabajos que pudiéramos denominar extensos de este ilustre Maestro.

Cuenta también con una larga serie de artículos publicados en diferentes revistas, aunque la mayoría de ellos en la «Scuola Positiva», y de los cuales es el último el publicado en la citada revista el año 1954, titulado «Lo studio della personalità del delinquente nel processo penale».

Y con esto terminamos estas líneas, principalmente escritas en recuerdo del fallecido Maestro italiano, en un año como el de 1955, en el que tenemos para desgracia de la ciencia penal, que lamentar la desaparición, en España, del profesor Rodríguez Muñoz, y, en el Uruguay, la de Carlos Sabregano Campos.

C. C. H.

PORTUGAL

Infancia e Juventude

Direcção Geral dos Serviços Jurisdicionais de Menores.

Plaza do Comercio. Lisboa (Portugal). Año II, número 8.

Octubre a diciembre de 1956.

Esta revista, editada por la Federación Nacional de las Instituciones de Protección a la Infancia de Portugal, contiene en el número correspondiente a los meses de octubre a diciembre de 1956, numerosos artículos y secciones de interés, entre los que destacamos:

«Descripción de la conmemoración en Portugal del Día Mundial de la Infancia, organizada por la Federación Nacional de las Instituciones de Protección a la Infancia» (pág. 3).

«Libertad parcial en el tratamiento de la delincuencia juvenil», interesante comunicación presentada a la Primera Reunión de Estudios de los Directores y Jueces de Tribunales de Menores, por el Dr. Artur de Oliveira Ramos, Director del Asilo del Tribunal Central de Menores de Lisboa, que expone que el tratamiento de los menores delincuentes comprende tres etapas: observación, reeducación y readaptación social. El régimen de libertad parcial pertenece a la etapa final del sistema, permitiendo a los menores mejorar su nivel educacional y fortalecer las bases de su educación moral.

«Comentario sobre las medidas relativas a la protección del niño, muje-

res gestantes y madres de niños menores de siete años, acordadas en la Convención de Ginebra sobre la protección a los civiles en tiempos de guerra inscrita en 1949, en vigor desde el 21 de octubre de 1950, y a la que coopera efectivamente la Unión Internacional de Protección a la Infancia.»

«Estudio sobre la transformación de los sistemas educacionales con el advenimiento del Cristianismo», por José María de Almeida, titulado «A la luz del Belén».

«Los problemas educacionales que plantean los progresos de la técnica se examinan en el influjo de la televisión en la formación integral de la niñez» (pág. 12).

«El problema de las sanciones en las casas de reeducación de los Servicios Jurisdiccionales de Menores», se estudia con transcripción íntegra de la Circular número 9, de 23 de junio de 1956, de la Dirección General de los Servicios Jurisdiccionales de Menores, cuyo propósito principal es la supresión de los castigos corporales en estas instituciones y la adopción de métodos más de acuerdo con la dignidad de la naturaleza humana.

Los films de violencia y su reflejo en la mente de los niños y adolescentes se enfocan con acierto como tema de máxima actualidad e interés.

El poema de Guerra Junqueiro: «Manha», se inserta en la antología de «Los poetas y la infancia».

El método o sistema de la libertad parcial aplicada en el Reformatorio Central de Lisboa.

En la Sección «Temas educacionales» el artículo sobre «Educación del valor», de Simão Gonçalves, y un estudio sobre los sufrimientos inferidos a la niñez por la aplicación de castigos corporales en la educación de la misma.

«Los diseños infantiles como medio de expresión de la mente del niño», es un notable estudio de M. M. Calvet de Magalhães.

La terapéutica criminal del adolescente en la libertad bajo la supervisión o vigilancia de los Tribunales de Menores, los juegos y la delincuencia juvenil, y con las secciones de «Noticias» y «Jurisprudencia de Tribunales de Menores», se cierra este interesante número de la revista.

DR. AUGUSTO A. PORTUONDO BELLO

Premio "Ricardo Dolz", de la Universidad de La Habana.

NOTICIARIO

PROVISION DE LA PRIMERA CATEDRA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD DE MADRID

En la oposición para la provisión de la primera cátedra de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid celebrada en el mes de marzo ha salido triunfante nuestro subdirector, decano y vicerrector de la Facultad de Derecho de Valladolid, don Juan del Rosal. El ANUARIO se asocia a las felicitaciones que por tal éxito viene recibiendo el nuevo catedrático de Madrid.

CONFERENCIA DE D. AGUSTIN BARRENA Y ALONSO DE OJEDA, SOBRE "GARANTIAS DEL INculpADO EN EL PROCEDIMIENTO PENAL", PRONUNCIADA EL DIA 29 DE MARZO DE 1957 EN LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION

El orador empieza advirtiendo que ocupa la tribuna para exponer sus reflexiones, fruto de su larga vida profesional, por lo que ha elegido el tema de "Las garantías procesales en el proceso penal", como el mejor para ello, para poner de relieve los fallos de la ley a este respecto: En el inicio de la inquisición, en la fase policial, la falta del necesario contacto del denunciado con el que después ha de ser su defensor, necesidad que se acrecienta en la inquisición judicial a la que la acusación tiene acceso y la defensa no, lo que le resta eficacia cuando le llega el procesamiento, que sólo se puede impugnar con lo que se recoge en el auto que lo decreta. Sólo se establece la posibilidad de acceso al sumario cuando la instrucción dure más de seis meses y sólo para pedir su pronta conclusión, no estableciéndose la igualdad con la acusación hasta que no se declara abierto el juicio oral.

CONCLUSIONES DE LA SECCION DE DERECHO PENAL EN EL CONGRESO INTERNACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

La sección de Derecho penal del Instituto Internacional de Estudios Jurídicos celebró sus sesiones entre el 16 al 18 de septiembre de 1956 en la ciudad de Perugia, a modo de epílogo de los famosos cursos veraniegos de su Universidad. Se aprobaron tres mociones versando:

- a) sobre la libertad de prensa y sus limitaciones;
- b) sobre la imputabilidad, y
- c) sobre la pena de muerte y la de prisión.

En la primera cuestión se votó la inadmisibilidad de la previa censura o del secuestro preventivo de publicaciones, la estricta sujeción de los delitos de prensa al ámbito del proceso judicial, la debida tutela del secreto y la adecuada re-

presión de publicaciones obscenas y aun de las que, sin tener dicho carácter, pueden suponer un riesgo para la moralidad de los menores y aun para la moralidad general, sobre todo en lo que afecta a crónicas de delitos y suicidios.

En la segunda cuestión, aunque se aplazaron diversas cuestiones afectando al alcance del término de imputabilidad, se votó fuere siempre tenido en cuenta dicho elemento legislativamente, procurándose la mayor consideración a las investigaciones de tipo criminológico.

En la cuestión referente a penología, se acordó propugnar la abolición de la pena de muerte y la humanización de las prisionales, con amplia posibilidad para las concesiones de libertad condicional e intervención directa de las autoridades judiciales.

CENTENARIO FERRIANO

Con gran solemnidad se ha celebrado entre los días 28 a 30 de septiembre en Mantua el primer centenario del nacimiento de Enrico Ferri, que tuvo lugar hace un siglo en la pequeña aldea vecina de S. Benedetto Po. Añadiendo a la efemérides un signo de laboriosidad, para mejor honrar la memoria del gran trabajador que fué el Patriarca de la *Scuola Positiva*, el Homenaje tuvo carácter de congreso, disertándose sobre los tres temas de "Personalidad y delito", "Delito y ambiente" y "Sanciones penales".

CONGRESO INTERNACIONAL DE JURISTAS EN VIENA

Convocado para las fechas 24-27 de abril de 1957, los trabajos han versado sobre dos temas: "Delitos políticos", bajo ponencias generales de los profesores Van Bemmelen, de Leyden y R. Vouin, de Burdeos, y "Limitaciones fundamentales de la libertad de opinión", bajo ponencias generales de los profesores Street, de Manchester y Heinnitz, de Berlín. Se encomendó la ponencia nacional sobre el primero de los dichos temas a nuestro Redactor Jefe, Quintano Ripollés. Asistió al certamen el letrado de Valencia, don Pascual Meneu

CONFERENCIA DEL CATEDRÁTICO DE LA UNIVERSIDAD DE PUERTO RICO, DOCTOR DON SANTOS P. AMADEO, SOBRE "LA CORRECCION DE ERRORES JUDICIALES EN LOS PROCESOS PENALES ESPAÑOL Y PUERTORRIQUEÑO", EN LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION EL DIA 15 DE MARZO DE 1956

Bajo la presidencia del Vicepresidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Presidente del Tribunal Supremo, Excmo. Sr. D. José Castán Tobeñas, desarrolló el profesor Santos P. Amadeo una brillante conferencia sobre "La corrección de errores judiciales en los procesos penales español y puertorriqueño" el día 15 de marzo de 1956. y en los locales de dicha Academia.

Empezó diciendo que las frecuentes condenas de personas inocentes en el proceso penal de todos los países es una de las grandes realidades admitidas desde hace tiempo en todos los sistemas de administración de justicia criminal. Para corregir estos errores todos los países civilizados han establecido recursos judiciales. En España, el recurso de revisión es el remedio judicial usado para corregirlos. En Puerto Rico, los recursos usados son el *habeas corpus* y el *coram nobis*.

Después el conferenciante comparó el recurso de revisión con el "habeas corpus" diciendo que este último era un poderoso remedio para proteger la libertad individual antes y después de dictarse sentencia. Pero añadió que el "habeas corpus" no es un remedio tan eficaz como el recurso de revisión para corregir errores de hecho que de haber sido conocidos por el tribunal pudieran haber traído como resultado la absolución en vez de la condena del acusado. Refiriéndose al recurso de revisión dijo que este procedía en seis distintas situaciones para corregir errores de hecho mientras que el "habeas corpus" sólo procede para corregir errores de hecho cuando se ha privado al acusado del derecho constitucional a juicio imparcial. Dió como ejemplos de estos errores la actuación del fiscal suprimiendo evidencia que pudo exonerar al acusado u ofreciendo en el juicio evidencia fabricada.

Apuntó el Dr. Amadeo que en España el recurso de revisión procede cuando contra un reo se han dictado, sobre los mismos hechos, más de una sentencia por una sola o varias jurisdicciones. Dijo que en Puerto Rico, sin embargo, el Tribunal Supremo había resuelto que el recurso de "habeas corpus" no procedía para poner en libertad a una persona que había sido juzgada dos veces por el mismo delito ya que esta era una defensa que debió haber alegado y probado en el tribunal sentenciador.

El conferenciante comparó el recurso de "coram nobis" con el recurso de revisión diciendo que este último era un remedio más amplio y liberal que el "coram nobis" porque de acuerdo con el inciso 4.º del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española procedía el recurso de revisión cuando después de dictarse sentencia se descubrían nuevos hechos o elementos de prueba que evidenciaban la inocencia del acusado. Manifestó que el Tribunal Supremo de España la había dado una interpretación revolucionaria a este artículo yendo más lejos que el concepto empleado por los tribunales norteamericanos para anular sentencia y conceder nuevo juicio a base del descubrimiento de una prueba. Ni en la legislación ni en la jurisprudencia de Puerto Rico existe una disposición tan liberal para determinar si debe anularse o no una sentencia que evidencia la inocencia del acusado.

Finalmente dijo el Dr. Amadeo que el recurso de revisión le da derecho a la persona puesta en libertad porque es inocente, el derecho a demandar al Estado en daños y perjuicios, derecho del que, sin embargo, carece el acusado tanto en Puerto Rico como en cuarenta y cinco Estados de la Unión Norteamericana.

III JORNADAS FRANCO ESPAÑOLAS DE LA UNIVERSIDAD DE TOULOUSE

Entre el 2 y 5 del próximo mayo han de tener lugar las terceras Jornadas franco-españolas de derecho comparado, patrocinadas por la Facultad de Derecho de Toulouse y el Instituto de Derecho Comparado de Barcelona (del C. S. de I. C.). Figuran como ponentes generales españoles: el Rector de la Universidad de Santiago, Legaz Lacambra, por filosofía del derecho; el Prof. de la Universidad de Madrid, García Gallo, por Historia del Derecho, y el Abogado Fiscal del Tribunal Supremo, Quintano Ripollés, por el Derecho penal. El tema de esta última especialidad es el de "Evolución del Derecho penal moderno".

V CONGRESO INTERNACIONAL DE DEFENSA SOCIAL

La Sociedad Internacional de Defensa Social celebrará en Estocolmo, del 25 al 30 de agosto de 1958, su V Congreso Internacional.

La materia a tratar en el Congreso será la siguiente: "La intervención administrativa o judicial en materia de infancia y adolescencia socialmente inadaptadas". Este tema será tratado sucesivamente en varios puntos: 1.º Los estadios de desarrollo de los menores socialmente inadaptados. 2.º Los organismos competentes. 3.º La elección de medidas.

Las lenguas oficiales del Congreso serán la francesa y la inglesa, para las cuales está prevista una traducción simultánea. Las intervenciones hechas en otro idioma serán admitidas si el orador garantiza, por sí mismo, la traducción.

La participación en el Congreso es accesible a todos. Todos aquellos que se interesen por la materia propuesta quedan invitados a presentar al Congreso uno o más informes sobre las cuestiones arriba mencionadas. Estos informes, redactados en francés o inglés, no deberán pasar de 20 páginas. Deberán ser dirigidos, en número de seis ejemplares, antes del 15 de enero de 1958, al profesor Ivar Strahl, Hjalmar Brantingsgatan 4 A, Uppala, Suecia, a quien puede, igualmente, dirigirse cualquier solicitud de información.

Para precisar el sentido de la materia objeto del Congreso se ha redactado el siguiente comentario adjuntó:

Comentario sobre la materia objeto del V Congreso Internacional de Defensa Social

Después de haber discutido en los tres primeros Congresos los principios generales de defensa social—tarea que se ha traducido en la adopción del programa mínimo—, la Sociedad, durante el IV Congreso, entró en el estudio de cuestiones más precisas, permitiendo aportar las concepciones doctrinales que hacen relación a los casos concretos y a los ejemplos prácticos.

En casi todos los países, las cuestiones que promueve la delincuencia juvenil son de actualidad creciente. Tan es así, que las Naciones Unidas, en su pri-

mer Congreso en materia de prevención del crimen y tratamiento de los criminales, que tuvo lugar en Ginebra en 1955, incluyeron en el orden del día la prevención de la delincuencia juvenil. Inspirándose en estas ideas es por lo que se ha estimado oportuno tomar como materia del V Congreso el tema expuesto, que entraña toda una serie de cuestiones; pero a fin de poder llegar, dentro del tiempo disponible, a conclusiones útiles, parece conveniente centrar la atención en los tres puntos siguientes:

1.º *Los estadios de desarrollo de los menores socialmente inadaptados.*—Conviene discutir primero en qué medida es deseable, establecidas las prescripciones de defensa social someter las personas a disposiciones especiales a causa de su juventud. Es preciso considerar si hay una edad en la que el individuo no debe ser objeto de intervención alguna por parte de las autoridades.

Se tendrá en cuenta la tendencia moderna de suprimir la noción del discernimiento, en favor de una reglamentación que apunte a suministrar, para cada edad, las medidas convenientes a la reeducación y reclasificación. Deben considerarse las consecuencias de las tendencias modernas en orden a la noción de la mayoría de edad penal. La cuestión es saber si es preferible establecer un sistema de edad fija o un sistema más flexible. Las legislaciones positivas han seguido los sistemas principalmente fundados en la noción de la minoría penal; pero tienden, actualmente, a establecer varias categorías dentro del concepto, o a instituir un régimen especial con respecto a los inadaptados calificados de jóvenes adultos. Es preciso estudiar las causas de esta tendencia y ver si debe ser impulsada o contrarrestada.

Se trata, en definitiva, de saber en qué medida deben ser mantenidos los criterios de edad y cómo puede ser organizado un sistema de intervención para que sea aplicado sin riesgo de confusión y arbitrariedad. En cuanto a la palabra "menor", el término se emplea para indicar a todos aquellos que deben ser tratados de una manera específica a causa de su juventud. En qué extensión esto es recomendable será una de las tareas de las deliberaciones.

2.º *Los organismos competentes.*—Desde este punto se considera, en primer lugar, una comparación entre los tribunales para menores y el sistema de comisiones para la protección de la infancia, practicado en Escandinavia.

Los dos sistemas no son, en su aplicación, muy diferentes. Tanto en su composición como en lo concerniente a procedimiento, ofrecen puntos de contacto. La diferencia más acusada—necesitar, en principio, los tribunales, para su intervención, la comisión de un acto por el menor y actuar con más libertad las comisiones, pudiendo ejercer su función aun cuando el menor no haya cometido nada que se le pueda reprochar, con tal de que exista una necesidad de intervención—no es insalvable. Como acto que autorice la intervención del tribunal, puede ser aceptado un comportamiento que indique una necesidad de intervención, y, de otra parte, las comisiones no pueden actuar más que bajo las condiciones establecidas en la ley.

Una comparación de los dos sistemas debe tener en cuenta las diferentes maneras en que éstos pueden ser realizados. No se deja de prestar atención a la posibilidad de que ambos sistemas sean combinados.

Aunque parece útil tomar los dos sistemas indicados como punto de partida de los debates, no se debe limitar a un análisis de los sistemas existentes. La

materia debe ser examinada de *lege ferenda*. Se encomienda examinarla bajo el aspecto doble indicado por las doctrinas de defensa social, esto es: teniendo en cuenta, de una parte, la necesidad de una prevención eficaz de los actos antisociales y, de otra, la necesidad de establecer garantías para la salvaguardia de la libertad del individuo.

3.º *La elección de medidas*.—Si las legislaciones reconocen a los menores como una categoría distinta, es a fin de establecer para ellos un sistema de medidas diferente del que se aplica a los adultos.

Es preciso tener en cuenta el estado de desarrollo de los menores para establecer las medidas correspondientes a su necesidad de tratamiento. La evolución de las tendencias modernas se dirige, dando de lado a las penas tradicionales, hacia un sistema más en armonía con las necesidades de los menores. Considerando esta tendencia, se debe buscar en las deliberaciones encontrar los mejores medios para la reeducación de los menores inadaptados.

Será útil hacer un inventario de medidas convenientes, institucionales o no institucionales, discutiendo su campo de aplicación y considerando sus méritos e imperfecciones respectivos. Se recomienda estudiar, también, si no es indispensable prever la posibilidad de pasar muy flexiblemente de un tipo de medidas a otro. Esta mutación parece justificarse, tanto en razón de la no concordancia entre los criterios de edad y los criterios de madurez psico-social, como en razón de fuertes variaciones individuales que se constatan en los resultados obtenidos para un tipo de medidas determinado.

Por último, impónese, con el fin de limitar la discusión, no entrar en detalles de ejecución y limitarse a examinar los diferentes tipos de medidas.

INDICE GENERAL

Fascículo I

	Página
SECCION DOCTRINAL	
Contribución al estudio de la historia de la pena de muerte en España, por EUGENIO CUELLO CALÓN	9
Perfil actual del fuero Penal común, por ENRIQUE JIMÉNEZ ASEÑO. El contenido sustancial del delito de injurias, por JOSÉ ANTONIO SÁIZ CANTERO	41 85
SECCION LEGISLATIVA	
La abolición de la pena de muerte, por JOSÉ SÁNCHEZ OSÉS	121
Costa Rica. Ley de defensa social, por JOAQUÍN BASTERO ARCHANCO.	125
SECCION DE JURISPRUDENCIA	
Jurisprudencia penal correspondiente al primer cuatrimestre de 1956, por JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ SERRANO	135
CRONICAS EXTRANJERAS	
Un aspecto de la historia de la falsificación de moneda, por el profesor doctor THOMAS WURTENBERG	159
REVISTA DE LIBROS	
ANCEL, Marc: «Tendencias actuales de la individualización de la pena», por <i>Joaquín Morales</i>	169
BRONISLAW MALINOWSKI: «Crimen y costumbre en la sociedad salvaje», por <i>Joaquín Morales</i>	169
BÜCHER, Herbert: «Die Todesstrafe, geschichtlich, religio'es und rechtlich betrachtet», por <i>Antonio Quintano Ripollés</i>	170
CAMBRIDGE DEPARTMENT OF CRIMINAL SCIENCE: «Sexual Offenders», por <i>José Sánchez Osés</i>	171
CARRO IGELMO, Alberto José: «El despido justo», por <i>Diego Mosquete</i> .	173
CASTÁN VÁZQUEZ, José María: «La protección al honor en el Derecho español, por <i>César Camargo Hernández</i>	173
CLARK, Robert E.; KOENIG, Samuel, y VEDDER, Clyde B.: «Criminology, a book of reading», por <i>José Sánchez Osés</i>	175
DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DEL ESTADO DE CALIFORNIA: «Modus operandi and crime reporting», por <i>José Sánchez Osés</i>	176
DÍAZ PALÓS, Fernando: «Dolo penal», por <i>César Camargo Hernández</i> .	177

	Página
GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José: «Colonias penales e Instituciones abiertas», por <i>Eugenio Cuello Calón</i>	179
GOWERS, Sir Ernest: «A life for a life?» (¿Vida por vida?), por <i>José Sánchez Osés</i>	181
GUALLART Y LÓPEZ DE GOICOECHEA, José: «El principio <i>Nullum crimen, nulla poena sine previa lege</i> en los Fueros de Aragón», por <i>Eugenio Cuello Calón</i>	182
GUALLART Y LÓPEZ DE GOICOECHEA, José: «La guerra, crimen», por <i>Diego Mosquete</i>	184
GUTIÉRREZ DE LA CÁMARA, José Manuel: «Derecho marítimo», por <i>Diego Mosquete</i>	185
MARTÍNEZ VAL, José María: «El abogado», por <i>Diego Mosquete</i>	186
MAJOS ESCOBEDO, Rafael: «La responsabilidad penal de las personas morales», por <i>Diego Mosquete</i>	187
MENDOZA, José Rafael: «Estudio acerca del recidivismo en Venezuela», por <i>Diego Mosquete</i>	188
MEZGER, Edmundo: «La culpabilidad en el moderno Derecho penal», por <i>José María Martínez Val</i>	189
«Neue Juristische Wochenschrift Fundhefte», por <i>Antonio Quintano Ripollés</i>	191
PALACIOS, Ramón: «La cosa juzgada», por <i>Diego Mosquete</i>	191
PALACIOS, Ramón: «La tentativa», por <i>Diego Mosquete</i>	192
PISAPIA, G. Domenico: «Studi di Diritto Penale», por <i>Pedro Ridruejo Alonso</i>	193
ROSAL, Juan del: «Introduction sociologique au problème de l'état dangereux»; Separata de la obra <i>Deuxième cours international de criminologie</i> , por <i>Francisco Espinosa Arroquia</i>	195
SCARANO, Luigi: «Istituzioni de Diritto procesale penale», por <i>César Camargo Hernández</i>	196
SCHAFFSTEIN, Federico: «La ciencia europea del Derecho penal en la época del Humanismo», por <i>César Camargo Hernández</i>	197
SCHMIDT, Eberhard: «Die Reform des strafrechts im Rückblick auf berliner impulse in des Geschichte der modernen Kriminopolitik», por <i>Antonio Quintano Ripollés</i>	199
TAFF, Donald R.: «Criminology», por <i>José Sánchez Osés</i>	200
THORSTEN SELLIN y DONALD CAMPION, S. J.: «Capital and Corporal Punishment», por <i>José Sánchez Osés</i>	202
VETENCOURT LARES, Pedro: «Ejercicio de la acción civil derivada de delito de acción pública por el Ministerio Fiscal», por <i>Domingo Teruel Carralero</i>	204

REVISTA DE REVISTAS

A l e m a n i a

ZEITSCHRIFT FUER DIE GESAMTE STRAFRECHTSWISSENSCHAFT, II Heft, 1956; III Heft, 1956, por <i>Antonio Quintano Ripollés</i>	207
--	-----

B é l g i c a

REVUE DE DROIT PENAL ET DE CRIMINOLOGIE.—Julio, 1956, por <i>Diego Mosquete</i>	214
--	-----

C u b a

ENQUIRIDION.—Octubre-diciembre, 1956, por <i>Diego Mosquete</i> .	217
REVISTA PENAL DE LA HABANA.—Julio-septiembre 1956, por <i>Diego Mosquete</i>	219

Índice general

Página

E s p a ñ a

REVISTA DE LA OBRA DE PROTECCION DE MENORES.—
Julio-agosto 1955, por *Eugenio Cuello Calón* 222

REVISTA DE MEDICINA LEGAL.—Enero-febrero 1957, por *César Cámargo Hernández* 223

Estados Unidos

THE JOURNAL OF CRIMINAL LAW, CRIMINOLOGY AND
POLICE SCIENCE. — Julio-agosto, noviembre-diciembre 1956,
por *José Sánchez Osés* 224

F r a n c i a

REVISTA INTERNACIONAL DE POLICIA CRIMINAL.—Octu-
bre, noviembre y diciembre 1956, por *Diego Mosquete* 234

ETUDES INTERNATIONALES DE PSYCHO-SOCIOLOGIE
CRIMINELLE. — Julio-septiembre 1956, por *Marino Barbero*. 238

G r e c i a

REVISTA PENITENCIARIA. — Septiembre-diciembre 1956, enero-
febrero 1957, por *Diego Mosquete* 240

I t a l i a

RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO PENALE.—Noviembre-diciem-
bre 1956, por *Adolfo de Miguel* 241

LA SCUOLA POSITIVA.—Fasc. 1-4, por *César Cámargo Her-
nández* 246

P o r t u g a l

INFANCIA E JUVENTUDE.—Octubre a diciembre 1956, por *Au-
gusto A. Portuando Bello* 247

NOTICIARIO 251