

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: Enero-abril 1957.

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 II



MAYO-AGOSTO
MCMLVII

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

SECCION DOCTRINAL

VICTOR FAIREN GUILLEN

LAS RELACIONES ENTRE EL PODER LEGISLATIVO
Y EL JUDICIAL Y LAS INFRACCIONES A LA CONS-
TITUCION DE 1812 (EN TORNO AL CASO FITZGE-
RALD)

ANTONIO QUINTANO RIPOLLES

LA EVOLUCION DEL DERECHO PENAL MODERNO
«CONTRA CORRIENTE»

FRANCISCO FELIPE OLESA MUÑOZ

LA CUADRILLA COMO UNIDAD DELINCUENTE EN
EL VIGENTE CODIGO PENAL ESPAÑOL

Las relaciones entre el Poder legislativo y el judicial y las infracciones a la Constitución de 1812 (en torno al caso Fitzgerald)

VICTOR FAIREN GUILLEN

Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Valencia,
Miembro de Número del Instituto Español de Derecho Procesal,
Abogado del I. C. de Valencia

Al Maestro Profesor Leonardo Prieto Castro, recordando el XXV aniversario de su docencia universitaria.

I. Examinando la labor legislativa de las Cortes de Cádiz, hallamos de un Decreto—de 28 de noviembre de 1812—de interés para un tema tan trascendental como lo es el de las relaciones entre el Poder legislativo y el judicial. Se refiere dicho Decreto a la preferencia que los Tribunales habrían de dar a los asuntos referentes a infracciones de la Constitución.

Vistos los antecedentes en los «Diarios de Sesiones», esta disposición resultó ser consecuencia de la laboriosa tramitación de un asunto, enfocado judicialmente, por supuestas infracciones a la Constitución, promovido por un D. Gregorio Fitzgerald, vecino de la Isla de León, por allanamiento de morada y detención arbitraria. Evolucionando el asunto, estimamos que contribuyó, juntamente con otros muchos, y dada su resonancia, a que, a su vez, evolucionase la mentalidad de las Cortes en cuanto a las relaciones entre los Poderes legislativo y judicial en lo referente al conocimiento y resolución de las causas por infracciones de la Constitución. Siendo numerosas las «representaciones» dirigidas a las Cortes por motivos de este género, estimamos que la exposición del «Caso Fitzgerald» es de interés, por tener un largo desarrollo y haber ocupado, quizá más que otro cualquier problema de infracciones a la Carta fundamental, la atención de las Cortes, llegando a producir alarma en ellas.

Sólo conociendo el desarrollo de este asunto-tipo, puede llegarse a comprender el cambio de actitud de las Cortes ante el Poder judicial en el año 1813. Por eso le dedicaremos nuestra atención.

Este ensayo, relacionado con otros anteriores (1) se dirige a aportar datos para el estudio de las relaciones entre los diversos Poderes del Estado, desde el punto de vista del procesalista. Para ello, en este caso, siguiendo las líneas de nuestra historia constitucional, nos detenemos en un asunto que dió lugar a una importante disposición de carácter general y que aun tuvo relación con un cambio de dirección básica del Poder legislativo.

Comienza ante las Cortes el desarrollo del asunto Fitzgerald (o Fitzgeral, que de ambos modos se le llama) por un dictamen presentado al pleno por la Comisión de Justicia el día 5 de agosto de 1812, en el que se exponen los hechos, tal y como hasta aquel momento eran conocidos, a través de la petición formulada por el propio Fitzgerald.

Invocaba éste en ella el artículo 373 de la Constitución, esto es, su derecho, como español, «de representar a las Cortes o al Rey para reclamar la observancia de la Constitución» (2).

Los hechos que exponía Fitzgerald eran los siguientes:

El 5 de junio de 1812, a mediodía, se presentó en su casa un oficial con una boleta de alojamiento, y siéndole imposible admitirle por falta de habitación, se fué en su compañía a hacerlo presente al brigadier de Marina, Carranza (Presidente de la sección de alojamientos, añadimos nosotros), por quien había sido despachada la boleta, manifestándole que su casa estaba reducida a dos salas con sus respectivas alcobas, de las que él ocupaba una con su esposa, teniendo alquilada la otra a un vecino, con cuyo alquiler subsistía, ya que carecía de sueldo por no hallarse en el ejercicio de su destino. Se le contestó que el oficial iba como alojado a la habitación en que lo había estado otro oficial (D. Antonio Miró) anteriormente.

Replicó Fitzgerald que Miró no había estado como alojado; pues le había satisfecho 4 pesos mensuales, y que cuando partió alquiló la habitación a otra persona; a lo que le fué contestado que echase a la calle al tal individuo, pues ningún propietario podía alquilar su casa sin orden expresa de la superioridad.

Subió de tono la conversación, y debió llegar hasta la grosería según se recoge después. Carranza se mantuvo en sus trece, ordenando al oficial que se alojase en casa de Fitzgerald; Fitzgerald estuvo a la altura de las circunstancias, replicado que le impediría la entrada.

En éstas la discusión, llegada la noche, apareció en la puerta de la casa de Fitzgerald —siempre según la versión de éste— un oficial de Estado Mayor, a quien no quiso abrir, pese a sus amenazas de usar la fuerza y de haber puesto un centinela a su puerta, «tanto más por no conocerle, cuanto porque habiéndole preguntado si llevaba al-

(1) Cfr. nuestro trabajo *Sobre la recepción del recurso de casación en España (recurso de nulidad y recurso de casación)*, en "Anuario de Derecho civil" (en prensa).

(2) Este artículo fué aprobado en sesión de 17 de enero de 1812, sin discusión alguna (Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 471, t. IV, pág. 2643, col 1.ª).

guna orden del gobernador su jefe, le contestó que no llevaba más orden que la que abriese y callase». Marchóse al cabo el oficial, retiróse el centinela y media noche pasada, llamaron de nuevo «descompasadamente» a su puerta diciendo que abriese a la partida de vigilancia; preguntó Fitzgerald si tenía alguna orden que darle, a lo que se le respondió: «Señor viejecito, traigo la orden de que abra usted o si no, se le echa la puerta abajo», a lo que replicó Fitzgerald que obrase según la orden y que no quería abrirle por la contestación que se le había dado.

Pasado como «medio cuarto de hora» volvieron a llamar a la puerta a culatazos, respondiendo nuestro templado don Gregorio Antonio Fitzgerald que no abría si no le presentaban una orden de su jefe o venía alguno de sus subalternos. Y «en esto se armó a un tiempo por la puerta de la azotea, por la calle y por una ventana sin reja, un estruendo horrible de culatazos de fusil y echaron por tierra la puerta de la ventana y la de la azotea.» Entraron los asaltantes en la sala, derribaron la puerta de la alcoba y «sin respetar su ancianidad y la de su mujer, les ultrajaron con amenazas e improperios, y que, por último, saqueando lo que pudieron, le arrastraron preso al vivac».

Más no acabaron aquí las tribulaciones de Fitzgerald —por este tiempo, pues luego aún fueron mayores, como se verá—; amanecido, fué conducido a la presencia del comandante general del cantón, quien «le recibió llenándole de insultos»; habiéndole suplicado —y sobre el tono de esta súplica, que Fitzgerald apellida de «entera», cabe alguna duda, a tenor de la personalidad que se va viendo tenía el anciano Maestre de viveres de la Armada— que le respetase, fué amenazado con ser encadenado. No llegó la cosa a tanto; aquella misma tarde se le mandó comparecer ante su jefe, el Gobernador de la Isla de León, quien le oyó y le envió a casa.

Concluía Fitzgerald pidiendo se hiciera efectiva la responsabilidad de los infractores de la Constitución «y que se le resarza de tantos insultos y crímenes contra él cometidos» (3).

No consta qué disposición concreta de la Constitución citase Fitzgerald como infringida; pero, por lo pronto, ocurre a la mente la del artículo 306: «No podrá ser allanada la casa de ningún español sino en los casos que determina la ley para el buen orden y seguridad del Estado»; y la del 287: «Ningún español podrá ser preso, sin que proceda información sumaria del hecho, por el que merezca, según la ley, ser castigado con pena corporal, y, asimismo, un mandamiento del juez, por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión.»

El incidente, en sí, era uno de los menos graves en una plaza sitiada; pero con el procedimiento en denunciarlo a las Cortes invocando la Constitución y su observancia, Fitzgerald le dió suma im-

(3) Cfr. *Diario de Sesiones* de 5 de agosto de 1812, núm. 626; t. V, pág. 3502.

portancia ; entró en juego, nada menos que el principio de separación de los poderes del Estado en relación con el castigo de los atentados a la Constitución.

La Comisión de Justicia, «a quien alarmó desde el principio el solo nombre de violación de la ley constitucional» (4), decía que presentándose el asunto como constitutivo de tal, lo hubiera ya calificado de tal si estuviese ya justificado y se hallase en el caso de juzgar.

En su dictamen, la Comisión fijaba una notable doctrina, que luego fué desarrollada y aplicada en el Decreto de las Cortes de 28 de noviembre de 1812, dictado en relación con este mismo caso Fitzgerald. En la sesión de que tratamos, de 5 de agosto, y en su primer dictamen, decía textualmente al Pleno :

«La Comisión entiende que la infracción de la ley constitucional es un delito de la propia clase que el de la infracción de otras leyes del Código civil y criminal, con la sola diferencia de su mayor gravedad por el mayor respeto que merece aquélla sobre éstas ; y que, por lo mismo, debe averiguarse y castigarse por el orden determinado por las leyes y por los jueces competentes según ellas. La facultad que por el artículo 373 (5) de la Constitución se concede a todo español para reclamar su observancia ante las Cortes, no supone, en su concepto, que éstas hayan de juzgar de las reclamaciones que se les hicieren, lo que sería contrario al artículo 243 de la Constitución (6) ; mas no debiendo hacerse inútilmente estas reclamaciones, deberán, en tales casos, las Cortes excitar al Gobierno a que cumpla y haga cumplir la Constitución y las leyes, y a que haga que sean juzgados por el tribunal competente los acusados de infractores ; deberán, asimismo, velar sobre si se hace así o no ; deberán pedir que se les instruya y dé cuenta del resultado de los procesos de esta clase ; y, por último, si fuere necesario deberán exigir la responsabilidad de quienes corresponda.»

Pero no se estaba en momento de actuar según preveía la citada doctrina de la Comisión de Justicia ; esto sucedía porque «en el caso presente la Comisión sabe de positivo que Fitzgerald acudió a la Regencia con igual reclamación ; que la Regencia mandó que se justificase el hecho ; y que en su vista ha remitido al Tribunal especial de Guerra y Marina las diligencias practicadas para que proceda conforme a derecho. Sabía esto la Comisión hace tiempo ; creyó que era cuanto debía hacerse, y suspendió, por lo mismo, presentar su informe».

A pesar de ello, y para que tuviese constancia oficial en las Cortes el asunto, la Comisión formuló un dictamen, que quedó redactado y aprobado en los términos siguientes :

(4) Cfr. *Diario de Sesiones*, cit., loc. cit.

(5) Por errata de imprenta indudablemente, en el texto del *Diario de Sesiones*, pág. 3502, se lee "303".

(6) "Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes ni mandar abrir los juicios fenecidos."

«Que se remita a la Regencia del Reino la reclamación primera de Fitzgerald para que informe si es cierto haberse dirigido otra igual a S. A., y haber dispuesto en su vista que se justificase el hecho reclamado, y se remitiesen las diligencias practicadas al Tribunal especial de Guerra y Marina para que procediese conforme a las leyes. Si esto fuere cierto, quieren las Cortes que informe igualmente la Regencia del estado que tiene en la actualidad el expediente, lo que respecto de ambos extremos se verificará dentro de tercero día. Asimismo desea Su Majestad que disponga S. A. que a la conclusión de este negocio se le remita un testimonio en relación del mismo, a fin de que pueda enterarse del cumplimiento que tiene la Constitución y del modo con que se castiga a sus verdaderos infractores.»

Se cumplimentó lo decretado por las Cortes, y continuó el desarrollo del asunto que tanta inquietud producía (7).

Fitzgerald volvió a la carga, pidiendo de nuevo que se observase la Constitución, en solicitud, de 5 de septiembre, que fué presentada y leída a las Cortes en su sesión del día 12. Pedía «justicia por el escandaloso allanamiento de su casa... en virtud de orden del general Elio», quejándose de presentar su casa «a los ojos de sus conciudadanos el lamentable espectáculo de unas ruinas causadas por el despotismo más feroz»; pedía que se hiciese justicia a su dueño para reedificarla «y esto con tanta más razón cuanto que por aquel procedimiento se había infringido el Código de nuestros derechos civiles y políticos, cuya falta sólo podía expiarse derribando la cabeza del orgulloso infractor sin tener consideración de su rango». Expresaba sus dudas de que la Regencia castigase el crimen de lesa Constitución cometido, según él, «al ver que lejos de haber sido arrestado el delincuente había sido premiado con el mando del segundo y tercer ejército.» De no hacérsele justicia —terminaba— «estaba resuelto a quemar la Constitución, y recogiendo sus cenizas, guardarlas en su seno para llevarlas al sepulcro, y antes de exhalar el último aliento, decir a los padres de la Patria: «Formad otra Constitución, porque la que habéis sancionado y hemos jurado es inútil, en mengua vuestra, por no haberse castigado a los infractores» (8). Como se ve, el reclamante salía de la vía de un lenguaje prudente, lo que le acarreó mayores dificultades que la de haber visto su casa asaltada y haber pasado una noche arrestado.

En la discusión, se observó que el asunto se hallaba en el Tribunal especial de Guerra y Marina, así como que convenía «dispensar una protección eficaz a este interesado que reclamaba con tanta justicia»; por lo cual, y a propuesta del diputado Calatrava, las Cortes

(7) En la sesión de 12 de agosto, el secretario de Gracia y Justicia informaba en nombre de la Regencia que, cumplimentada el Decreto de las Cortes, el proceso lo había devuelto el Tribunal al fiscal togado, para oírle, recomendándole la brevedad y la preferencia (*Diario de Sesiones*, núm. 631, del día cit., t. V, pág. 3529).

(8) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 655, de 12 de septiembre de 1812, t. V, pág. 3683 y s.

decretaron que «el Tribunal especial de Guerra y Marina remita inmediatamente a las Cortes por medio de la Regencia testimonio literal de toda la causa de Fitzgerald, y venido, pase con los antecedentes a la Comisión de Justicia para que exponga su dictamen» (9).

Como se ve, la insistencia del reclamante motivó una reforma en el anterior decreto de las Cortes, pues ahora se pedía cuenta del asunto—cuenta literal—en el estado en que se hallase.

Se cumplimentó lo ordenado por las Cortes, y en la sesión del 23 de noviembre, la Comisión de Justicia presentó dictamen sobre el asunto, ya conocido en su estado coetáneo.

La Comisión, conociendo los términos de la discusión motivada por la solicitud de Fitzgerald de 5 de septiembre, interpretó el decreto de las Cortes por cuya virtud le llegó el asunto sin terminar, en estos términos:

«La Comisión cree que el objeto que se propuso a V. M. al pedir el testimonio, fué el de examinar por sí mismo si el Tribunal procedía en esta causa con la brevedad compatible con las leyes y sin las dilaciones de que se lamentaba Fitzgerald, ejerciendo de este modo la inspección y vigilancia que deben tener las Cortes por la más exacta observancia de la Constitución; por lo demás, ya otra vez ha dicho la Comisión que el delito de infracción de la Constitución debe juzgarse, esto es, averiguarse y castigarse por los jueces competentes, y que nunca pueden serlo las Cortes» (10), continuando: «Se abstendrá, pues, la Comisión de hacer reflexiones, de que no podría prescindir si procediese como Tribunal, y se limitará a indicar el origen de esta causa, y explicar su curso y estado.»

Estas frases del dictamen son de alto interés, como luego se expone con mayor detalle, pues muestran cómo la Comisión entendía aplicar el principio de separación de poderes estatales, interpretando las atribuciones de las Cortes solamente referidas al punto o aspecto externo de la labor de los Tribunales. Después de esto, evidentemente, no se podía esperar que las Cortes dictasen resolución entrando en el fondo del asunto.

En la exposición de los hechos que la Comisión hace, basándose en el testimonio de los autos que poseía, cambian facetas de interés, y lo que ya conocemos de la personalidad de Fitzgerald, se completa, mostrándolo como hombre violento y de no buenos modos. Así, se hace constar que parece que el oficial que debía alojarse en su casa, no sólo no fué admitido, sino también maltratado de palabra; el brigadier Carranza, jefe de la Sección de Alojamientos, declaraba de Fitzgerald que, por haber éste «insultado y ajado completamente a la Sección, dispuso que un ayudante acompañase al oficial a casa del jefe de Estado Mayor para que se diese cuenta al general del cantón del mal trato de Fitzgerald». La orden de allanamiento de su casa

(9) Cfr. *Diario de Sesiones*, últ. cit., pág. 3684.

(10) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 707, de 23 de noviembre de 1812, t. V, pág. 4010.

partió, verbalmente, del cuartel general, a través del jefe de Estado Mayor; Fitzgerald fué detenido y sacado de su casa, tomándosele «una espada llena de moho y una escopeta sin piedra ni banqueta, con la que había hecho frente a la tropa» (11). Indudablemente, mejor residió la clave de la defensa de la casa en el mal humor—justificado o no—de su dueño que en el armamento de que disponía.

Ya al día siguiente, y aún hallándose arrestado Fitzgerald, reclamó al gobernador de la Isla de León, quejándose «de la violencia que había sufrido su casa y persona con infracción de la Constitución». El gobernador puso en libertad a Fitzgerald, trató de averiguar, «aunque no lo realizó después», si éste pertenecía a su jurisdicción o a la de Marina; le mandó admitir el alojamiento («parece obedeció», dice el dictamen; no hallaría el oficial favorecido ni mucha comodidad en una casa sin puertas ni ventanas, ni esta falta sería compensada por el desvelo de los propietarios); mandó que se averiguase el hecho del allanamiento, lo que se verificó por el «alguacil mayor, comisionado para el efecto, examinando cuatro testigos que en sustancia contestaron al allanamiento y haciendo que los alarifes públicos de albañilería y carpintería reconociesen el daño causado en la casa, después de haberlo hecho, declararon que para su composición se necesitaban 355 reales de vellón. En este estado acordó el gobernador pasar un oficio al general del cantón para que mandase abonar a Fitzgerald los 355 reales, lo que dió lugar a algunas contestaciones que no son de nuestro propósito». El expediente se remitió en consulta a la Regencia por conducto del secretario de Gracia y Justicia, por quien se pasó al de Guerra, y por éste al Consejo de este nombre, para que procediese en justicia sobre la infracción de la Constitución reclamada (12).

El proceso estaba en marcha, y marcha nó muy rápida. Había pasado el fiscal togado, cuando se comunicó la orden de las Cortes por la que se prevenía, entre otras cosas, se las informase del estado del asunto; informó también el fiscal militar, y el Consejo acordó, respecto a no estar justificado el delito de que se quejaba Fitzgerald, se devolviesen los autos al gobernador de la Isla de León para que completase la instrucción, y «si resultaren ser militares los infractores de la Constitución, sacase testimonio y lo pasase a la jurisdicción competente para que se siguiese la causa por los trámites de justicia».

El gobernador de la Isla recibió declaración de los elementos integrantes de la patrulla que cometió el allanamiento, «quienes están conformes en que, después de haber llamado y solicitado por tres veces el oficial que Fitzgerald abriese la puerta, advirtiéndole que si no lo hacía la echarían abajo; y vista la contestación de Fitzgerald, reducida a que de ningún modo abriría hasta por la mañana, amena-

(11) Cfr. *Diario de Sesiones* últ. cit., pág. 4011.

(12) Cfr. *Diario de Sesiones* últ. cit., pág. 4011.

zando con una escopeta al que intentase entrar, violentaron en efecto una ventana y dos puertas y le condujeron arrestado al principal». Mientras esto sucedía, salieron de la Isla en misión militar—con la expedición al mando del general Cruz—el oficial del Regimiento de Zamora, causante indirecto del incidente, por tener a su favor la boleta de alojamiento; el oficial de Estado Mayor que llevó al gobernador la orden del Cuartel General de proceder al allanamiento, y el jefe del Estado Mayor que la dió; el juez consultó con el Consejo sobre el modo de recibir declaración a estos ausentes y otros; contestó el Consejo que «en la Ordenanza hallaría decidida la duda que proponía»; el juez procedió a expedir los oportunos oficios, no habiendo logrado obtener las declaraciones hasta el momento en que las Cortes ordenaron que se les enviase testimonio literal de la causa. Retraso bastante lógico en un estado de guerra y en plenas operaciones militares.

La Comisión de las Cortes, no entrando en el fondo del asunto, por las razones que reiteradamente había expuesto, notaba que «dos desaciertos del gobernador de la Isla en averiguación del hecho y de sus autores, aunque nacidos de su desco de la brevedad y pronta justicia, han contribuído en gran parte al entorpecimiento que se nota en esta causa, en la que, después de tres meses, se ignora todavía quién dió la orden para allanar la casa de Fitzgerald, y se ignoran otras circunstancias que deben averiguarse». «También ha contribuído—según el dictamen—al atraso de este expediente la morosidad del fiscal togado del Consejo de Guerra, que lo es hoy del Tribunal especial, en cuyo poder estuvo sin despacho desde 30 de junio hasta 10 de agosto, y aún acaso estaría todavía si no se le hubiese comunicado la orden de V. M. para que se le informase del estado del mismo expediente» (13).

Es cierto, sin embargo, que ya la Regencia había notado este retraso y pedido explicaciones al Consejo, el cual, oído el fiscal, contestó «que la dilación consistía en que éste se hallaba sin agente asalariado, y en que son muchos, muy graves y voluminosos expedientes que tiene que despachar el fiscal... entre otros infinitos, el de la conmoción de Málaga, el de las cuadrillas de ladrones en Galicia y el de la entrega de Badajoz (entrega, añadimos nosotros, que había causado mucho revuelo, atribuyéndose a posible traición), para cuya sola lectura, dice el fiscal que se necesitan meses».

No obstante, esta explicación era estimada como insuficiente por la Comisión de las Cortes, tardándose «cuarenta y días en despachar un expediente de bien pocas hojas, que debía llevar consigo la mayor recomendación y preferencia, por tratarse en él de un ruidoso acontecimiento e infracción de la Constitución, y mucho más cuando se presume que sin la orden de las Cortes, para que se las informase del estado del mismo, hubiera sido mucho mayor la dilación» (14) por lo

(13) Cfr. *Diario de Sesiones* últ. cit., pág. 4011. a. f.

(14) Cfr. *Diario de Sesiones* últ. cit., pág. 4012.

que proponía que las Cortes manifestasen al fiscal togado su desagrado por su morosidad en el despacho de los autos, esperando que “en lo sucesivo no dará lugar a semejantes dilaciones, señaladamente en los negocios sobre infracción de la Constitución”.

Se hacía eco la Comisión de una muy curiosa petición de Fitzgerald, dirigida a las Cortes el 13 de agosto. Pretendía este señor que ínterin se sustanciase el juicio y “pagase quien debería pagar” se le entregasen 3.000 ó 4.000 reales “del fondo de propios de la villa de la Isla de León para la composición de su casa”. De extrañío, como es natural, calificaba esto la Comisión.

Como se ve, la Comisión, manteniéndose en su doctrina general sobre la separación de poderes, enfocaba la cuestión desde el punto de vista de la observancia de las leyes procesales, a ser destacada en relación con el tiempo en cuanto se tratase de asuntos en que la Constitución pudiera estar afectada, dando así rango normativo superior —excepcional— a la propia Constitución en sus normas materiales al menos.

Tras breve discusión, las Cortes aprobaron como Decreto el siguiente texto:

“Las Cortes generales y extraordinarias, convencidas de la necesidad y utilidad de que los expedientes sobre infracción de la Constitución sean terminados con la mayor prontitud, decretan: Los Tribunales del Reino preferirán a todo otro asunto los relativos a infracción de la Constitución política de la Monarquía.” “Lo tendrá entendido la Regencia del Reino, y dispondrá lo necesario a su cumplimiento, etcétera”.

Decreto, dado en Cádiz, el 28 de noviembre de 1812.

Antes de proceder a un breve comentario de todo lo ocurrido hasta ahora, de real trascendencia en cuanto a la calidad de la Constitución y a su defensa, por curiosidad más que por otra cosa, veamos cómo continuó y terminó el asunto Fitzgerald.

Este, desechada su petición de indemnización “provisional” a costa de la villa de la Isla de León, produjo una representación más (la séptima), que las Cortes hicieron pasar a la Comisión de Justicia el día 19 de febrero de 1813 —pedía una vez más a las Cortes que castigasen como infractores de la Constitución a los autores del atentado cometido contra su persona y casa— (15).

La continuación del asunto se marcó una vez más por el ímpetu de Fitzgerald. Este (“antes de expirar”), puso en práctica su conminación de dirigirse adecuadamente a los padres de la Patria.

En efecto, el 21 de febrero de 1813, se dirigió al Presidente de las Cortes con un “papel” en el que “aseguraba que sin bastarle a contenerle cualquiera orden o precepto, tenía que hablar a S. M. desde la galería hasta conseguir se leyesen sus representaciones en el Congreso de cruz a fecha, o leerlas él mismo sin que le retrajese de hacerlo el

(15) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 776, de la cit. fecha, t. VII. pág. 4719.

acuerdo y resolución del Congreso" (16). Se reunió apresuradamente éste en sesión extraordinaria secreta, y acordó que "La Regencia tome las medidas que está en sus facultades para evitar que el autor del adjunto papel turbe el orden de las sesiones del Congreso." La Regencia, por medio del Secretario de Gracia y Justicia, comunicó a las Cortes al día siguiente, que había "acordado se practicasen las más eficaces diligencias para detener y poner en la cárcel a don Gregorio Antonio Fitzgerald, para evitar que turbase el orden de las sesiones del Congreso, y que habiéndose verificado el cumplimiento", según lo participaba el gobernador de la plaza, lo comunicaba a las Cortes. Estas, en sesión secreta (día 22 de febrero) acordaron darse por enteradas y "que S. A. proceda en lo demás conforme a la Constitución y a las leyes" (17). Esta vez, no se trataba para Fitzgerald de un arresto arbitrario, y operaría el Capítulo III del Título V y de la Constitución ("De la administración de Justicia en lo criminal"), lo que expresamente encargaban las Cortes al citar a dicha carta con precedencia a las leyes.

En esta última sesión, se encargó a la Comisión de Justicia, que "a la posible brevedad despache el recurso de don Gregorio Antonio Fitzgerald". De todo ello se dió cuenta en la sesión pública del 23 de febrero (18).

Sobre ello dictaminó la Comisión de Justicia el 3 de marzo, en sentido de que... no había nada nuevo por "haberse devuelto al Gobernador de la Isla en 13 de agosto anterior por disposición del Tribunal especial de Guerra y Marina, a fin de que continuase la sumaria, completándola en debida forma". "No hay noticia en las Cortes de lo que se haya practicado desde aquella fecha; y para poder la comisión dar su dictamen sobre un asunto que ha llamado la expectación del público, opina que V. M. se sirva preguntar por medio de la Regencia al mencionado gobernador cuál ha sido el curso y cuál es el estado actual de dicha causa" (19).

Efecto del consiguiente acuerdo de las Cortes fué el oficio del Secretario de Justicia acompañando algunos documentos relativos al asunto, que pasaron a la Comisión de Justicia el día 26 de marzo de 1813 (20).

Y así desaparece el caso Fitzgerald de las actas de las Cortes de

(16) Cfr. *Actas de las sesiones secretas* de las Cortes, sesión del día 21 de febrero de 1813, pág. 791.

(17) Cfr. *Actas de las sesiones secretas* de las Cortes, sesión del día 22 de febrero de 1813, pág. 792.

(18) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 779, de 23 de febrero de 1813, t. VII, pág. 4742.

(19) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 785, de 3 de marzo de 1813, t. VII, pág. 4776.

(20) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 806, de 26 de marzo de 1813, t. VII, pág. 4890.

1810 a 1814, después de haber provocado gran ruido y expectación, y movido a las Cortes a tomar posición en un trascendental asunto; posición que después alteraron, por cierto.

2. Vamos a comentar ligeramente el asunto en sí, y la actuación de las Cortes a propuesta esencialmente, de su Comisión de Justicia, durante el desarrollo del mismo.

Se invoca por un particular la vulneración cometida por funcionarios públicos (militares), de dos normas constitucionales (indudablemente, los artículos 287 y 306 de la Carta fundamental, sobre detención de ciudadanos y allanamiento de morada).

La Comisión de Justicia da gran importancia a la invocación que se hace en la Constitución como vulnerada, diciendo que “es un delito de la propia clase que el de infracción de otras leyes del Código civil y criminal, con la sola diferencia de su mayor gravedad por el mayor respeto que merece aquélla sobre éstas” (dictamen, en sesión de 5 de agosto de 1812, antes cit.).

Por tanto, se estima que la Constitución, y en cuanto aquí nos afecta (Título V, Capítulo III, “De la administración de Justicia en lo criminal”), es una norma perfecta, que paraliza a cualesquiera otras que se le opongan; y de mayor rango que las contenidas en la legislación ordinaria. El artículo 286 de la Constitución, como se ve a través del dictamen presentado por la Comisión de Justicia a las Cortes el día 23 de noviembre de 1812 (21), aparece aquí como una garantía concreta, pues, al parecer, se trata de que el proceso se rija por él. Las Cortes han dirigido su atención hacia el art. 286, y así lo interpreta, a nuestro entender acertadamente, el dictamen referido, al expresarse en su texto: “La comisión cree que el objeto que se propuso V. M. al pedir el testimonio fué el de examinar por sí mismo si el tribunal procedía en esta causa con la brevedad compatible con las leyes, ejerciendo de este modo la inspección y vigilancia que deben tener las Cortes por la más exacta observancia de la Constitución...”.

Esta interpretación era muy lógica como consecuencia de la doctrina sentada anteriormente y aun en este último dictamen de la Comisión; declarábase la falta de jurisdicción de las Cortes para conocer de los supuestos delitos contra la Constitución, de un lado; pero por otro, el asunto estaba aún “sub iudice” ante la autoridad competente, por lo que la anterior declaración no podía cobrar efectividad temporánea; no se podía fijar, por hallarse el asunto pendiente ante un tribunal, si los hechos delictivos —diputados como tales, y contra la Constitución— por Fitzgerald, lo eran en realidad o no. Mientras tanto, sólo cabía a las Cortes hacer observar la Constitución, como reclamaba el cita-

(21) Art. 286. “Las leyes arreglarán la administración de justicia en lo criminal de manera que el proceso sea formado con brevedad y sin vicios, a fin de que los delitos sean prontamente castigados.”

do Fitzgerald, por razón de dilaciones judiciales (22), en relación con la brevedad exigida para el proceso por el artículo 286 de la Carta.

Las Cortes, a propuesta de la Comisión, se detienen ante el principio de separación de los poderes estatales. Sí, el atentado contra la Constitución es un delito, y "aún más grave" que el cometido al vulnerar otra ley (23); se puede reclamar por inobservancia de la Constitución, que es norma perfecta; pero hay que hacerlo ante la autoridad judicial. La reclamación a las Cortes, a tenor del art. 373 de la Carta, sólo lleva a éstas —según dictamen propuesto por la Comisión de Justicia, de 5 de agosto de 1812— a que "exciten al Gobierno a que cumpla y haga cumplir la Constitución y las leyes y a que haga que sean juzgados por el tribunal competente los infractores; deberán asimismo velar sobre si se hace así o no; deberá pedir que se les instruya y dé cuenta del resultado de los procesos de esta clase; y por último, si fuere necesario, deberá exigir la responsabilidad de quienes corresponda".

El texto de esta parte del citado dictamen, lo vemos basado implícitamente en el art. 131-1.º de la Constitución ("De las facultades de las Cortes".— Proponer y decretar las leyes, e interpretarlas y derogarlas en caso necesario"); en el 247 ("Ningún español podrá ser juzgado en causas civiles ni criminales por ninguna comisión, sino por el Tribunal competente, determinado con anterioridad por la ley" —principio del Juez legal—) y 254 ("Toda falta de observancia de las leyes que arreglan el proceso en lo civil y en lo criminal hace responsables personalmente a los Jueces que la cometieren"), en relación con el 373 (que la Comisión invocaba expresamente, como lo había hecho Fitzgerald. "Todo español tiene derecho de representar a las Cortes o al Rey para reclamar la observancia de la Constitución"). Pero todo ello, sin violar el límite de la separación del Poder judicial previsto en el artículo 243.

[Y nótese, en lo referente al art. 254, que aún no se había dictado la ley por la que el famoso recurso de nulidad se contrajo solamente a lo civil —Ley de 17 de julio de 1813— (24)].

De un lado, pues, el Poder judicial, a tenor del art. 243 de la Constitución, conoce jurisdiccionalmente (como es natural) del supuesto delito contra aquélla; de otro lado, el Poder legislativo, asume un papel concebido en términos algo vagos, de "tutela general" podría decirse, de la Carta fundamental.

Esto es, rige el principio de separación de poderes, y a tenor de lo hasta entonces previsto, las Cortes no entrarán a conocer del supuesto delito; pero asumen el papel de custodias de la Constitución, a través

(22) "Tres meses, decía Fitzgerald, van corridos desde aquel día desgraciado para mí..." (Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 655, de 12 de septiembre de 1812, t. V, pág. 3683.)

(23) Cfr. infra sobre la amplitud de la contravención a la Constitución y sus consecuencias, posteriormente (1813) prevista por las Cortes.

(24) Aunque esta ley dejó subsistente la posible exacción de responsabilidad a jueces y magistrados del artículo 254 y decretos de las Cortes.

del vehículo del art. 373 (en relación con el 372, de trascendencia ulterior); el 373 es así interpretado en su alcance y consecuencias por la Comisión de Justicia.

Las normas constitucionales que Fitzgerald alegaba —implícitamente— como vulneradas, eran naturalmente, penales (detención ilegal y allanamiento de morada, aunque especialmente el segundo pueda ser consecuencia de la omisión de una norma procesal); pero su alegación fué prematura y mal dirigida, puesto que ya conocía del asunto un Tribunal, por haberlo denunciado él mismo (recogido todo ello en el dictamen de la Comisión de Justicia de las Cortes de 23 de noviembre de 1812, a la vista del testimonio literal de las actuaciones que se le habían remitido por orden de aquéllas).

En cuanto a la norma que se puede considerar aludida después por el mismo (al referirse a las dilaciones que sufre y que parecen también recoger las Cortes, mostrando su impaciencia por la lentitud con que se desarrolla la cuestión), se trata de un principio general procesal, de economía, aunque su violación pudiera dar lugar a un delito (25) (26).

Para controlar la aplicación por el Tribunal —que era el especial de Guerra y Marina— del art. 286 de la Constitución, las Cortes, en su Decreto de 5 de agosto de 1812 —el primero emitido sobre este asunto— pedían a la Regencia les informase en el plazo de tres días sobre si era cierto que, efectivamente, dicho Tribunal conocía ya del problema planteado, y de ser así, del estado en que estaba. El resto del Decreto se hace eco ordenado del dictamen de la Comisión: las Cortes sólo quieren tener un testimonio en relación del proceso al final del mismo “a fin de que pueda enterarse del cumplimiento que tiene la Constitución y del modo con que se castiga a sus verdaderos infractores”.

Aparece así, como hemos dicho, el principio de separación de los poderes estatales, sin que las Cortes, por debido respeto al mismo, extraigan del art. 373, facultad instructora o decisora alguna, que vulnerase el 243.

Por otra parte, queda clara, en aquel momento —poco después se iba a tratar de ampliar la cuestión— la fuerza directa de ciertas normas constitucionales, como tales —y aún superiores a las de los “Códigos civil y criminal”, por vulneración de los derechos en ella garantidos. La garantía procesal del art. 286 es aquí una verdadera norma derivada de las penales en la Constitución incluídas.

(25) En todo caso, este principio debía ponerse en práctica a través de las leyes vigentes (de las que la de 9 de octubre de 1812 apenas había comenzado a desarrollar el nuevo ordenamiento procesal); si se tratase de leyes anteriores a la Constitución, se hubiera planteado aquí el ya conocido problema tan acertadamente tratado por CALAMANDREI (Cfr. *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*. Padova, 1950).

(26) Esta posible responsabilidad penal hubiera estado asegurada por el artículo 254 de la Constitución, que entraría en juego a través del 373 y del 372.

Nos hallamos ante un caso en que las Cortes tienen que construir doctrinalmente la solución del problema de las infracciones cometidas contra la Constitución, en un momento en que esas infracciones no están tipificadas; las Cortes se basan solamente en el espíritu de los principios que informan la Carta fundamental, la cual tiene valor de norma. Que las Cortes no quedan contentas —y podía suponerse que influye mucho en ese descontento, el caso Fitzgerald que ya era ruidoso— lo vemos después. Pero ese descontento no puede suplirse, por el momento, sino por una interpretación de la propia Constitución, y las Cortes se aplican a la del artículo 286.

Este enfoque dado al problema por las Cortes —enfoque procesal ante todo, no entrando en averiguación de los problemas de los supuestos delitos— se aprecia claramente en la propuesta de decreto que la Comisión de Justicia, a la vista del testimonio literal de lo hasta entonces actuado por el Tribunal, formuló en la sesión de 23 de noviembre de 1812; manifestación de descontento al fiscal togado, que no se mostró, a su entender, diligente en la tramitación de la causa, con apercibimiento que para el futuro anunciaba una posible exacción de responsabilidad. Las Cortes no aceptaron esta parte del dictamen, esto es, al menos implícitamente, se dieron por contentas con los argumentos esgrimidos por el fiscal para justificar su demora en el despacho del proceso.

Y para evitar ello, siempre con ocasión del asunto Fitzgerald, las Cortes dictan un acuerdo: “Que se prevenga por regla general a los tribunales que prefieran a todo otro asunto los relativos a infracción en la Constitución (27)”. Este acuerdo, redactado de modo casi idéntico (cfr. el texto, supra), es el Decreto de 28 de noviembre de 1812, en el que queda claro el alcance del principio de separación de poderes, y se declara a los tribunales guardadores directos y especiales (“preferencia”) de la Constitución en caso de “infracciones”, sin que se distinga sobre la calidad de éstas.

Cohonestando este importantísimo Decreto con los anteriores, las Cortes se reservan una posición superior, de guardadoras generales de las disposiciones constitucionales, al amparo del art. 372, del 373 y del 254 indudablemente.

Esto es, las Cortes, entregan la Constitución y su observancia (al menos, en una serie de casos) a los Tribunales, como si fuera una norma más, aunque sea la fundamental. Los Tribunales guardan así un arma preciosa; el legislador español, no está aquí —por el momento— inbuído por la misma preocupación que los juristas franceses del año 1790 (28).

(27) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 707, de 23 de noviembre de 1812, t. V, pág. 4012.

(27') Rechazada la parte del dictamen referente a expresarse por las Cortes su descontento al fiscal togado, este texto se adopta a propuesta del diputado Golfín (Cfr. *Diario de Sesiones* últ. cit., loc. cit.).

(28) Cfr. sobre ello, FAIRÉN GUILLÉN, *Sobre la recepción del recurso de*

Hay que prescindir aquí de la desdichada conducta de Fitzgerald que le acarrea un arresto por querer llevar su "representación" a las Cortes al terreno del escándalo. Aunque esto mismo no refleja sino que la causa y su marcha languidecían [si por razones justificadas o no justificadas, eso las Cortes no lo sabían, y así lo declara la Comisión de Justicia en la sesión de 3 de marzo de 1813 diciendo que "no hay noticia en las Cortes de lo que se haya practicado desde aquella fecha—desde el verano anterior—; y para poder la comisión dar su dictamen sobre un punto que ha llamado la expectación del público, opina que V. M. se sirva preguntar por medio de la Regencia al mencionado gobernador (de la Isla de León) cuál ha sido el curso y cuál es el estado actual de la causa"]. Y la causa languidecía, evidentemente, como consecuencia de la estricta observancia del principio de separación de poderes, que había llevado a las Cortes, a tenor del art. 243 de la Constitución, a no poder, por el momento, hacer otra cosa que velar desde lejos por la marcha del proceso en general, sin poder avocarlo a sí, ni recibir como querrela las quejas de Fitzgerald, para actuar, declarando o no la existencia de un delito contra la Constitución.

Ciertamente, que las Cortes no podían estar satisfechas, y no lo estaban, como vamos a verlo; mas el citado principio constitucional las tenía, por el momento, paralizadas, sin poder poner en marcha, por falta de datos, ni siquiera el mecanismo de exigir responsabilidad al Tribunal que conocía del asunto a través del art. 254 de la Constitución.

Todo esto hubiera podido obviarse, y obviarse asimismo el escándalo que Fitzgerald había producido ya (29), si las Cortes hubieran podido desarrollar una actuación más intensa cuando el citado individuo—que había cometido la imprudencia de denunciar su caso por vías diferentes— formuló su queja de infracción de la Constitución.

Las infracciones contra la Constitución que se denunciaban a las Cortes eran muy frecuentes; el descontento de las Cortes se había manifestado en su Comisión de Justicia con motivo de dictaminar el día 23 de noviembre; la "expectación del público", grande. Aún formulado el Decreto de 28 de noviembre, el mismo día de su publicación surgía en las Cortes otro asunto del mismo tipo; aprovechó la ocasión Muñoz Torrero, insistiendo en que la Comisión de Arreglo de Tribunales propusiera a las Cortes las reglas sobre responsabilidad, no sólo de jueces y magistrados, sino también de todos los empleados públicos, y las fórmulas "que las Cortes deberán usar en los casos de infracción de Constitución para poner el conveniente remedio, y hacer efectiva la responsabilidad de los infractores de la misma Constitución, confor-

casación en España (recurso de nulidad y recurso de casación), en ANUARIO DE DERECHO CIVIL. Madrid (en prensa). passim.

(29) Recordemos sus escritos destemplados a las Cortes y su abortado intento de provocar un escándalo en las propias Cortes desde la tribuna, lo cual evitaron éstas reuniéndose previamente nada menos que en sesión secreta para combatir lo proyectado.

me al art. 372" (30). Añadió Mejía como propuesta, que fué aceptada con la anterior: "Que se proponga igualmente la fórmula para declarar la formación de causa" (31).

La casi coincidencia cronológica de estos acuerdos en relación con el último paso del desarrollo del caso Fitzgerald, y descontento, al menos de ciertos diputados sobre la actuación del fiscal togado, nos hace pensar en una posible concatenación, fijada por las Cortes para poner mejor remedio en el futuro a las vulneraciones de la Constitución, mediante una mayor intervención en su tratamiento.

La Comisión de Arreglo de Tribunales (32) activó su trabajo, que presentó como proyecto en la sesión de 13 de julio de 1813 (33); nos llevaría muy lejos su examen y discusión. Y no es ésta aquí nuestra pretensión.

Pero conviene observar que la mentalidad de la Comisión ya no es la misma que la de la Justicia en los meses de agosto y noviembre de 1812.

Todos los delitos contra la Constitución —y su alcance es muy amplio— serán "juzgados por la jurisdicción ordinaria" (art. 28); pero los infractores podrán ser acusados, no solamente "ante el Juez y Tribunal competente, o ante el Rey, que los hará juzgar por quien corresponda" sino también "ante las mismas Cortes, conforme al artículo 373 de la Constitución." (Ha cambiado radicalmente la interpretación de esta norma.)

En tal caso, las Cortes habrían de nombrar "una comisión de su seno, ampliamente autorizada" para que "instruya un expediente a fin de apurar la certeza del hecho; y resultando éste en debida forma, con audiencia del acusado, declararán, oída la comisión, que en haberse hecho tal cosa se ha infringido tal artículo de la Constitución, o que no hay o no resulta infracción, si así fuese" (art. 31). Y "Declarada la infracción, mandarán las Cortes reponer todo lo obrado contra la Constitución y dictarán los remedios oportunos; el acusado quedará suspenso, y se pasará certificación de la declaración "al juez o tribunal competente, a fin de que sustanciada la causa conforme a derecho para acreditar más completamente quién es el reo, el grado de sus delitos y los perjuicios que haya causado, se imponga al delincuente la pena que merezca por el hecho ya declarado, según las circunstancias más o menos agravantes con que aparezca del juicio, dándose cuenta de las resultas a las Cortes y al Gobierno" (art. 31). En ello, "Los jueces y

(30) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 711, de 28 de noviembre de 1812, t. V, pág. 4030. En la corta discusión—que no aparece textualmente en el acta—intervino el diputado Calatrava.

(31) Cfr. *Diario de Sesiones* últ. cit., loc. cit.

(32) Ya había presentado parte de su trabajo en la sesión del 27 de enero de 1813 (Cfr. *Diario de Sesiones* cit., núm. 757, t. VII, pág. 4598 y s.).

(33) Cfr. el texto en el *Diario de Sesiones* de la fecha, núm. 910, t. VIII, pág. 5698 y ss.

tribunales procederán con la mayor actividad, prefiriéndolas (las causas de Constitución) a los demás negocios y abreviando los términos cuanto sea posible" (art. 33).

La fundamentación del art. 31 del proyecto, es muy curiosa; "Últimamente —dice— la comisión ha creído que cuando se denuncie a las Cortes alguna infracción de la Constitución, conforme a lo que ésta previene en los artículos 372 y 373, conviene mucho que las Cortes mismas, como conservadoras de las leyes fundamentales, sean las que declaren si hay o no verdadera infracción en el hecho denunciado, quedando a los jueces y tribunales competentes la calificación de las pruebas contra la persona acusada, la graduación de su delito, y la imposición de la pena que merezca según las leyes. En declarar las Cortes que tal hecho es contrario a la Constitución, no se puede decir que ejercen las funciones judiciales que les prohíbe el art. 243 de la misma, porque no declaran que tal persona cometió tal hecho, ni gradúan el crimen, ni la aplican la pena determinada por la ley, que son las funciones propias de los jueces; y si hubiese lugar a alguna duda, bastaría para quitarla el art. 372, por el cual se previene que las Cortes tomen en consideración las infracciones de la Constitución que se les hubiesen hecho presentes, para poner el conveniente remedio, y hacer efectiva la responsabilidad... Este encargo de poner el remedio conveniente en la infracciones de la Constitución autoriza a las Cortes, en tal caso, aun para más que la simple declaración de haber sido infringida; y es indisputable que la facultad de hacer semejante declaración es uno de los remedios más oportunos para que las Cortes contengan esta clase de delitos, y hagan efectiva la responsabilidad de los que lleguen a cometerlos" (34).

A pesar de esta hábil interpretación, la Comisión no puede evitar que ya su léxico indique cómo las Cortes, en tal caso, asumen facultades judiciales; esto se hace aún más claro, ya que del contexto del artículo 31 se ve que la declaración de infracción formulada por las Cortes vincula al tribunal, y lo mismo la de no infracción (art. 32) (solamente la declaración de que "no resulta infracción" es la que hace posible el acceso del acusador ante el tribunal "si proporcionare mejores pruebas"). El principio de separación de poderes, queda hecho elástico, en beneficio del legislativo.

El estudio de este curiosísimo proyecto hay que hacerlo en el seno del de la evolución de las ideas constitucionales de nuestros juristas, y de las influencias que recibían amén su propia experiencia —que era ya muy extensa en materia de denuncias de infracciones de la Constitución, una de las cuales hemos narrado en su desarrollo judicial y constitucional—. Cualquiera lector podría estimar: "El autor de esto ha leído primero el proyecto de Ley de 13 de julio de 1813, y luego ha desarrollado en torno al caso Fitzgerald las ideas del mismo." Y no ha

(34) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 910, de 13 de julio de 1813, t. VII, página 5698.

sido así, sino a la inversa. El caso Fitzigerald, como otros muchos, conduce, por sus pasos, a su conclusión, al proyecto de ley de infracciones a la Constitución de 13 de julio de 1813. Ante él podríamos adelantar una idea: si en 1811 y 1812 los legisladores de Cádiz demostraron no temer ni desconfiar excesivamente del Poder judicial, ulteriormente, esta desconfianza o temor, se fué produciendo o aumentando, al menos, hasta el mes de julio de 1813. ¿Influyó solamente la caótica situación de España en aquellos dos años, no valorada en ocasiones exactamente desde la Isla de León? ¿Influyeron ejemplos, experiencias, doctrinas importadas? Habría que pensar en todo, o en la elaboración de una doctrina, de la cual la Constitución de 1812 solamente nos da los primeros pasos, habiendo de seguirse toda la evolución del constitucionalismo español para comprender en cada momento la razón de ser de las relaciones entre Poder legislativo y Poder judicial, hasta llegar a nuestros días, en los que el camino tomado por las Cortes en 1813 se halla transformado.

Universidad de Valencia, abril de 1957.

La evolución del Derecho penal moderno⁽¹⁾ («contra corriente»)

ANTONIO QUINTANO RIPOLLES
Abogado fiscal del Tribunal Supremo

A Ivonne Marx, Castejón, Marc Ancel y J. B. Herzog, generosos defensores y amigos muy queridos, este pequeño desahogo tradicionalista.

El término de “moderno”, aplicado a cuestiones culturales, abunda en malentendidos que suelen desbordar lo meramente cronológico para situarse en lo valorativo. Bien que en su objetiva semántica haga mérito tan sólo a lo temporal (derivado de “modo” = “ahora”, “al instante”), su acepción corriente, desde que se incorporó al léxico latino medieval del siglo VI, con el gramático PRISCIANUS y el filósofo CASIODORO (2) adquirió un tono polémico, en sentido de vanagloria unas veces y peyorativo de censura otras muchas. Así, en los siglos XI y XII, cuando hizo irrupción en la Escolástica la gran corriente lógica del Nominalismo, que no reconocía realidad alguna a los conceptos ideales, el nombre de *moderno* tuvo para los innovadores un claro significado de mérito, en tanto que para los realistas lo tuvo de menosprecio (3). Doble y contraria acepción que volvió a usarse en la centuria siguiente, referido a la teología dominicana de ALBERTO MAGNO y SANTO TOMÁS DE AQUINO (aristotélica), frente a la tradicional franciscana de SAN AGUSTÍN (platónica). Y otra vez en el Renacimiento, en torno a las nuevas doctrinas filosóficas y aun a las teológicas de la Reforma, siendo desde entonces bandera de enganche para todas las innovaciones culturales o estéticas. Recuérdese, entre estas últimas, en el siglo XVIII, la gran querrela entre “clásicos” y “modernos” personificada en BOILEAU y PERRAULT. En el siglo XIX, al extenderse como un dogma el mito del Progreso indefinido revalorizado por la teoría de la evolución, es claro que el sentido de lo “moderno” adquirió una resonancia máxima, de valor supremo e indiscutible en casi todos los terrenos, salvo quizá el de la Teología, donde el “modernismo” fué el nombre con que se estigmatizó una de las últimas herejías.

(1) Este artículo es traducción y refundición de la Ponencia general sostenida por el autor en las III *Journées franco-espagnoles* de la Universidad de Toulouse, el 3 de mayo de 1957.

(2) EUCKEN: *Geistige Strömungen der Gegenwart*, 1878, anejo I al cap. II, a).

(3) PRANTL: *Geschichte der Logik im Abendland*, t. II, 82.

En el Derecho penal, que prácticamente nace para la ciencia en el siglo XIX, es claro que la denominación de “moderno” tuvo en seguida ese prurito de valor en sí, identificado a lo “bueno” frente a lo “antiguo”, sinónimo a lo “malo”. Pero, aun siendo achaque del siglo, lo fué mucho más de una determinada dirección científica, la del Positivismo italiano, que legó el prejuicio de “modernismo” y “juventud” a todas las corrientes nacidas más o menos confesadamente bajo su signo. Así la de VON LISZT, denominada por antonomasia la *Junge Schule* y actualmente la de Defensa social, que pretende acaparar inconsiderablemente el título de “moderna”, como si en el tiempo no pudieran coexistir otros movimientos que los subsiguientes a épocas pretéritas y definitivamente arrumbadas. Es ésta una pretensión contra la que creo es un deber el reaccionar, no sólo por presuponer una especie de “coquetería” al alardear de eterna juventud —lo que es indudablemente excesivo—, sino por entrañar un equívoco juego de vocablos y, lo que es más grave, de valores, muy susceptibles de halagar a la verdadera juventud, por aqueo de *similis similia adorant*, y a las masas, educadas en el aludido prejuicio décimorónico y progresista de identificar “modernidad” a “bondad”.

Se me permitirá hacer notar, aunque quizá para espíritus críticos sea innecesario, la relatividad de una noción que en sí misma carece de contenido absoluto más allá de lo meramente temporal. Puesto que lo que es moderno hoy será antiguo mañana, tan fatalmente como lo antiguo de ahora fué moderno de ayer. Conviene precaverse, pues, contra las peligrosas y frecuentes carreras inconsideradas hacia la modernidad, que tantas veces han abocado en lo científico, por no hablar de otros terrenos, a consecuencias bien lamentables. Pues, al fin y al cabo, no se trata en el Derecho penal de una intrascendente querrela estética, como la de preferir Picasso a Rafael o Apollinaire a Racine, sino de decidir sobre valores fundamentales para nuestra cultura, o al menos, para la existencia misma del Derecho penal, que es uno de sus más seguros baluartes.

En efecto, el modernismo —con unos u otros nombres, lo cual poco importa—, no se conforme en Derecho penal con mutaciones de doctrina o de estilo, por así decirlo, sino que pretende nada menos que arruinar las dos nociones básicas de “derecho” y de “pena”. Consecuencia ante la que no han retrocedido, siquiera sea para el futuro, penalistas-juristas insignes, como para no citar más que españoles, SALDAÑA y JIMÉNEZ DE ASÚA, quizá porque siguiendo con perfecta lógica una cierta trayectoria del sedicente pensamiento “moderno”, es inevitable tal corolario. Así, según SALDAÑA, “el delito no será en el porvenir otra cosa que una especie de accidente susceptible tan sólo de una demanda de indemnización de daños y perjuicios”, reservando al Derecho penal el modesto papel de “agentes de enlace entre la Criminología y la Penología” (4). En cuanto a JIMÉNEZ DE ASÚA, bien conocida es su repetida profecía de que “la Criminología se tragará al

(4) SALDAÑA: *La Criminologie nouvelle*, París, 1929, pág. 150.

Derecho penal" (5). Bien es verdad que al hacer tan atrevidas afirmaciones, ambos maestros de Madrid no dejaron por eso de proceder, cuando llegó el caso, como juristas consumados, puesto que al hablar así lo hicieron en el papel, arriesgado si los hay, de sendos profetas. Sin embargo, con semejantes profecías puede favorecerse, y de hecho se favorecen, equívocos sumamente perniciosos para el Derecho penal, facilitando el proceso teóricamente creciente de su "desjuridización" y "despenalización", valgan los neologismos.

Se explica que un tal movimiento, aun aceptado proféticamente para un más o menos lejano porvenir por grandes penalistas, haya nacido no en el seno del propio Derecho penal, sino en el terreno periférico de las ciencias criminológicas, cuyas pretensiones "imperialistas", han sido recientemente denunciadas por el Profesor Jean GRAVEN. Ha sido la Criminología, en efecto, ciencia auxiliar del Derecho penal, la que, ensoberbecida por su "modernidad", ya que no por sus modestos éxitos reales, ha pretendido desbanicar a nuestra disciplina, reproduciéndose una vez el conocido episodio de la *Serva Padrona* de la comedia italiana. Pretendido y hasta conseguido en gran parte de la doctrina, puesto que en nuestro campo son demasiado abundantes las deserciones, en número más que en calidad, para justificar quizá un día la gran paradoja de que el Derecho penal moderno no sea ni derecho ni penal.

Con nombres más o menos originales y atractivos, bien que impropios muchas veces, pero con idéntico propósito de ataque destructor, se pretende desterrar a un oscuro pasado irremisiblemente muerto ideas que son, sin embargo, fundamentales para el Derecho penal, tales como las de responsabilidad, legalidad y retribución, que se califican alegremente de supervivencias anacrónicas, motejando a sus mantenedores de reaccionarios impenitentes. A pesar de tan fieros epítetos, creo que merece la pena de arriesgarse a merecerles en defensa de las esencias vitales del derecho penal, tan de cerca amenazadas por la cada día más potente y atrevida empresa de demoliciones que se permite monopolizar el título de dirección moderna. Al fin y al cabo, si bien se miran las cosas, se es siempre reaccionario de alguien, como dijera ORTEGA, y en el eterno devenir de las ideas —los *corsi* y *recorsi*, de VICO— revolución y reacción no significan mucho más que los movimientos de los canchales de una noria, que descienden un momento para elevarse inevitablemente en el siguiente.

De otra parte habría también que demostrar, cosa que no se ha hecho en modo alguno y que estoy lejos de aceptar, que en el problema que nos ocupa se trate exactamente de ideas de revolución o de reacción, ni siquiera, quizá, de modernismo o antigüedad. Las pretensiones de explicación causal-materialista del delito, esto es, criminológicas, distan mucho de ser tan modernas y científicas como sus actuales man-

(5) Hizo J. DE ASCÁ por primera vez este augurio en la obra *Temas penales*, Córdoba de Argentina, 1931, reproduciéndolo en *La Ley y el delito*, página 83. y en su *Tratado*, t. I, 1950, pág. 37, donde explica y limita su alcance.

tenedores alardean. Bastaría recordar el milenarismo aforismo gálico del *animi mores temperaturam sequuntur* y hasta el papel reservado al *fomes* en una disciplina tan exquisitamente espiritual como la de la teología moral medieval. En cuanto a las pretensiones humanitarias, a las que luego he de aludir con más detenimiento, se olvida que la crueldad ni aun la dureza fué siempre un signo característico del antiguo derecho. Este no fué precisamente injusto y censurable por ese carácter de severidad, sino por otros graves defectos técnicos, tales como la falta de proporción entre delitos y penas, la desigualdad personal, la ausencia de un criterio de culpabilidad, el arbitrio desbordando los límites de la legalidad y otros de parecido jaez; algunos de los cuales, por cierto, tratan de ser restaurados con disfraces más o menos ingeniosos los sedicentes modernistas de nuestros días. En cuanto a la dureza de las sanciones, no vale tampoco, sin más, como signo distintivo entre el Derecho penal antiguo y el moderno, aun referido aquél al del *ancien régime* de los épocas más remotas. Es toda una escala de valores y, sobre todo, los medios procesales y de ejecución los que de verdad han sufrido las más radicales mutaciones. También, sin duda, el nombre y la descripción de los delitos, aunque ello suponga un progreso muy relativo, ya que lo cierto es que su número no ha hecho más que acrecerse a través de los siglos, singularmente en los últimos tiempos, donde se denuncia por doquier una innegable inflación de normas penales con los tristes resultados de todos conocidos. Se olvida, por ejemplo, que en la alta Edad Media la muerte de un hombre se castigaba, en la mayor parte de los países, con una simple pena de multa, y que durante siglos y siglos, singularmente en las legislaciones germánicas y germanizadas, la composición colmaba las necesidades represivas en delitos que hoy nos parecen de suma gravedad; criterios de benigno proceder que los modernistas más humanitarios no osarían actualmente proponer. Y si es verdad que en las mismas épocas se quemó a los herejes y hechiceros, no lo es menos que nuestro tiempo ha conocido también sus sucedáneos modernistas, las cámaras de gas y los fusilamientos por pretendidos crímenes de opinión de no muy diverso tenor que las antiguas herejías.

Pero, en fin, no se trata aquí, naturalmente, de hacer una intempestiva apología del pasado, que no por serlo fué mejor, verdad reconocida hasta por los poetas. Menos todavía de rehabilitar el Derecho penal medieval, ¡pues no pretendo, ciertamente, ser tradicionalista hasta tal punto! Lo único que quisiera es levantar mi voz, modesta, pero sincera, contra las pretensiones ambiciosas de ciertos criminólogos y, sobre todo, contra las ideas "derrotistas" de penalistas que, consciente o inconscientemente, les hacen el juego en sus propósitos de privar al Derecho penal de su contenido —no antiguo ni moderno—, sino esencial. Aun a trueque de violar con ello el tácito armisticio de escuelas, pues pienso que la denominación de paz obedece a un criterio de definitiva permanencia que está lejos de reflejarse en la realidad. La de armisticio me parece más procedente, y eso contando con que el callar de las armas, que no otra cosa significa el vocablo, es cier-

to sólo del lado de los penalista-juristas, puesto que por el de los criminólogos, positivistas, defensores y demás, el armisticio es aprovechado concienzudamente para avanzar sus líneas y socavar las nuestras con sus demoleadoras piquetas. No es, pues, un prurito de belicosidad el que me mueve, sino el de responder a reiterados ataques directos o solapados que al Derecho penal se hacen.

Entiendo que el Derecho penal debe, ante todo, permanecer siendo Derecho, es decir, una disciplina normativa y valorativa al servicio de una idea superior de justicia. Con lo que, dicho sea de paso, se le sitúa a una igual honesta distancia del positivismo criminológico y del positivismo jurídico "vergonzante", que no otra cosa es, en efecto, el denominado tecnicismo o dogmatismo *italico modo*, al menos el de la primera generación antifilosófica de Rocco y Manzini.

Lo cual no quiere significar, en modo alguno, que no se reconozcan los méritos históricos de una y otra dirección. El del positivismo penal ha sido, sin género alguno de dudas, el de haber creado las bases de la criminología científica en su triple perspectiva antropológica, psicológica y sociológica. El mérito de la dirección técnico-jurídica, por su parte, fué el de reaccionar contra los excesos naturalistas del positivismo penal de comienzos de siglo, que ya pretendía hacer de nuestra disciplina un pálido satélite de las ciencias naturales, las solas mercedoras a la sazón del nombre de "ciencias". Ambos movimientos, empero, degeneraron por el abuso de sus respectivas premisas: el tecnicismo jurídico abocando a un estéril formalismo legalista, variante de la vieja escuela francesa civilista de la exégesis, por lo que queriendo huir del Scila del positivismo penal se cayó en el Caribdis del positivismo jurídico. El positivismo penal de la *Scuola*, en fin, al ensanchar desmesuradamente los horizontes de las ciencias penales, dió entrada en ellas al dilettantismo más desenfrenado. Se ha encontrado más fácil, o por lo menos más interesante, espigar los campos de la Psicología o de la Sociología que perseverar en la austeridad de las instituciones jurídicas, con lo que los resultados para la ciencia del Derecho penal han sido catastróficos en determinados sectores, notablemente franceses, belgas y americanos. No así, empero, en Alemania, donde a pesar del ejemplo ilustre, pero equívoco, de Von Liszt, se ha conservado prácticamente en toda su integridad el respeto a las esencias jurídicas de nuestra ciencia. En Italia y en España, en términos generales, las fuerzas aparecen equivalentes, más belicosas sin duda en aquel país y más pacíficas hasta ahora en el nuestro. En todos ellos, sin embargo, salvo en Alemania, basta echar la vista sobre cualquier catálogo de librería, revista o actas de congresos científicos, para convencerse del cada vez más reducido espacio que se reserva en ellos a los problemas estrictamente jurídicos. Mas no es este quizá el mal mayor, que, a mi modo de ver, reside sobre todo en el confusionismo y en la tergiversación de las cuestiones, tan frecuentes como perniciosas en esta materia. La culpa de esto corresponde íntegramente a la criminología, mejor dicho, a dos defectos que hoy por hoy la aquejan en grado superlativo: el exceso de ambición —el "imperialismo" de que

hablara Graven (6)— y el de la confesada ausencia de metodología propia digna de este nombre, cuya carencia púsose de manifiesto en el II Congreso de Criminología de París, en 1950 (7). En dicho certamen, dos de los criminólogos más insignes de nuestro tiempo reconocieron noblemente las insuficiencias actuales de la especialidad, abandonando la tónica megalómana que la tradición italiana le asignara, todavía bajo los efectos de lo que tarde denominó “heroica embriaguez de cientifismo”. Me refiero al americano Thorston Sellin, que denominó con amarga ironía a los criminólogos “reyes sin reino”, y al belga De Greef, que admitió la imposibilidad de definir criminológicamente el delito sin referencia a las concepciones jurídicas, lo que vale tanto como reconocer su dependencia de lo penal.

Por parte de no pocos penalistas, aun los ganados a las tesis moderadas de la defensa social, en Francia notablemente, se ha observado de un tiempo a esta parte un laudable propósito de síntesis, cuyo más autorizado campeón viene siendo el magistrado francés Marc Ancel, autor de la valiosa monografía sincretista que lleva por título *La défense sociale nouvelle*. Con ello ha puesto no poco plomo en las alas de la *difésa sociale* ortodoxa, la de Gramatica y sus secuaces, procurando una ciertamente deseable armonía entre los postulados criminológicos y positivistas con las mínimas tradiciones del Derecho penal jurídico. Por plausible que sea este movimiento defensivo francés, al que sigue en parte en Italia el profesor Nuvolone (8), cabe dudar de que ese propugnado sincretismo sea suficiente para contener el ímpetu arrollador de las nuevas tendencias, que por ser o creerse jóvenes se sienten, como tales, iconoclastas. La concordia y armonía son ciertamente virtudes apreciadas, pero hay ocasiones, en la ciencia como en la vida, en que es menester adoptar en vez de ellas posturas de combate, tanto más justificadas cuando, como en el caso presente, son auténticamente defensivas. Al socaire del pacifismo, que es a veces desgana, escepticismo o indiferencia ante valores que deben ser capitales, la defensa no es sólo un derecho, sino un deber. Y capital es para el Derecho penal el mantenimiento de su rango de ciencia normativa, en lo metodológico, y de sus esencias justicialistas, en lo ontológico. Valores en trance de perecer ahogados bajo la tupida fronda del psicologismo, el sociologismo y otros “ismos”, reducibles casi siempre a los de un “periodismo” de aficionados de la peor especie, de médicos sin pacientes y abogados sin pleitos. Es aleccionador, a este respecto, releer los valientes trenos del gran Binding, al declinar el siglo pasado, cuando el peligro, sin embargo, no hacía más que apuntar. ¡Qué no diría hoy el genial y cáustico dogmático de Leipzig al contemplar la

(6) GRAVEN: *Où va la Criminologie?*, trabajo anticipado en “Revue de Criminologie et de Police technique”, Ginebra, 1950, IV, 303.

(7) V. las actas y recensión de J. B. Herzog, en “Revue Internationale de Droit pénal”, 1950, pág. 616; asimismo el muy interesante artículo del mismo autor, *La Criminologie et la justice pénale*, en la “Revue de Droit pénal et de Criminologie”, 1950, diciembre.

(8) NUVOLONE: *Droit pénal et Criminologie*, en “Revue Internationale de Droit pénal”, II-III, 1952, pág. 157.

insigne fortaleza del Derecho penal a punto de ser dismantelada, abierta a todos los vientos, y no precisamente los del espíritu!

Cuando se dice, como es corriente en todas las lenguas y tonos, que no hay delito, sino delincuente, que la prevención general debe ceder el paso a la especial de corrección y resocialización, que la culpabilidad ha de reemplazarse por un criterio objetivo de estado peligroso y que la pena no es más que un resto de sadismo reprimido, a sustituir por un tratamiento sin otro norte que la utilidad, no se hace otra cosa que demoler el Derecho penal, que, sin las nociones de "delito" y de "pena" sería la más patente de las contradicciones lógicas. Muchos son, sin embargo, los penalistas que llegan confesadamente o en formas encubiertas a tal consecuencia de radical abolicionismo, congratulándose de que el Derecho penal lleve camino de ser una pieza de museo. Es ciertamente un punto de vista que, a título de anhelo personal, me parece sostenible y hasta respetable, como cualquier *desideratum* noblemente sentido. Es incluso lógico en un clima ideológico de anarquismo, como el que sirviera de telón de fondo a los pensamientos de un Tolstoi o un Dorado Montero. Resulta, en cambio, de una inconsecuencia lindante con el suicidio el querer mantener semejantes criterios dentro de unas mínimas exigencias de conservación social y, sobre todo, de las realidades jurídicas vigentes, que tan netamente juran con tales ideologías.

Un civilista podrá pensar personalmente que la propiedad es un robo, o bien que el amor libre es preferible al matrimonio monógamo, pero en tanto que *jurista*—juez o profesor— no podrá negar en modo alguno que la propiedad y el matrimonio existen, debiendo trabajar conforme a la realidad innegable de dichas instituciones, según las normas previstas en el Código civil. Y es que el civilista jamás osa negar el Derecho civil, como el comercialista tampoco negará la realidad del Derecho mercantil; solamente en el campo del Derecho penal es dable señalar incongruencias de tan absurdo calibre, puesto que hay penalistas, en efecto, que desconocen el papel de las leyes como entidades creadoras de delitos y de las penas como sanciones debidas a las culpas contraídas. En suma, penalistas que niegan la existencia del Derecho penal o que reclaman abiertamente su pronta desaparición. Callar ante estas exigencias, cada día más extendidas, y aun contentarse, como en Francia y España ante tácticas de conciliación y coexistencia, puede interpretarse como una aceptación de derrota que nada justificaría. El momento de dar la voz de alarma, tras de tantos años de silencio, parece llegado, sin vano temor a parecer por eso anticuados o reaccionarios. La vida y la historia no son, en definitiva, más que cambio continuo, eterna oscilación de un péndulo, que pasa siempre más veces por el centro que por los extremos. El gran Enrique Ferri, cuyo centenario fué justamente glorificado el pasado año, proclamó un día como grito de combate de su escuela positivista el de *¡contro corrente!* La corriente, entonces, era la del clasicismo, cuyos vicios de conformismo y exceso de abstracción, hijos de un luengo período de pacífico triunfo, se habían demostrados ciertos. Hoy, por

el contrario, el nuevo lema de "contra corriente" sería igualmente oportuno, pero dirigido esta vez contra la corriente del positivismo, tan estancada en un ciénago de lugares comunes como el clasicismo de hace un siglo.

Me interesa mucho volver a precisar que la aludida posición no significa menosprecio alguno frente a la magnífica y útil ciencia de la Criminología, que soy el primero en celebrar. Lo que se pretende no es otra cosa que delimitar con precisión los campos, una mera labor de *finium regundorum*, reclamando para el Derecho penal el mínimo privilegio de permanecer amo en su propia casa, libre de injerencias extrañas, confesadas o encubiertas bajo los lomos de tantos "caballos de Troya" como pululan en ella. Podrá parecer a primera vista demasiado simple esta pretensión, pero quizá resulta demasiado ambiciosa, vista la increíble extensión de las actividades de intrusismo en la materia.

Acabo de citar el ejemplo del Derecho civil y he de volver una vez más a él para sacar de sus enseñanzas consecuencias que pueden ser instructivas para el penal, pues no en vano ha sido aquél, y sigue siendo en gran parte, el más seguro guía de la teoría y práctica de la jurisprudencia. Pues bien, también en el campo del Derecho civil se plantean a cada momento cuestiones que afectan de modo inmediato a la persona humana, puesto que todo derecho no es más que una creación del hombre y para el hombre, "vida humana objetivada", en la luminosa definición de Recasens Siches. Así, en el contrato, es menester el concurso de un elemento psicológico —la voluntad libre, y aun de un factor antropológico—, la capacidad. Lo cual no ha sido obstáculo para que los civilistas, en lugar de perder su tiempo en vanas disputas psicológicas o antropológicas, dejen ese terreno a los especialistas, limitándose al estudio de las instituciones puramente jurídicas.

Otro tanto y aun más pudiera decirse de los estudios sociológicos, ya que la Sociología es, al parecer, el mito predilecto de nuestro siglo, como las ciencias naturales lo fueron del XIX, la Filosofía del XVIII y la Alquimia de la Edad Media. Es un fenómeno general el de la intrusión del sociologismo en el Derecho, pero en ninguna rama de él los estragos han sido tan visibles como en el penal, donde la tónica confusionista es casi la regla. Pues aquí también el mal radica en la mezcla inconsiderada de conceptos, no en su cultivo separado, que hasta puede asegurarse resulta beneficioso. El ejemplo del Derecho privado es otra vez valioso en el asunto. Así vemos que cuando un civilista quiere hacer sociología lo hace separadamente, sin confundir las nociones ni las técnicas. Nuestro Castán cuando escribió su precioso opúsculo "La crisis del matrimonio", Ripert, su "Declin du droit", o Savatier, su "Metamorphoses", procedieron como sociólogos, mientras que en sus respectivos "Tratados" quedan siempre en la línea de la técnica jurídica más exquisita.

En lo tocante a instituciones, por ejemplo, la del matrimonio, el jurista no se ha de preocupar, en tanto que jurista, de cuestiones que

notoriamente rebasan la esfera de su disciplina; sería absurdo, sin duda, que se propusiese un fin extrajurídico como el de la fidelidad de los cónyuges, pongo por caso. Ahora bien, en el Derecho penal, donde el confusionismo es de rigor, cree el penalista que su misión no se agota con el estudio del delito y de la pena, sino que ha de perseguir, por añadidura, la felicidad o la corrección del preso. Yo no digo que esto carezca de interés; lo tiene y muy grande, como en el matrimonio el porvenir de los contrayentes, pero me atrevo a sostener que ello no es cometido del jurista, que debe ceder el paso al sociólogo o al pedagogo, con técnicas y fines totalmente diversos de los jurídicos. Claro es que en ese terreno de cesiones ha de estarse a la recíproca, y que el sociólogo o el pedagogo nada tienen que hacer a la hora de definir conductas delictivas o de exigir responsabilidades.

La primera condición para la tarea de delimitación de terrenos es, en toda evidencia, la de pureza metodológica. Tiempo ha lograda en la doctrina abstracta, sobre todo desde la distinción entre ciencias causal-explicativas y normativas, que fué gloria de la Escuela Sudoccidental alemana de filosofía (con Windelband y Rickert, notablemente), los resultados prácticos en Derecho penal no han sido demasiado satisfactorios. En la misma Alemania, donde la pureza metodológica es bien conocida, Von Listz incitó, siquiera indirectamente, al confusionismo con su ambiciosa idea de la *Gesamte Strafrechtswissenschaft*, que sigue dando nombre a la famosa revista por él y Dochow fundada. Moderno artífice del confusionismo es Guillermo Sauer, con su doble quimera de un "Derecho penal criminológico" y de una "Criminología normativa" (9). Bien sé que, a este respecto, existe en la filosofía más moderna, americana sobre todo, una cierta tendencia a distanciarse de la distinción metodológica de la Escuela Sudoccidental alemana o de Baden. Es portavoz de tal dirección el profesor de lógica de Nueva York, Morris Cohen, que pretende normativizar las ciencias naturales, introduciendo en ellas factores de tipo valorativo. Mas no por eso han de apresurarse a cantar victoria los "naturalistas", dado que si bien se considera la cuestión, la pretendida "normativización" de las ciencias naturales constituye, al fin y a la postre, un triunfo de las jurídicas, y no lo contrario.

En virtud de lo dicho, pienso que las relaciones entre derecho penal y criminología, en amplio sentido, han de ser de absoluta separación, que no implica divorcio ni ausencia de mutuos contactos. A este respecto es siempre de valor la vieja fórmula de nuestro clásico antropólogo Jerónimo de Merola, quien en su "República original sacada del cuerpo humano" (1586) decía, refiriéndose a la Medicina y a la Moral, que ambas disciplinas debieran vivir a modo de "monarquías absolutas y soberanas", pero aliadas. El *quid* está, naturalmente, en que esa alianza no degenera, como tan a menudo sucede, en intrusismo o intervención. Respecto a la batallona cuestión de precedencia y rango,

(9) En su *Juristische Methodenlehre*, de 1940, así como en *Criminologie als reine angewandte Wissenschaft*, de 1950.

tan baldía como todas las de su especie, me parece que ha de resolverse según la perspectiva en que su respectivo cultivador se coloque. Para el penalista la Criminología ha de ser auxiliar, lo que no es óbice para que, a su vez, para el criminólogo sea la auxiliar el Derecho penal. La idílica propuesta de paz ideada por Crispigni con la denominación de "ciencias hermanas" me parece retórica en demasía, y hasta cursi.

En la imposibilidad de revisar todos y cada uno de los tópicos teóricos y prácticos en que abunda el modernismo positivista, singularmente en su versión de la defensa social, he de referirme a los dos más visibles y aparentemente valiosos: el del utilitarismo y el del humanitarismo. Nada había que objetar a ellos, ciertamente, pero a condición de que no pretendan subsistir el norte y fin último del Derecho, que no es otro que el la Justicia. En vano ha de alegarse por alguno, al escuchar este nombre, a las desacreditadas "nieblas metafísicas" con que el viejo Ferri estigmatizaba todo lo que le parecía desbordar el linde de sus prejuicios naturalistas, pues esa noción, antigua o no, sigue siendo el *ontos* de lo jurídico y la *ratio essendi* de nuestra cultura. Como tal posee un valor absoluto e indeclinable, aunque no haya mal mayor en variar un tanto el *telos* del conocido aforismo kantiano del *Fiat Iustitia et pereat mundus* por el de *ut ne pereat mundus*.

La idea de utilidad, divorciada o meramente desconectada de la suprema de Justicia, es la pura y simple negación del Derecho y hasta de la civilización, lo cual es harto más visible precisamente en el ámbito de lo penal. Aquel famoso argumento que gustan repetir como meritorio los abolicionistas de la pena de muerte, de que "más vale un hombre vivo que muerto", ideado por Voltaire y repetido por nuestro Sarmiento, me parece de una ramplonería suma y, en el fondo, de un absoluto desprecio a los tan decantados valores humanos. ¡Vale tanto como asimilar el hombre a una res, a la que, en efecto, es lícito golpear, pero resultaría absurdo matar, puesto que el dueño se privaría de su provechoso trabajo! Eso sin contar con que el utilitarismo, singularmente el de tipo hedonista, que es el más ortodoxo, el del Bentham, se halla siempre abocado a la inseguridad de destino, por cuanto que habrá que determinar el sentido y alcance de término tan relativo como el de lo útil, y concretamente su frecuente antinomia entre lo público y lo privado. Aun aceptando la primera acepción, de utilidad pública o general, el principio es susceptible de llevarnos a la vieja fórmula de tiranía, el *Salus populi suprema lex*, remozada por la moderna definición nazi de "es justo lo que aprovecha al pueblo alemán e injusto lo que le perjudica". He aquí cómo la lógica implacable del utilitarismo nos conduciría, como a los positivistas integrales de Rusia y Alemania, al tiro en la nuca o a las cámaras de gas...

Para paliar tan tremendas consecuencias a que la lógica utilitaria conduciría, el defensismo occidental gusta últimamente zambullirse en un océano de tópicos humanitarios y lacrimosos cuya contradicción con las premisas positivistas y naturalistas es evidente. Al menos la pri-

mera generación de la *Scuola* era consecuente con sus afanes de lucha, evolución y selección, cuyo mal evangelio fuera la *struggle for life* darwiniana. Se recordarán las nietzscheanas comparaciones de Lombroso, Ferri y, sobre todo, de Garofalo, asimilando el criminal al gorila, a la serpiente y al perro rabioso, así como los drásticos medios de combate a base de exterminio. A este respecto hay que reconocer que el defensismo de hogafío ha dado decididamente marcha atrás; lo cual habrá de computarse, al fin y al cabo, como un mérito, pues en la dura disyuntiva en que se hallaban, más vale faltar a la lógica que a la humanidad. Aunque en lo estrictamente científico, desgraciadamente, es la lógica la que cuenta; y de ahí una de las fallas más notorias del actual sistema.

En primer lugar, el humanitarismo defensista, sobre todo cuando se prevale de la táctica de jeremiadas, como es casi de rigor en ciertos sectores de vanguardia, resulta contradictorio con la propia tesis defensista. Pues la defensa es claro que no lleva en sí fines de beneficencia ni de corrección, sino de estricta utilidad: Así, cuando se acepta la legítima defensa individual contra el bandido que nos ataca, nadie nos obliga a su conversión ni nos impide causarle mal e incluso la muerte. No se comprende bien la razón de por qué haya de limitarse con fines correccionales el principio de defensa social. O, si se prefiere, la primacía de la finalidad correccional o resocializadora, por qué se insiste en prestarle el nombre equívoco de "defensa". En todo caso hay que reconocer que la "defensa social", así nombrada, ha degenerado (o se ha regenerado, la cuestión es discutible) en "defensa individual" (10).

En el punto que nos ocupa, el defensismo, al repudiar las soluciones energicas y utilitarias de su antecesora la Escuela Positiva, ha adoptado las viejas cantilenas románticas del correccionalismo, limitándose a sustituir los vocablos de "corrección" o "enmienda" por los de "readaptación", "resocialización" y otros semejantes, viniendo a ser una especie de "correccionalismo socializado", conforme a los patrones hoy tan de moda de lo socializante. Le queda siempre, no obstante el regusto de ingenuidad y utopismo que caracterizó al correccionalismo, tan en desacuerdo con las realidades de la vida. Se considera al crimen con una mentalidad a lo Dickens, en tanto que producto de una infancia desgraciada, horra de cuidados materiales y espirituales, o bajo prejuicios de clínica, a modo de una enfermedad susceptible de ser tratada en quirófanos o campos de reposo... Pero se olvida que estos *clichés* no comprenden en realidad más que ciertos casos prácticamente insignificantes al lado de la inmensa variedad del mundo criminal efectivo. Se acordaría, todo lo más, con ciertos latrocinios insignificantes o con algunas acciones más propias, en efecto,

(10) A este respecto mi ilustre Co-pONENTE en las *Journées* de Toulouse, Profesor Roger Merle de dicha Universidad, que pese a su auténtica juventud se adhirió enteramente a mi tesis tradicionalista, hizo ver ingeniosamente cómo la defensa social, en la lucha contra la "epidemia" del crimen, ha optado al fin por ponerse del lado de los "microbios".

de la clínica que del Derecho. Al lado de ellos hay, sin embargo, todo un mundo de delincuencia cerca del cual los tópicos reeducadores no tienen absolutamente nada que hacer, o, por lo menos, bien poco. Hay, por ejemplo, el criminal pasional, el político, el imprudente, el especulador del mercado negro, el usurero y tantos más, para quienes toda tentativa de corrección resulta un contrasentido, cuando no una ironía. Piénsese en la idea peregrina de "resocializar" un Himmler o una "Bestia de Belsen", instruyéndoles en las ventajas de la democracia, o en reeducar a un banquero en quiebra fraudulenta, enseñándole el honesto oficio de fabricar cestos de mimbre... y así sucesivamente a lo largo de los catálogos de infracciones de los códigos penales.

Las ideas semisentimentales semidefensistas que pretenden desterrar del Derecho penal la noción cardinal de pena, no se limitan tan sólo a acreditarse ingenuas y utópicas, en lo que habría ciertamente poco mal. Lo peor es que con su difusión resultan susceptibles de ocasionar resultados bastante más ciertos y peligrosos, pese a su utopismo e ilogismo. Son ideas que, de arraigar, debilitan o anulan el valor intimidativo de la pena frente a los eventuales justiciables, y hasta contribuyen, en mayor o menor medida, a la pérdida de firmeza y certidumbre por parte de los jueces llamados a pronunciar los fallos.

Sobre el primer plano a que acabo de aludir, el de la prevención general, la benignidad extrema de las penas, y nada digamos de su abolición o transformación en medidas pedagógicas, que prácticamente viene a ser lo mismo, produciría en los criminales *in potentia* efectos cuyos peligros no hace falta señalar, pues son obvios para cualquiera que no se halle cegado por el más denso utopismo. Es fácil y frecuente dudar de la eficacia del aparato penal represivo, porque éste no logra acabar con la criminalidad. Argumento capcioso si los hoy, que llevaría a denegar la razón de ser de la medicina porque no acaba con la muerte o con el derecho internacional porque no acaba con las guerras, o de la economía por no hacer desaparecer la miseria, y así sucesivamente. En cambio se olvida, pese a cercanas y bien tristes experiencias, cual es el terrible resultado de las "vacaciones de legalidad" a que dan lugar guerras y revoluciones. Es entonces cuando el Código penal vaca y el impunitismo aparece asegurado, cuando se desatan las peores pasiones multitudinarias, incluso en personas que normalmente siempre consideramos como honestas e inofensivas, haciendo verdad el aforismo spinoziano del *Terret vulgus, nisi metuat* (11).

Aun circunscrito el problema a circunstancias normales, basta el más somero conocimiento del hampa de los bajos fondos de nuestras grandes ciudades para darse cuenta de lo que sucedería si esas gentes tuviesen la certeza de no correr otro riesgo que el de ser internados en los establecimientos modelos que propugnan tantos cándidos ideólogos. Y aun quizá con el de ser internados en algunos de los actualmente

(11) Un estudio sobre los efectos del impunitismo en las masas puede verse en el cap. VIII de mi obra *La Criminología en la literatura universal*, Barcelona, 1951.

existentes, sin temor al paso por la triste "aduana" del puesto de policía. Siempre he pensado, no sin intranquilidad, que buena parte de la función de prevención general atribuída teóricamente a las penas radica actualmente en la policía, así como en los saludables prejuicios y reminiscencias ancestrales que las palabras de "cárcel" y "presidio" despiertan en las masas. Si muchos necesitados, horros de moralidad, pudiesen saber que el hurto o estafa de hasta 10.000 pesetas se beneficia la primera vez de condena condicional y que prácticamente "nada le pasa" a su autor, y que igual beneficio se acuerda a quien lesiona a otro causándole heridas hasta noventa días, es más que probable que hurtos, estafas y lesiones se prodigarían de modo sorprendente. ¡Por lo que habrá que concluir que, afortunadamente, el mundo del hampa no sabe Derecho penal! (12).

Ahora bien, confiar en la función preventiva general de la pena en la ignorancia ciudadana, cuando no en los usos y abusos policíacos, parece un triste progreso a que nos lleva el modernismo penal. Más valiera, seguramente, volver o persistir en los conceptos tradicionales de la penalidad, en lo que a prevención general respecta, sin pensar contra toda lógica y la más elemental experiencia, que el progreso del Derecho penal consiste en su progresiva abolición, según la conocida paradoja romántica de IHERING.

Aparte de estas consideraciones, por así decir, finalistas, hay que considerar con no pocas reservas el lugar común de que el sentimiento de humanidad sea el honor de la conciencia moderna. Bello, pero en absoluto gratuito, e hipócrita, por añadidura, en no pocos de sus aspectos. Por lo mismo, merece ciertas consideraciones tan manido y prestigioso tema, a las que rápidamente he de aludir.

Las elocuentes y generosas declamaciones de los sabios, los votos de los congresos y hasta algunas innovaciones legislativas (se cita sobre todo la paulatina desaparición de la pena de muerte); no terminan de persuadirme del tan decantado humanitarismo de nuestro tiempo. El siglo que ha conocido las más atroces carnicerías bélicas de la Historia, así como las persecuciones políticas y raciales más encarnizadas y los sistemas de tortura más refinados, no puede alardear de humanitarismo sin caer en la más hipócrita de las paradojas. Y como tal ha de citarse precisamente esa propaganda abolicionista de la pena capital, mezquino progreso sin duda en nuestra era atómica, en que millones de seres inocentes han sido inniolados fríamente, sin saber siquiera por qué en innumerables hecatombes. Cuando, de otra parte, se ha acosado, torturado y asesinado a placer, por el "crimen" de ser judío, burgués, rojo, blanco, patriota o colaboracionista, los escrúpulos y trato de dulzura hacia los asesinos o los parricidas no deja de pa-

(12) Lo dicho es meramente a título de ejemplo polémico, sin que signifique una toma de posición frente a la condena condicional, instituto que sin duda debería revisarse, privándole en todo caso del automatismo en que actualmente se desenvuelve en la práctica. trasmutado en un absurdo derecho subjetivo a delinquir una vez.

recer un sangriento contrasentido. ¡Y ahí estamos en materia de “humanitarismo” novecentista!

Por si esto fuera poco hay que añadir que, de hecho y aun de derecho no pocas veces, el pretendido o real humanitarismo no beneficia, en definitiva, más que a los criminales comunes, casi siempre los de peor especie. Porque paralelamente a los tesoros de indulgencia que se derraman sobre los asesinos y los ladrones, se comprueba un poco por doquier un correlativo aumento de rigor hacia la delincuencia política y asimilada, como la económica y fiscal. Un tal estado de cosas tuvo, como era de esperar, su punto culminante en la legislación soviética, paradigma de “progresismo” positivista. En su Código penal no se podía, hasta hace poco, imponer al asesino más empedernido y cruel otra pena —o medida social—, según el léxico allí en boga, que la máxima de diez años de prisión, a sufrir, además, en establecimientos penitenciarios modelo, exhibidos con orgullo a turistas papanatas (13). Entretanto, la más insignificante infidelidad a la ortodoxia política entrañaba para el culpable —y hasta para sus familiares en no pocas ocasiones— las más duras y “clásicas” consecuencias, sin exceptuar, por supuesto, la suprema “medida” del fusilamiento.

Se dirá, y es verdad, que estos terribles excesos están circunscritos a los regímenes totalitarios. Pero, aun siendo en ellos más visible el fenómeno, a modo de trágica caricatura, no dejan por eso de presentar una imagen más o menos parecida de una realidad mucho más vasta, que apenas si tiene que ver con las contingencias políticas. Hemos asistido en la trasguerra a un doble movimiento de creciente benignidad hacia los delitos comunes y de rigor, más marcado aún, hacia los políticos, que a su vez crecen desmesuradamente en extensión al ensancharse el radio de acción del intervencionismo estatal. Diríase que también en lo penal se observa el fenómeno de “socialización” del crimen, decreciendo el interés por la salvaguarda de los intereses individuales, vida o propiedad privadas, y acreciéndose el de los valores comunitarios, cuando no simplemente burocráticos. En el Código penal búlgaro de 1951 se asimila expresamente en la penalidad la muerte de un funcionario a la de los propios padres (art. 127, letras *c* y *d*). Y de los 261 artículos dedicados a la catalogación de delitos en la Parte especial, solamente 86 hacen referencia a intereses relativamente individuales.

Respecto a la pena capital, es de notar que incluso en países de la más rancia prosapia abolicionista y de ganado prestigio democrático y humanitario —baste citar los casos de Dinamarca, Noruega y Holanda— volvió a implantarse precisamente para la protección de los más altos intereses del Estado (14). Eso para no hablar de otros lugares en que, persistiendo la abolición, no se ha retrocedido ante el empleo de la pena de muerte cuando el caso ha llegado, siempre, claro está, en

(13) Entre los que se encontraba el autor de estas líneas; v. mi *Régimen penitenciario en la URSS*, Madrid, 1935.

(14) V. CUELLO CALÓN: *Vicisitudes y panorama legislativo de la pena de muerte*. ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1953, pág. 493.

ocasión de exigencia de responsabilidades políticas a la caída de un determinado régimen.

En resumen, que coexiste muy frecuentemente en nuestro tiempo un doble y recusable sistema penal: de estricto "clasicismo", llamémoslo así, contra los delincuentes políticos y de "modernismo humanitario", pleno de consideraciones y aun de ternura, contra los comunes. Sistema de dobles pesos y medidas cuya arbitrariedad e injusticia apenas si es menester subrayar.

"Modernismo", de otra parte, que es muy relativo, ya que un fenómeno parecido, *mutatis mutandi*, se anticipó en los más tenebrosos tiempos medievales, cuando se quemaba al hereje o se descuartizaba al que atentó contra el rey o el señor, en tanto que el homicida de un mero ciudadano solventaba su responsabilidad con una insignificante multa. Y es que, en el fondo de todo esto, es dable quizá descubrir una réplica al creciente y alarmante desinterés por los valores humanos estrictamente individuales, a la par que se prodigan los tópicos en su defensa. Puesto que a fuerza de proteger y respetar la "persona humana" del delincuente—el común, claro está, el ladrón y el asesino—parece que se ha olvidado que sus víctimas no eran asimismo "personas humanas". De acentuarse el falso humanitarismo en las proporciones que defensores demasiado entusiastas propugnan, no habrá que extrañar, por parte de los ciudadanos víctimas de los delitos, un retorno a la ultraclásica Ley de Lynch, tomándose por su mano una justicia que la comunidad les deniega, embriagada en sus tópicos y experimentos sociológicos. Pues a quien le asesinaron un padre o un hijo se le ha de hacer demasiado difícil comprender que al culpable se le gratifique con una breve estancia en un establecimiento confortable, trabajando con jornal y horas reglamentarias, haciendo deporte y escuchando pláticas morales.

No se me objete que la idea de la vindicta es reminiscencia sádica, puesto que el sadismo es el placer del mal por el mal, gratuitamente y sin causa, mientras que la vindicta obedece a una reparación debida a la vez a la víctima y a la comunidad. Mas cualquiera que sea el nombre que quiera dársele, el sentimiento vale como una exigencia insoslayable de la humana naturaleza. Desconocerle en nombre de principios abstractos y quimeras de gabinete, equivale a querer hacer un derecho horro de realidades, esto es, un derecho que no lo sea, puesto que sólo es derecho la vida humana objetivada.

No pretendo con lo dicho un retorno a barbaries antiguas ni a una restauración del Talión—aunque buenas autoridades militarían por él (nada menos que Jehová y Kant)—, todo lo cual ha pasado, sin merecer ciertamente nostalgias de ningún género. Sí quisiera hacer ver, sin embargo, que la noción más elemental de Justicia exige hoy, como ayer y como siempre, la *culpa contracta*, en base precisamente al *quia peccatur*. El segundo propósito teleológico del *ut ne peccetur* es valioso, sin duda, pero siempre secundario. Pues de otro modo, teniendo la certidumbre de que el culpable no ha de reincidir, la pena carceraria de sentido, lo que de ninguna manera es admisible. Pues el la-

drón que con un afortunado golpe de mano llega a hacerse millonario es casi seguro que no ha de volver a robar, y aun es probable que se dedique a una vida respetable y hasta caritativa (se han dado sobrados casos de ello). Y el parricida soltero que matase a su padre y a su madre no podría ser parricida más veces. Menos aún el culpable de traición en una guerra, que rara vez podrá repetir su delito.

En fin, la Justicia más elemental requiere, asimismo, una debida proporción y rango entre los delitos y, por consiguiente, en las penas, criterio, no por sobradamente sabido, respetado siempre por los innovadores, que pretenden sustituir la idea de culpa por la de peligrosidad. Lo cual viene a contradecir nuevamente los postulados de la Justicia conmutativa y hasta distributiva, dado que tantas veces es notoriamente más peligroso un imprudente que un parricida y, desde luego, más propincuo a la reincidencia un ratero que un asesino o un traidor.

No es éste el lugar ni la ocasión para tratar de sacar consecuencias de una postura más bien crítica, de recelo y alerta contra determinadas corrientes del Derecho penal moderno, a las que parece oportuno frenar en sus afanes innovadores. Lo es tanto más cuanto que gusta adornarse de las galas siempre atractivas para espíritus juveniles, y como tales generosos, del humanitarismo, cuyas facetas peligrosas e hipócritas he tratado someramente de denunciar. Pero aun reconociendo ese lado bello del defensismo, me parece que sería quizá más oportuno reservar tales tesoros de liberal dulzura para otras ocasiones que, desgraciadamente, no han de faltar en la vida moderna. En todo caso creo que no hay por qué sacrificar a su pretendida o real belleza las esencias inmutables del Derecho penal. Que no es, por cierto, una reunión de *boy scouts* a la persecución de *beau gestes* filantrópicos, sino una sobria y exacta técnica jurídica al servicio de la Justicia.

La cuadrilla como unidad delincuente en el vigente Código penal español

FRANCISCO FELIPE OLESA MURIDO
Profesor de la Universidad de Barcelona
Adjunto de la Cátedra de Derecho Penal

La autoría, complicidad y encubrimiento no agotan los títulos de responsabilidad criminal en Derecho español. A ellos se une, aunque con ámbito limitado, la pertenencia a una cuadrilla, considerada ésta como propia y verdadera unidad delincuente.

EL CÓDIGO PENAL, TEXTO REFUNDIDO de 1944, dispone en su artículo 502:

«Si los delitos de que trata el artículo anterior hubieren sido, ejecutados en cuadrilla, al jefe de ella, si estuviera total o parcialmente armada, se le impondrá la pena superior inmediata.

Los malhechores presentes a la ejecución de un robo en cuadrilla serán castigados como autores de cualquiera de los atentados cometidos por ella, si no constare que procuraron impedirlo.

Se presume haber estado presente a los atentados cometidos por una cuadrilla el malhechor que anda habitualmente en ella, salvo la prueba en contrario.»

I. ANTECEDENTES DEL PRECEPTO EN LA CODIFICACIÓN ESPAÑOLA

I.—Código penal de 1822.

La existencia de un precepto de esta naturaleza, no así su actual redacción ni su estructura, se remonta a nuestro primer Código penal y ha venido a parar, a través de sucesivas remodelaciones, en la institución que es objeto del presente comentario.

En efecto, el artículo 611 del Código penal de 1822 dispone que «los salteadores y ladrones que de cualquier modo matan para robar, o en el acto de hacer el robo o hurto, o después para encubrirlo o salvarse, serán castigados como asesinos, cualquiera que fuere su intención y premeditación, sin exceptuar caso alguno». Seguidamente y en el propio artículo se ordena que «todos los que concurren y cooperen al robo o hurto, cuando lo hagan dos o más, serán castigados como reos del asesinato que entonces se cometa, excepto cuando resulte claramente quien lo cometió en particular y que los demás no tuvieron parte alguna en el homicidio, ni pudieron remediarlo, ni dejaron de hacer cuanto les fué posible para impedirlo».

Si comparamos el contenido de este artículo con el del 502 del texto penal vigente, inmediatamente apreciaremos que la aplicabilidad de aquél no se limitaba a los robos en cuadrilla, ya que claramente se establece que basta que concurren o cooperen al robo o hurto *dos* personas para que sean *todas éstas* castigadas como reos del asesinato que cualquiera de ellas cometa. La excepción formulada a la operabilidad del precepto merece toda atención, ya que no basta que *resulte claramente* quién lo comió *en particular*, esto es, que no haya intervención directa y causal en la ejecución del hecho, sino que mediante la copulativa y se exige la ausencia de todo auxilio y aún más, la inexistencia de una conducta omisiva que a través de un *no remediar* o *no impedir* hubiese podido tener relevancia en el resultado homicidio, infracción a que se limita el alcance del precepto.

La *cuadrilla de malhechores* en el Código de 1822, a diferencia de lo que acontece en los posteriores, es penada como delito autónomo y la constituye, según su artículo 338, «toda reunión o asociación de *cuatro o más* personas mancomunadas para cometer juntas o separadamente, pero *de común acuerdo*, algún delito o delitos contra las personas o contra las propiedades, sean públicas o particulares». Son rasgos característicos de esta definición, con la explícita exigencia de un *común acuerdo*, su limitación a los delitos contra las personas y propiedades, ya que en cuanto al mínimo número de personas precisas para constituir cuadrilla *coincide*, aunque con diversa formulación, con los códigos posteriores, si bien es interesante destacar que el artículo 340 de dicho texto legal se refiere especialmente a cuadrillas compuestas por *más de cuarenta individuos*. No se exige en el Código de 1822 que se hallen armados sus miembros.

La penalidad prescrita para los *cuadrilleros* es distinta, cualitativa, no cuantitativamente, según sean *autores, jefes, directores o promotores*, o quienes *a sabiendas y voluntariamente* (formal referencia a los presupuestos de conocimiento y voluntad) *tomarán partido* en ella.

La incriminación y punición de la *cuadrilla de malhechores* como delito de simple *pertenencia* a una colectividad con fin delincente (... *para cometer... algún delito o delitos*) resulta del propio artículo 339 al disponer se impongan las conminadas penas, aunque *no lleguen a cometer otro delito* y sin perjuicio de que unos y otros sean castigados *además* con las respectivas a cualquier *otro delito* que cometieren; con muy buena lógica se exceptúa la *punición* del delito autónomo de pertenencia a *cuadrilla de malhechores* cuando la Ley imponga a un delito un aumento determinado de pena *por razón de la cuadrilla* (1).

(1) Pervive esta regulación tipo en los artículos 237, 238 y 239 del Código penal boliviano de 1834.

2.—Real Orden de 31 de marzo de 1831.

Derogado el Código penal de 1822 vino la R. O. de 31 de marzo de 1831 a resolver que para el castigo y exterminio de *«los bandidos y salteadores que reunidos en cuadrilla vagan por los caminos y despoblados despojando de los bienes y de la vida al indefenso viajero y trajinante, y a los pacíficos habitantes de las alquerías y pueblos de corto vecindario»* se publique nuevamente la ley 1.^a, Título 17, Libro XII de la Novísima Recopilación, dada por Felipe IV en Madrid por Pragmáticas de 15 de junio y 6 de julio de 1663, en la que se ordena y manda «que cualesquier delinquentes y salteadores que *anduvieren en cuadrillas* robando por los caminos o poblados y habiendo sido llamados por edictos y pregones de tres en tres días, como por caso acaecido en nuestra Corte, no parecieren ante los jueces que procedieren contra ellos, a comparecerse de los delitos de que son acusados, sustanciado el proceso en rebeldía, sean declarados, tenidos y reputados, como por el tenor de la presente pragmática los declaramos, por rebeldes, contumaces y *bandidos públicos*; y permitimos que cualquier persona, de cualquier estado y condición que sea, *puede libremente ofenderlos, matarlos y prenderlos sin incurrir en pena alguna*, trayéndolos vivos o muertos ante los jueces de los distritos donde fuesen presos o muertos; y que pudiendo ser habidos sean arrastrados, ahorcados y hechos cuartos y puestos por los caminos y lugares donde hubieren delinquido, y sus bienes sean confiscados para nuestra Cámara» sin que fuera de aplicación lo establecido en la Ley 1.^a del Título XXXVII respecto a la ejecución de la sentencia pronunciada en ausencia o rebeldía, mandando que preso después el reo en cualquier tiempo, había de ser oído en cuanto a las penas corporales, y no se debían de ejecutar las pecuniarias hasta pasado el año de haber sido pronunciada la sentencia.

En materia de *fuero* se establece que en las provincias en que no estuvieren constituidas las *comisiones militares* se ponga en ejecución la Real Orden por los Tribunales competentes, tanto para la formal declaración de bandidos públicos como para la «aplicación de los efectos de ella».

Ya el Decreto de las Cortes de 17 de abril de 1821, en su artículo 8.^o, habíase ocupado de los delitos de robo en despoblado, y aun en poblado y en cuadrilla, atribuyendo su conocimiento al fuero militar cuando los reos fueron aprehendidos por fuerza armada *destinada a su persecución* o cuando en cualquier otro caso *resistieran con armas a las tropas aprehensoras*, siendo en ambos casos juzgados con arreglo a la Ley 8.^a del Título XVI del Libro XII de la Novísima Recopilación, disponiéndose además la *equiparación de los cómplices a los autores principales*. La vigencia de este Decreto durante el imperio del Código penal de 1870, fué declarada en Real Orden de 12 de marzo de 1875.

3.—Código penal de 1848.

Las directrices institucionales del vigente artículo 502 se delinean ya en los artículos 415 y 418 del Código penal de 1848.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 415 de dicho Código penal son castigados con pena de cadena perpetua a muerte los culpables de *robo con violencia o intimidación en las personas* cuando se cometiere *en despoblado y en cuadrilla*, si con motivo u ocasión del robo se causare alguna de las lesiones penadas en el número 1.º del artículo 334 del propio texto legal, consistentes en que de resultas de aquéllas quedase el lesionado demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro o notoriamente deforme, o fuere detenido el robado bajo rescate o por más de un día.

Dicha pena dispone se imponga en todo caso al jefe de la cuadrilla armada total o parcialmente.

Como sea que el propio artículo 415 en párrafo separado configura la cuadrilla como «cuando concurren a un robo más de tres malhechores», sin hacer la más mínima referencia a que éstos vayan armados, dedúcese que al jefe de la cuadrilla *no armada* no le es aplicable lo dispuesto en el párrafo anterior y que los únicos elementos constitutivos de ésta son: *concurrencia* en infracción de *robo*, no en otra, de *más de tres malhechores*, aun *sin armas*.

La conminación de *cadena perpetua a la de muerte*, prevista con carácter preceptivo en el propio artículo 415 del Código penal de 1848 para el supuesto de existencia de cuadrilla exige cumulativamente con ella el robo en cuya ocasión o motivo se causare algunas de las lesiones penadas en el número 1.º del artículo 334 del propio texto o que el robado fuera detenido bajo rescate o por más de un día y, además, que este hecho se cometa *en despoblado*.

Esta individualización del *robo en despoblado y en cuadrilla* persiste en el artículo 418 del propio Código de 1848 que contiene, ya formulado, el directo antecedente del artículo 502 del vigente Código penal de 1944, objeto del presente comentario.

En virtud del primer párrafo de aquel precepto «los malhechores presentes en la ejecución de un *robo en despoblado y en cuadrilla*, serán castigados como autores de cualquiera de los atentados cometidos por ella, si no constare que procuraron impedirlos»

De tal redacción resulta que ya en el Código penal de 1848 la cuadrilla tiene el carácter de *unidad delincuente*, evidenciado por subjetivar en ella, «atentados cometidos por ella» reza el texto, la actividad delictuosa en la ejecución de un *robo en despoblado y en cuadrilla*, y reafirmado al castigar a los malhechores

presentes a *este* particular delito, como autores de los atentados que la cuadrilla cometiera, «si no constare que procuraron impedirlos».

Da permanencia a esta *unidad delinciente* el segundo párrafo del propio artículo 418 cuando dispone que «se presume haber estado presente en los atentados cometidos por la cuadrilla al malhechor que anda habitualmente en ella, salvo la prueba en contrario», estableciéndose con ello una estable vinculación del malhechor a la cuadrilla, basada en la habitualidad de andar en ella y que le hace ser considerado autor «de los atentados que cometa», salvo *prueba* de no *presencia* o *prueba*, asimismo, de procurar impedirlos.

La importancia y gravedad del precepto es manifiesta ya que *puede* ser castigado como autor de un delito, *incluso con la muerte*, quien no ha tomado parte directa en la ejecución del hecho, ni ha forzado, inducido o cooperado a él, ni siquiera se hallaba presente a la ejecución del robo en despoblado y en cuadrilla, cuando de este último hecho *no haya podido constituir prueba*.

4.—Código penal de 1850.

Los artículos 425 y 428 del Código penal de 1850 reproducen literalmente lo establecido en los comentados 415 y 418 del Código de 1848.

5.—Código penal de 1870.

El Código reformado de 1870 mantiene la redacción dada a los artículos 418 del Código de 1848 y 428 del de 1850, que, por tanto, se mantiene referida al robo *en despoblado y en cuadrilla*, sin más variación que anteponer un párrafo en el que se define la cuadrilla; párrafo que en los Códigos de 1848 y 1850 se hallaban al final de los artículos 415 y 425, respectivamente, aunque con diferente contenido.

En la redacción originaria del Código penal de 1870, la cuadrilla es todavía no una agravante de aplicación genérica a toda clase de delitos, sino, como en los textos de 1848 y 1850, una institución propia y específica del delito de robo, como resulta de su misma definición legal. Según ésta «hay cuadrilla cuando concurren a un robo más de tres malhechores *armados*». Aparece, por tanto, este nuevo elemento constitutivo.

La agravante genérica constituida por cometer el delito en *despoblado y en cuadrilla* fué introducida, bajo la fórmula de corrección de erratas, por Decreto de 1 de enero de 1871, añadiéndola mediante la disyuntiva *o*, a las de nocturnidad y despoblado contenidas en la circunstancia 15 del artículo 10 del Código penal de 1870.

Su verdadera naturaleza de *modificación*, en todo ajena a la corrección de una errata, que por otra parte quedó cometida precisamente al corregir, resulta del defecto de sistemática que produjo la nueva redacción en el Código. La *cuadrilla* venía definida en el artículo 518 como institución privativa del delito de *robo* hasta tal extremo que era precisamente la *concurrencia en un delito de robo* lo que hacía devenir cuadrilla la reunión de *más de tres* malhechores *armados*.

Para dar una noción genérica de cuadrilla como agravante también genérica, debíase buscar su significado en el artículo 518, que precisamente limitaba su alcance al delito de robo.

Defecto de técnica es referir la formulación de una agravante genérica a una institución privativa de un particular delito.

De acuerdo con la definición dada en el texto penal de 1870, no basta que concurren más de tres malhechores, precisa *que en tal número* vayan armados.

6.—Código penal de 1928.

Diferente criterio siguió el Código penal de 1928 al formular y estructurar la noción de cuadrilla: «hay cuadrilla cuando concurren *más de dos malhechores con armas*, manifiestas u ocultas, o *más de tres* sin ellas»; quedando así establecido un módulo diferencial, con mínimo constitutivo inferior al de los Códigos de 1822, 1850 y 1870, para cuando concurrieren malhechores armados (2).

Por otra parte, la cuadrilla se *estructura* en el Código de 1928 no ya como específicamente referida al delito de robo, sino entre las circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal, fijadas en el artículo 66 (núm. 3) de su texto, y cuyo ámbito de aplicación se extiende a todas las infracciones penales.

También reputa agravante el propio artículo «ejecutar el delito... en despoblado», cuando tal circunstancia fuese buscada de propósito o se aprovechase de ella el delincuente.

La circunstancia de haber ejecutado el hecho en despoblado o en cuadrilla (no exige el art. 689 del texto de 1928 su concurrencia *cumulativa*) motiva, si el hecho ejecutado fuera de los comprendidos en el artículo 688 del propio texto legal (3), que

(2) Paralela regulación establece el artículo 23, apartado 10, del Código guatemalteco.

(3) El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado:

1.º Con la pena de veinticuatro años de reclusión a muerte cuando con motivo o con ocasión del robo resultase homicidio.

2.º Con la pena de catorce a treinta años de reclusión cuando el robo fuese acompañado de violación o mutilación causada de propósito, o cuando con su motivo u ocasión se causare aborto o lesiones de cuyas resultas quedare el ofendido loco, imbecil, impotente o ciego.

se impongan en su grado máximo las penas correspondientes. Preceptúa, además, dicho artículo 689 que se aplique siempre al jefe de cuadrilla «el grado máximo de la pena correspondiente al delito».

El artículo 690 dispone, respecto a los robos en despoblado o en cuadrilla, que «los que tomasen parte en la ejecución de un robo en despoblado o en cuadrilla serán castigados como autores de los demás delitos cometidos por ella, si hubiese mediado acuerdo de cometerlos para ejecutar el robo, y si teniendo conocimiento de ellos no hubiese procurado impedirlos».

Si comparamos este precepto con el arriba comentado artículo 518 del Código penal de 1870, tomaremos inmediatamente conciencia de que aun conservando en la cuadrilla la subjetivación de los delitos cometidos *por ella* se ha restringido extraordinariamente su alcance, ya que en cuanto a los que tomaron parte en la ejecución de un robo de aquella clase se condiciona el castigo como autores de los demás *delitos* cometidos *por ella* a la existencia de *acuerdo* de cometerlos *para* ejecutar el robo con violencia e intimidación en las personas o a no haber procurado *impedirlos* no obstante tener de *ellos conocimiento*, configurando este *no impedir* en la ausencia de un acto oponente.

La estructuración de la cuadrilla en el robo como una sólida unidad delincente pierde autonomía en el Código de 1928 cobrando, por el contrario, importancia como circunstancia agravante de responsabilidad motivada por una *forma de obrar* que envuelve un mayor riesgo para los valores jurídicos protegidos, cualquiera que sea su clase.

7.—Código penal de 1932.

Derogado el Código penal de 1928 y aprobado más tarde el texto reformado de 1932, recogió éste del Código anterior y del Decreto de 1.º de enero de 1871 aunque mejorando la técnica de este último, la concepción de *cuadrilla*, por sí sola, como circunstancia agravante *no específica* y su formulación en el Libro I

La misma pena se impondrá cuando el robado o algún individuo de su familia, o amistad o servicio, fuese retenido bajo rescate o por más de un día.

3.º Con la pena de doce a veinte años de reclusión cuando con el mismo motivo u ocasión se causaren lesiones de cuyas resultas perdiere el ofendido un ojo o miembro principal o quedase absolutamente impedido de él, gravemente deforme o inutilizado para su trabajo habitual.

4.º Con la pena de ocho a catorce años de reclusión cuando la violencia o intimidación fuese por objeto causar al robado tortura corporal, se le apliquen sustancias anestésicas u otras que le priven del conocimiento, se le hiciesen amenazas graves o se empleasen cualesquiera otros medios manifiestamente innecesarios para la ejecución del robo, y también cuando se infiera a las personas no responsables de aquél, lesiones que produzcan al ofendido pérdida de un miembro principal o cuando quedare inutilizado de él, enfermo o incapacitado para su trabajo por más de sesenta días.

5.º Con la pena de seis a doce años de reclusión en los demás casos.

(circunstancia 12 del artículo 10) con el siguiente tenor literal: «Ejecutarlo de noche, en despoblado o en cuadrilla. Hay cuadrilla cuando concurren a la comisión del delito más de tres malhechores armados.»

La definición dada en el Código de 1932 era, sin embargo, literalmente, la que venía ya en el Código penal de 1870 aun cuando este último la refería concreta y específicamente al *delito de robo*.

El artículo 495 del Código penal de 1932, correspondiente al 502 del vigente texto refundido de 1944, tenía aún la función de una *agravante específica* que hacía posible (podrá imponerse...) la aplicación de la pena *en su grado máximo* a los culpables de robo con violencia o intimidación sobre las personas, ejecutados *en despoblado y en cuadrilla* y en cuyo motivo u ocasión hubiere alguien perdido un ojo o algún miembro principal, o hubiere quedado impedido de él o inutilizado para el trabajo a que hasta entonces habitualmente se hubiera dedicado, o hubiere quedado deforme o perdido un miembro no principal o quedado inutilizado de él, o hubiere estado incapacitado para su trabajo habitual, o enfermo, por más de noventa días, o si las lesiones hubiesen producido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días, o cuando la violencia o intimidación que hubiere concurrido en el robo hubiese tenido una gravedad manifiestamente innecesaria o, en fin, en cualquier otro caso *excepto* si concurriera homicidio, violación o mutilación causada de propósito, detención del robado bajo rescate o por más de un día o si con motivo de aquél quedare alguien imbecil, impotente o ciego. En tales casos el legislador, dada la gravedad de la pena que ha de ser impuesta, *no autoriza* la posible agravación específica.

En el Código penal de 1944, con mejor técnica, ha desaparecido la estimación del robo *en despoblado y en cuadrilla* como agravante específica de ciertas modalidades del robo con violencia o intimidación en las personas, procedente del Código de 1870, innecesaria ya a partir del Decreto de 1.º de enero de 1871, pues en virtud de su introducción como agravante genérica, la concurrencia en todo delito, y no sólo en dicha forma de robo, de la circunstancia cumulativa de *despoblado y cuadrilla* motivaba ya, de conformidad con las prescripciones del artículo 82, regla 3.ª del Código de 1870, la preceptiva aplicación de la pena en su grado máximo, si bien tenían los Tribunales facultad para tomar *dicha circunstancia* en consideración según la *naturalidad y accidentales* del delito, e innecesaria también en el Código de 1932 al admitir la *posibilidad* (artículo 67, regla 3.ª) de agravar, imponiendo la pena en su grado máximo, ante la concurrencia de la simple circunstancia de *cuadrilla* (circunstancia 12 del artículo 10) desvinculada ya del despoblado, sin precisar para tal *posibilidad de aplicación de pena en grado máximo* la doble concurrencia, *cuadrilla y despoblado*, que exige el artículo 495 del Código penal de 1932.

Aduce GROIZARD (4), en justificación de la subsistencia de la agravante específica de robo en despoblado y cuadrilla en el Código penal de 1870 con posterioridad al Decreto de 1.º de enero de 1871, el carácter de compensables que en dicho texto tienen, de conformidad con las reglas 1.ª y 4.ª de su artículo 81, las agravantes genéricas; lo que no acontece con las específicas. Pero incluso esta razón desaparece en el Código penal de 1932, dado el carácter puramente facultativo que tiene la agravante específica de despoblado y cuadrilla en el robo, quedando reducida la operabilidad diferencial de ambos géneros de agravantes al supuesto de que concurriendo en el hecho atenuantes no estimase oportuno el Tribunal sentenciador compensarlas, si bien en tal caso como la compensación es, por imperio de la Ley, *racional* y no unitaria, el Tribunal pudo llegar a la misma conclusión al apreciar independientemente las dos agravantes genéricas constituidas por la cuadrilla y el despoblado, que se exigen constituyendo una unidad en el Código penal de 1932 para la aplicación de la específica del delito de robo.

Le regulación estructural del robo en cuadrilla es igual, por lo demás, en el Código de 1932 y en el actual, si bien la elevación de pena, pena superior inmediata, al jefe de la cuadrilla total o parcialmente armada, se torna de facultativa que era en 1932, en preceptiva.

II. RESPONSABILIDAD CRIMINAL POR RAZÓN DE AUTORÍA, COMPLICIDAD Y ENCUBRIMIENTO

El artículo 12 del Código penal señala tres títulos de responsabilidad criminal: autoría, complicidad y encubrimiento.

1.—Autoría.

Esta comprende, en nuestro Derecho, la actividad causalmente eficiente en la producción del hecho penalmente incriminado, y así el artículo 14 del referido Código no sólo considera autores a los que toman parte directa en la ejecución del hecho, sino también los que fuerzan o inducen directamente a otros a ejecutarlo y los que cooperan a la ejecución de un hecho con un acto sin el cual no se hubiera efectuado.

Su alcance no se limita al que ejecuta el delito «realizando los elementos que integran su figura legal» (5), sino que abarca más amplias situaciones, en las que, en opinión de PACHECO (6), sería

(4) GROIZARD, Alejandro: *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, tomo IV, Madrid, 1914, págs. 157 y 158.

(5) CUELLO CALÓN, Eugenio: *Derecho penal*, Barcelona, 1953, tomo I, página 606.

(6) PACHECO, J. Francisco: *El Código Penal concordado y comentado*, Madrid, 1881, tomo I, pág. 258.

ficticio afirmar que son autores y «mejor es en tales casos decir «se considera».

Sin embargo, la declaración de autoría tiene sus exigencias.

Es la primera, la necesidad de un *acto* directamente ordenado a, y causalmente eficiente en, la ejecución del delito. Necesidad que se cumple en la autoría directa llevando a efecto, como señala SILVELA (7), «los actos esenciales, característicos y propios del delito tal como ha sido definido y expresado por el Código», en la fuerza, obligando, y en la inducción, incitando con éxito, a la realización de éstos, y en la cooperación, o complicidad necesaria, mediante actos que *possibiliten*, objetiva y subjetivamente, la ejecución de un hecho que constituya infracción penal.

Exige, asimismo, la noción de autoría, en todas sus clases, unidad de resolución y voluntad criminosa, por acuerdo previo o circunstancial, aunque se diversifiquen los actos, aun de varia naturaleza (8), a realizar por diversos sujetos, evaluándose la conducta en función de la actividad ejecutiva común resultante, ya que como bien señala la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1950 «si las conductas *coordinadas* de aquéllos produjeron el daño que buscaban *unánimes de pensamientos y acciones* deberán alcanzarles también idénticos castigos, sin distinguir entre su conjunto cuáles parecieron más eficientes vistas de manera aislada (9).

Abundando en tal criterio la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1947 afirma que si bien «son autores conforme al párrafo 1.º del artículo 14 del Código penal los que realizasen actos constitutivos de participación directa en la ejecución del hecho delictivo no es preciso en el concurso de delincuentes que practiquen el inicial y ni siquiera el último, pues basta contribuyan en la forma señalada a la efectividad de aquél, llevando a cabo alguno encaminado a tales fines» (10).

Criterio ya condensado en la vieja sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1873 «cuando todos los que ejecutan un delito cooperan directa y simultáneamente a su comisión, todos ellos deben ser calificados de autores del mismo» (11).

Subjetivando el elemento voluntario, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1948 (12) afirma la existencia de una *voluntad colectiva* de la que la infracción penal, en los casos de *co*delincuencia, *es producto*, voluntad que se ejercita coordinada hacia

(7) SILVELA, Luis: *El Derecho Penal estudiado en principios*, Madrid, 1879, página 282.

(8) De acción unos y de omisión otros.

(9) *Jurisprudencia Criminal*, 1950, tomo XII, Madrid, 1951, pág. 82.

(10) *Jurisprudencia Criminal*, 1947, tomo III, volumen III, Madrid, 1948, página 394.

(11) *Jurisprudencia Criminal*, tomo IX, Madrid, 1874, pág. 533.

(12) *Jurisprudencia Criminal*, 1948, tomo IV, volumen I, Madrid, 1948, página 264.

el mismo mal, ligando entre sí los actos de los partícipes coadyuvantes al logro del propósito *común*, comunidad de propósito que, por otra parte, motiva, en cuantos intervengan, su responsabilidad por las *consecuencias del daño previsto*, con abstracción de la eficacia *más o menos completa de cada una de las intervenciones individuales* no susceptibles entonces de calificarse aisladamente. Pero en esta sentencia, como en la restante jurisprudencia citada, no falta la referencia *al acto de ejecución*, o que hizo posible la ejecución, aquí constituido por el hecho de llevar el vehículo para el transporte violento de la víctima hasta el punto en que la extorsión se realizó.

Un elemento objetivo (acto de directa ejecución o directamente ordenado a, y casualmente eficiente en, la ejecución del delito) y un elemento psíquico (voluntad criminosa ordenada a la ejecución) son los necesarios integrantes de la noción de autoría en el sistema penal español, que no concurren en los supuestos del artículo 502 del vigente Código.

2.—Alcance y exigencias conceptuales de las formas de participación.

La noción legal de cómplice, de conformidad con el artículo 16 del actual Código y doctrina jurisprudencial que lo interpreta (13) se limita a quienes realizan actos de simple auxilio o cooperación no constitutivos ni directamente tendentes a la consumación y de tal naturaleza que sin ellos se hubiese igualmente producido el resultado, notas éstas que le apartan de la noción legal de autoría en sus formas de directa y cooperación necesaria, pero que le dan también un carácter positivo y propio al exigir que aunque de naturaleza secundaria o auxiliar se hayan realizado verdaderos *actos de cooperación* (anteriores o simultáneos) a la ejecución del concreto ilícito con el que se hallan ligados por una relación de *convergencia*, aunque no de causalidad.

Es, pues, necesario para la declaración de complicidad de constatación de un obrar humano, el *acto de cooperación o auxilio a la infracción penal*, que por su propia naturaleza ha de tener verdadera *significación* en la ejecución del hecho. Un acto en todo carente de aptitud para facilitar la ejecución del delito no puede constituir complicidad por falta de *eficacia*.

El elemento psíquico tiene en esta forma de participación una exigencia finalística agudamente recogida en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1948 (14) que la concreta *como*

(13) Mostrada, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1904 (*Jurisprudencia Criminal* (1904), tomo 72, Madrid, 1904, pág. 255) y 18 de diciembre de 1947 (*Jurisprudencia Criminal*, 1947, tomo III, volumen III, Madrid, 1948, pág. 394).

(14) *Jurisprudencia Criminal*, 1948, tomo V, volumen II, Madrid, 1948, página 225.

conocimiento de la finalidad perseguida por los autores que valorada con relación al acto de colaboración en el delito manifiesta la intención delictiva del sujeto.

Por lo que atañe al encubrimiento, éste, después de la Ley de 9 de mayo de 1950 a él referente, se configura *en cuanto es forma de participación*, única institución que aquí interesa, como realización por no autores ni cómplices, con *conocimiento* de la perpetración del hecho punible y con *posterioridad* a haberse ejecutado, de los *actos* de intervención que el artículo 17 del Código penal en sus diversos apartados, redactados de conformidad con el artículo 1.º de dicha Ley, *señala*.

3.—*Ambito de aplicación del artículo 502 del Código penal.*

No puede afirmarse, por tanto, dada la estructura conceptual de la autoría en nuestro Derecho, que quien haya sido condenado con arreglo a los párrafos 2.º y 3.º del artículo 502 *es autor*, ni aun partícipe por complicidad o encubrimiento, y parafraseando el ya aludido comentario de PACHECO sobre la autoría puede considerarse feliz la formulación legal del artículo 502 al disponer se castiguen *como autores* los sujetos a quienes alcancen las duras prescripciones del texto legal objeto del presente comentario, pues sería inexacto declarar que *eran* autores, siendo posible incluso, en la letra de la Ley hoy vigente, que quien no ha tomado parte directa en la ejecución del hecho, ni ha forzado, inducido o cooperado a él, ni siquiera se hallaba presente en la ejecución del robo, sea castigado con pena de muerte, sin error judicial ni abuso, y por el solo hecho de no haber podido constituir prueba de su ausencia de la cuadrilla en la que habitualmente andaba, posición más severa que la sustentada por la Ley 18 del Título 14 de la Séptima Partida al disponer fuesen penados por igual *partícipes* (15) y *autores*, pues ésta exige, según claramente resulta del su texto, quede *probado* el «furto de alguna destas maneras» y el hecho de dar ayuda o consejo «para hacer el furto», o de encubrir «a tales ladrones».

III. RESPONSABILIDAD CRIMINAL POR RAZÓN DE ROBO EN CUADRILLA

Por ser distinta de la autoría, y, asimismo, de la complicidad y participación por encubrimiento, precisa determinar la naturaleza y alcance de la responsabilidad criminal dimanante de la aplicación de las reglas contenidas en el artículo 502 del vigente Código penal.

La operabilidad de esta disposición legal queda condicionada a:

(15). Incluso encubridores.

Primero.—Ejecución de un delito de robo con violencia o intimidación en las personas.

Segundo.—Que este delito haya sido ejecutado en cuadrilla.

1.—*La ejecución del robo como elemento condicionante.*

El delito en ejecución ha de ser precisamente robo con violencia o intimidación en las personas, quedando excluidos los robos con fuerza en las cosas y los tipos irregulares de robos (16) previstos en los artículos 507 y 503 del Código penal.

El primero conmina con arresto mayor a quien utilizando alguno de los medios comprendidos en el artículo 502—referencia indudablemente errónea como bien señala CUELLO CALÓN y que a su parecer corresponde al artículo 500—entrare a cazar o pescar en heredad cerrada o campo vedado, aunque, textualmente reza (17), *llevarse armas para dicho objeto*.

Dada la precisa fórmula del artículo 502, y considerándole en la interpretación como una unidad, queda también excluido el delito de extorsión ya que contenido en el artículo 503 no es, evidentemente, «de los que trata el artículo anterior», o sea el 501, en el que se penalizan los diversos supuestos de la forma primera del delito de robo.

Las anteriores exclusiones se entienden, naturalmente, sin perjuicio de que sea aplicada, caso de concurrencia, la agravante de cuadrilla, pero sin los especiales efectos del artículo 502 del Código penal.

Dada la naturaleza de la frustración y tentativa en nuestro Derecho, y salvada la distinta penalización, el delito frustrado o intentado de robo con violencia o intimidación en las personas también legítima, si fué cometido en cuadrilla, la aplicación de las prescripciones del comentado artículo, que exige sólo *ejecución* de aquél, pues de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sentada, entre otras, en las sentencias de 6 de octubre de 1871 y 30 de noviembre de 1934, el culpable de frustración practica *todos los actos de ejecución* y en la tentativa *da principio a la ejecución*, si bien no practica *todos los actos ejecutivos* pero sí *alguno o algunos*.

En cuanto a la posibilidad de frustración o tentativa en el delito de robo con violencia o intimidación en las personas, es de notar que si bien el artículo 512 del vigente Código penal establece que dicho delito queda consumado cuando se produzca el resultado lesivo para la vida o la integridad física de las personas, aunque no se hayan perfeccionado los actos contra la pro-

(16) Se hallan contenidos en el capítulo titulado «De los robos».

(17) CUELLO CALÓN cree en la existencia aquí de un nuevo error por estimar debe entenderse «no llevarse armas».

piedad propuestos por el culpable, nada impide que iniciada la ejecución del delito no se realicen todos los actos ni se produzca resultado alguno lesivo para la vida o la integridad física de las personas. Tal es el criterio seguido por la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1949 que admite no ya la tentativa, sino incluso la frustración en el robo con violencia o intimidación en las personas (18).

Por otra parte, esta forma delictuosa no requiere *necesariamente* la existencia de *resultado lesivo para la vida o la integridad corporal*, como lo atestigua el apartado 5.º del artículo 501, en relación con el artículo 500, y, en consecuencia, es perfectamente compatible el imperio del artículo 512 del vigente Código con la posibilidad de la frustración y tentativa en el *robo con intimidación* por inexistencia de resultado lesivo contra la vida o integridad corporal.

Tampoco, al parecer, existe tal resultado lesivo, dado el valor sistemático que vida e integridad corporal han tradicionalmente tenido en nuestros textos penales, en las violencias no constitutivas de homicidio ni de lesiones.

Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1950 (19) declara que el artículo 512 del Código penal «no ha de entenderse en el sentido de exigir que se cause una lesión que necesite asistencia facultativa, siendo *suficiente* el empleo de fuerza o violencia material, un acto constitutivo de verdadera agresión contra la integridad corporal, aunque el sujeto pasivo no resulte herido».

Tal criterio extensivo permitiría, incluso, considerar resultado lesivo contra la vida y la integridad corporal a la violación si fué cometida empleando fuerza, por el carácter de agresión que comporta.

La forma de conspiración, incriminada especialmente en el artículo 513 como *mera asociación aun transitoria, de tres o más personas para cometer el delito de robo*, queda, en cuanto es tipo *no ejecutivo* (20), excluida de la operabilidad del artículo 502.

Tampoco tendrían aplicación las prescripciones del artículo objeto del presente comentario si el propio hecho fuere constitutivo de alguna de las infracciones penales contenidas en el Decreto-Ley de 18 de abril de 1947 sobre represión de los delitos de bandadaje y terrorismo, como tampoco, si los propios hechos eran constitutivos, con posterioridad a la entrada en vigor del Código penal, Texto refundido de 1944, de alguna de las infracciones penales contenidas en la Ley de Seguridad del Estado de 21 de marzo de 1941 y no incorporadas al indicado Código de

(18) *Jurisprudencia Criminal*, 1949, tomo VII. Madrid, 1949, pág. 322.

(19) *Jurisprudencia Criminal*, 1950, tomo X. Madrid, 1950, pág. 57.

(20) Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre 1947 (*Jurisprudencia Criminal*, 1947, tomo III, volumen III. Madrid, 1948, pág. 242).

1944, criterio que confirma la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1947 (21) al declarar que «los hechos que a primera vista pudieran ser encuadrados en la figura de delito de robo, resulta integran un ataque al orden público, constituido por la indiscutible más extrema alarma social, dada la forma en que fueron realizados usando armas largas de fuego, en cuadrilla, de noche, en una vía pública interurbana y posiblemente en despoblado, por lo que es competente para conocer de los mismos la jurisdicción castrense, conforme a lo dispuesto en la Ley de Seguridad del Estado».

Para que se haya cometido *en cuadrilla* el robo con violencia e intimidación en las personas precisa, de conformidad con lo dispuesto en la circunstancia 13 del artículo 10 del Código penal vigente, la concurrencia, en la comisión de *este delito*, de *más de tres malhechores armados*.

2.—Cuadrilla: naturaleza, número y calidad de sus componentes.

Siendo el núcleo de la definición legal de cuadrilla la concurrencia de *malhechores* interesa acotar el alcance de este término.

GROIZARD (22), al comentar las circunstancias agravantes contenidas en el Código penal de 1870, opone la voz «personas» usada por el texto legal de la entonces agravante 14 del artículo 10 (auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad) frente a la de «malhechores» que se contiene en la de cuadrilla.

Nada en el texto de la Ley ni en su interpretación jurisprudencial, autoriza a pensar que esta expresión implique habitualidad en el delito, no obstante la acepción gramatical *restringida*, y con FERRER SAMA (23) se puede afirmar que *malhechor* significa tanto como *sujeto que participa en un hecho delictivo* (24), acepción corroborada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (25).

(21) *Jurisprudencia Criminal*, 1947, tomo I, volumen II, Madrid, 1947, página 365.

(22) GROIZARD, Alejandro: *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, Madrid, 1923, tomo I, pág. 497.

(23) FERRER SAMA, Antonio: *Comentarios al Código penal*, Murcia, 1946, volumen I, pág. 408.

(24) Sentido concorde con las conclusiones de ALBERTARIO sobre el término *maleficium*, primero sinónimo de *delictum*, y que en derecho postclásico adquiere valor de término común a *crimen* y *delictum* al perder éstos las notas diferenciales que entre sí tenían, fruto de la absorción en el derecho penal público de todo el Derecho penal romano, siendo *malefactor* quien cometía *maleficium*, o sea, en esta última época, quien realizaba acto ilícito castigado con pena pública.

(25) Por ejemplo, sentencia de 17 de octubre de 1874. Véase *Jurisprudencia Criminal* (1874), Madrid, 1875, tomo XI, pág. 404.

En cuanto al número de malhechores, o sea, de sujetos que participan en el hecho delictivo concurriendo a su comisión, ha de ser necesaria y preceptivamente superior a tres.

Difícil es señalar lo que debe entenderse por «concurrir a la comisión del delito» a los efectos de apreciar si existe el mínimo constituyente de la cuadrilla.

No obstante, de la utilización por el texto legal del término *comisión*, forma no del acto como emisión de voluntad, sino del resultado activo que puede incluso dimanar de omisión, puede deducirse que se incluyen cuantos tengan significación de simple auxilio en el concreto resultado, incluyendo así las diversas formas de la autoría y la complicidad, mientras exista tal concurrencia. Así integraría cuadrilla quien vigila o quien intercepta el paso (26).

La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1874 afirma (27) que si «sólo concurrieron tres personas no hay cuadrilla, atendiendo al número que exige el Código para que así pueda considerarse», estableciendo la sentencia del propio Tribunal de 29 de mayo de 1878 (28) que sólo cuando resulte *probado* que eran más de tres los malhechores armados podrá estimarse la existencia de robo en cuadrilla, ratificando con ello el criterio ya sustentado en sentencia de 26 de agosto de 1875 (29) al declarar que «las circunstancias cualificativas del robo en cuadrilla, como que aumentan esencialmente la gravedad del delito y forman parte integrante del mismo, es *imprescindible que se justifiquen* para todos los efectos legales *tan cumplidamente* como el hecho material del robo» y considerar se requiere precisamente para la existencia del robo en cuadrilla que «concurran a él más de tres *malhechores armados*».

Respecto al número de malhechores opina GONZÁLEZ SERRANO que como mínimo es excesivo y que mejor sería bastasen tres malhechores para componer cuadrilla, ya que en un país accidentado como el nuestro «la reunión de tres forajidos es bastante para alarmar a la gentes de las campiñas y aun de las pequeñas poblaciones» (30). Criterio seguido por los Códigos penales de Honduras y Nicaragua en los que basta para constituir cuadrilla la concurrencia de *más de dos* malhechores.

(26) En la regulación dada por el artículo 273 del Código Penal de Costa Rica la cuadrilla viene configurada en el *auxilio* de dos o más malhechores a la comisión del robo.

(27) *Jurisprudencia Criminal* (1874). Tomo XI, Madrid, 1875, pág. 222.

(28) *Jurisprudencia Criminal* (1878). Tomo XVIII, Madrid, 1879, pág. 509.

(29) *Jurisprudencia Criminal* (1875). Tomo XIII, Madrid, 1876, pág. 77.

(30) GONZÁLEZ SERRANO, José: *Apéndice a los comentarios del Código penal de don Joaquín Francisco Pacheco, o sea, el nuevo Código, comentadas las adiciones que contiene por ...* Madrid, 1876, pág. 322.

Impropiaamente, como bien reconocen las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de mayo y 6 de junio de 1889 (31) el artículo primero de la Ley de 25 de junio de 1888 da una acepción de *cuadrilla* en abierta pugna con la noción contenida en el Código Penal, ya que, al tratar de los delitos cuyo conocimiento atribuye el Decreto de 17 de octubre de 1879 a los Tribunales especiales, haciendo extensiva a la isla de Cuba la Ley de 8 de enero de 1877 (32), terminantemente expresa que a éstos corresponde conocer del robo en despoblado, *siendo cualquiera el número de la cuadrilla*, o en poblado, *siendo la cuadrilla de tres o más*, lo cual, como señala la sentencia de 28 de mayo de 1889 equivale a decir «que *en los robos en despoblado* basta que los criminales sean dos o más para que *se considere cometido en cuadrilla*; y no menos de dos, porque en este caso el legislador no se habría referido al número de personas concurrentes en el delito y habría bastado decir que el robo en despoblado estaba dentro del procedimiento y atribuciones de los expresados Tribunales especiales», mientras, como señala la citada sentencia de 6 de junio de 1889, en el robo en poblado «se precisa la concurrencia de cuatro o más personas, consignándose de esta manera separadamente en cada uno de los dichos casos el menor número de personas indispensable para formar cuadrilla», aunque sólo, naturalmente, a los efectos de competencia de aquellas Tribunales especiales sin afectar a la definición dada por el Código penal de 1870, corregida por Decreto de 1.º de enero de 1871, entonces vigente.

La exigencia, a partir de la redacción introducida por el Código de 1870 (33), de que *en número superior a tres* han de ir *armados* los malhechores (34), fué ya reconocida en la sentencia de 22 de mayo de 1871 (35) al afirmar que al aparecer consignado en la declaración del propio ofendido «que sólo llevaban armas *dos* de los malhechores que lo sorprendieron para robarle *no puede apreciarse* que el delito se ejecutó en cuadrilla».

No precisa, si la cuadrilla tuviese más de cuatro hombres, que *todos* lleven armas, basta que en número de *cuatro* por lo menos (o sea más de tres) vayan armados.

Parece ir contra el principio de la *prueba cumplida* en cuanto las circunstancias cualificativas, aquí la calidad de *malhechores armados*, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1906 al afirmar que «la relación de los hechos consignados en los resultandos de la sentencia reclamada *implican* que las lleva-

(31) *Jurisprudencia Criminal* (1889), tomo XI, II, Madrid, 1890 págs. 869 y 907.

(32) La llamada *Ley de Secuestros*.

(33) El Código brasileño duplica la pena cuando la cuadrilla se halle armada.

(34) Con la excepción del Código penal de 1928 que consigna un módulo constitutivo diferencial según vayan o no armados.

(35) *Jurisprudencia Criminal* (1871). Tomo II, Madrid, 1871, pág. 321.

ban, porque sin ellas no se hubiesen causado los estragos que en la misma sentencia se determinan» (36), aplicando la doctrina del origen unívoco.

En cuanto a la noción de arma lo son sin duda las de fuego y blancas y también los *garrotes*, calificados de verdaderas armas ofensivas en la sentencia del Tribunal Supremo de 1.º de mayo de 1895 casando por indebida aplicación del artículo 504 del Código penal de Filipinas, concordante con el 517 del Código metropolitano de 1870, cobrando así actualidad la definición contenida en las Partidas, «por armas no tan sólo se entienden los escudos e las lorigas, e las lanzas, e las espadas e todas otras armas con que los omes lidian mas aun los palos e las piedras», glosada por GROIZARD al comentar el artículo 518 del Código penal de 1870, «no debe entenderse por tales sólo los instrumentos ofensivos y defensivos punzantes, cortantes o contundentes que con aquel nombre son conocidos en el comercio, sino que dentro del concepto jurídico entran cuantos son escogidos por los delincuentes para cometer el delito, siempre que *por su naturaleza* sirvan para poder inferir con ellos heridas letales o graves», criterio que con esta amplitud no puede ser compartido por incluir hasta un simple pañuelo, capaz, por su naturaleza, de ser instrumento causal de un homicidio por estrangulamiento.

Carece hoy de valor la jurisprudencia que, de conformidad con el artículo 518 del Código penal de 1870 y la redacción dada a la agravante genérica de *despoblado y cuadrilla* por Decreto de 1.º de enero de 1871, exige *copulativa y conjuntamente* la concurrencia de ambas (37) y que en cuanto a la agravante específica de *despoblado y cuadrilla* en el robo con violencia o intimidación en las personas perduró en el Código penal de 1932.

3.—*La cuadrilla, causa de agravación del robo con violencia o intimidación en las personas.*

La concurrencia de cuadrilla en el delito de robo tiene naturaleza de circunstancia agravante, como ya declaró la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1903 (38) que hoy agrava en función del *deliktstypus* resultante de las reglas del artículo 61 del vigente Código Penal, la aplicación del grado de la pena, pero que no constituye el robo en cuadrilla en un *tipo de incriminación agravado*. Es distinto el problema que en materia de alcance de la responsabilidad criminal plantea la operabilidad del artículo 502 objeto del presente comentario.

(36) *Jurisprudencia Criminal*, Tomo LXXVII, Madrid, 1908, pág. 276.

(37) Sentencias de 27 de febrero de 1873 y 13 de mayo de 1874. *Jurisprudencia Criminal* (1873). Tomo VIII, Madrid, 1873, pág. 250 y *Jurisprudencia Criminal* (1874). Tomo X, Madrid, 1874, pág. 598.

(38) *Jurisprudencia Criminal* (1903). Tomo LXX, Madrid, 1903, pág. 481.

La agravante específica prevista en el apartado 1.º del artículo 506 del vigente Código Penal, «cuando el delincuente llevare armas u otros medios peligrosos», es incompatible con la apreciación de la agravante genérica de cuadrilla, ya que ésta supone, en todo caso, la concurrencia de más de tres malhechores *armados*.

IV. EFECTOS EN CUANTO A RESPONSABILIDAD CRIMINAL DE LA EJECUCIÓN DE ROBO EN CUADRILLA

La ejecución en cuadrilla del robo con violencia o intimidación en las personas que penaliza el artículo 501 del Código penal vigente, genera una responsabilidad criminal que excede a los principios contenidos en los artículos 12, 14, 16 y 17 del propio texto.

En su virtud los malhechores presentes a la ejecución de un robo en cuadrilla, serán castigados como autores no solo de *éste*, sino de *cualquiera de los atentados* cometidos por ella, si no constatare que procuraron impedirlos, presumiéndose haber estado presentes a los atentados cometidos por una cuadrilla el malhechor que anda habitualmente en ella, salvo prueba en contrario. Dispone el propio artículo que al jefe de la cuadrilla, si estuviese total o parcialmente armada, se le imponga la pena *superior inmediata* (39).

1.—Su alcance.

Las especiales reglas de responsabilidad operan, por ello, con amplitud mayor que el propio robo con violencia o intimidación en las personas que las motiva, pero no tanta que alcance a *cualquier delito* cometido en *cuadrilla* ya que se limitan a los *atentados* que *ésta* realice.

La interpretación sistemática impide identificar el concepto de *atentado* con las formas delictuales previstas en los artículos 231 a 236 del vigente Código penal.

(39) En Italia (art. 416 del Código Rocco) la promoción, constitución u organización de asociaciones de más de tres personas para cometer delitos viene castigada como delito autónomo con reclusión de tres a siete años, y la simple participación en dichas asociaciones, con reclusión de uno a cinco años, sufriendo los jefes la misma pena que los promotores. Si los malhechores recorrieren en armas campos o vías públicas se aplica la reclusión de cinco a quince años, aumentándose la pena si el número de componentes es de diez o más.

La asociación para delinquir constituye *por sí* delito, pero no especial título de responsabilidad por razón de los delitos que ésta cometa. Otro tanto ocurre con la formación o participación en bandas armadas para delinquir contra la personalidad internacional o contra la personalidad interna del Estado (artículo 306 del Código Rocco).

Véase SALTELLI-ROMANO DI FALCO: *Nuovo Codice Penale Comentato*, vol. III, Turín, 1940, págs. 493 y 176; SABATINI en *Il Codice Penale*, publicado bajo la dirección de CONTRI, vol. II, Milán, 1934, págs. 683 y 239.

Pero debe ser distinguido en ellas, como resulta del propio epígrafe del Capítulo VI del Título II del Libro II en que se contienen, el acto de atentado y el sujeto institucional *contra* el que se realiza, razón por la que estos delitos son, en términos del propio epígrafe, no solo *Atentados*, sino *Atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos*.

El acto de atentado se configura en el hecho de acometer o de emplear fuerza o intimidación, según fija el artículo 231, y aun cuando *a consecuencia resultare* muerte o lesiones de las comprendidas en los números 1.º y 2.º del artículo 420 (40).

El atentado es, por sí, un tipo de actividad, no de delito.

La responsabilidad al amparo del artículo 502 se limita, en consecuencia, a la ejecución en cuadrilla de robo con violencia o intimidación en las personas y a los actos cometidos *por ésta* que impliquen acometimiento, empleo de fuerza o intimidación y no a los restantes delitos sea cual fuere su naturaleza.

Así quedarán incluidas las violencias cualificativas del delito de robo y otros actos cualesquiera que la cuadrilla cometa, causaren o no lesiones, y aun la violación no cualificativa de robo, si fuese de las comprendidas en el número primero del artículo 429 y no las de los números segundo y tercero, por no existir entonces fuerza ni intimidación.

No quedaría sometida a la disciplina del artículo 502, la ejecución, por ejemplo, de un delito de hurto o de estafa *por la cuadrilla*.

2.—La cuadrilla, unidad delincuente.

Parte aquí el legislador de la concepción de la cuadrilla, en el delito *de robo con violencia e intimidación en las personas*, como una realidad delincuente, actuante como unidad (41) y cuyo ser y estructura resultan del propio texto legal.

Interesa insistir en que si bien son *condiciones de operabilidad* las ya citadas, la forma de responsabilidad que se *origina* no se limita al robo y a sus actos cualificativos de intimidación o violencia, sino a cualquiera de los *atentados* cometidos *por la cuadrilla*, que subjetiva, como unidad delincuente, las infracciones que cometan sus *integrados*.

La subjetivación dicha se expresa repetidamente en la formulación legal del artículo 502 al referirse en su párrafo 2.º a *los atentados cometidos por ella* y en su párrafo 3.º a *los atentados cometidos por una cuadrilla*, y es el núcleo conceptual de la existencia,

(40) Véase tipo agravado previsto en el art. 233 del Código penal.

(41) Sobre la aparente paradoja que supone la existencia de una *organización* criminal frente a la personalidad individualista y rebelde del delincuente, véase ALTAVILLA, Enrico: *La dinámica del delito*, vol. II, Turín, 1953, pág. 380.

en relación a ella, de especiales principios en materia de responsabilidad criminal.

En cuanto a la continuidad en el tiempo, el legislador, afirmado a su concepción de la cuadrilla como forma de la realidad, no sólo la admite, sino que la supone al estructurar la propia cuadrilla, partiendo de los malhechores *que anden habitualmente en ella*, lo que implica una noción de permanencia.

3.—La Cuadrilla como cuerpo cierto.

Forman, pues, la base constitutiva de la cuadrilla, sin perjuicio de exigir como factor condicionante *la constancia* de concurrencia a la ejecución del robo de más de tres malhechores armados, todos aquellos que resultare probado que habitualmente la integran, necesidad de integración que resulta del uso en la formulación legal de la preposición *en* con valor inclusivo, no bastando, por tanto, la simple coexistencia *con ella* si consta la ausencia absoluta de voluntad de formar parte.

Sin embargo, ni la *noción de cuadrilla* ni la aplicación de la especial forma de responsabilidad que previene el artículo objeto del presente comentario, precisan necesariamente *una permanencia en el tiempo*, como fué argüido en el recurso de casación que motivó la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1872 (42) en la que razonadamente se declara que el artículo 518 del Código penal de 1870 entonces vigente, concordante con el 502 del de 1944, «no exige, como se invoca, que la cuadrilla esté formada para ejecutar excesos y atentados habitualmente sino que el robo se cometa por más de tres malhechores armados» (43).

Sólo cuando la cuadrilla *tenga permanencia en el tiempo* opera la presunción de presencia respecto a los malhechores *que andan habitualmente en ella*.

Señalado el valor de la expresión *malhechor* al tratar de la cuadrilla como condición de esta forma de responsabilidad criminal, es necesario fijar el alcance de esa exigencia de *habitualidad*, hecho de trascendental importancia por constituir la única *prueba* que de una determinada conducta del sujeto impone la aplicación de lo prescrito en los párrafos segundo y tercero del aquí comentado artículo 502, ya que afirmada respecto a un sujeto la *habitualidad* de su presencia en la cuadrilla que ejecute el robo, sin ulterior *constancia*, basta para ser considerado como autor de los atentados que esta cometa.

La habitualidad supone reiteración de actos y dada la relevancia de las consecuencias que aquí comporta debe por lo menos exigirse, paralelamente al criterio jurisprudencial sentado en la interpre-

(42) *Jurisprudencia Criminal* (1872). Tomo V, Madrid, 1872, pág. 274.

(43) Por el contrario exige para constituir tipo agravado el carácter de *permanencia* el Código penal colombiano en su artículo 404.

tación de los artículos 438 y 542 del Código penal, que usan del mismo adverbio, una verdadera *pluralidad* de actos, y no tan sólo una dualidad; sin precisar, sin embargo, que éstos resulten de declaraciones judiciales de permanencia a la cuadrilla y sí, únicamente, la plena comprobación, sea cualquiera el medio, de aquella repetida integración en ella.

Tampoco se exige la pertenencia profesional a la cuadrilla.

Al efecto de aplicación de las especiales reglas que sobre responsabilidad criminal fija el artículo 502, el hecho de andar habitualmente en una cuadrilla de malhechores motiva la presunción de hallarse *presente* en cualquiera de los atentados por ella cometidos.

Por tanto, se reputan presentes a la ejecución de un robo en cuadrilla:

a) Por razón de *constancia*; quienes realmente lo estuvieren.

b) Por razón de *presunción*; quienes habitualmente forman parte de ella.

La presunción queda desvirtuada únicamente por la *prueba en contrario*, o sea, por la prueba de *no presencia* en el particular *atentado*, ya que el hecho de presenciar, perteneciendo a la cuadrilla, la ejecución del robo motiva responsabilidad por *cualquiera* de los atentados que la cuadrilla cometiera.

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1872 (44) estima irrelevante la *inactividad* si ha sido probada la *presencia*.

Respecto al primer grupo, los ulteriores efectos en cuanto a la especial responsabilidad prevista en el artículo 502 del vigente Código por los hechos realizados por la cuadrilla que ejecutase el robo, se limita a los que forman parte de ésta, o sea, a los que la Ley denomina *malhechores*, sin que se extienda a los que aun presentes, fuesen ajenos a la unidad delincuente.

4.—La voluntad unitaria en la cuadrilla. Su valor y límites.

En el sistema de nuestro Código es precisamente ésta, la de unidad delincuente, la naturaleza que la cuadrilla tiene en el robo con violencia o intimidación en las personas.

El legislador ha querido configurarla como un cuerpo cierto, en la concurrente habitualidad o en la presencia, dotada de una voluntad que, en unidad también, se expresa como manifestación de las individuales, que, en la ejecución del robo, se funden en la unidad de obrar que resulta de los particulares actos de acción o de omisión de los malhechores.

Por ello, la responsabilidad criminal de los miembros de la cuadrilla que se hayan reputado presentes a la ejecución del robo, no se modula en razón a sus particulares actos sino que por el

(44) *Jurisprudencia Criminal* (1872). Tomo V, Madrid, 1872, pág. 274.

contrario se estima en relación a todos los *atentados* que la *cuadrilla* haya cometido en él, castigando a cada miembro como *sujeto constitutivo* de la unidad con la pena que le correspondería en calidad de autor de todos y cualquiera de los atentados por ella cometidos.

Tal posición explica, sin embargo, la limitación que la propia Ley señala y en virtud de la cual no responderá el cuadrillero o malhechor *de los atentados que conste procuró impedir*.

La estructura del Código parte de una voluntad unitaria manifestada incluso en el tácito consentimiento de los que integran la cuadrilla, pero no podía ignorar la relevancia de una voluntad opo- nente manifestada en acto que tienda a impedir el mal o atentado.

Este necesario reconocimiento tiene como corolarios que baste *procurar*, aunque no se consiga, pues no es la eficacia objetiva el origen de esta excepción, sino la real y manifiesta oposición a *la voluntad de la cuadrilla*, y, asimismo, que la exención se limite a lo que se procuró impedir y no se constituya en perdón de actos que la cuadrilla realizó con su asentimiento expreso a, tácito, ma- nifestado en las actividades concurrentes o en la inactividad, irre- levante como excepción, según ha declarado nuestro Tribunal Su- premo (45), si consta la *presencia*.

De los hechos que no procuró impedir es responsable el malhe- chor que se reputa presente a la ejecución de un robo en cuadrilla.

Es de advertir, sin embargo, que si en la ejecución de un delito de robo con violencia o intimidación en las personas cometido en cuadrilla constase que todos los malhechores, por obrar directa- mente, realizaron propios y verdaderos actos de directa ejecución, sin otros atentados que los constitutivos de aquel delito, la res- ponsabilidad criminal que se declare lo será con base en los ar- tículos 12 y 14 del vigente Código penal y no en el artículo 502 del propio texto (46).

5.—Estructura orgánica de la cuadrilla: el mando.

Al mismo criterio de considerar la cuadrilla en el robo con vio- lencia o intimidación en las personas como *unidad* corresponde la imposición de la pena inmediatamente superior en grado al *jefe* de ella, en todo caso, ya que si existe cuadrilla, por definición, estará, al menos, parcialmente armada en más de tres de sus miembros, a tenor de la definición que viene dada en el segundo párrafo de la circunstancia 13 del artículo 10 del Código penal vigente.

(45) *Jurisprudencia Criminal* (1872). Tomo V; pág. 274; fecha de la Sentencia: 23 de febrero de 1872.

(46) Concorde muéstrase la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciem- bre de 1873, publicada en *Jurisprudencia Criminal* (1873). Tomo IX, Madrid, 1874, pág. 533.

La existencia de un jefe conocido no es elemento necesario, sino contingente (47), en la operabilidad de las especiales reglas contenidas en el artículo 502.

La calidad de jefe, de existir, debe ser objeto de prueba. Este es el criterio jurisprudencial implicado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1876 (48).

La incriminación agravada, aquí se justifica por la consideración del jefe como regulador y director de la estructura y actos de la cuadrilla, estimándose tal actividad más grave que la directa, aunque individualizada, ejecución, en calidad de autor, de los propios hechos (49).

V: CONCLUSIONES

Pueden quedar así sintetizadas:

1. Nuestro vigente Código penal admite como título autónomo de responsabilidad criminal, si bien con ámbito limitado al delito de robo con violencia o intimidación en las personas, junto a la autoría, la complicidad y el encubrimiento, el formar parte de una *cuadrilla*.

2. Estima la Ley que los componentes de la *cuadrilla* obran *ut universi*, como miembros de una *unidad delincente autónoma*.

3. Los individuos se integran, en esta unidad, mediante un acto de concurrencia o mediante una conducta de habitualidad, responsabilizándose no sólo por sus propios actos, sino, en general, por los que se reputen cometidos por la cuadrilla, siempre que impliquen acometimiento, empleo de fuerza o intimidación.

4. La responsabilidad individual por razón de cuadrilla alcanza a cuantos de aquellos actos sean cometidos por ella, desde que el sujeto entró a formar parte, salvo que hubiese procurado impedirlos, y mientras no quedé probada su ausencia en la ejecución del robo.

(47) Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1872, publicada en *Jurisprudencia Criminal*, (1872). Tomo V, Madrid, 1872, pág. 274.

(48) *Jurisprudencia Criminal* (1876). Tomo XV, Madrid, 1877, pág. 385.

(49) La responsabilidad diferencial entre el promotor y los restantes miembros del grupo delincente se contiene ya en el Fuero Juzgo (Ley 6 Título II, Libro VII) y en el Fuero Real (Ley 15, Título IV, Libro IV).

SECCION LEGISLATIVA

El delito de desobediencia al Gobierno

(Ante la nueva Ley de Régimen jurídico de la Administración)

JOSE MARIA MARTINEZ VAL

Doctor en Derecho. Catedrático. Del Ilustre Colegio de Abogados de Ciudad Real

Con la entrada en vigor del texto refundido de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado, promulgada por Decreto—con el texto articulado—de 26 de julio de 1957 (*B. O. del E.* del 31), ha de plantearse el problema de la interpretación y aplicación del art. 238 del vigente Código Penal, a la luz del nuevo ordenamiento, en cuanto afecta a la organización y funcionamiento del Gobierno.

Es sabido que dicho precepto contempla, define y sanciona el delito de «desobediencia a órdenes expresas del Gobierno referentes a la fabricación, transformación, suministro, adquisición, transporte, importación y exportación de materias, efectos, productos, semovientes o cualquier género de mercancías, en lo relativo a la sustancia, cantidad, calidad o tiempo de los mismos», estableciendo una escala de penas variable, según se cause perjuicio a la defensa nacional o con ánimo de atentar a la seguridad del Estado; se irroguen perjuicios al Estado o a la economía nacional, o no se produzcan los precedentes resultados.

Este delito, que se incorporó al Código Penal trayéndolo de los artículos 47 y 48 de la Ley de Seguridad del Estado, suscitó ciertos problemas de interpretación, encarados y resueltos por los expositores y comentaristas (1) y por el Tribunal Supremo en algunas importantes Sentencias (2), que configuraron, sobre todo, el alcance que debía tener la palabra «*expresas*», referida a las órdenes del Gobierno que se desobedecieran.

El problema que ahora se plantea es forzosamente distinto y nuevo, porque se produce al tener que coordinar el precepto comentado con la nueva estructura orgánica del Gobierno, ya adelantada por el Decreto-Ley de febrero de 1956, que estableció las Comisiones Delegadas de Ministros, pero ahora ratificada en la Ley que fué sometida a las Cortes y con articulación definitiva en el Decreto de que queda hecha mención.

En efecto: lo que el art. 238 del C. P. incrimina es la desobediencia de

(1) CUELLO CALÓN, E.: *Derecho penal*, 9.ª ed., Barcelona, 1955, vol. II, pág. 140; FERRER SAMA, A.: *Comentarios al Código penal*, Murcia, 1943, vol. III, pág. 221; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Comentarios al Código penal*, Ed. Derecho Privado, Madrid, 1946, vol. II, página 112.

(2) Vid. sentencias de 25 de abril de 1944 (referida a la Ley de Seguridad del Estado) y de 19 de junio de 1952.

órdenes expresas del *Gobierno*. Y, en consecuencia, si ha cambiado en la nueva Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado el concepto y el funcionalismo del Gobierno, el precepto penal deberá tener una interpretación muy distinta de la anterior.

Antes de la constitución de las Comisiones Delegadas de Ministros ha podido mantenerse, sin duda alguna, la tesis de Cuello Calón, según la cual «las órdenes han de provenir del Gobierno, no de uno o varios Ministros, aun cuando lo fueren del ramo relacionado con las materias» (3). Ahora estimamos que esta tesis es muy dudosa y aun puede ser negada, con sólidos fundamentos, a tenor de lo que vamos a intentar explicar.

Entendemos que el concepto unitario del Gobierno, existente hasta la constitución de las Comisiones Delegadas de Ministros, ha hecho en cierto modo quiebra, salvo, naturalmente, en el aspecto puramente político, en cuanto órgano ejecutivo de la soberanía del Estado. Mas a los efectos de preparación, estudio y resolución de ciertas actividades que no requieran la decisión del Gobierno en pleno, las Comisiones de Ministros asumen una categoría y una significación tal que bien pueden equivaler—dentro de esa concreta limitación—al propio Gobierno, con lo cual el precepto penal deberá ser aplicado también cuando las órdenes emanen de alguna de las Comisiones Delegadas, sin que a ello se oponga la literalidad del precepto penal, porque ésta ha de entenderse—creemos—en muy directa relación con la base orgánica y funcional del Gobierno; establecida en la importante Ley de Régimen jurídico, cuya reciente promulgación motiva este trabajo.

Veamos por qué. El tercer párrafo del capítulo III de la exposición de motivos del Decreto que articula la repetida Ley, recogiendo incluso expresiones empleadas en un artículo divulgador publicado en *Nuestro Tiempo* (1956) por el Secretario General Técnico de la Presidencia del Gobierno, profesor López Rodó, a quien estimamos como inspirador principal de las reformas, manifiesta que «estas Comisiones estarán constituidas por los Ministros cuya competencia exige, por razones de afinidad, una más estrecha colaboración. Y se les asigna, además de la función coordinadora entre los Ministerios en ellas integrados, la de preparar y estudiar previamente los asuntos que, por su importancia y repercusión en la vida nacional, exijan el conocimiento del Consejo de Ministros y la de resolver aquellos otros que, dada su naturaleza, sea necesario elevarlos al Pleno del Gobierno».

La nueva Ley prevé un sistema de delegación de atribuciones en el capítulo IV (arts. 2 y siguientes). Concretamente, el art. 22 establece que «las atribuciones reconocidas a las diversas Autoridades de la Administración del Estado, a que se refiere el art. 2.º de esta Ley, serán delegables en los órganos inferiores siguientes: 1. Las funciones administrativas del Consejo de Ministros, por acuerdo unánime de éste, en las Comisiones Delegadas».

Es evidente, pues, que según la nueva Ley, el Consejo de Ministros—es decir, el Gobierno en pleno, como se le llama en otros preceptos y en la exposición de motivos—puede delegar en las Comisiones funciones administrativas.

Ahora bien; es conocido que el concepto de función o actividad adminis-

(3) CUELLO CALÓN, B.: Op. cit., vol cit. pág. 140.

trativa ha sufrido en los últimos tiempos, paralelamente a la elaboración doctrinal administrativa y a la hipertrofia legislativa en esta rama, una notoria ampliación. Muy recientemente lo ha sintetizado en pocas palabras Fábregas del Pilar al escribir que «el concepto de la *actividad administrativa* es más amplio que el de servicio público, con el que, como es consiguiente, no coincide, porque la Administración realiza además de las funciones (positiva o negativa) que requiera la prestación de estos servicios (actividad trascendente) otras que, como supuesto y base de esa actuación, exigen el establecimiento del Estado y el logro de sus finalidades esenciales, constituidas por su efectividad y representación, defensa en el interior y orden público, Administración de Justicia, Registro Civil, de la Provincia, etc. (actividad inmanente) (4).

En este sentido, las órdenes a que alude el art. 238 del C. P., por referirse a fabricación, suministro, transporte, etc., de materias y mercancías en general, versan sobre esa actividad o función administrativa trascendente del Estado, que es la que más propia y rigurosamente se llama «función»—con expresión que emplea la nueva Ley de Régimen jurídico en su art. 22—y que suele ejercerse en forma de contratos o servicios administrativos, aunque también, en ocasiones justificadas por necesidades de defensa, orden público, emergencias económicas, etc., por órdenes directas y expresas, a las que se refiere el art. 238 del C. P.

De manera taxativa establece también el número 4 del art. 11 de la misma Ley de Régimen jurídico que, aparte y además de las «otras atribuciones que les confieran las disposiciones vigentes», según el número 5 del mismo artículo, será competencia de las Comisiones Delegadas *resolver* los asuntos que, afectando a más de un Departamento de la Comisión respectiva, no requieran, atendida su importancia, ser elevados a decisión del Consejo de Ministros, a juicio del Presidente del Gobierno, o no correspondan a dicho Consejo por precepto legal.

«Estimamos del mayor interés, a los efectos de decidir la cuestión que estamos planteando, que se fije la atención en los elementos que integran el párrafo y artículo de la nueva Ley que dejamos transcrito.

Primero. Las Comisiones Delegadas del Gobierno tienen facultades de *resolver*. Es claro que sus resoluciones pueden adoptar forma de órdenes, que a su vez pueden ir dirigidas expresamente a ciudadanos o entidades españolas, que es uno de los requisitos previstos en el precepto penal que estamos contemplando.

Segundo. Por su materia, tampoco se pone en duda que puedan referirse a la producción y tráfico de productos y mercancías, que constituyen el objeto material del tipo penal del art. 238 del Código. Porque ello depende de la delegación de atribuciones que, en uso de la facultad que le confiere el art. 22, número 1, de la nueva Ley, le haya hecho el Consejo de Ministros. Y no se diga que el art. 238, al referirse en sus números 1.º y 2.º a posibles perjuicios a la defensa nacional o a la seguridad del Estado, o bien a la economía nacional, puede parecer que a su vez contralimita las facultades de delegación del

(4) FÁBREGAS DEL PILAR, J. M.: «La responsabilidad del Estado y de sus autoridades y funcionarios», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, junio 1957, página 706, nota 2.

Consejo de Ministros, en cuanto que en algunos números del art. 10 de la misma Ley de Régimen jurídico se establece como de la exclusiva competencia del Gobierno en pleno todo lo que se refiere al ámbito de los tres precitados aspectos (defensa, seguridad, economía). Porque, en primer lugar, es al Consejo de Ministros, discrecionalmente y en vista de su doctrina política y de sus necesidades administrativas, a quien compete decidir, sin sometimiento a imposibles reglamentaciones imprevisibles y casuísticas, lo que haya de considerar que puede o no poner en riesgo los tres valores repetidos de defensa, seguridad del Estado y economía nacional, y en segundo término, porque el riesgo o perjuicio que condicionan según los números 1.º y 2.º del art. 238 del C. P. la evaluación de la pena depende del incumplimiento de las órdenes, pero no de la materia propiamente dicha, que en sí es indiferente.

Tercero. La doble condicionabilidad prevista en el número 4.º del art. 11 de la Ley de Régimen jurídico del Estado, sometiendo las *resoluciones* que puedan adoptar las Comisiones Delegadas a que: 1), a juicio del Presidente del Gobierno no requieran ser elevadas a decisión del Consejo de Ministros, y 2), que no correspondan a dicho Consejo por precepto legal, está arguyendo, en primer término, que cuentan con la aprobación del Jefe del Gobierno, que, por definición, lo representa y dirige, y en segundo lugar, que no son de competencia del Gobierno en pleno, aunque sí del Gobierno «*lato sensu*», en una aceptación más tradicional y meramente orgánica.

En consecuencia, entendemos que, por la función aprobatoria que en las Comisiones Delegadas asume el Jefe del Gobierno; por su naturaleza originaria y legal de delegadas, en la que va implícita la representación y asunción de funciones del cuerpo delegante (Consejo de Ministros, por unanimidad) y por sus facultades resolutorias en un ámbito también legal o discrecionalmente determinado por el Gobierno en pleno, en lo sucesivo será correcto entender que las órdenes expresas *del Gobierno*, a que literalmente se refiere al art. 238 del C. P. vigente, pueden ser también las órdenes de las Comisiones Delegadas, cuando actúen dentro del ámbito de sus atribuciones, sin que pueda seguir interpretándose que han de emanar del Gobierno en pleno es decir, del Consejo de Ministros.

Persistir en la doctrina anterior—entonces perfectamente ajustada a derecho—sería desconocer la nueva estructura orgánica y el nuevo funcionalismo administrativo que el texto articulado del Decreto de 26 de julio pasado confiere al Gobierno de la Nación.

SUECIA

El Anteproyecto de Código de Protección

JOSÉ SÁNCHEZ OSÉS

Merced a la reputación mundial como penalista de nuestro Director, el Profesor Cuello Calón, a su constante preocupación por los adelantos legislativos penales, podemos disponer, y así brindar a nuestros lectores, de un ejemplar del expresado anteproyecto de Código, elaborado por la Comisión del Código Penal de Suecia y cuya difusión en lengua inglesa se debe a su vez al Profesor Thorsten Sellin, titular de la Cátedra de Sociología de la Universidad de Pennsylvania, en Filadelfia, Presidente de la Sociedad Internacional de Criminología y Doctor Honoris Causa de la Universidad de Upsala.

La referida Comisión sueca para la redacción del Código Penal, cuyo nombramiento o designación data del 6 de octubre de 1938, logró que culminasen sus tareas en 21 de diciembre último, cristalizando aquéllas en un informe titulado «Skyddsålag» (Ley de Protección), enfocado a la protección contra el delito; constando el informe indicado de sendos comentarios y basándose en datos consistentes.

El repetido informe comienza con una extensa introducción sobre el ámbito y caracteres de la criminalidad en Suecia, sobre las sanciones actualmente vigentes en dicho país y sus métodos de aplicación. La introducción va seguida de comentarios de los artículos que integran los catorce capítulos de que consta el proyecto, insertándose también las enmiendas formuladas, anteproyectos de estatutos complementarios y el texto legal propuesto. En un apéndice se incluyen estudios diversos, tales como los relativos al «Delito y su represión», de Sverker Groth e Ivar Stråhal; sobre «Recidivism among Youthful Offenders» (Reincidencia entre los delincuentes jóvenes), de Torsten Eriksson y Carl-Gundar Janson y Ulla Larson; sobre «Peligros de reincidencia en diferentes tipos delictivos, con especial referencia al influjo del abuso alcohólico», de Gunnar Inghe y Torgny Lindberg; sobre «Los sometidos al tratamiento correccional en Suecia», de Dick Blomberg; «La misión del Oficial de los Servicios de bajo palabra y régimen de prueba», trabajo debido a Sten Lilliehöök; «La evolución de la prisión juvenil», de Gunnar Thuren, y, finalmente, «La evolución del sistema de internamiento», por Gunnar Marnell.

El informe de tan obligada referencia está suscrito por catorce miembros de la Comisión aludida y por diez expertos: Presidente, el Doctor Karl Schlyter; Vicepresidente, Doctor Ragnar Bergendal, Profesor de Derecho Penal y Rector de la Universidad de Lund; Secretarios, los señores Bengt Hult y Carl Holmberg, Jueces adjuntos del Tribunal de Apelaciones de Stockholm;

el Profesor Ivar Agge, titular de la Cátedra de Derecho Penal de la Universidad de Stockholin; el Sr. Torsten Eriksson, del Ministerio de Justicia sueco; Mr. Sven Ersman, también Juez adjunto; Mr. Hardy Göransson, Director de Prisiones; Mr. Mathis Heuman, Fiscal General; Mr. Bengt Lassen, Juez de Apelaciones; Mr. Hugo Lindberg, Abogado; Jueces Ohlsson, Gösta y el Doctor Ivar Strabañ, Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Upsala. De los expertos, cuatro son miembros del Parlamento; otro, el Profesor Gunnar Heckscher, del Instituto Sueco; tres Directores de Instituciones correccionales y dos psiquiatras.

A lo largo de su dilatado mandato, la Comisión redactora no se limitó al anteproyecto que ahora principalmente nos ocupa, ya que en efecto fué, por ejemplo, la inspiradora de la Ley sueca de Prisiones de 1955 (de la que existe asimismo una traducción al inglés del Profesor Sellin: «Recent Penal Legislation in Sweden», Stockholin, 1947), dedicándose también a aprovechar sus investigaciones y trabajos con vistas a una sistemación de disposiciones de índole penal dispersas por la legislación de Suecia.

Como bien dice el Profesor Sellin en su resumen expositivo del anteproyecto, los castigos tradicionales, básicamente reputados o, mejor dicho, concebidos en razón a la envergadura de la infracción y como instrumentos de retribución e intimidación, no son fácilmente compatibles con las «medidas» (éstas ya no son penas) modernamente adoptadas en cuanto adaptables a la índole del «infractor» y encaminadas a que el mismo sea recuperado por la sociedad como persona nuevamente proba, o, por el contrario, a tenerle apartado de aquélla mientras represente una amenaza para la vida social bien ordenada.

Los códigos penales de los viejos tiempos ofrecían en tal orden de cosas mayor consistencia; eran, si se quiere, más consecuentes con las ideas y principios de sus redactores; los códigos modernos, comparativamente, son el fruto de un compromiso, de un intento de reconciliar dos tendencias fundamentalmente divergentes. La fuerza de los viejos conceptos acerca del castigo, juntamente con otros factores, tales como el conocimiento, aun imperfecto, en cuanto al modo de proceder contra el crimen, ha hecho imposible—también en opinión del Profesor Sellin—el romper con la tradición y llevar las conclusiones de las ciencias relativas a la conducta humana a la consecuencia lógica de la formulación de un código correccional que, sentado en las modernas premisas, sea capaz de restablecer la consistencia del Derecho penal positivo.

El Proyecto de la Comisión del Código Penal de Suecia avanza mucho hacia la elaboración de ese último sistema preconizado por el Doctor Sellin. Abandona el vocablo «castigo» o «pena» por el de «consecuencia», término que, si no gusta, puede a su vez ser sustituido por el de «sanción» (en nuestra terminología se prestaría de nuevo al confusiónismo) o, más bien, por el de «medida». Estas palabras se usan indistintamente por los colaboradores en la redacción del anteproyecto, que comprende las «medidas» siguientes: multa, prisión, sentencia condicional, régimen de prueba, instrucción protectora, internamiento protector, y sometimiento a cuidados especiales en relación con la Ley de Bienestar Juvenil, o con las leyes de «Sobriedad» o sobre la «Salud mental», con inclusión ésta de tratamiento psiquiátrico. Por añadidura,

hay sanciones especiales, previstas para miembros de las clases civiles y militares. Son, en suma, a modo de instrumentos de protección para la que tiene en cuenta el Anteproyecto, tanto la personalidad del presunto culpable como los intereses de la colectividad.

Pasando por alto lo relativo a lo que pudiéramos llamar «Organos de aplicación» de las medidas que el Anteproyecto prevé (tales como Tribunales, Recaudación de multas, Comisiones inspectoras, Oficiales del Régimen de prueba y bajo palabra, Prisiones, Oficina institucional, Oficina juvenil y de internamiento, de Protección infantil, etc.); el sistema de sanciones a tenor del Anteproyecto, y conforme ya queda indicado, recorre una gama de medidas que va desde la sentencia condicional, pasando por el régimen de prueba, de instrucción protectora, internamiento, especial vigilancia y multa, a la posible reclusión.

En cuanto a los *delincuentes jóvenes*, el Anteproyecto mantiene la edad de quince años como divisoria entre los que solamente pertenecen a la jurisdicción de las Oficinas de bienestar infantil, y quienes pueden ser sometidos a vigilancia protectora, dispuesta por los Tribunales.

Nadie menor de dieciocho años al momento de la declaración de culpabilidad puede ser condenado a prisión. En determinadas circunstancias (capítulo 5.º, artículo 1.º), puede ser condenado a instrucción protectora, sin que se haya incluido disposición alguna que prohíba el empleo, para tales delincuentes jóvenes, del internamiento, y sin que tampoco contenga la propuesta legislativa que nos ocupa mención alguna respecto a restricciones en la aplicación de la condena condicional. El régimen de prueba puede acordarse si, por razones especiales, se considera más adecuado que el método que puedan disponer los organismos encargados del Servicio de bienestar infantil, aunque la resolución al respecto no deba contener pronunciamiento alguno relativo a que el «probanda» sea instalado en establecimiento de dicha clase. En la mayoría de los casos de adolescentes de edades comprendidas entre los quince y dieciocho años, las únicas medidas que se reservan a los Tribunales son las consistentes en la imposición de multas o remisión a la jurisdicción de Bienestar infantil. De acordarse la multa, no puede ser sustituida, so pretexto de impago, por privación de libertad, debiendo inhibirse definitivamente el Tribunal de ulterior conocimiento del caso en la hipótesis, indicada, de que su resolución estribe en la remisión del culpable a la susodicha jurisdicción de Bienestar juvenil. Finalmente, tratándose de delincuentes jóvenes, no puede suscitarse procedimiento alguno salvo que medien estas circunstancias: actuaciones suficientes para la comprobación de los hechos objeto de la acusación; procedencia de imposición de multa, o que el delito sea de naturaleza grave o medien especiales razones para determinar la actuación de los Tribunales. En términos generales, el Proyecto se inspira en el principio de que, con escasas excepciones, los menores de dieciocho años han de ser solamente sometidos a las tan mentadas Oficinas de Bienestar infantil.

Delincuentes anormales.—Anomalía mental, se entiende, y a este propósito, conforme al Código Penal sueco de 1864, determinados individuos en tal situación se hallaban plenamente exentos de responsabilidad; pudiendo otros ser castigados, si bien más livianamente que los reos ordinarios, adoptando en consecuencia el susodicho Código el criterio de carencia de responsabilidad

para los primeros y de una responsabilidad atenuada para los últimos (capítulo 5.º del Código Penal).

Desde la fecha del expresado Cuerpo legal sueco ha adelantado bastante la Psiquiatría, desenvolviéndose una tendencia, fruto de un mayor conocimiento de los desórdenes de la mente, a hacer aplicación de la exención aludida de modo que en la misma quedasen incluso muchos de los denominados psicópatas. Al propio tiempo no se desatendió la perspectiva del peligro que para la sociedad representaban esos exentos de responsabilidad, lo que a su vez condujo a la adopción de la Ley de 1927, modificada en 1937 y 1945, por la que se establecía la detención preventiva para aquellos completamente irresponsables desde el punto de vista punitivo. A virtud de la última enmienda indicada, por la adición de un artículo 5.º al Código Penal se prevé que «en ciertos casos, cuando una persona autora de un delito muestra síntomas de desviación respecto a los normales, podrá utilizarse, en lugar del castigo, la detención preventiva en una institución de seguridad».

Esa propia reforma abandonó empero el criterio de responsabilidad atenuada, disponiendo que «nadie habrá de responder por un acto perpetrado bajo el influjo de una enfermedad mental u otra anomalía de naturaleza tan intensa que deba ser apreciada como equivalente a dicha clase de enfermedad. Si una persona, siempre que no obedezca a sí misma el haber llegado a tal estado, se encuentra en situación tal que carezca del uso de sus sentidos, no se le impondrá pena alguna por hecho realizado en el estado referido».

Declarada judicialmente la exención de responsabilidad en los casos precitados, conforme a la Ley de Salud Mental, el cuidado del paciente corre exclusivamente a cargo de personal sanitario.

Con estos antecedentes y tornando tras ellos al Anteproyecto motivo de este trabajo, el sistema de cuidado protector en que se inspira requiere que todo aquel que haya cometido una infracción legal y precisa de tratamiento idóneo, sea sometido al mismo de modo que sea reprimido de incidir en nuevo hecho delictivo. Hasta en caso de delincuentes declarados ya exentos de responsabilidad, sugiere el Proyecto que el Tribunal adopte alguna medida para con ellos. Bien es verdad que dicho Anteproyecto pudiéramos decir que «desconoce» la cuestión de responsabilidad, basándose exclusivamente en la necesidad del tratamiento de las medidas que prevé para los deficientes mentales. Así, en el artículo 3.º de su sección 7.ª, establece: «Si una persona, que ha cometido un hecho delictivo, es declarada en situación de precisar asistencia en un hospital mental, mediante informe emitido conforme a la Ley de Salud Mental, el Tribunal dispondrá en su caso el sometimiento de aquélla a los cuidados pertinentes.» Análoga medida podrá dispensarse, aun en caso de personas que en la aceptación estrictamente legal no se hallen padeciendo enfermedad mental o defecto de tal índole, siempre que haya también informe previo de la Oficina Médica del Estado. Si la atención mediante internamiento en hospital mental no es precisa, entonces el Tribunal puede acordar el sometimiento a un psiquiatra, sin necesidad de internamiento del paciente. No obstante y siempre que con ello haya motivos suficientes para pensar se restrinja así al paciente de posible y ulterior perpetración de delito, podrá imponerse al culpable una multa o condena condicional, pese a concurrir en aquél circunstancias de enfermedad o debilidad mentales. Si para la protección de

la colectividad no es necesaria la imposición de penalidad o medida alguna, podrá también adoptarse pronunciamiento de sobreseimiento incondicional. Si la índole de la anomalía mental del reo lo aconseja, y si la naturaleza del delito es de tal gravedad que, de no mediar aquella circunstancia le supondría una pena de dos o más años de prisión, entonces el Tribunal puede disponer el internamiento protector, siempre que tal régimen de custodia, sin duración predeterminada, se repunte necesario para prevenir la nueva perpetración de delitos graves en el futuro. Finalmente, si la edad del culpable lo hace conveniente, podrá emplearse con él la «instrucción protectora», con tal de que también sea el mismo por otras circunstancias apto para tal medida.

La condena condicional.—Es la sanción más suave que prevé el Anteproyecto, siempre que se den los requisitos siguientes: que el delito de que se trate tenga señalada pena de prisión y no simplemente de multa; que, a juicio del Tribunal, haya razones suficientes, atendidas las circunstancias del culpable, que tal pronunciamiento será suficiente para restringirle en lo posible de ulterior delito; que no resulte afectado el interés público; y, tratándose de militar, que no pueda resultar afectada la disciplina. Entraña esta clase de condena una a modo de advertencia al culpable en orden a que, de no observar una conducta proba durante el tiempo que el Tribunal le marque, o de no cumplir determinadas obligaciones en el propio período de tiempo, se revocará el beneficio y se le impondrá la pena correspondiente. El período establecido para la prueba de conducta es el de dos años a partir de la fecha de la condena, pudiendo añadir el Tribunal la imposición de multa en la modalidad de «jornales», aunque no se halle estatutariamente prevista tal penalidad, y, asimismo, puede ordenar al culpable indemnice a la víctima de su delito, especificando tiempo y forma de su pago. De no satisfacerse la indemnización en la forma dispuesta, entonces el Tribunal podrá acordar nuevo requerimiento al efecto, prolongar hasta tres años el período de prueba e incluso revocar el pronunciamiento primitivo y llegar a imponer otra sanción. El cumplimiento de las obligaciones prevenidas en el término dispuesto implica la liberación incondicional. Distingue la condena condicional del régimen de prueba, aunque aquella entrañe algo de esta última, el que no hay sometimiento a vigilancia.

Régimen de prueba.—En el Anteproyecto sueco ya no aparece este régimen como un sustitutivo de la pena, sino como una propia sanción.

Puede imponerse cuando el Tribunal considere que es la forma más adecuada de responder a un delito, si bien desentendiéndose de la clase de éste, con tal de que no se trate de hecho que sólo lleva aparejada como penalidad la de multa, no puede emplearse tampoco, ahora ya con respecto a la persona culpable, cuando la misma sea de edad inferior a dieciocho años, en este último supuesto siempre, a su vez, que no resulte más idónea que la inhibición a favor de la Oficina de Bienestar Infantil. Puede añadirse la imposición de multa-jornal, aunque no se halle estatutariamente prevista.

Otra originalidad del Proyecto a propósito del Régimen de Prueba es la consistente en la posibilidad de internar al reo en una institución de la propia clase, cuando a juicio del Tribunal ello pueda resultar beneficioso para la corrección de aquél «por otras razones». Tal internamiento se fija en dos me-

ses, y como excepciones para su aplicación se establecen la de que no se trata de menor de dieciocho años o de persona que adolezca de debilidad o enfermedad mentales.

«Instrucción Protectora» es la medida sugerida en sustitución de la denominada «prisión juvenil». Puede aplicarse al reo que lo sea de delito para el que viene prevista pena de prisión y cuya edad oscile entre los dieciocho y veintitún años, aunque en casos cabe extender el ámbito de aplicación por la edad hasta los vientitrés. Sin que haya mínimo de duración y sin que el Tribunal haya de fijar dicha duración, ésta no ha de rebasar el máximo de cinco años, comprendido, en su caso, el tiempo que pueda aplicarse de régimen de bajo palabra ni exceder de tres anualidades de internamiento institucional.

Toda persona sujeta a «instrucción protectora» habrá de recibir tratamiento adecuado a sus aptitudes y apto a promover su readaptación social; finalidades que han de perseguirse mediante la instrucción teórico-práctica respectiva. El tratamiento en cuestión ha de ser vigilado en su aplicación por una Oficina Juvenil; ha de comenzar en una institución donde le será aplicado, previa elaboración de un plan consciente y basado en el reconocimiento no sólo médico, sino docente, en el más lato concepto de esta última palabra, del pupilo o interno. La Oficina referida, que es la única facultada a alterar el plan inicialmente adoptado, puede también someter al pupilo al régimen de bajo palabra y ello en cualquier momento, haciéndose la misma responsable de la vigilancia de aquellos a quienes someta a ese último método. La duración de la situación bajo palabra la fijará asimismo la Oficina Juvenil antes de que el pupilo abandone la institución donde se le ha dispensado el «entrenamiento» o instrucción previos, pudiendo la repetida Oficina, según aconsejen las circunstancias sucesivas, aumentar o acortar el tiempo de duración del sistema de bajo palabra e incluso retornar a la institución al pupilo, todo dentro del máximo prevenido legalmente. Medidas similares pueden adoptarse para los Tribunales cuando se trate de la reincidencia de un sometido a régimen de bajo palabra.

«Internamiento protector».—Establece el Anteproyecto que cuando alguien ha cometido un delito sujeto a penalidad de dos o más años de prisión puede el Tribunal disponer el susodicho internamiento, «atendida la proclividad al delito del sujeto, sus condiciones mentales, su conducta y otras circunstancias de la vida del mismo». Al efecto dicho dicho Tribunal establecerá un período para que la duración de este régimen oscile entre uno y doce años.

Por lo que atañe al tratamiento institucional del interno, éste se hallará sometido a las disposiciones que adopte una Oficina de Internamiento, que, salvo especiales razones, no podrá concederle el régimen de bajo palabra mientras no haya cumplido el mínimo indicado de estancia en la institucional, y sin perjuicio de revisar el caso semestralmente. No obstante, la Oficina referida podrá acordar la salida del establecimiento en caso de precisar el reo tratamiento permanente en un hospital mental para el que sea apto, debiendo también otorgar el régimen de bajo palabra si el tiempo de albergue institucional rebasa el mínimo previsto, salvo resolución judicial en contrario por estimar aconsejable la prolongación del mínimo, y esto sin perjuicio de consulta en alzada al Fiscal General, cuyo dictamen determinará a que el Tri-

bunal acceda a la propuesta de la Oficina, siempre que aquél se funde en «la necesidad de prevenir que el internado cometa delitos graves». El tiempo por el que podrá prolongarse judicialmente el internamiento institucional se fija en tres años, sin perjuicio de posibles reanudaciones, conforme al procedimiento aludido. No podrá confiarse a comisiones de vigilancia la del ex interno sometido a régimen de bajo palabra y, si en éste se ha comportado debidamente el beneficiario, se considerará por la Oficina la procedencia de acordar el cumplimiento de la sentencia dictada, lo que habrá de pronunciarse indefectiblemente transcurridos cinco años de situación, bajo palabra, con buen comportamiento del interesado. Cabe, finalmente, que la Oficina competente consienta en que, en vez de cumplirse o dispensarse el tratamiento en la Institución peculiar, ello tenga lugar en establecimiento propio para el «cuidado protector» con tal de que las circunstancias del caso lo aconsejen.

Si, en casos excepcionales, comparecen como acusados ante los Tribunales jóvenes de menos de dieciocho años de edad, casi siempre serán previamente sometidos, para adoptar con fundamento la medida que les sea más propicia, a las Oficinas Locales de Sanidad Infantil. Los culpables que precisen de tratamiento psiquiátrico serán sometidos al régimen para los mismos previsto por la Ley de Salud Mental, admitiendo también el proyecto de sujeción a la Oficina de Templanza de aquellos que adolezcan de alcoholismo y hayan incurrido en hecho delictivo, para su adecuado internamiento en establecimiento peculiar.

Multas.—Y, por último, en lo que respecta a esta clase de penalidad, ha de recordarse que la Ley sueca establece tres clases de las mismas: multas monetarias, multas-jornal y multa que pudiéramos llamar «proporcional», en cuanto la misma se atempera en su cuantía a las probables ganancias con que el culpable se ha lucrado mediante su delito o infracción.

La multa-jornal es un propósito sueco de que la sanción pecuniaria afecte, por igual y en lo posible, al pobre que al rico. Propuesta su adopción en 1916 por el profesor J. C. W. Thyrén, no fué, sin embargo, admitida hasta 1931, aunque ya Finlandia acogió la idea en 1921. Estriba, en suma, la multa-jornal en la imposición de pena, pecuniaria naturalmente, proporcionada a los ingresos, rentas, riqueza, obligaciones y otras circunstancias económicas del culpable, si bien conserva la pretensión de estar asimismo proporcionada a la entidad del delito perpetrado. Su aplicación determina que si bien dos culpables diferentes pueden hallarse sujetos por el mismo delito al pago del mismo número de multas-jornales, el valor monetario de cada una de ellas puede importar tan sólo cinco kronors (coronas) en un caso y hasta 300 en el otro.

VENEZUELA

Modificaciones al Estatuto—actual ley—de Vagos y Maleantes

JOAQUÍN BASTERO ARCHANCO

En diversidad de ocasiones nos hemos referido a la nota de inestabilidad que caracteriza a la legislación penal venezolana en materia de tratamiento de seres peligrosos (vagos, maleantes y temibles); concretamente así lo destacábamos en las páginas de este mismo ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES (año 1951, fascículo I, pág. 122).

De nuevo encontramos hoy confirmación a dicha apreciación nuestra cuando la Cámara de Diputados de aquel país ha aprobado, y el *Diario de Debates* de 23 de julio de 1956 ha insertado, la reforma al Estatuto de Vagos y Maleantes.

En complemento a su Código penal de 1926 publica Venezuela leyes para el tratamiento de seres en estado de peligrosidad en los años 1939 y 1943, ambos textos notablemente influidos por nuestra Ley de Vagos y Maleantes del año 1933. Posteriormente conocemos su Estatuto para vagos, maleantes y temibles de 9 de junio de 1948, que nuevamente es objeto de reforma por la referida Ley de 1956 y de la que pasamos a ocuparnos.

Las modificaciones más notorias que viene a introducir la presente Ley van encaminadas a ampliar y a perfeccionar el campo de acción de la anterior, y entre ellas pueden destacarse las que a continuación enumeramos.

El tráfico ilegal de determinados efectos, como armas, drogas, bebidas embriagantes y otros efectos, es motivo de considerar maleante a quien lo facilita, comercia, fabrica o importa. También se amplía dicho concepto de maleante para quien observa conducta reveladora de inclinación al delito; manifestada por reiterada amenaza a causar daño a las personas; por el trato asiduo y sin causa justificada con delincuentes y sujetos conocidos como peligrosos; por la asistencia a lugares donde éstos se reúnen habitualmente, y por la comisión reiterada y frecuente de faltas o contravenciones policiales.

Dentro de un casuismo que puede pecar de exagerado en el actual texto legal, se amplía el concepto de maleante a tres categorías que más que mera peligrosidad pueden suponer ya conceptos puramente delictivos, principalmente en orden al hurto, a actos preparatorios de hechos constitutivos de delitos o al intrusismo profesional. Así son considerados como maleantes, en unión de los casos anteriormente señalados, los siguientes: 1.º Los que habitualmente detentan, compren, vendan, marquen, señalen o conduzcan ganados o cueros sin llenar los requisitos legales y reglamentarios, cuando tales actos sean pre-

paratorios o constitutivos de despojos. 2.º Los curanderos reincidentes en el ejercicio de alguna de las profesiones médicas, siempre que por su persistencia en la explotación de la credulidad ajena constituyan peligro para la vida o la salud de las personas. 3.º Los merodeadores. A los efectos de esta Ley se entienden como tales aquellos que habitualmente vayan por el campo viviendo de lo que hurten o se apropien.

El artículo cuarto de la Ley de 1948, primero de los que integran el título denominado «de las medidas correccionales» ensancha la serie de las mismas al confinamiento, que más bien podríamos llamar pena que medida de seguridad, y entendiéndolo por tal la obligación de residir, por un tiempo que no exceda de tres años, en lugar determinado, bajo la vigilancia que indique el Ministerio de Justicia, pudiendo aplicarse como accesoria de otras medidas impuestas por la Ley. La duración de la denominada medida y el lugar del cumplimiento de la misma es competencia del mencionado Ministerio.

Laudable es la forma en que el nuevo proyecto de Ley insiste respecto a la necesidad de facilitar enseñanza primaria en las Colonias Correccionales a los internados que carezcan de ella.

Otras de las modificaciones consiste en que la facultad de prórroga de la medida que se adopte ante la falta de corrección del recluso es atribuida al Ministerio de Justicia en lugar de ser propia de la Autoridad que primitivamente la acordó. No encontramos, al menos aparentemente, justificada dicha innovación, pues sobre incurrir en indiscutible centralismo despoja al juez de una de sus más justificadas funciones, cual intervenir en la ejecución de la pena, en adecuado complemento a su función de tipo sancionador. Otro tanto ocurre al atribuir al citado Ministerio funciones diversas de aquellos preceptos de índole procesal que la nueva Ley aporta.

No deja de tener importancia, y merece reseñarse, la facultad otorgada a los jueces penales que al conceder la libertad plena al condenado, si aprecian síntomas propios de su condición de vago o de maleante, deben de comunicarlo a la autoridad competente, en unión de las pruebas pertinentes. De esta forma la medida de seguridad puede ejercer la función de complemento de la pena respecto a la enmienda y mejor adaptación social del penado.

En orden a la terminología debe conocerse la supresión de la palabra Estatuto para designación de este cuerpo legal, la que deberá ser sustituida en todo lugar por la de Ley sobre vagos y maleantes.

Como puede fácilmente apreciarse, no es de mayor alcance la reforma comentada, encontrándose en ella puntos concretos que no podemos hacer objeto de alabanza, si bien el juicio que técnicamente nos merece en este sentido puede atenuarse por la experiencia recogida por el legislador venezolano en el tiempo no muy dilatado que la Ley, anterior Estatuto, llevó en vigor.

Es de desear que este nuevo cuerpo legal encuentre estabilidad y sea fructífero en los resultados que se deriven del mismo.

E S P A Ñ A

Ley de 8 junio de 1957 de reforma de la de Enjuiciamiento Criminal, estableciendo un procedimiento de urgencia para la represión de ciertos delitos

La economía de tiempo, principio consustancial a todo proceso, se manifiesta con imperiosa exigencia en la administración de la justicia penal.

Claramente percibieron esta necesidad los redactores de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal al propugnar un sistema que, dando amplitud a la defensa y garantía de acierto en el fallo, asegurase, sin embargo la celeridad del juicio, con lo que se tendía a realizar dos importantísimos fines.

El primero era el de que la suerte del ciudadano no estuviese indefinidamente en lo incierto ni se le causaran más molestias que las absolutamente indispensables para la averiguación del delito y el descubrimiento del verdadero delincuente, y el segundo, que la pena siguiera de cerca a la culpa para su debida eficacia y ejemplaridad.

Pero la necesidad de arbitrar un procedimiento criminal que sin mengua de aquellas garantías reúna las apetecidas cualidades de agilidad y rapidez adquiere caracteres que la hacen apremiante cuando de determinados hechos punibles se trata. Surgen en primer lugar los delitos flagrantes de los que nada hay que decir respecto de su particular tratamiento procesal, porque fué el propio legislador del ochocientos quien ordenó para ellos, con pretensiones de celeridad, un procedimiento especial en el libro cuarto de la Ley promulgada por Real Decreto de catorce de septiembre de mil ochocientos ochenta y dos.

Mas desde hace algún tiempo otros delitos vienen reclamando del legislador la organización de un proceso dotado de los dispositivos de aceleración adecuados para hacerlo eficaz. Nos referimos a las infracciones de poca entidad y trascendencia delineadas como delictivas en el Código penal ordinario y Leyes especiales, y que algunos denominan delitos menores, y a los delitos cometidos con ocasión de la circulación por las vías públicas. Los primeros, porque no se compadece su escasa entidad con la dilatada espera en su corrección. Los segundos, porque su frecuencia y las dolorosas y muchas veces irreparables consecuencias producidas por los accidentes de tráfico—que ya obligó a publicar la Ley penal de nueve de mayo de mil novecientos cincuenta—vienen causando verdadera alarma en la opinión pública que demanda, con toda razón, el establecimiento de un sistema de represión más a tono con el ritmo de los tiempos en que nos ha tocado vivir.

Para ordenar un procedimiento especial adornado de las características deseadas no parece preciso revolucionar nuestro proceso penal con medidas que quebranten los principios que sirven de apoyo a la Ley de Enjuiciamiento Cri-

minal. Manteniendo incólumes esos principios bastará, al objeto apetecido, con armonizar y conjugar todos los mecanismos que las disposiciones vigentes, la doctrina y la experiencia, propia y ajena, han demostrado ser útiles para lograr aquel designio y ponerlos a disposición de Jueces y Tribunales específicamente encargados de su funcionamiento.

Piedra angular de toda reforma en esta materia debe ser, pues, la previsión de los órganos encargados de la aplicación de las correspondientes normas procesales. En el proyecto que a continuación se esboza atiéndese a esta exigencia en el artículo segundo, donde, sin llegar a la separación de la justicia penal de la civil, por tantos demandada, se prevé la designación y fallo de las causas formadas para el enjuiciamiento de los aludidos delitos, y tanto en ese artículo como en el setecientos ochenta y uno de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su nueva redacción, trata de dotarse a los respectivos Juzgados con el personal y material necesario para que pueda convertirse en realidad el propósito que se persigue.

En cuanto al procedimiento propiamente dicho, recoge este proyecto los precedentes de las disposiciones anteriores, aunque algunas no se hallen en vigor, útiles para alcanzar la meta deseada, figurando en primer término las del mismo título de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que ahora se deroga, las del título tercero de la Ley de veintisiete de julio de mil novecientos treinta y tres y las contenidas en otros preceptos, como, por ejemplo, en el Real Decreto-Ley de trece de junio de mil novecientos veintisiete y en la Orden de veintiuno de marzo de mil novecientos treinta y dos. Estas normas, completadas con otras sugeridas por la doctrina o dictadas por la experiencia, cuya justificación se desprende de su simple lectura, aparecen sistematizadas para su mejor inteligencia y aplicación en tres capítulos, respectivamente destinados a las disposiciones generales, al sumario y al juicio oral, rúbricas de los tres primeros libros de nuestro Código procesal penal.

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

DISPONGO :

Artículo primero. El título tercero del libro cuarto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, comprensivo de los artículos setecientos setenta y nueve al ochocientos tres, ambos inclusive, quedará sustituido por el siguiente

TÍTULO III

Del procedimiento de urgencia para determinados delitos

CAPÍTULO PRIMERO

Disposiciones generales

Artículo setecientos setenta y nueve. El procedimiento regulado en este título se aplicará al enjuiciamiento de las infracciones enumeradas a continuación:

Primero. Delitos flagrantes perseguibles de oficio castigados con pena no superior a presidio o prisión menor, cualquiera que sea la que pudiera corresponder al reo por razón de sus antecedentes penales.

Se considerará flagrante delito el que se estuviere cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente o delinquentes sean sorprendidos.

Se entenderá sorprendido en el acto no sólo el delincuente que fuere cogido en el momento de estar cometiendo el delito, sino el detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persigan.

También se considerará delincuente *in fraganti* aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido el delito con efectos o instrumentos que infundan la sospecha vehementemente de su participación en él.

Segundo. Delitos perseguibles de oficio castigados con la pena de arresto mayor o con la multa que no exceda de veinte mil pesetas, o con ambas penas, cualquiera que sea la que pudiera corresponder al reo por razón de sus antecedentes penales.

Tercero. Delitos de imprudencia cometidos con ocasión de circulación.

Cuarto. Delitos comprendidos en la Ley de nueve de mayo de mil novecientos cincuenta, sobre uso o circulación de vehículos.

Artículo setecientos ochenta. En enjuiciamiento de los delitos enumerados en el artículo anterior, cuyo conocimiento corresponda a las Audiencias Provinciales, se acomodará a las normas comunes de esta Ley, con las modificaciones consignadas en el presente título.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no se aplicará cuando tales delitos sean contextos con otros cuyo conocimiento no corresponda a la jurisdicción ordinaria o cuyo enjuiciamiento deba verificarse conforme a las aludidas normas comunes. En estos casos se aplicarán las reglas generales en cuanto a jurisdicción y procedimiento.

Iniciado un proceso de acuerdo con las normas de este título, en cuanto aparezca que el hecho enjuiciado no se halla comprendido en alguno de los supuestos del artículo anterior, continuará conforme a las generales de esta Ley. Si se hubiere dictado auto de conclusión se remitirá el sumario al instructor para que lo termine con arreglo al procedimiento común, practicando las diligencias necesarias al efecto. Por el contrario, iniciado un proceso conforme a las normas comunes de esta Ley continuará su sustanciación, de acuerdo con las del presente título, en cuanto conste que el hecho enjuiciado se halla comprendido en alguno de los supuestos del artículo precedente. En ambos casos el cambio de procedimiento no implicará el del instructor, salvo que se hubiere asignado la instrucción de los sumarios por los delitos comprendidos en el artículo anterior a un Juzgado especial, conforme al número primero del artículo segundo de esta Ley.

Artículo setecientos ochenta y uno. A cada uno de los Juzgados designados para la instrucción de los sumarios por los delitos objeto de este título quedarán adscritos, donde fuere posible, funcionarios especializados del Cuerpo General de Policía para efectuar, bajo la dependencia directa de la autoridad judicial, los servicios de investigación que la misma les encomiende.

Artículo setecientos ochenta y dos.—El Fiscal de la respectiva Audiencia podrá adscribir uno de los funcionarios a cada uno de aquellos Juzgados que funcionan en la capital de la provincial. También ordenará que cualquiera de sus funcionarios se constituya cerca de otros Juzgados de Instrucción de

fuera de la capital designados para la formación de estos sumarios cuando se estime la necesidad de su presencia ante exigencias represivas de las infracciones criminales enumeradas en el artículo setecientos setenta y nueve.

Artículo setecientos ochenta y tres. En las causas comprendidas en este título, las competencias que se promueven entre Jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria se sustanciarán según las reglas siguientes:

Cuando un Tribunal reclame el conocimiento de una causa: teniéndolo ya otro y haya duda acerca del cuál de ellos es el competente, si no resulta acuerdo a la primera comunicación que con tal motivo se dirija, pondrá el hecho sin dilación en conocimiento del superior jerárquico, a tenor de lo dispuesto en el artículo veinte, por medio de exposición razonada, para que dicho superior, oyendo *in voce* al Fiscal, decida en el acto lo que estime procedente sin ulterior recurso.

Mientras tanto cada Tribunal continuará los procedimientos que hubiere comenzado.

Cuando sean los Jueces de Instrucción los que difieran sobre la competencia se estará a lo dispuesto en el artículo veintidós de esta Ley.

En todo caso, los Jueces instructores en cuyo partido tenga ramificación el delito u ocurran hechos justificables por consecuencia del mismo instruirán las oportunas diligencias, que pasarán al que sea competente para conocer del delito principal.

Artículo setecientos ochenta y cuatro. El ejercicio por particulares, sean o no ofendidos por el delito, de la acción penal o de la civil de ella derivada habrá de efectuarse en la forma y con los requisitos señalados en el título segundo de esta Ley expresando categóricamente la acción que se ejercite.

Sin perjuicio de lo que se dispone en el párrafo anterior, al ofendido por el delito se le instruirá de los derechos que le asisten, conforme a lo dispuesto en los artículos 109 y 110 de esta Ley, pudiendo mostrarse parte de la causa sin necesidad de formular querrela.

Artículo setecientos ochenta y cinco. La tramitación de estas causas y de los recursos ordinarios y extraordinarios que en ellos se interpongan tendrán carácter preferente. Todos los que intervengan en unas y otros procurarán abreviarla mediante su ininterrumpida y rápida actividad procesal.

Los Jueces y Tribunales examinarán cuidadosamente los motivos de cualquiera dilación y corregirán disciplinariamente al que incurra en ella sin excusa justificada.

Artículo setecientos ochenta y seis. Además de las anteriores prevenciones generales, se observarán en la sustanciación de las causas a que se refiere este título las siguientes:

Primera. El Juez o Tribunal que ordene la práctica de cualquier diligencia se entenderá directamente con el Juez, Tribunal, autoridad o funcionario encargado de su ejecución, aunque el mismo no le esté inmediatamente subordinado ni sea superior inmediato de aquéllos.

Segunda. Para acusar los despachos que se expidan en estas causas, se utilizará siempre el medio más rápido.

Tercera. Si el que hubiere de ser citado no tuviere domicilio conocido o no fuere encontrado por la policía judicial en el plazo señalado a ésta, el Juez o Tribunal mandará publicar la correspondiente cédula por medio de la radiodi-

fusión nacional, cuando lo considere necesario, prescindiendo de su inserción en el periódico o periódicos oficiales.

Cuarta. Las requisitorias que hayan de expedirse se fijarán por medio de copia autorizada, en forma de edicto, en el local del Juzgado o Tribunal que conociere de la causa, y se insertarán en las órdenes generales de los Centros superiores de Policía y Orden Público, y únicamente cuando el Juez o Tribunal lo considere imprescindible se publicarán en los periódicos oficiales.

Quinta. Los autos de prisión que se dicten en estas causas no precisarán de ratificación.

Sexta. Las fianzas que se exijan para asegurar las responsabilidades civiles podrán constituirse también mediante garantía bancaria.

Séptima. La fianza pignoratícia prestada por una empresa que explote servicios estatificados, provincializados o municipalizados con capital aportado en su mayoría por la respectiva Corporación, será bastante para asegurar las responsabilidades civiles que pueden exigirse en otras causas, instruidas por Juzgados del mismo partido, siempre que la cuantía de éstas no sea superior a la primera. En otro caso deberá constituirse por la diferencia entre ambas.

En todo caso la fianza así constituida quedará afectada al pago de las responsabilidades civiles que puedan interponerse en todas las causas hasta el máximo de la cantidad asegurada en cada una; pero hechas efectivas sobre la fianza las responsabilidades impuestas en una de ellas, deberá reponerse o completarse en el plazo que al efecto señalará el Juzgado o Tribunal ante quien pendan las otras causas. En su defecto, el Juez o Tribunal decretará el embargo de los bienes necesarios para cubrir las respectivas responsabilidades.

A los efectos de lo dispuesto en los dos apartados anteriores, funcionará en cada partido un Registro de estas fianzas encomendado al Decanato cuando haya más de un Juzgado.

Octava. A todo escrito y a los documentos que se presenten en la causa se acompañarán tantas copias literales manuscritas, mecanográficas, fotográficas o impresas de los mismos cuantas sean las otras partes, a quienes se entregarán al notificarles la resolución que haya recaído en el escrito respectivo, salvo que su contenido tenga carácter reservado para alguna de ellas.

La omisión de las copias sólo dará lugar a su libramiento por el Secretario, a costa del omitente, si éste no las presenta en el plazo de una audiencia.

CAPÍTULO II

Del sumario

Artículo setecientos ochenta y siete. El Juez instruirá a la mayor brevedad las diligencias esenciales e indispensables para preparar el juicio.

Cuando a los ocho días de su incoación no se hubiere terminado el sumario, el Juez dará cumplimiento a lo prevenido en el artículo trescientos veinticuatro.

Para enjuiciar los delitos conexos comprendidos en este título, cuando existan elementos para hacerlo con independencia, y para juzgar a cada uno de los responsables, cuando sean varios, podrá acordar el Juez la formación de las piezas separadas que resulten convenientes para simplificar y activar el procedimiento.

Artículo setecientos ochenta y ocho. El Juez empleará para la comprobación del delito y de la delictuencia del presunto reo los medios comunes y ordinarios que establece esta Ley, con las modificaciones consignadas en las reglas siguientes:

Primera. Las declaraciones de los testigos y el reconocimiento, en su caso, del inculcado se consignará en acta breve, salvo que aquél considere indispensable que el examen de algún testigo se verifique aisladamente y que el reconocimiento se practique conforme a lo dispuesto en el capítulo del título quinto del libro segundo.

Segunda. La información prevenida en el artículo trescientos sesenta y cuatro sólo se verificará cuando, a juicio del instructor, hubiere duda acerca de la preexistencia de la cosa objeto de la sustracción o defraudación.

Tercera. Cuando no ofreciere duda la identidad del procesado, y conocida-mente tuviere la edad de dieciocho años, se prescindirá de traer a la causa el certificado de nacimiento. Si la ofreciere, se unirá dicho certificado y la correspondiente ficha dactiloscópica.

Cuarta. Los informes y declaraciones a que se refieren los artículos trescientos sesenta y siete y trescientos setenta y ocho, únicamente se pedirán y recibirán cuando el Juez los considere imprescindibles.

Quinta. No se demorará del sumario por la falta de recepción del certificado de nacimiento o informe de conducta, sin perjuicio de que cuando se reciban el Juez los remita a la ausencia.

Sexta. El informe pericial podrá ser prestado por un solo perito cuando el Juez lo considere suficiente.

Séptima. Cuando el sumario se instruya por alguno de los delitos comprendidos en los números tercero y cuarto del artículo setecientos setenta y nueve, el Juez podrá acordar la intervención inmediata del vehículo y la suspensión de los permisos de conducción y circulación del mismo, procediendo a ocupar los documentos respectivos y a comunicarlos a los organismos administrativos correspondientes.

Artículo setecientos ochenta y nueve. En los supuestos del número del artículo setecientos setenta y nueve se observarán especialmente las reglas siguientes:

Primera. Las autoridades o funcionarios a quienes por esta Ley correspon-da la instrucción de las primeras diligencias podrán ordenar que les acompañe cualquier facultativo que fuere habido para prestar, en su caso, los oportunos auxilios al ofendido.

El facultativo requerido, aunque sólo lo fuera verbalmente, que no se preste a lo expresado en el párrafo anterior, incurrirá en una multa de cien a quinientas pesetas, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que pudiera haber incurrido.

Segunda. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo trescientos cincuenta y cuatro, los funcionarios de Policía judicial podrán impedir que se aparten del lugar en que se cometió el delito las personas que en él se encuentren.

Podrán también secuestrar los efectos que en él hubiere hasta tanto llegue la autoridad judicial, siempre que exista peligro de que, no haciéndolo, pudieran desaparecer algunas pruebas de los hechos ocurridos.

Podrán, igualmente, proceder a la intervención del vehículo y de los docu-

mentos a que se refiere la regla séptima del artículo anterior, cuando se trate de los delitos de los números tercero y cuarto del artículo setecientos setenta y nueve.

Asimismo podrán hacer comparacer inmediatamente a las personas indicadas en el párrafo precedente ante la autoridad judicial.

Tercera. Podrán igualmente las autoridades y agentes a que se refieren las reglas que preceden requerir el auxilio de la fuerza pública cuando fuere necesaria para el desempeño de las funciones que por esta Ley se les encomiendan.

El requerimiento se hará por escrito, si lo permite la urgencia del caso, al Jefe local de la fuerza.

Artículos setecientos noventa. El Juez dictará, desde luego, auto de procesamiento cuando se dé el supuesto previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro, y recibirá sin demora declaración indagatoria al procesado. En el mismo auto fijará la cantidad en que se calcule el importe de la responsabilidad civil, requiriéndose al procesado para que constituya fianza bastante por la cantidad que se exprese en el término previsto en el artículo quinientos noventa y siete de la presente Ley, procediendo conforme al mismo.

Cuando aparezca indicada la existencia de la responsabilidad civil de un tercero, conforme a lo previsto en el artículo seiscientos quince, el Juez, a instancia del actor civil o de oficio, lo declarará así en el propio auto, y procederá según lo ordenado en dicho precepto cuando no se prestare en plazo la fianza exigida al procesado.

Esta declaración y las medidas precautorias consiguientes quedarán sin efecto en cuanto se halle acreditada la solvencia del procesado.

En los supuestos de los números tercero y cuarto del artículo setecientos setenta y nueve, el Juez, en el mismo auto, acordará, ratificará o dejará sin efecto las medidas a que se refiere la regla séptima del artículo setecientos ochenta y ocho.

Podrá acordar también el embargo del vehículo y la retención del permiso de circulación del mismo en tanto no conste asegurada la solvencia del procesado o del tercero responsable civil.

La intervención del vehículo y del permiso de circulación continuará, no obstante, mientras el primero no se halle en perfectas condiciones para circular.

Las medidas adoptadas conforme al párrafo anterior se comunicarán al organismo que hubiese expedido los documentos de circulación y conducción del vehículo, a las Direcciones Generales de Seguridad y Aduanas y a la Subsecretaría de Obras Públicas para su conocimiento y evitación, en su caso, de expedición de duplicados.

Artículo setecientos noventa y uno. Practicadas las diligencias a que se refiere el artículo setecientos ochenta y siete, el Juez declarará concluso el sumario, para lo que no será obstáculo que se halle pendiente algún recurso ante la Audiencia, ni el que no se hayan recibido los certificados de nacimiento o informe de conducta, emplazándose a las partes para personarse ante la Audiencia y requiriendo al procesado para que designe Abogado y Procurador que le defienda, con apercibimiento de nombrárselo de turno. Si el responsable civil principal o subsidiario estuviera comparecido en la causa, será emplazado en la misma, y en otro caso, lo será en la forma precedente.

A continuación del auto de conclusión hará constar el Secretario de estado

en que se encuentren las piezas separadas que no se puedan elevar a la Audiencia.

Artículo setecientos noventa y dos. Si al dictarse el auto de conclusión del sumario no estuviere dirigido el procedimiento contra persona alguna y concurriere alguno de los supuestos del artículo 641, el Juez, en el propio auto, decretará el sobreseimiento provisional de la causa.

Si el Juez reputare falta el hecho que hubiere dado lugar a la formación del sumario, mandará remitir el proceso al Juez competente para sancionar aquella infracción.

Si todos los inculcados fuesen menores de dieciséis años, se inhibirá a favor de la jurisdicción de menores.

Contra los autos que dicte el Juez, conforme a los tres párrafos precedentes, podrán interponer el Fiscal y las partes acusadoras recurso de apelación, sin previo de reforma, dentro de los tres días siguientes a la notificación, por medio de escrito razonado.

El Juez admitirá el recurso en ambos efectos y mandará remitir los autos a la Audiencia, con emplazamiento de las partes, para que se personen ante ésta en el término de cinco días.

Cuando en este plazo no se personare el apelante, procederá, conforme a lo ordenado en el párrafo primero del artículo doscientos veintiocho.

En otro caso, de haber más partes personadas, se pondrá la causa de manifiesto en la Secretaría, por término de tres días sucesivos a cada una, para que puedan alegar por escrito lo que estimen conveniente a su derecho y presentar los documentos justificativos de sus pretensiones.

Transcurrido el plazo de exhibición de la causa, el Tribunal resolverá el recurso por medio de auto en el término de tercer día.

Cuando no hubiere auxiliar del Fiscal adscrito al Juzgado y no hubieren interpuesto recurso las demás partes, se remitirá el sumario al Fiscal de la Audiencia, el que, dentro de los cinco días siguientes a su recepción, lo devolverá al Juzgado con el escrito de interposición del recurso o con la fórmula de «visto».

En este último caso, así como en el de no interponerse el recurso por el auxiliar del Ministerio Fiscal adscrito al Juzgado o por las demás partes acusadoras, de acuerdo con lo previsto en el párrafo cuarto el Juez procederá a la ejecución de lo resuelto y remitirá copia del auto firme a la Audiencia o Sección respectiva, la que mandará unirla al rollo y archivar éste provisional o definitivamente, previa devolución, en su caso, de las piezas de convicción.

Artículo setecientos noventa y tres. La revocación del auto de conclusión del sumario y su devolución al instructor para la práctica de nuevas diligencias, en las que concurren los requisitos señalados en el párrafo primero del artículo setecientos ochenta y siete, sólo podrá ordenarse a instancia del Fiscal, que, antes de dictarse aquél, no tuviera adscrito uno de sus auxiliares al respectivo Juzgado.

El Tribunal que estime procedente la petición de procesamiento de un inculcado o la declaración de responsabilidad civil de tercera persona, dictará desde luego, auto haciendo la declaración solicitada.

Lo dispuesto en el párrafo anterior será igualmente aplicable a la resolución de un recurso de queja.

Artículo setecientos noventa y cuatro. Contra las resoluciones del Juez de Instrucción no podrán ejercitarse otros recursos que los de reforma y queja.

Inmediatamente que se interponga este último recurso, el Tribunal lo comunicará por el medio más rápido al instructor.

Si para resolverlo necesitase conocer el Tribunal íntegramente alguna diligencia del sumario, mandará que el Juez una testimonio de la misma al informe pedido. En casos muy excepcionales, también podrá el Tribunal reclamar el sumario al instructor para su consulta antes de resolver el recurso, siempre que ello no obstaculice la tramitación de aquél. En estos casos deberá devolverse el sumario al instructor en el plazo máximo de tres días.

Artículo setecientos noventa y cinco. El resultado de apelación sólo podrá interponerse en los supuestos previstos en el artículo setecientos noventa y dos y, además, contra los autos que, conforme a los artículos doscientos sesenta y nueve y trescientos trece, dicte el Juez, absteniéndose de proceder o desestimando la querella. Será aplicable, con las adaptaciones convenientes, lo previsto en los párrafos cuarto y siguientes del artículo setecientos noventa y dos al recurso de apelación que contra los autos últimamente indicados interpongan, el Fiscal y el querellante particular; pero no se remitirá a la Audiencia copia de dichos autos cuando queden firmes.

CAPITULO III

El juicio oral

Artículo setecientos noventa y seis. En el mismo escrito en que el Fiscal o el querellante particular soliciten la apertura del juicio oral formularán la calificación provisional de los hechos y propondrán las pruebas de que intenten valerse.

Artículo setecientos noventa y siete. Devuelta la causa por el Fiscal con el escrito de calificación, se entregará el proceso sin dilación alguna a las partes por un plazo no inferior a tres días ni superior a diez, a fin de que puedan formularse el escrito de calificación provisional y de proposición de prueba. La representación de la parte vendrá obligada a devolver la causa con el escrito, dentro del término señalado, y si no lo hiciera, será corregida disciplinariamente con multa de cien pesetas, por cada día de retraso en la devolución de la causa, que satisfará quien fuere responsable del mismo, y ello, sin perjuicio de que por orden de la Sala proceda el actuario a recogerla de quien la tenga bajo su responsabilidad y, sin necesidad de nueva providencia, y en el caso de que no le sea entregada en el acto del requerimiento, se dé cuenta a aquélla para que disponga se proceda a lo que haya lugar.

Si al recogerla de quien la hubiera tenido en su poder, no estuviere formalizado el escrito de calificación provisional, la causa se pondrá de manifiesto en la Secretaría, durante tres días, al Abogado que se nombre de turno, conforme al artículo setecientos noventa y nueve.

Artículo setecientos noventa y ocho. El Tribunal examinará las pruebas propuestas e inmediatamente dictará auto, admitiendo las que considere pertinentes y rechazando las demás, y señalando día en que deben comenzar las sesiones del juicio oral, dentro de los quince días siguientes.

Contra la resolución sobre inadmisión de prueba, no procederá recurso, sin

perjuicio de que la parte agraviada pueda reproducir su petición en el momento previsto en la regla primera del artículo ochocientos.

Hasta el momento de dar principio a las sesiones del juicio oral, podrán incorporarse a las causas los informes, certificaciones y demás documentos que hubieran sido solicitados por las partes, requeridos por el instructor, enviados espontáneamente por las autoridades y demás funcionarios, acordados por el Tribunal o aportados por la defensa del procesado o del responsable civil. Tanto éstos como el Fiscal o acusación podrán pedir en cuantos momentos deseen, antes de la celebración del juicio, que se practiquen aquellas pruebas que se estimen necesarias para mejor conocimiento de los hechos y no puedan practicarse en el acto del juicio, o que se cite de oficio a los peritos o testigos que se propongan, decidiendo el Tribunal sobre la pertinencia de estas solicitudes.

Artículo setecientos noventa y nueve. Se formará un turno especial de Abogados de oficio, para los delitos comprendidos en el presente título, dentro del cual las designaciones se harán por orden riguroso.

A éste fin, los Decanos de los respectivos Colegios remitirán a los Presidentes de las Audiencias lista de los Letrados de su seno para la defensa de oficio, y les comunicarán inmediatamente las altas y bajas que en dicha lista se produzcan.

El Tribunal podrá acordar, para evitar dilaciones en el procedimiento, que se designe Abogado de oficio en sustitución del nombrado, por el procesado o responsable civil.

Artículo ochocientos. El juicio se celebrará en la forma ordinaria, con las modificaciones siguientes:

Primera. A falta de conformidad del procesado y tercero responsable civil, el Presidente preguntará a las partes si tienen que aportar nuevas pruebas, y previo acuerdo del Tribunal sobre su admisión, se practicarán inmediatamente todas las admitidas.

Segunda. Las partes formularán por escrito sus conclusiones definitivas o la modificación de las provisionales, extendiéndolas a las faltas, sean o no incidentales, que imputen a los procesados.

Tercera. Si las partes acusadoras estimasen que, en definitiva, los hechos son constitutivos de falta, los calificarán así en su escrito de conclusiones.

Artículo ochocientos uno. El Tribunal podrá suspender el juicio por cualquiera de las causas que determina el artículo setecientos cuarenta y seis, pero procurará evitar con el mayor celo suspensiones inmotivadas.

En caso de suspensión, se señalará para la continuación del juicio o celebración del nuevo un día dentro de los quince siguientes.

No se suspenderá el juicio por la incomparecencia de alguno de los procesados si el Tribunal estimare que existen elementos para juzgar con independencia unos de otros, ni tampoco por la de testigo, cuando éstos hubieren declarado en el sumario y el Tribunal se considere suficientemente informado con la prueba practicada para formar juicio completo sobre los hechos.

Artículo ochocientos dos. Además de resolver todas las cuestiones a que se refieren los artículos ciento cuarenta y dos y setecientos cuarenta y dos, la sentencia deberá contener, en sus respectivos casos, los pronunciamientos siguientes:

Primero. Condena o absolución de los procesados por las faltas añadidas en los apartados segundo y tercero del artículo ochocientos.

Segundo. Pago por el condenado de las costas causadas por el querellante particular o actor civil, si su intervención hubiese sido relevante para el éxito de las acciones ejercitadas. A falta de pronunciamiento sobre este extremo, dichas costas no se incluirán en la correspondiente tasación.

Tercero. Invalidez del permiso de conducción en el caso de condena a la retirada definitiva del mismo; abono total, para el cumplimiento de la condena, del tiempo que durante la sustanciación de la causa haya estado impedido el procesado del uso del repetido permiso; retención de éste por el tiempo que, con dicho abono, le faltare para cumplir y anotación concisa de la condena en dicho permiso, en el caso de condena a la privación temporal de éste; devolución del mismo al procesado absuelto y comunicación de la sentencia condenatoria a los Registros Centrales del Ministerio de Justicia y del que dependiera la autoridad y oficina que hubiere expedido el permiso respectivo, tratándose de delitos comprendidos en los números tercero y cuarto del artículo setecientos setenta y nueve.

Artículo ochocientos tres. Contra las sentencias dictadas por la Audiencia podrá entablarse recurso de casación, conforme a las normas de esta Ley. Estos recursos se turnarán y verán con preferencia a los demás.»

Artículo segundo. El Ministerio de Justicia, previo informe de la Sala de Gobierno de la respectiva Audiencia Territorial, teniendo en cuenta la frecuencia de los hechos punibles de que habla el artículo anterior y la conveniencia de su más acertado y rápido enjuiciamiento, podrá ordenar:

Primero. En los partidos donde hubiere varios Juzgados, la instrucción de los sumarios por dichos delitos quede reservada al Juzgado o Juzgados que determine y que la instrucción de los demás sumarios quede atribuida a los restantes Juzgados en la forma y proporción que se señale.

Segundo. Que en las Audiencias Provinciales con varias Secciones quede limitada la competencia de la Sección o Secciones que determine al despacho de las causas comprendidas en el título tercero del libro cuarto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y que el de las demás causas quede atribuido a otra Sección o se reparta entre las restantes Secciones, en la forma y proporción que se fije.

Al hacer uso de esta autorización adoptará el Ministro de Justicia las disposiciones convenientes para dar cumplimiento a lo prevenido en el artículo setecientos ochenta y uno de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la redacción que le da el artículo primero de esta Ley.

Artículo tercero. Las condenas por delitos comprendidos en el número tercero del artículo setecientos setenta y nueve no se consignarán en las certificaciones que el Registro Central de Penados y Rebeldes expida sino cuando la solitud de antecedentes proceda de la autoridad judicial o tenga como finalidad la obtención del permiso de conducir vehículos de motor mecánico.

Artículo cuarto. El Ministro de Hacienda habilitará los créditos necesarios para el cumplimiento de esta Ley.

Artículo quinto. Los preceptos del artículo primero de esta Ley se aplicarán a los procesos que se incoen a partir de su entrada en vigor, continuándose la tramitación y decisión de los ya iniciados conforme a las normas establecidas antes de su vigencia.

Artículo sexto. Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Ley y autorizado el Ministro de Justicia para dictar las necesarias para la ejecución y cumplimiento de la misma.

SECCION DE JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia penal correspondiente al segundo cuatrimestre de 1956

JOSE M.ª GONZALEZ SERRANO
Fiscal de la Audiencia de Salamanca

CODIGO PENAL

1. Art. 1.º... *Delito*.—La voluntariedad de los actos humanos ha de deducirse por la conjugación de su resultado con los medios empleados que lo determinaron, porque en esta exteriorización es donde pueden hallarse los elementos bastantes para establecer una hipótesis adecuada (S. 14 junio).

2. Art. 8.º núm. 1.º *Enajenación mental*.—La deficiencia mental con su cortejo de trastornos psíquicos que con notoria anterioridad viene sufriendo el recurrente, acentuado con la intoxicación alcohólica que experimentaba en la ocasión de autos, constituyen un caso característico de la eximente incompleta del núm. 1.º del artículo 9.º en relación con el número 1.º del artículo 8.º, ambos del Código penal (S. 12 junio).

3. Art. 8.º núm. 4.º *Legítima defensa*.—Ante los hechos probados de que en la noche anterior habían penetrado en la casa y sustraído géneros, que el hecho de autos ocurrió a las tres de la madrugada y en una casa de campo, que el acusado oyó ruidos, subió al piso de donde los ruidos procedían, provisto de una escopeta, llamó a la puerta de la habitación, sintió descerrajar la cerradura, recabó a gritos el auxilio de sus familiares, vió que un desconocido estaba en el tejado y le dió el alto a grandes voces, disparó al aire para amedrentarlo y que se entregase, y al no conseguirlo hizo otro disparo contra ese individuo causándole la muerte; resulta de todo esto la concurrencia de cuantos requisitos integran la eximente de legítima defensa (S. 2 junio).

Que la situación de riña excluye la causa de exención núm. 4.º del artículo 8.º del Código penal (S. 19 junio).

4. Art. 8.º núm. 7.º *Estado de necesidad*.—La circunstancia 7.ª del artículo 8.º del Código penal tiene como característica que el estado de necesidad se presenta en forma actual, apremiante y de urgente e inaplazable asistencia no como presunción remota (S. 25 junio).

5. Art. 8.º núm. 11. *Cumplimiento de un deber*.—Apreciando el alcance de la eximente, resulta evidente la desproporcionalidad entre el hecho de un cazador furtivo que huye y un disparo hecho por el guarda que lo sorprende y pretende que se entregue a su autoridad como detenido, matándolo (S. 14 junio).

6. Art. 9.º núm. 4.º *Preterintencionalidad*.—No se da la circunstancia de preterintencionalidad, núm. 4.º del artículo 9.º, pues el empleo de una piedra de tamaño suficiente para manejarla con una mano y el golpeamiento con ella en la cabeza de la víctima, lleva consigo la producción lógica del resultado mortal, sin que ello exceda de la intención homicida que animaba al reo (S. 5 julio).

7. Art. 9.º núm. 7.º *Motivación*.—La aceptación de la circunstancia 7.ª del artículo 9.º del Código penal, debe responder a hechos directamente enlazados en su fundamento, que estén reconocidos como probados por la Sala de Instancia o que permitan una deducción concluyente que la justifique (S. 5 julio).

8. Art. 9.º núm. 8.º *Arrebato*.—El arrebato tiene que ser provocado por el que resulte víctima del impulso incontinido de la voluntad, pero no puede derivarse del acaloramiento que es consustancial con las discusiones, según el temperamento de cada uno (S. 6 junio).

9. Art. 10. núm. 14. *Reiteración*.—Como la condena anterior fué a virtud de sentencia de 20 de mayo de 1954, o sea, en fecha muy posterior al día 20 de marzo de 1951, en que realizó el procesado los hechos constitutivos del delito de desacato por el que se le ha condenado; y como no consta que tenga otros antecedentes penales por motivo de delito anterior al que ahora se castiga; no puede ser estimada la agravante de reiteración (S. 30 mayo).

Hoy está suprimida la exigencia de que el delito anterior sea de igual naturaleza del que ahora se juzga (S. 3 julio).

No es óbice a la apreciación de la circunstancia de reiteración, la diferencia de ordenamiento penal en que se mueven el delito actual y el anterior (S. 3 julio).

10. Art. 10. núm. 15. *Reincidencia*.—No puede apreciarse la agravante de reincidencia, pues se desconoce la cuantía a que ascendiera el hurto de la anterior condena de 16 de noviembre de 1945, dadas las modificaciones introducidas en las cuantías por la ley de 30 de marzo de 1954 (S. 22 mayo).

Modificada la cuantía de los delitos de estafa por la ley de 30 de marzo de 1954, es preciso para apreciar la reincidencia que se hallé bien determinada la cuantía de los hechos objeto de las condenas anteriores (S. 25 junio).

11. Art. 13. *Imprenta*.—El previo concierto que determina la coautoría, tiene también aplicación a los delitos de imprenta (S. 5 julio).

12. Art. 14. *Autoría*.—Si hubo acuerdo entre los protagonistas, quedan responsables en el mismo grado, cualquiera que sea la actuación personal desarrollada y la eficacia de la misma, pues los actos individuales de los que se asocian para fines delictivos, son meros accidentes de la acción común que constituye a todos en autores (S. 23 junio).

13. Art. 17. *Encubrimiento*.—El previo acuerdo concertado entre el procesado y el recurrente, mediante el cual éste se comprometía a ocultar en su casa el material de cobre de que aquél se apoderara, sin especificarse en dicho convenio límite alguno a la cantidad ni al valor del material que el segundo había de almacenar, hace a éste solidario en cada ocasión de las responsabilidades que se derivan de tal encubrimiento, según la cuantía del

valor total de los objetos sustraídos, y no precisamente del que tuviera sólo aquella parte de estos recibida por el encubridor (S. 21 mayo).

Pero se estima el recurso, pues el reconocimiento previo de la comisión del delito contra la propiedad, por parte del que se aprovecha de los efectos del mismo, es requisito inescusable y característico de la responsabilidad por encubrimiento; y, sin embargo, en la sentencia recurrida no se consigna ese conocimiento, al referir la conducta del recurrente, cuando compró los efectos sustraídos, limitándose el Tribunal sentenciador a consignar que aquél no se cuidó de cerciorarse acerca de la licitud de origen de tales efectos (S. 27 mayo).

14. Art. 19... *Responsabilidad Civil*.—La fijación de los perjuicios indemnizables es facultad arbitral del Tribunal de Instancia (S. 11 junio).

Ante la afirmación que se hace de los hechos probados, de que la esposa del fallecido renunció a sus derechos y desistió de la acción penal, así como de la indemnización que a ella pudiera corresponder como viuda, dándose totalmente pagada, extendiendo dicha renuncia a lo que pudiera corresponder a los hijos menores y como representante legal de los mismos, sin que conste la cantidad que la misma pudiera haber cobrado, ni tampoco la aprobación judicial correspondiente en cuanto a los derechos de los hijos del extinto; se declara no haber lugar al recurso, pues en la parte dispositiva de la sentencia se condena al procesado a que indemnice a los que resulten ser herederos legítimos del finado en la cantidad de 100.000 pesetas, de la que se descontará la que hubiere percibido la viuda que se precisara en el curso de las actuaciones posteriores; de donde resulta que el Tribunal de Instancia, sin desconocer la realidad de la renuncia, como esta afectaba a menores, no apartó la vista del artículo 1.810 del Código civil y como la indemnización renunciada lógicamente excedería de 2.000 pesetas, único supuesto en que el padre y en su caso la madre, pueden transigir sobre los bienes y derechos del hijo, el Tribunal estimó que esa renuncia implicaba una transacción y no podía surgir efecto sin la aprobación judicial (S. 16 junio).

Afirmándose que, el procesado trabajaba como chófer a las órdenes de determinada sociedad y que conducía el camión de la propiedad de ésta, cuando sobrevino el accidente, queda claramente establecida la relación jerárquica laboral que lleva aparejada la responsabilidad civil subsidiaria; la que no se elude por haber ocurrido el suceso cuando el camión realizaba un servicio a la persona que lo había alquilado, porque esta eventual cesión no producía la ruptura del vínculo de dependencia que ligaba al conductor con el propietario; y sin perjuicio de que si la Sociedad declarara civilmente responsable con carácter subsidiario, considera que quien le arrendó el camión hizo del mismo, un uso inadecuado y que por ello debe repararla el detrimento patrimonial sufrido, pueda ejercitar las acciones pertinentes ante quien corresponda (S. 16 junio).

La doctrina general de que la cuantía de la indemnización civil no es materia recurrible en casación, es aplicable a la distribución y señalamiento de cuotas que el Tribunal puede acordar en cumplimiento del artículo 106 del Código penal (18 junio).

Aceptado por la Jurisprudencia que las Compañías aseguradoras tienen el carácter de terceros en razón a las responsabilidades civiles derivadas de

delito en que resultaren afectadas, por la obligación que las impuso la Orden Ministerial de 25 de mayo de 1936, es indudable que para contrarrestar aquella disposición administrativa de tipo laboral con los preceptos genéricamente reguladores de la materia que en razón a la responsabilidad civil dimanante de delito se comprenden en los artículos 19, 21, 22 y 104 del Código penal, viene resolviéndose por aquella jurisprudencia el aplicar en primer término el reintegro de la entidad aseguradora al coste de la asistencia o indemnización que hubiese satisfecho hasta donde alcance si fuera menor, o disponiendo del exceso si lo hubiere en relación a lo acreditado por el asegurador o patrono en su caso (S. 19 junio).

La indemnización de perjuicios es transmisible a los herederos del que fué perjudicado, y los Tribunales de lo penal al hacer este reconocimiento, no precisan, ni está en su propia órbita jurisdiccional, hacer declaración alguna atribuyendo tal condición a persona determinada y menos aún a excluir arbitrariamente a cualquiera de los que puedan ostentar tal derecho, bajo pretextos y apreciaciones fuera de lugar (S. 23 junio).

15. Art. 23... *Pena*.—La estimación de que una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal haya de tenerse o no como muy calificada, no está sujeta a regulación alguna en la Ley y depende del valor que el juzgado entienda procedente darle según las circunstancias que rodean al hecho enjuiciado (S. 11 mayo).

16. Art. 113... *Prescripción*.—El computo del tiempo para los efectos de la prescripción de los delitos, se regula exclusivamente por las normas del artículo 114 del Código penal, una de las cuales dispone que después de procesar al culpable, correrá de nuevo el plazo de prescripción cuando se paralice el procedimiento, sin que distinga entre las diversas causas motivadoras de esa paralización, y en consecuencia quedará extinguida la responsabilidad criminal por el simple transcurso de los términos previstos en el artículo 113, incluso si el delincuente estuviere declarado en rebeldía (S. 22 mayo).

17. Art. 165... *Propaganda ilegal*.—Que el recurrente repartió profusamente el periódico de lucha «El Mundo Obrero», que él mismo confeccionó, lo cual, le hizo incurrir en el delito de propaganda ilegal del artículo 251 del Código penal; y como, además de esa difusión ideológica, ejecutó el hecho distinto de intentar la constitución del partido Comunista, a cuyo efecto requirió el concurso de diversas personas que no llegaron a prestárselo, cometió también el delito por el que igualmente se le condena, que previene el artículo 174 en relación con el número 3.º del 172, todos del Código penal (S. 12 mayo).

Que no es aplicable el caso previsto de propaganda ilegal en el artículo 251 del Código penal, el último inciso del párrafo último del artículo 253 del propio Código, pues esta última norma está dedicada a la represión de actos más severamente castigados que aquellos del referido artículo 251 (S. 3 julio).

18. Art. 231... *Atentado*.—La atenuación privilegiada que otorga el art. 235 del Código penal, no es aplicable al que cometiere atentado contra los Agentes de la autoridad o los Funcionarios públicos, hecho sancionado en el artículo 236, posterior en orden al antes citado (S. 26 junio).

19. Art. 237... *Resistencia*.—Constan probados los elementos del delito de

resistencia a los Agentes de la Autoridad, por la negativa del procesado a ser conducido y su forcejeo violento con los policías, llegando a causar desperfectos en el abrigo del inspector, hechos que tienen sustantividad propia e independiente del delito que también se sanciona de injurias a esos agentes de la Autoridad (S. 2 junio).

20. Art. 237... *Desobediencia*.—Se da lugar al recurso contra la sentencia condenatoria, pues no consta que los apercibimientos fueran conocidos por el recurrente ya, que no se le hicieron directa y personalmente sino a través de los procuradores (S. 22 mayo).

Existe desobediencia grave a la autoridad, pues el procesado continuo, lanzando al mercado sus productos como apoderado de una Sociedad, con la marca y distintivos de la misma, a pesar de haber sido requerido en forma reiterada y personal por la autoridad judicial para que se abstuviera de su utilización (S. 24 mayo).

21. Art. 254... *Tenencia de armas*.—La circunstancia de que el poseedor dejara accidentalmente en el domicilio de otra persona los bultos en los que el arma de fuego se encontraba, no hace perder el carácter delictivo pues la cosa prohibida continuaba a disposición de ese poseedor (S. 12 mayo).

Cometieron el delito los dos tenedores de la misma pistola si uno de ellos la vendió al otro en cuyo poder se ocupó (S. 21 junio). Y también si los dos tenedores sucesivos que la poseyeron sin guía ni licencia la vendieron después a un tercero a quien le fué ocupada; siendo indiferente a los fines de la represión que los recurrentes no tuvieran el propósito de poseer el arma, sino únicamente el de desprenderse de ella para obtener un lucro con su venta (S. 9 julio).

22. Art. 302... *Falsedad*.—Hoy es obligado penar separadamente los delitos de falsedad y estafa, sin perjuicio de su relación de medio a fin (Sentencia 11 mayo).

Los balances de las sociedades anónimas gozan del carácter de documentos mercantiles, aun cuando todavía no hayan sido aprobados por el Consejo de Administración y la Junta General de Accionistas (S. 9 mayo).

Es autor de este delito y no cómplice el recurrente que, puesto de acuerdo con el ordenanza de la Delegación de Abastos, recibe y acaba de rellenar el vale sustraído por este último de la dependencia en que prestaba sus servicios, sin que sea de aplicación al caso el artículo 7.º del Código penal, que excluye de su regulación los delitos sujetos a leyes especiales (S. 15 mayo).

Se aprecia la circunstancia atenuante 7.º del artículo 9.º del Código penal, pues el procesado, al inscribir en el Registro Civil como legítima una hija habida por él con mujer ajena, no obró por egoísmo a impulsos de ningún motivo utilitario, sino movido por el sentimiento de paternidad que no quería ocultar con todas sus múltiples y graves consecuencias (S. 5 junio).

Los vales para retirar el suministro de gasolina facilitados con carácter obligatorio por el Sindicato Provincial del Transporte a virtud de disposiciones del Estado, son documentos oficiales (S. 6 junio).

El hecho de numerar con máquina legítima sustraída a la Fábrica Nacional de la Moneda las pólizas, también sustraídas y faltas de numeración, constituye el delito de falsificación de efectos del Estado que sanciona el artículo 299 del Código penal, sin que quepa pronunciamiento sobre la sus-

tración de esos efectos y máquinas, por no haber sido objeto de acusación (S. 16 junio).

23. Art. 351... *Prevaricación*.—El Jefe de negociado de la Delegación Provincial de Abastecimientos que en vez de velar por el cumplimiento de las medidas protectoras de los consumidores de productos alimenticios, dispone de éstos para hacerlos más tarde objeto de un tráfico reprobable, comete el delito de prevaricación previsto en el párrafo 1.º del artículo 358 del Código penal (S. 7 julio).

24. Art. 385... *Cohecho*.—El hecho de sobornar testigos comparecientes en los juicios civiles o criminales carece de encaje en el artículo 388 del Código penal (S. 12 junio).

Al imponer la Sala sentenciadora, sin duda por error material, la pena de multa de setecientas pesetas, no dió a los preceptos de los artículos 387 y 391 del Código penal, definidores del delito de cohecho, el alcance penal que deben tener, pues la multa debió ser del tanto al triplo del total de la dádiha, o sea, 750 pesetas (S. 3 julio).

25. Art. 394... *Malversación*.—Estando probado que el condenado, no obstante constarle, por razón de haber sido nombrado depositario del automóvil embargado, dicho embargo, vendió posteriormente ese automóvil, es manifiesto que tales hechos son constitutivos del delito de malversación de caudales públicos, del artículo 399 en relación con el número 2.º y último párrafo del 394 del Código penal (S. 28 mayo).

26. Art. 405. *Parricidio*.—Es de apreciar en delito de parricidio la agravante 16 del artículo 10 del Código penal, pues extinguida la familia hasta el extremo de que el padre víctima de este parricidio vivía solo, separado de su mujer e hijos y distanciados por sentimiento y odios mortales, sería absurdo considerarles en momento alguno acogidos cordialmente bajo el mismo techo.

27. Art. 406. *Asesinato*.—El propósito de vengarse de determinada persona, la colocación de un artefacto inflamable en la ventana de aquélla, el ánimo de causar la muerte de la misma y la explosión del artefacto, que produjo daños en la vivienda sin lesionar a personas, son los elementos integrantes del delito de asesinato en grado de frustración (S. 2 junio).

28. Art. 407. *Homicidio*.—Existe homicidio frustrado, pues los designios homicidas quedaron manifestados por la naturaleza del arma esgrimida y por las características de las lesiones inferidas (S. 7 julio).

29. Art. 411... *Aborto*.—La sentencia firme es un todo uniforme y por ello, constando en el encabezamiento, aunque no en el Resultando de hechos probados, que el procesado es de profesión practicante, los hechos a él imputados han de entenderse constitutivos del delito previsto en el número 1.º del artículo 416, en relación con el artículo 17 del Código penal (Sentencia 11 mayo).

Se estima el recurso de casación interpuesto por el Fiscal cuando en sentencia condenatoria por aborto se omitió la inhabilitación especial a que se refiere el artículo 417, y esto, aunque se trate de un labrador que da patadas en el vientre a una mujer embarazada y produce su aborto (S. 3 julio).

No es acto profesional ni tampoco lícito la cooperación de la profesora en

partos que actúa en el hecho punible, y en consecuencia, el cobro de honorarios por aquélla constituye agravante de precio, pues no puede estimarse inherente al delito de aborto el motivo económico que lo origina (S. 5 julio).

30. Art. 418... *Lesiones*.—Sólo cuando se hubiese demostrado que entre el hecho de la duración de las lesiones y la causa de éstas se había producido una interferencia que debiera destruir la relación de causalidad, es cuando podría prescindirse de la estimación de aquel plazo de duración a efectos penales; pero en el presente caso no se da tal interferencia, pues no puede tenerse como tal la negligencia en procurarse asistencia facultativa sin que se acompañara de actividad alguna contraindicada para la curación (S. 27 junio).

31. Art. 430. *Abusos deshonestos*.—El intento de abrazar y besar consuma el delito sin que obste la resistencia de la mujer ofendida, que consiguió apartar al procesado y hacerle desistir de los actos obscenos (S. 25 mayo).

No es acto de tipo delictivo el simple hecho de besar a una niña de nueve años, aunque su autor, por descarrío del instinto sexual, llegase a experimentar algún deleite de la más baja lascivia (S. 11 junio).

32. Art. 431... *Escándalo público*.—Bajo el número 1.º del artículo 431 sólo se castigan aquellos hechos ofensivos del pudor, cuyo conocimiento produzca grave escándalo, pero no aquellos ejecutados con tanta reserva que ni siquiera llega a saberlos un sector mínimo de la sociedad (S. 7 julio). Y se comprenden en tal precepto los actos de homosexualismo cuando su trascendencia permite a la sociedad tener noticia de su existencia (S. 11 junio).

33. Art. 434... *Estupro*.—El pronunciamiento que se dicte conforme al número 3.º del artículo 444 del Código penal, debe limitarse la condena al mantenimiento de la prole, sin perjuicio de las medidas que en el período de ejecución de sentencia corresponda tomar en los casos de incumplimiento, acomodadas por razón analógica, a los preceptos contenidos en los artículos 142, 146, 147 y 149 del Código civil (S. 30 junio).

34. Art. 438... *Corrupción de menores*.—No es correcto encuadrar los hechos en el número 2.º del artículo 431 del Código penal, pues en este precepto se pena la cooperación o protección de la prostitución de personas sin determinación de edad, y en el caso de autos se trata de menores de veintitrés años, por lo que procede aplicar el número 1.º del artículo 438 del propio Código (SS. 18 y 25 de junio).

35. Art. 449... *Adulterio*.—Requiere para su consumación el hecho de yacimiento carnal, y no basta la realidad de relaciones amorosas extramatrimoniales ni las entrevistas en lugares públicos o en cierta casa de recibir. Pero si no consta se consumase el adulterio, si concurren circunstancias para sostener fué ese el propósito, y se completa así la figura jurídica de la tentativa (S. 18 junio).

36. Art. 453... *Calumnia*.—Existe el delito, pues mediante dos cartas escritas con un mes de separación el autor de ellas, poseedor de Título Académico y en la forma reflexiva de quien escribe para dirigirse a cierta Entidad de la que dependía otra persona, imputó a ésta la comisión como perito que depuso en juicio civil, de un delito de falso testimonio perseguible de oficio, ya que dijo emitió determinado informe cuya falsedad le constaba.

Y sin que sea preciso haga en su sentencia la Sala sentenciadora una declaración expresa sobre la inexactitud del delito imputado, toda vez que la honradez y la honorabilidad ajenas se presumen siempre, como lo demuestra la circunstancia de que el artículo 456 del propio código carga sobre quien las haga el deber de probar en su caso la certeza de sus imputaciones para quedar libre de pena (S. 29 mayo).

37. Art. 457... *Injurias*.—Para apreciar el delito debe atenderse no sólo al valor y significado de las frases, sino principalmente a los antecedentes del hecho y del móvil con que aquéllas fueron vertidas (S. 17 mayo).

Que el ánimo de injuriar, dolo específico del delito contra el honor que define el artículo 457 del Código penal, es materia discutible en casación, por lo que la vinculación al hecho probado y declarado por la Audiencia no se opera en lo que se refiere a la intención delictiva que inspira tal especie punible (S. 5 julio).

38. Art. 487. *Abandono de familia*.—El delito del artículo 487 del Código penal no se desvirtúa por la circunstancia de que el marido tenga solicitada la separación de su esposa, lo cual nunca le autoriza el abandono familiar de que se le acusa (S. 18 junio).

39. Art. 496. *Coacción*.—Comete el delito el procesado que sin razón o fundamento legal que le autorizase para hacerlo impidió, por el medio violento de colocar un candado en una de las habitaciones ocupadas por D... G... de la casa que en común ambos disfrutaban, que ésta entrase y dispusiese de ella (S. 23 mayo).

Igualmente el propietario que para lograr su propósito de que uno de los inquilinos de su casa desaloje el piso, corta reiteradamente el flúido eléctrico que dicho inquilino venía disfrutando pacíficamente (S. 28 junio).

40. Art. 500... *Robo*.—Existe el delito en grado de frustración, pues el procesado escalando una tapia de dos metros de altura, penetró en el solar de las obras, y se apoderó de un rollo de varillas de hierro, del que no pudo disponer por haber sido sorprendido por el encargado de las obras (S. 24 mayo).

Hoy se perfecciona el robo siempre que se sustraigan cosas muebles ajenas valiéndose de escalamiento, sin que precise entrar en edificio alguno, a ese fin, ni que reúnan condiciones de habitabilidad los locales donde se robara (S. 1 junio).

El hecho realizado por los procesados de arrebatarse al taxista la cartera con la cantidad de ciento ochenta pesetas, en lugar despoblado, y sobre las doce de la noche, habiéndole amenazado previamente para que parase el automóvil, apoyándole sobre la espalda el cañón de una pistola figurada, y darle unos pequeños golpes con un instrumento duro, logrando con ello, que desistiera de su actitud defensiva, tipifica el delito de robo sancionado acertadamente conforme a los artículos 500 y núm. 5.º y párrafo último del 501 del Código penal, con las agravantes de abuso de superioridad, despoblado y nocturnidad (S. 18 junio).

41. Art. 514... *Hurto*.—Se aprecia el delito de hurto continuado si los actos se realizaron en un período de tiempo de año y medio, sin precisar las fechas de cada uno, ni su individualización en cuanto a los efectos y valor de cada una de las sustracciones realizadas, y afirmándose que éstas se hi-

cieron con ánimo de lucro, sin fuerza ni violencia y por un valor totalizado y cierto (S. 7 mayo).

Las excusas absolutorias que otorga el art. 564 del Código penal, son excepciones de las reglas generales de imputabilidad, que únicamente pueden favorecer a aquellas personas que de manera taxativa señala la ley, pero no cabe aplicarlas por razón de analogía, a quienes mantienen o han mantenido un estado pseudo-matrimonial, que por la ilegitimidad de su origen, no puede ser equiparado al que tiene su base en un matrimonio legalmente contraído (S. 22 mayo).

Incurre en la agravante especificada que establece el núm. 2.º del artículo 516 del Código penal, el huésped que sustrae ropas o afectos de la casa donde habita (S. 16 junio).

Que al abandonar los recurrentes, parte de los efectos sustraídos, lo hicieron cuando se hallaban fuera del piso donde cometieron el hurto, disponiendo de los mismos, libremente y haciéndolo de manera espontánea por lo que debe reconocerse que el hurto se había consumado en tales momentos (S. 25 junio).

Existe el delito con abuso de confianza, basado éste en la gran amistad que tenía el procesado con el perjudicado, cuya casa frecuentaba como uno más de la familia (S. 30 junio). Y si los procesados estaban empleados en laerrería donde fueron sustraídos los maderos (S. 3 julio).

42. Art. 528... *Estafa*.—No es dado apreciar la existencia de este delito al no concurrir el engaño; ya que no se concibe abrigo tal propósito de engañar, el que inicia un procedimiento judicial, aunque la reclamación sea excesiva con relación a lo debido, lo que puede obedecer a error u olvido de su estimación; ya que no desconocía al ejecutante que la persona contra la que interponía la ejecución, podía personarse para defenderse por los medios que la ley ponía a su disposición (S. 8 mayo). Sin embargo, existe delito de estafa, si el procesado obtuvo el préstamo que no devolvió, mediante la simulación de aparentar garantías suficientes, de las que carecía (S. 1 ó 7 mayo). O si los procesados se concertaron para vender como útiles las máquinas de hacer punto inservibles (S. 3 julio).

Y aunque, por regla general, se ha estimado que el que se hospeda en un establecimiento de los dedicados a ese negocio y se ausenta sin abonar la pensión incide en la causa 1.ª del artículo 529 del Código penal, por haber defraudado al hospedero mediante la apariencia de bienes que supone el mero hecho de solicitar alojamiento, sin embargo, no es posible establecer ese criterio como norma inalterable (S. 6 julio).

43. Art. 535. *Apropiación indebida*.—Existe el delito de apropiación indebida si el procesado incorporó a su patrimonio el importe cobrado por encargo del médico en la caja de la Mutualidad (S. 24 mayo). Y si habiendo recibido de la compañía de tranvías 2.500 pesetas para contratar un suministro de carbón, se apropia de ellas en su provecho (S. 12 junio). Y si el jefe de contabilidad de una empresa que tiene concedidos poderes para administración, se apodera de cantidades custodiadas en la Caja. Pero comete el delito de hurto cualificado por el abuso de confianza y no el de apropiación indebida, el cajero que se apodera de cantidades confiadas a su guarda, sin haberlas recibido en depósito ni administración (S. 9 mayo).

Los preceptos del Código civil dedicados a la regulación del cuasi contrato del cobro de lo indebido, quedan desplazados, cuanto el perceptor de una suma dineraria que supera con mucho exceso la que debía percibir, es requerido por la entidad bancaria que inesplicablemente hizo ese abono indebido, y se niega a restituir la diferencia, manifestando que sólo había cobrado 6.000 pesetas y no 60.000 (S. 3 julio).

44. Art. 542... *Usura*.—Se confirma la sentencia condenatoria por delito de usura, pues la Real Orden de 19 de enero de 1924, al regular la compraventa de alhajas no ha autorizado que a su amparo pueda el comerciante percibir un ciento ochenta por ciento de interés anual por los objetos y alhajas pignorados, encubriendo operaciones usuarias con apariencia de legitimidad (S. 7 julio).

45. Art. 565. *Imprudencia*.—El hecho integra el delito de imprudencia temeraria tanto para el propietario de la obra al no acudir a persona técnica que evitase el riesgo, como para el constructor que prescindió del enlace necesario de los pilares que habría evitado su derrumbamiento (S. 3 mayo).

Existe imprudencia temeraria si el procesado conductor del automóvil vió a la interfecta que se disponía a cruzar la carretera, lanzándose, no obstante, a cruzar por delante de dicha mujer, rebasando el eje central de la calzada hacia la izquierda (S. 4 mayo). Y si al cruzarse con otro coche que estaba parado y dejaba espacio suficiente para el paso, se le arrastró y causó daños en tal vehículo y lesiones a su conductor que estaba arreglándolo (S. 11 mayo). Y por conducir una motocicleta a una velocidad excesiva, por una vía pública y sitio frecuentado (S. 12 mayo). Y el hecho de conducir un automóvil por una vía urbana con mucha velocidad, acercándole tanto a la acera que golpeó a cierta persona que en ella se encontraba produciéndola la muerte (S. 4 junio). O el hecho del ciclista lanzado a gran velocidad con timbre defectuoso y frenos ineficaces, sin el control de la máquina que conducía (S. 23 junio). O bien por una pendiente, alardeando, por añadidura, de despreocupación en su manejo (S. 25 junio).

Se aprecia, asimismo, la imprudencia temeraria si el recurrente contrató el servicio de conservación del ascensor, e incurrió en la omisión de dejar de prestar la debida atención a sus obligaciones y olvidar sus deberes de acudir a subsanar los defectos que se le comunicaron, lo que dió lugar al mal funcionamiento del aparato, causa de una muerte (S. 1 junio). O si el conductor de un autobús de servicio público regular deja inexplicablemente, de ver al guardia urbano que dirigía el tráfico de espaldas a ese vehículo, y lo lanza contra el pavimento y lo produce la muerte; ya que si por su calidad de conductor de vehículo motorizado que presta un servicio público regular debía haberlo visto y no lo vió, es prueba inequívoca de su evidente descuido y negligencia (S. 7 junio). Así como en cuantas negligencias, omisiones u olvidos cometen quienes en sus manos tengan la realización de los servicios de circulación de trenes, ya que revisten corrientemente extraordinaria gravedad en consonancia con sus consecuencias (S. 11 junio).

La diligencia en el obrar abarca no sólo a la actuación material y activa del agente, sino que se extiende a su previsión desde que inicia la realización del acto lícito en cuyo desenvolvimiento se produce el riesgo previsible;

y por lo tanto, el conocimiento que el recurrente tenía del mal estado del motor del automóvil, le obligaba a prevenir el mal que después se produjo, y en evitación del mismo, adoptar las medidas adecuadas; por lo que se aprecia la imprudencia temeraria (S. 13 junio).

Que aunque en el encabezamiento de la sentencia se dice que la profesión del procesado es la de mecánico, tal profesión por las diversas actividades que abarca no implica que sea la exclusiva de conductor de vehículos de motor, y por tanto, tal afirmación no es suficiente para la aplicación establecida en el párrafo último del artículo 565 del Código penal (S. 8 junio). Ya que la profesionalidad a que alude este párrafo, es el ejercicio habitual y público de un oficio determinado del que se hace modo de vivir y constituye una actividad diferencial de las personas (S. 9 junio).

La falta de la debida diligencia, causa de la imprudencia, excluye el caso fortuito (S. 21 junio).

No existe imprudencia temeraria pues el procesado llenó todas las exigencias reglamentarias, y el suceso se produjo por la travesura de un niño que accionó sobre los mandos del automóvil, que se deslizó por el declive de la calle, aunque no pueda desconocerse que el conductor prescindió de otra medida a su alcance para evitar el daño; cerrar con llave la puerta del coche, y puesto que esa conducta constituiría a lo sumo la falta del núm. 3.º del artículo 586 del Código penal, procede trasladarla al órgano jurisdiccional correspondiente, porque siempre se trataría de una cautela secundaria o de más lejana precisivilidad (S. 23 mayo).

Existe el delito de imprudencia simple con infracción de reglamento, conforme al artículo 565 del Código penal y 17 del Código de la circulación al conducir un vehículo de motor por las calles de la ciudad, sin haberse preocupado de comprobar si los frenos del mismo se encontraban en perfecto estado de funcionamiento, lo que motivó el atropello. Y no cabe aquí apreciar la eximente 3.ª del artículo 8.º del Código penal que requiere que el acto ejecutado sea lícito y que se realice con la debida diligencia, pues por culpa del procesado al no reparar el freno del camión que conducía, o al no abstenerse de marchar con él, produjo el atropello (S. 7 mayo).

LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

46. *Competencia.*—Al no constar que se haya dictado auto de procesamiento contra persona determinada, no es motivo bastante para declarar mal formada la competencia, el defecto acusado por el M. F. de no haber sido oído el inculcado, por no ser aún parte en el procedimiento (A. 13 junio).

Por no hallarse acreditado hasta el momento presente quién sea el responsable, si el tranviario sujeto a la jurisdicción ordinaria o el conductor del camión sujeto a la militar, es competente por ahora la jurisdicción ordinaria, pues no basta afirmar que es culpable el militar, sino que es preciso llegar a la conclusión de que el tranviario paisano no es culpable, conforme previene el artículo 19 párrafo 2.º del Código de Justicia Militar (A. 22 junio).

No habiéndose cumplido por el Juzgado de Instrucción de Sevilla, con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al omi-

tir comunicar a la jurisdicción requirente, junto con su denegación a la inhibición solicitada por testimonio, lo expuesto por el Ministerio Fiscal, se está en el caso de declarar mal formada la presente cuestión de competencia (S. 5 julio).

47. *Infracción de ley.*— La casación no se da contra el fundamento legal de las sentencias, sino contra el fallo de las mismas (S. 4 mayo).

No ha lugar a la admisión del recurso, porque al prepararlo omitió explicar de manera perfectamente concreta, la clase de recurso que se intentaba interponer según los clasifica el artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (A. 25 mayo, 2 junio, 21 junio, 22 junio, y 4 julio).

O si en el mismo escrito de preparación se omitió señalar el artículo y número del artículo de la Ley procesal, en que se amparaba (A. 29 mayo, 9 junio y 13 julio).

Siendo el motivo de casación alegado que la sentencia considera la circunstancia agravante núm. 14 del artículo 10, cuando la parte querellante pedía se aplicara la núm. 15, ya que tratándose de procedimiento a instancia de parte, la resolución había de ceñirse a admitir o no lo que se decía por la acusación privada; se estima que habida cuenta de la analogía que entre sí guardan las circunstancias agravantes 14 y 15 del artículo 10 del Código penal, tanto por su naturaleza cuanto por sus efectos en orden a la sanción del delito en que concurren; no constituye infracción de ley su apreciación indistinta, y por ello, debe ser rechazado dicho motivo del recurso (28 mayo).

El motivo del recurso del chófer condenado como autor del delito de imprudencia, dirigido exclusivamente a propugnar la condena de otro chófer absuelto por la sentencia recurrida, no puede ser acogido, por carecer el impugnante de acción penal a estos efectos, dado que en ningún momento ejerció la acusación privada contra el chófer del camión con el que fué a chocar el conducido por el hoy recurrente (5 junio).

Que no ha lugar a la admisión del recurso por haberse incidido en la causa 4.ª del artículo 884 en relación con el párrafo 2.º del artículo 855 de la Ley procesal, pues en su preparación se solicitó testimonio de los documentos que se señalan como auténticos, en lugar de limitarse a señalar aquellos de sus particulares que conviniesen a la tesis del recurrente (A. 13 junio).

El documento que contiene la convención tachada de usuraria y que constituye el cuerpo del delito, no puede surtir efecto en relación con el número 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (A. 16 junio).

48. *Quebrantamiento de forma.*— Los Tribunales deben consignar en los resultandos de sus sentencias, los hechos que estuvieren enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse en el fallo; estando obligados a llevar a la premisa de facto, sólo aquella que el Tribunal ha captado y le ha servido para modelar la versión que establece. Son conceptos jurídicos que implican la determinación del fallo, aquellos que denotan la idea de una figura penal, por emplear el juzgado, los vocablos que la ley utiliza para dibujarla (S. 9 mayo).

No hubo quebrantamiento de forma, pues la palabra «lesión» no es privativa del tecnicismo jurídico, sino que en el lenguaje usual y corriente tiene empleo constante y reiterado (S. 11 mayo). Ni cuando el Tribunal en el

ámbito de sus facultades, denegó la suspensión de la vista del juicio oral, pues la fundó en no considerar necesaria la declaración del testigo incomparecido (S. 17 mayo). O cuando denegó la suspensión, considerando que no era suficiente para ella la incomparecencia de los peritos propuestos por la defensa, que no había especificado al proponerlos, ni en el momento del juicio, los extremos acerca de los cuales habían de informar (S. 12 junio). Por el contrario, sí existe quebrantamiento de forma, no sólo en atención a haberse dejado de consignar por el Tribunal las razones por las cuales no estimó procedente la suspensión solicitada del juicio oral, sino también y esencialmente por tratarse de incomparecencia de testigos, que podían aportar elementos de gran interés para el más acabado enjuiciamiento de los hechos materiales (S. 26 junio). O al no contener la sentencia el oportuno relato de los hechos probados, limitándose a consignar que no lo están cuantos alegaron definitivamente las acusaciones (S. 25 mayo).

Hay que aceptar las declaraciones de hechos que se consignen en cualquier parte de la resolución (S. 7 junio).

El concepto jurídico es una expresión sintética que emplea la ley para declarar o reconocer un derecho, establecer una obligación o definir una responsabilidad; y el motivo de casación previsto en el núm. 1.º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sólo se ofrece cuando una sentencia se limita a transcribir literalmente el concepto jurídico, en lugar de establecer los hechos que lo encierran (S. 11 junio). No pudiéndose estimar el recurso, que sostiene que en la sentencia no se resuelven todos los puntos que han sido objeto de acusación y defensa, porque toda sentencia absoluta o condenatoria, resuelve implícitamente todos los puntos sometidos al juicio del Tribunal (S. 3 julio).

Debe rechazarse el motivo del recurso que alega quebrantamiento de forma fundado en el núm. 3.º del artículo 851 de la Ley de enjuiciamiento, por entender el recurrente no haberse resuelto el punto esencial de la acusación, como es el de la tipificación de los hechos en el núm. 1.º del artículo 438 del Código penal; pues la Sala encuadró los hechos en el núm. 2.º de ese artículo y lo sancionó con pena de igual graduación común a ambas infracciones (S. 18 junio).

La exigencia del artículo 142 de la ley en su apartado 2.º, queda suficientemente cumplida cuando el Tribunal lleva a la sentencia la relación de los hechos que estima probados, sin que sea preciso que entre a detallar todos aquellos que no sean esencial y absolutamente necesarios para la calificación del delito y de las circunstancias modificativas de la responsabilidad de los inculpados, por más que de ellos se hubieren ocupado las partes en el juicio y hayan formado el cuerpo accidental de sus respectivas conclusiones (S. 19 junio).

No existe quebrantamiento de forma por razón de indeterminación en la sentencia, pues en ella se afirma que se da como probado un hecho delictivo, aunque no se precisen las fechas en que fué repetido ni el número de veces en que se realizó, pues el delito se aprecia aquí para penarlo como único y no en la reiteración de su múltiple cometido (S. 21 junio). Son conceptos jurídicos predeterminantes del fallo aquellas frases o palabras con que la Ley establece las características propias de un delito, pero no lo son

aquellas otras con las que gramaticalmente y por inexcusable imperativo de la dialéctica, se describe un suceso que la Ley castiga (S. 25 junio).

No hubo quebrantamiento de forma al silenciar la sentencia la petición de la acusación privada, de que se indemnizase a la Compañía de seguros en determinada cantidad, pues esa petición interesaba a una parte que no tenía acción para formularla, pues ningún vínculo jurídico la ligaba con esa Sociedad, ni ostentaba su representación para hacerlo (S. 27 junio).

Si hubo quebrantamiento de forma en la sentencia condenativa por delito de estafa, pues emplearon las expresiones «dolosamente, dolo, engaño y de modo engañoso» (S. 5 julio).

LEGISLACION PENAL ESPECIAL

49. *Automóviles*.—Al conducir la motocicleta sin el permiso correspondiente, se cometió un delito previsto en el artículo 3.º de la ley de 9 mayo de 1950, sin que a ello obste el haber sufrido el examen y tener la aprobación de las pruebas requeridas para la obtención del carnet, ni el haber seguido la completa tramitación para conseguirlo, pues en tanto no autorizase la S. de Obras Públicas el referido carnet, no debe estimarse capacitado el conductor para la circulación (S. 11 junio).

50. *Caza*.—La exigencia del Guarda Jurado de obtener una participación en el producto de la caza que realizaron los dos recurrentes, una vez que fué aceptada por estos, los constituye en responsables en concepto de autores del delito de cohecho... Y esa caza realizada de acuerdo con el guarda en virtud de un convenio criminal, no es autorización otorgada (Arts. 9 y 15 Ley caza), para que sea lícito su ejercicio. Y se acoge el motivo del recurso que denuncia infracción de la regla segunda del artículo 70 del Código penal, pues el cómputo del triplo de la pena debe hacerse mediante agrupación de todas las penas impuestas en la misma sentencia y señalamiento del triplo de la más grave de ellas; por lo que debe establecerse dicho cómputo a base de la pena de cinco meses de arresto mayor por el delito de cohecho, o sea, de 15 meses; debiendo modificarse la sentencia que impone cinco meses de arresto por el delito de cohecho y cuatro meses de arresto por cada uno de los tres delitos de caza, o sea diecisiete meses, lo que excede en dos meses al triplo legal (S. 9 mayo).

51. *Propiedad intelectual*.—La definición del artículo 1.º del Código penal, exige para que puedan ser consideradas como delitos, que las acciones u omisiones humanas sean voluntarias y que sean objeto de sanción por la ley penal. Principio que se complementa con la presunción «*juris tantum*» de que dichas acciones u omisiones se reputarán voluntarias mientras no se demuestre lo contrario. Y todo esto no puede menos de tenerse en cuenta cuando se trata de exigir responsabilidades penales nacidas de hechos previstos en leyes distintas del Código penal. De este modo, siendo ciertas las disposiciones que se citan en el recurso, contenidas en los artículos 19, 20 y 25 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1879, adecuadas para perseguir a los defraudadores, también es cierto que estas defraudaciones que entrañan y se caracterizan por el perjuicio patrimonial causado en propiedad ajena

con ánimo de lucrarse ilegalmente, tienen su dolo específico, que no puede encerrarse en una transgresión legal capaz de engendrar, excluido el ánimo de perjudicar, acciones varias de resarcimiento, sino que ha de comprender el propósito de un enriquecimiento torpe con detrimento de un derecho ajeno; y ese propósito que es la voluntariedad a que se refiere el artículo 1.º del Código penal, admite prueba en contrario (S. 9 mayo).

INDICE ALFABETICO

- | | |
|----------------------------|-------------------------------|
| Abandono de familia, 38. | Falsedad, 22. |
| Aborto, 29. | Homicidio, 28. |
| Abusos deshonestos, 31. | Hurto, 41. |
| Adulterio, 35. | Imprenta, 11. |
| Apropiación indebida, 43. | Imprudencia, 45. |
| Armas, 21. | Infracción de ley, 47. |
| Arrebato, 8. | Injurias, 37. |
| Asesinato, 27. | Legítima defensa, 3. |
| Atentado, 18. | Lesiones, 30. |
| Automóviles, 49. | Malversación, 25. |
| Autoría, 12. | Motivación, 7. |
| Calumnia, 36. | Necesidad, 4. |
| Casación, 47 y 48. | Parricidio, 26. |
| Caza, 50. | Pena, 15. |
| Circulación, 49. | Prescripción, 16. |
| Coacción, 39. | Preterintencionalidad, 6. |
| Cohecho, 24. | Prevaricación, 23. |
| Competencia, 46. | Propaganda ilegal, 17. |
| Corrupción de menores, 34. | Propiedad intelectual, 51. |
| Deber, 5. | Quebrantamiento de forma, 48. |
| Delito, 1. | Reincidencia, 10. |
| Desobediencia, 20. | Reiteración, 9. |
| Enajenación mental, 2. | Resistencia, 19. |
| Encubrimiento, 13. | Responsabilidad civil, 14. |
| Escándalo público, 32. | Robo, 40. |
| Estafa, 42. | Usura, 44. |
| Estupro, 33. | |

CRONICAS EXTRANJERAS

Contribución al estudio de la culpabilidad como concepto jurídico

CARLOS A. AROCHA MORTON

Al ilustre maestro mexicano don
Juan José González Bustamante

Sacrificium intellectus propter amorem

SUMARIO: Preámbulo.—Necesidad de un método, y de la pureza del mismo.—La culpabilidad según las tesis psicologista y normativa.—La doctrina tradicional de la culpabilidad es una doctrina romántica.—La teoría pura del derecho.—La culpabilidad sentimental, ética y religiosa.—Exigencia de la ciencia del derecho de un concepto jurídico de la culpabilidad.—Tendencias immanentes de la política del orden jurídico.—El más simple desarrollo del sentido común anula toda argumentación jusnaturalista.—Problema del libre albedrío: una logomaquia. El delito constituye una categoría legal.—Hasta los sociólogos así lo reconocen. La relación de causa a efecto, el nexo psíquico y la relación de causalidad.—Terminología vulgar y terminología científica.—La brujería y la sentencia de Juana de Arco.—Desgracia y culpa, pecado y castigo, causa y efecto; imputación en sentido kelseniano.—Epílogo.

I

Distínguense las obras culturales por su fabricación humana. El sentido de la labor del hombre cobra singularidad por su tenaz combate a lo enigmático, a la apariencia que recubre las causas y efectos reales, el engaño nocivo y la tramboya incierta y desconcertante.

Durante la segunda mitad del siglo diecinueve y la primera del veinte, tres vigorosos pensadores robustecen el esfuerzo de la humanidad por librarse de la apariencia. Marx, Freud y Kelsen—cualquiera que sea el reproche que esencial o circunstancialmente nos merezcan—ayudan a destruir de los objetos culturales el resabio de disfraz, la mentira incrustada y anacrónica, la falacia santificada, sistematizada y tal vez no del todo impremeditada.

En ese lapso ocurre en el campo del derecho, en el de las relaciones sexuales, y en el de los intercambios económicos, todos ellos "objetos" típicamente sociales, una transformación irreversible.

Estas líneas dedicadas al culto público técnico del derecho, son una aplicación de la idea general que venimos relacionando. El autor—partidario de la

teoría pura del derecho—tenta probar su validez y fecundidad al aplicar, de modo esquemático, el método de Hans Kelsen a la esfera de la culpabilidad jurídico-penal (1).

II

La homogeneidad de las normas jurídicas—clave de su distinción respecto de otros grupos normativos—pregona la equiparación esencial del ilícito civil, el penal, el mercantil, etc. Por consiguiente, para hablar de la culpabilidad desde el punto de vista jurídico, entiéndase bien que nos referimos a una concepción típicamente jurídica, no a una pretendida “culpabilidad” específicamente penal, porque es esta última en tanto es aquélla, y no lo contrario.

Si alejamos de nosotros los conceptos sociológicos, históricos, naturalistas, religiosos, etc., etc., que se han difundido y propalado para explicar el delito, y cuya inutilidad e impotencia se ha puesto repetidamente de manifiesto, y nos atenemos al instrumental jurídico para explicar un concepto también jurídico, veremos que el delito no es sino el ilícito penal contingente y relativo que estructuralmente no tiene una diferencia esencial con cualquier otro: el civil, el fiscal, o el resto de consecuencias condicionadas por hechos condicionantes copulados mediante la norma jurídica, cuando ocurre el acontecimiento descrito en aquéllos.

La copiosa recolección llevada a cabo por el penalista Asúa incluye el pensamiento tradicional en materia penal: la culpabilidad como elemento del delito es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto. Claramente aparece aquí una relación que pertenece con más propiedad al mundo psicológico que al jurídico; por una simple observación se advierte la frustración del intento de explicar un concepto jurídico con elementos entresacados de la psicología o la multitud de ciencias que desbordan el campo del derecho, aunque éste y aquéllas vengan a auxiliarse recíprocamente.

III

El origen psicológico del sentimiento por el cual los hombres consideran a otro hombre culpable aparece en toda literatura, y los griegos, creadores de todo arte y de toda belleza, inventaron el teatro, que como espejo refleja la vida duplicándola. El gran Esquilo, en cuyas voces parecen vibrar todavía sus inmortales piezas escuchadas hace más de dos mil años, nos da la clave de la culpabilidad en su *Prometeo*: “... Zeus, que estableció para el hombre el camino de la inteligencia, que decidió que fuese una ley usual EL APRENDER POR EL SUFRIMIENTO...” (en el que debe verse la base de las modernas tendencias de la penología), castigó a Prometeo, quien “... hurtó tu atributo, el fulgurante fuego, universal artífice, y lo entregó a los mortales, RAZÓN ES QUE DE TAL CULPA SA-

(1) Tal importancia da al problema de la culpabilidad el moderno Derecho penal que L. Jiménez de Asúa consigna en el tomo V de su tratado de Derecho penal (*Ibídem*, Ed. Lozada, S. A., Buenos Aires, 1956, págs. 13 a 19), una bibliografía específica de la culpabilidad que incluye a 296 autores en español, alemán, portugués, italiano, francés e inglés, con tantas o más obras, Mefistófeles comentaba: “sobran palabras cuando faltan ideas”.

TISFAGA A LOS DIOSSES, porque así aprenda a llevar de buen grado la dominación de Zeus, y a dejarse de aficiones filantrópicas" (ESQUILO: *Obras Completas*, página 48, "Clásicos Inolvidables"), de manera que hace hablar a Hefesto con singular claridad.

Simplemente: Esquilo comprende y ejemplifica un caso de lo que hoy llamaríamos culpabilidad, y Nietzsche así lo ha denunciado, con la valentía que le es habitual:

"La desgracia y la culpa—dice Nietzsche—han sido puestas por el cristianismo en una misma balanza, de suerte que, cuando la desgracia que sigue a una falta es grande, la magnitud de la falta se mide, involuntariamente, por dicha desgracia. Pero ésta no es una evaluación "antigua", porque la tragedia griega, tan abundante en problemas de desgracia y de culpa, aunque en otro sentido, forma parte de las grandes liberadoras del espíritu, en una medida que los mismos antiguos no podían comprender. Estos habían permanecido bastante descuidados para no fijar la "relación adecuada" entre la culpa y la desgracia. La falta de sus héroes trágicos es, a decir verdad, la piedra que les hace tropezar y romperse un brazo o una pierna; y el sentimiento antiguo no dejaba de decirles: "Ciertamente, habría debido seguir su camino con más precaución y menos orgullo." Pero al cristianismo le fué reservado decir: "Hay aquí una gran desgracia, y detrás de esta gran desgracia "es necesario" que se oculte una gran falta, aunque no sepamos verla. Si no sientes esto, desgraciado, es que tu corazón está endurecido, ¡y aún te sucederán cosas peores!" (FEDERICO NIETZSCHE: *Obras Completas*, tomo V, pág. 84, Edición Aguilar). Y en efecto, Prometeo oye decir al coro: "... sin que Zeus te culpe..." (pág. 48, *ibíd.*), y dice después: "... ¡Cuán sin justicia padezco!..." (pág. 72, *ibíd.*).

IV

La tesis tradicional sobre la culpabilidad ha dividido a los penalistas en dos sectores: psicologistas y normativistas. A pesar de que muchos hacen subdivisiones y reclasificaciones, o críticas aisladas, quedan la mayoría agrupados así.

No falta quien observe semejanzas entre las dos escuelas (DÍAZ PALOS: *La culpabilidad*, pág. 16 y ss.), ni quien las crea irreductibles; pero de los autores que se han consultado no conocemos a nadie que proponga una fórmula homogénea y unitaria, pues cuando algo semejante acontece, lejos de formularse la hipótesis superadora, se describe la mezcla imposible.

La psicológica es la más lamentable. Pero sus errores son tan graves como la normativa. Veamos por qué. Para que la culpabilidad se explique, ambas exigen la existencia del dolo o la culpa. La psicológica cree ver una relación entre el sujeto y el resultado [relación de tipo psicológico (!)]; la segunda observa un juicio de reprobación [axiológico (!)]; esto es, una estimación valorativa del proceso psíquico de motivación.

En su obra *La culpabilidad en el Código Penal* (página 3. Depalma, 1946), Núñez observa con razón que a pesar de que nos movemos dentro del campo de una ciencia social, del espíritu, normativa, tradicionalmente la culpabilidad

ha sido concebida como un hecho de naturaleza PURAMENTE PSICOLÓGICA (!). Cosa que, sin mucho profundizar, se desprende del párrafo anterior.

Pero si Asúa y Núñez, entre otros, ven en la teoría psicológica deficiencias, y las corrigen con la introducción del “reproche” o juicio valorativo, y la conducta psíquica (!) comportada, examinado el asunto desde el campo estrictamente jurídico que hemos adoptado, lejos de solucionar el problema lo agudizan, puesto que siguen remitiéndonos a conceptos metajurídicos, y no se aprecia la “juridización” del concepto manejado por el derecho.

Véase cómo las doctrinas clásicas de la culpabilidad no son sino una y la misma cosa, idéntica envoltura con etiqueta distinta. Basta analizar lo que ellas denominan “aspectos negativos” de la culpabilidad. La inculpabilidad para los psicólogos tendrá lugar cuando se suprima o no exista el “hecho” o la “relación” psicológica que ha producido y contribuido a la conducta culposa o dolosa; en cambio, los normativistas informan que la inculpabilidad se presentará cuando existiendo aquel hecho o relación psicológicos, no pueda reprochársele al sujeto, por los motivos que concurrieron.

V

El jurista queda naturalmente insatisfecho con las explicaciones de las escuelas tradicionales, porque con razón objetará que su especialidad no son las materias propias de las ciencias médicas y psicoanalíticas y las exigencias prácticas de sus procesos y la aplicación cotidiana de las normas legales impiden remotarse a las regiones nebulosas del “superego” y los “juicios humanistas morales”. Y naturalmente, tampoco le sorprenderá después leer a quienes sin más declaren que “... no puede pensarse en construir un concepto de culpabilidad penal, de espaldas a la culpabilidad general. La culpabilidad moral será el género; la jurídica, su especie...” (DÍAZ PALOS: *La culpabilidad*, pág. 12).

Subtrayéndonos del campo de la culpabilidad jurídico-moral a que nos llevó el hispano Díaz Palos, renunciando también al cómodo lenguaje popular—expresión asimismo de una conciencia popular—y reintegrándonos a nuestra menos holgada aunque obligada esfera de estudio, la ciencia del derecho, hagamos una breve transcripción que fortalezca nuestra retirada de los mundos emocionales, sentimentales, volitivos, sub-in-meta, consciente, etc., y la haremos aunque con ella debamos acusarnos de haber ido a consultar al psicólogo austríaco ERICH FROMM (*Ética y psicoanálisis*, Breviarios, FCE), para que entendiéramos—según las doctrinas que privan hoy día—la culpabilidad legal. (Nuestro fracaso nos lleva a no sugerir al señor Fromm que acuda a un juriconsulto para resolver problemas de histeria sumergida.) Dice el profesor Fromm: “El temor a la censura, aunque menos dramático que el temor irracional a la muerte y a la vejez, es una expresión no menos significativa del sentimiento de culpabilidad inconsciente. También aquí encontramos la distorsión irracional de una actitud normal: El hombre quiere naturalmente ser aceptado por sus semejantes; pero el hombre moderno quiere ser aceptado por todos, y por esta razón tiene el temor de diferir en su pensar, sentir y actuar del patrón cultural. Una razón, entre otras, de su temor irracional a la censura es un sentimiento de culpa inconsciente. Si el hombre no puede aprobarse a sí mismo, porque ha fracasado en la tarea de

vivir productivamente, debe sustituir la propia aprobación por la aprobación de otros. Este vehemente deseo de ser aprobado puede ser comprendido en toda su magnitud, solamente si lo reconocemos como un problema moral... Los sentimientos de culpabilidad se experimentan a menudo conscientemente en relación a la conciencia autoritaria, aunque dinámicamente se encuentran arraigados en la conciencia humanista. Una persona puede sentirse conscientemente culpable de no complacer a las autoridades, mientras que inconscientemente se siente culpable de no haber vivido de acuerdo con sus desos..., de acuerdo con ellos (los patrones de nuestra cultura), es sensato el sentirse culpable por haber decepcionado a nuestro padre, pero es absurdo sentirse culpable por descuidarse uno mismo..." (Obra citada, págs. 166 a 168). Esta ejemplificación nos parece suficiente para que el lector avocado a estudios del derecho experimente la impresión de hallarse en otra región del mundo científico, y comprenda por qué el problema de la culpabilidad no puede abandonarlo, en tanto jurista, a los especialistas en problemas de la psique, de la conciencia, de los sentimientos y de la moral, sino entenderlo como una cuestión que, incorporada al derecho por las normas jurídicas válidas, ha sido automáticamente transformado en problema jurídico, para ser resuelto por la ciencia del derecho. *Quizá el equívoco obedece al hábito de ver todo sufrimiento como el castigo de una falta.* En sus *Anales* (XV-44), Tácito usa esta expresión, para narrar cómo Nerón acabó con los rumores de que había sido el incendio de Roma producido por su mandato: "... Luego, para acabar con el rumor, culpó y aplicó refinadísimos tormentos a los que el vulgo llamaba cristianos, odiosos por sus maldades... Y así, aunque culpables ellos y merecedores de nunca vistos tormentos, atrajerón la compasión."

VI

Para Edmundo Mezger la culpabilidad "es el conjunto de presupuestos de la pena que fundamentan, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica".

Obsérvese cómo la anterior definición ya elude la crítica que formulábamos, y que la doctrina alemana, desde la época de la doctrina del delito-tipo, distinguía con Beling: "... la culpabilidad jurídica—dice el antiguo profesor de Munich—es independiente de que la acción sea culpable o meritoria en sentido religioso o ético; y en particular no es excluida por el hecho de que el actor se sienta, desde el punto de vista de la conciencia, obligado a realizar su acción..." (ERNEST BELING: *Esquema de Derecho Penal. La doctrina del delito-tipo*, página 30). Y es que Beling había distinguido, como dice él mismo, las bases del concepto de culpabilidad como "los imperativos del ORDEN JURÍDICO, según los cuales las normas valorativas contenidas en éste deben ser conductoras para las resoluciones humanas".

Esto significa un adelanto en el camino de la juridización de los conceptos que al derecho le son propios (2).

(2) EDMUNDO MEZGER: *Tratado de Derecho penal* (trad. de la 2.^a Ed. alemana por José Arturo Rodríguez Muñoz, tomo II, pág. 1, Editorial "Revista de Derecho Privado", Madrid, 1949), dice además:

VII

La culpabilidad como sentimiento tiene una importancia casi mística y religiosa debido a que, congénito o adquirido, lo posee la especie humana, que además añade a tal emoción la idea de que estamos en la tierra en razón de ser culpables o de haberlo sido y vivir para expiar alguna culpa. Ya vimos a Prometeo, basta recordar a Adán y Eva, o el Papoŷ Vuh, o cualquier otra explicación de orden religioso. Nuestra cultura cristiana se finca en su símbolo, que es inmejorable expresión de nuestra condición y destino: Jesucristo crucificado, inmolado para redimirnos, para sufrir por nuestros pecados y lavar nuestras culpas (3).

El extraordinario Dostojevski, en cuya obra se trasluce su íntima preocupación ético-religiosa, lo comprende claramente y dice: "... si se quiere acabar con lo que generalmente se llama delito y con la culpa del hombre, debe emprezarse con hacer esto mismo (eximir de culpa al anormal) con la anormalidad de la sociedad y de la social estructura. Pero como el arreglo del presente régimen de cosas sería difícilísimo e incierto y casi imposible, no habiendo tampoco medios de lograrlo, hay que destruir todo el edificio histórico de la sociedad y barrer con la escoba todo el viejo régimen... Se acuerda al futuro hormiguero, anegando entre tanto la tierra en sangre. El mundo del occidente europeo no conoce más soluciones a la culpa y al delito del hombre" (*Obras Completas*, t. II, página 2017).

"¿Es posible erigirse en juez de sus semejantes? De la perseverancia de la fe hasta el final. Recuerda especialmente que no puedes ser juez de los demás.

"La culpabilidad es el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. La acción aparece por ello, como expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del agente. (Nota de pie de página. "También las relaciones personales del agente pueden determinar la tipicidad (antijuricidad), como ocurre en los delitos especiales. En cambio las partes integrantes de la culpabilidad que revisten carácter objetivo se refieren constantemente también a la persona que actúa." Y más adelante dice en la pág. 45: "El juicio de culpabilidad y su desaprobación jurídica se refieren, en el caso concreto, al acto de voluntad del autor (las llamadas partes integrantes psicológicas de la culpabilidad) a los motivos del autor (las llamadas partes integrantes motivadoras de la culpabilidad) y a las referencias de la acción a la total personalidad del autor (las llamadas partes integrantes caracteológicas de la culpabilidad)". (pág. 9): "La culpabilidad jurídico penal no es culpabilidad en sentido ético, sino jurídico; por tal causa es independiente de la controversia en torno de la libertad de querer". (pág. 89): "Actúa dolosa o culposamente el que se encuentra en tales referencias anímicas con su acción, que ésta aparece como expresión jurídicamente desaprobada de su personalidad". (pág. 91): "Actúa dolosamente el que conoce las circunstancias de hecho y la significación de su acción y ha admitido en su voluntad el resultado." (pág. 171): "Actúa culposamente el que infringe un deber que personalmente le incumbe y puede prevenir la aparición del resultado".

(3) Por tal razón SCHOPENHAUER (*El mundo como voluntad y representación*, pág. 956), dice del "mito de la caída del hombre (aunque esté tomado, al parecer, lo mismo que todo el judaísmo, del Zend Avosta: Bun Debesch, 15) es, a mi parecer, el único pasaje del Antiguo Testamento en que se descubre una verdad metafísica, aunque alegórica, y es lo único que se reconcilia con ese libro. En efecto: nuestra existencia no puede compararse con nada mejor que con la consecuencia de una falta, de un apetito culpable", cuando habla extensamente del error de quienes suponen que éste es "el mejor de los mundos posibles".

Porque no puede haber en la tierra juez para el delincuente, hasta que ese mismo juez no comprenda que él es también un delincuente como el que tiene delante y que pudiera ser que fuese más culpable de ese crimen que todos. Cuando hubiere comprendido eso, entonces podrá hacer de juez. Por absurdo que parezca, ésta es la verdad. Porque si fuere yo justo, puede que no tuviese ahora ningún criminal ante mí. Si puedes tomar sobre ti el crimen del reo que tienes delante y que has de juzgar con tu corazón, carga con él en seguida y sufre por él tú mismo y a él déjale ir sin un reproche. Y aunque la ley misma te hubiese erigido en su juez, en cuanto te fuese posible, procede también entonces con arreglo a ese espíritu, pues saldrá condenándose más amargamente de lo que pudieras hacerlo tú. Aunque se alejara... Si la maldad del prójimo te induce a enfado y dolor insufribles, hasta desear vengarte de su maldad..., en seguida ve e imponte penitencia, cual si fueres el culpable de las maldades de los hombres. Acepta esa penitencia y aguántala, y se apaciguará tu corazón y entenderás que también tú eres culpable, porque podrías haber aparecido a los malvados como el único sin pecado y no lo hiciste..." (DOSTOJEVSKI: *Los hermanos Karamazov*, parte III, libro VII, cap. I, *Obras Completas*, pág. 1063). Entendida desde el punto de vista de la teoría pura del derecho..., devuelve las cosas a sus originales proporciones, evitando las mixturas ideológicas, la creación de la mala conciencia, y reintegra a la moral su vigencia al situar sus juicios sobre, o al margen de los jurídicos, pero no confundidos con ellos.

La culpabilidad, despojada de los elementos iusnaturalistas, pone de relieve la distinción entre resultar autor de un crimen, y resultar autor de un hecho, y ser culpable de un delito... No es lo mismo haber hecho algo—para lo que casi siempre tenemos a la mano una DISCULPA—que ser culpable de algo.

Suele confundirse con la culpabilidad la sancionabilidad.

Suele confundirse con la culpabilidad la represalia derivada de una política jurídica determinada.

Suele confundirse con la culpabilidad muy frecuentemente la imputabilidad.

Suele confundirse con la culpabilidad el castigo a determinada exigencia o deber que excede la mejor diligencia y cuidado.

Suele confundirse con la culpabilidad la falta moral, todo porque en la culpabilidad, mejor que en ningún otro campo, la política jurídica ha querido plasmar en las leyes vigentes los renglones reprobables de la moral e ideología imperantes, a fin de robustecer la convicción de obligatoriedad de sus leyes, de manera que el culpable jurídicamente aparezca también moralmente reprochable.

Los limitados jamás entenderán cómo es posible ser, por ejemplo, moralmente culpable, sin ser jurídicamente culpable, del mismo modo que es un hábito juzgar como culpable moralmente a aquel que viola una norma religiosa, y pocos habrá que consideren inculpable moralmente a aquel que sea sancionado por las leyes.

VIII

¿De dónde ha surgido el concepto de que, ya por vivir, el hombre es culpable? ¡Gran imbecilidad inculcarle al niño que descubre apenas que vive que uno de sus abuelos, llamado Adán fué culpable, mereció ser castigado, y él

tiene también que pagar! Nada ha hecho, y ya es pecador, delincuente, malo. ¡Hasta un niño suele pensarlos, fueron mis papás, no yo. Y acusa a la vejez y la decadencia de los afanes de dominio crear la mala conciencia, y su séquito de desgracias. Pero los perdona cuando el hombre ha madurado y se siente aún culpable.

IX

James Goldschmidt: *La concepción normativa de la culpabilidad*, da otra definición: "La culpabilidad es la reprochabilidad de una conducta antijurídica, según libertad, fin y significado conocido o cognoscible". (página 5.)

Debe descartarse como posible el que la ley, y más precisamente, la voluntad objetiva de la ley, opere como un "juzgador" o "enjuiciador", consciente y dotado de alguna voluntad y una capacidad de conocer y apreciar en algún punto semejante a la de un ser humano.

El "bizantinismo" jurídico, la pedantesca retórica, el "ajedrez de los conceptos negativos", la metafísica y la discusión de asuntos ajenos al campo jurídico, sobre todo. *Entender claramente que tal concepción normativa de la culpabilidad es simplemente el arribo lógico a la teoría pura del derecho, y que la voluntad como concepto jurídico reemplaza a la voluntad como concepto psicológico y no debe hablarse de... en vez de aquélla.*

La definición de arriba es la descripción *del enlace de una determinada consecuencia de derecho a un determinado autor de un determinado hecho que se considera generador de aquélla. ¿Imputación? ¿Sancionabilidad? ¿Obligatoriedad?... ¡Valiente novedad: la culpabilidad es la atribución de las consecuencias jurídicas, toda vez que, excepcionalmente, la ley por X razón no quiere atribuir esas lógicas consecuencias jurídicas, mal llamada "causas de inculpabilidad", y aquí lo genial: donde no hay inculpabilidad, hay culpabilidad!*

Véase como a pesar de criticar al psicologismo Goldschmidt no lo supera.

X

El concepto de la culpa de los juristas ha sido tomado de los moralistas. Cosa explicable si se ha comprendido la tendencia immanente del orden jurídico asistido de una política que tienda a hacerlo aparecer inspirado por la moral mayoritariamente aceptada. Por eso, los juristas han aceptado que la culpa "sea una decisión libre, y, por lo mismo, imputable contraria a la ley moral y al valor ético", como dice el jesuita Brugger (*Diccionario Filosófico*, Herder, 1953, Barcelona, pág. 85), quien no vacila en aceptar la proposición elegante de Nietzsche (*ibid*): "el sentimiento de la culpa no es, empero, ningún deshonor ni ninguna degeneración, sino la expresión de la inviolable dignidad de la propia persona y de una conciencia fina y elevada".

Hasta Fernández Doblado (página 33, *Culpabilidad y Error-Tesis Profesional*) ve en la crítica de Von Hippel un "absurdo". "Si la culpabilidad de un hombre no puede estar en la cabeza de otros... ya Asúa ha dicho que no cabe lo psicológico puro en el derecho", dice Fernández Doblado, al criticar la frase de Hippel: "no se comprende cómo la culpabilidad de un hombre puede estar

en la cabeza de otros", adhiriéndose a la opinión de Mezger, quien, según vimos, representa un impulso vigoroso hacia la concepción jurídica de la culpabilidad (4).

Algunos autores, para soslayar una discusión enfermiza, afirman que el hombre es libertad; Reyes Nevares, aceptando la tesis de Recasens Siches, dice: "... se trata de afirmar, sin más perifrasis, que el hombre es libertad..." (página 331, *Proyecciones del existencialismo sobre derecho*. Anales de Jurisprudencia, T. LXVI).

El señor Manuel López-Rey y Arrojo, en un artículo que publicó en la Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia (tomo X, págs. 101-142, México, julio a diciembre de 1948), sobre el Derecho penal en las relaciones de victoria, nos confirma nuestro juicio y revela hasta qué grado las "modernas" concepciones sobre la culpabilidad en sentido jurídico no pasan de ser una mala reelaboración de tesis antaño elaborada. Quéjase el señor López-Rey, sin embargo, de que no existía a la sazón una teoría general de la culpabilidad. "En orden a este aspecto (la culpabilidad) de la estructura del delito existen en Vitoria algunas referencias interesantes que permiten construir, aunque ilimitadamente, diversas facetas de esa culpabilidad respecto a la cual ni existía, desde luego, teoría general alguna, y menos un intento de construcción sistemática".

Sin embargo, al hablar del libre albedrío en el insigne maestro de Salamanca, dice que hace una serie de importantes consideraciones en torno a este concepto "que más tarde ha de fundamentar el Derecho Penal Clásico... y no sería aventurado afirmar que entonces es cuando se verifica la penetración libero arbitrista en lo jurídico, proceso que necesitó una lenta elaboración... lo que importa, según Vitoria, y el *distingo* es de sumo interés, no es que el acto haya sido querido, sino conocido o entendido, con lo que se aleja de una concepción voluntarista... la falta de razón es una incapacidad del conocer más que del

(4) Para probar la juridicidad del concepto: "Culpa in casibus fortuitis non presumitur nisi probetur ex casu fortuito quis tenetur si preaccessit culpa, pactum vel mora—al caso fortuito nadie está obligado, sino por culpa, pacto o tardanza—contractus quidam dolus malum dumtaxat, recipiunt quidam et dolus et culpam. Dolus tantum, depositum et precarium; dolus et culpam, mandatam, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta. In his quidam et diligentiam. Societas et rerum communio et dolus et culpam recipit. Sed haec ita, nisi si quidem nominatim convenit, vel minus, in singulis contractibus. Nam hoc servabitur, quod initio convenit. Legem enim contractus dedit, excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolus praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est, et ita utimur. Animalium vero casus, mortes, quaeque sine culpa accidunt, fugae servorum, qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum, a nullo praestantur."

En algunos contratos sólo se presta el dolo malo; en otros el dolo y la culpa. Se presta solamente el dolo en el depósito y precario; el dolo y la culpa, en el mandato comodato, venta, prenda, locación; así como también en la dote, tutela y gestión de negocios, en los cuales se responde también de la diligencia. En la sociedad y gestión de negocios se presta el dolo y la culpa. Y esto se entiende cuando no se haya pactado expresamente en el contrato que se prestará más o menos, pues en este caso debe observarse lo que se haya convenido, por la razón de que la voluntad forma la ley del contrato, exceptuándose, según enseña Celso, el caso de que se haya pactado no prestar el dolo, porque esto sería contrario a la buena fe, y así se observa. Pero la muerte de los animales acaecida sin culpa, la fuga de los siervos a quienes no se acostumbra custodiar, los robos, los tumultos, los incendios, las avenidas de las aguas y el acometimiento de malhechores, por nadie se prestan.

querer..." Claro, constituyente una imposibilidad del libre albedrío y cercaindo la tesis psicologista.

El problema del libre albedrío es un falso problema. Si hay una voluntad, tiene que ser libre. Si no es libre no hay tal voluntad. La polémica libre albedrista es estéril, caduca, confusa y añeja. La voluntad predica a fortiori un principio independiente de decisión.

La vieja logomaquia encierra el error de suponer que debe discutirse si el acto de querer es libre o no... Si no hay una voluntad libre para deseár, necesariamente será motivado constrictivamente, y entonces no será libre.

Por eso, la otra anacrónica disputa entre deterministas e indeterministas va en la libertad otra cosa: el motivo de la decisión de querer se ofrece de tal manera que no puede ser otro, de modo que no hay alternativas, a pesar de que ilusoriamente parezca al revés. Todo este enmarañado problema no tiene nada de magia o insoluble misterio. Pues basta pensar que no porque algo determine a la conducta ésta carece de libertad. Por el contrario, siendo la conducta completamente indeterminada el caos supliría la libertad, y ésta no existiría.

Federico Nietzsche se remonta al origen para explicar la teoría del libre albedrío, y escribe: "Sobre unos la "necesidad" pesa bajo la forma de sus pasiones sobre otros, el hábito es escuchar y obedecer; sobre un tercero, la conciencia lógica, sobre el cuarto, el capricho y el placer fantástico de saltar las páginas. Pero todos ellos buscan precisamente el "libre" albedrío allí precisamente donde están más encadenados es como si el gusano de seda hiciese consistir su libre arbitrio en hilar. ¿De dónde procede todo esto? Evidentemente, que cada uno se tiene por libre principalmente allí donde su sentimiento de vivir es más fuerte, por tanto, como ya he dicho, unas veces en la pasión, otras en el deber, otras en la investigación científica, otras en la fantasía. Aquello que hace fuerte al individuo, aquello que anima su vida es tomado por él involuntariamente como el elemento de su libertad; aúna la independencia y la torpeza, la independencia y el sentimiento de vivir como parejas inseparables. En este caso una experiencia que el hombre hace sobre el terreno político y social es transportada indebidamente al campo de la metafísica trascendental; allí, el hombre fuerte es también el hombre libre; allí, el sentimiento vivaz de alegría y de sufrimiento, la elevación de las esperanzas, la audacia de los deseos, la potencia del odio son patrimonio del soberano y del independiente, mientras que el súbdito, el esclavo, vive oprimido y estúpido. La teoría del libre arbitrio es una invención de las clases "dirigentes". (Obras completas de Federico Nietzsche, tomo IV, págs. 169-170, Ediciones Aguilar.)

XI

San Lucas narra que Pilato "dijo a los príncipes de los sacerdotes y a las gentes: ninguna culpa hallo en este hombre" (23.4), y que más tarde, convocando al pueblo y los magistrados y los príncipes les dijo: "Me habéis presentado a este hombre que desvía al pueblo, y he aquí, preguntando yo delante de vosotros, no he hallado culpa alguna en este hombre de aquéllas de que le acusáis" (23.14) y el propio evangelista añade: "Y él les dijo la tercera vez: "Pues qué mal ha hecho éste? Ninguna culpa de muerte he hallado en él: le

castigaré, pues, y le soltaré." (23,22). Los mismos hechos, en palabras de San Juan, "Entonces Pilato salió otra vez fuera, y díjoles: he aquí, os lo traigo fuera, para que entendáis que ningún crimen hallo en él." (19.4).

XII

Y es que, para decirlo con las mismas palabras que McIver, "el delincuente puede ser un maníaco o un genio, un hombre vil o un patriota, un hombre sin escrúpulo o que pone sus escrúpulos fuera de la Ley, un explotador inicuo o un hombre en una situación desesperada". (McIver-Causación Social, Fondo de Cultura Económica, Méx. Pág. 78.)

Todo investigador sabe que Goethe dijo algo obvio al afirmar que en la ciencia es preciso tratar a los objetos de que se ocupa de acuerdo con su naturaleza, y que cuando un fenómeno social se define por las normas jurídicas, no puede uno imaginar que sea posible referirlo a causas o conceptos ubicados fuera del sistema de normas jurídicas.

Los sociólogos, por ejemplo MacIver (Causación Social, FCE, pág. 78), no dejan de tener presente la importancia de la pureza metódica: "Es inútil —afirma rotundamente— buscar las causas del delito en cuanto tal, del delito en todas partes y en todo tiempo. El delito constituye una categoría legal. Lo único que tienen en común todos los delitos es que todos, son violaciones de la Ley. En este sentido la única causa del delito es la Ley misma. Lo que en un país es delito no lo es en otro, lo que es un delito en una época no lo es en otra. La ley es siempre cambiante, añade nuevos delitos a sus catálogos y suprime otros. Y, como sucede muy frecuentemente en tiempos de crisis o revolución, puede llegar a señalar como los más odiosos crímenes ciertas formas de conducta que con anterioridad eran consideradas muy honorables. Por tanto, el delito varía con la Ley, las condiciones que lo provocan son igualmente variables. Además, las condiciones sociales que aumentan la frecuencia de algunas categorías de delito pueden disminuir la frecuencia de otras. Por tanto, el delito es esencialmente relativo. No posee una propiedad o una cualidad intrínseca, inherente al delito de todas las categorías, en todas las condiciones."

Es preciso señalar dos argumentos a favor de la teoría pura. Recordemos previamente lo que ésta dice sobre el asunto que hemos venido tratando: "La consecuencia jurídica y el supuesto factico del Derecho —anota su autor en la Teoría general del Estado— no están unidos necesariamente más que dentro del mismo sistema jurídico... en el reino de la naturaleza no hay "robos", ni "negocios" jurídicos, ni "castigos"... El acto coactivo se da en la experiencia en una de estas dos formas, o como pena o como ejecución... En la "pena" —considerada como pena de muerte o como pena contra la libertad— trátase de la privación coactiva de la vida o la libertad; en la "ejecución", de la privación coactiva de valores patrimoniales... En principio, los hechos mutuamente enlazados por la norma jurídica representan una conducta humana... pero el hecho condicionante puede ser un mero suceso. Así, por ejemplo, algunas legislaciones determinaban que en el caso de una larga sequía debía matarse a un hombre... (Kelsen, *Teoría General del Estado*. Traducción Legaz Lacambra, páginas 62-63.)

Más adelante, el profesor Kelsen añade, para y por mantener la línea de la pureza metódica. "... lo que constituye el contenido del hecho condicionado de la consecuencia no es su "conducta", sino la conducta del hombre que realiza el acto de la coacción... Una "conducta" carece de relevancia jurídica, salvo en el sentido de... su conducta contraria se hace la condición de un nuevo acto coactivo..." (Kelsen, *Teoría General del Estado*, pág. 64. Traducción Legaz Lacambra) (5).

Algunos no comprenden que contra la opinión tradicional cuando hablamos de un nexo causal no queremos decir nexo entre la causa y el efecto (como pretende Asúa) pues la relación causal es ella misma el nexo de las cosas en cuanto marchan del presente al futuro. Pero en materia jurídica, como dice Kelsen, nuestro sentimiento jurídico exige que "un hombre sólo sea castigado" en virtud de un hecho por él cometido o no impedido (si bien hubiera "podido" omitir su comisión o evitar que el hecho se realizase) "... además, que en la comisión o no oposición al hecho socialmente dañoso haya culpa, es decir, intención, previsión o negligencia, que es lo único que justifica la realización de un acto coactivo... Lo que de ordinario se califica como imputación pura y simple, no es más que la exigencia de la Política del Derecho... el concepto jurídico de la imputación no expresa sino el enlace formal entre los hechos condicionante y condicionado, y se distingue claramente, como relación normativa, del nexo causal que se presupone existente, en todo caso, dentro del hecho condicionante, entre la conducta humana y el suceso socialmente dañoso". (Kelsen, págs. 65-66, TGE.)

El que escribe ha desarrollado en otro lugar la necesidad que tiene el derecho de suplir el concepto psicológico de la voluntad por un concepto normativo-jurídico, y por ello cree innecesario insistir sobre dos ideas que ha considerado obvias al escribir estas notas: hay que separar la voluntad específicamente jurídica del hecho real psíquico conocido por ese nombre también (como se separa hombre y persona jurídica), y segundo, para decirlo con Kelsen, "que, desde el punto de vista de la teoría del Derecho, no es el hombre en cuanto tal, sino acciones u omisiones humanas lo que es objeto de consideración; por eso la imputación a un hombre no puede ser otra cosa que imputación a un hecho... En el dominio del Derecho penal, el dogma adopta una especial modalidad y sostiene que toda culpa es culpa de la voluntad. Si en el concepto de voluntad propio del dogma se comprende la voluntad psicológica, y en consecuencia, el sujeto de voluntad es el hombre y la imputación, la imputación periférica, es claro que este dogma de la voluntad tiene que entrar en conflicto con el derecho positivo; pues también el hecho no querido es imputado; es decir, por determinación jurídica positiva, el acto de coacción

(5) "La fisostigmina-- dice la enciclopedia Labor--se extrae del haba del calobar, leguminosa trepadora del Africa meridional, que los indígenas llamaban eseré. Los misioneros que llegaron a aquel país, en 1846, observaron muy sorprendidos, que las habas de eseré se empleaba en una especie de orfalia o juicio de Dios, para reconocer a los criminales. Lo curioso del caso es que, obligados a tragarse la droga, solamente los criminales morían, mientras los inocentes se salvaban. Esto se debe a que, ingerida en gran cantidad, la eserina tiene efectos eméticos, y el inocente, seguro de que nada podía pasarle, la ingería rápidamente, siendo todo expulsado por el vómito; el culpable, temeroso de sus efectos, la comía recelosamente y moría intoxicado, por no alcanzar la concentración precisa, para que se provocara la acción evacuable." (Enciclopedia Labor, t. II, págs. 526-527).

puede ser enlazado a la condición de un hecho que no ha querido (y quizá ni sabido) el hombre contra el cual va la coacción". Kelsen, *Teoría General del Estado*. Pág. 86.)

XIII

He aquí una verdadera gema de la "alegre ciencia" del calumniado como saqueado filólogo de Basiela: "Aunque los jueces más sagaces y las mismas hechiceras estuviesen persuadidos de la culpabilidad que hay en entregarse a la brujería, esta culpabilidad no existiría; sin embargo, así sucede con cualquier culpabilidad".

Dicho está: se trata de la culpabilidad entendida como calificación del agente-causa del hecho reputado dañoso o indebido; o de otro modo: como calificación de la conducta o la actividad del agente que se supone causa eficiente del resultado reputado provisionalmente dañoso. Pero he aquí que en el ejemplo del párrafo de arriba, tal culpabilidad no existe —ni podría existir— en el mundo de las causas y los efectos porque, aun reconociéndolo y reputándose culpable —es decir, *motivador*— del hecho el propio sujeto, el nexo de causa a efecto es inconcebible. Sería tanto como reputar a una mujer culpable del aborto de un becerro, como sucedió entre los egipcios, pueblo muy dado al bestialismo.

Empero, la Inquisición procesó a Juana de Arco, y la declaró culpable, tras fatigoso y largo procedimiento henchido de polémicas, peritajes, consultas, interrogatorios, testimonios: de haberse entregado Juana a la hechicera y haber copulado con los demonios, cuando menos en grado de tentativa.

Anatole France escribe: "Y, puesto que persistían en perseguirla como hechicera, debía ser por que pensaban que podía, por excepción, haberse entregado a unos demonios que la dejaron tal como la habían encontrado. Las costumbres de los demonios estaban llenas de contradicciones que desconcertaban a los más sabios doctores, y todos los días se descubría una nueva." (Páginas 769-770. *Juana de Arco*. Ed. Nueva España, México, 1944.)

La Universidad de París (—La Facultad de Decretos y la de los doctores de la Facultad de Teología—), sancionó y ratificó los doce puntos resolutive de la primera sentencia condenatoria, que le fué notificada por el maestro Pedro Maurice, doctor en Teología, el miércoles 23 de mayo del año de 1430. Transcribimos párrafos interesantes, francamente repugnantes al más ignorante hombre del siglo que vivimos. (Ib. Págs. 857-864.)

"... los clérigos de la Universidad de París —dice la sentencia— 11. considerando... dicen que se trata de ficciones engañosas, seductoras y peligrosas... y proceden de espíritus malignos y diabólicos..." (Art. I.) (Los números romanos se refieren a los puntos resolutive de la sentencia.)

"... se trata de un engaño presuntuoso seductor y pernicioso, una cosa inventada y atentatoria a la dignidad de los ángeles..." (II.)

"... los clérigos dicen (de las voces de las santas Catalina y Margarita) en estas afirmaciones hay superstición, adivinación, aserto presuntuoso y jactancia vana..." (III.)

"... eres sospechosa de idolatría y de adoración a ti misma y a tu vestido, imitando las costumbres de los paganos... (por vestir como hombre)". (IV.)

"... eres pérfida, cruel, que descas cruelmente efusión de sangre humana, que eres sediciosa, provocadora de la tiranía y blasfemadora de Dios..."

(V) (Por haberse jactado de matar a los que no le obedecieran).

"... hubo pusilanimidad rayana en la desesperación y probablemente suicidio..." (VIII) (Por saltar de la Torre de Beaurevoir prefiriendo morir a ser capturada por las tropas inglesas).

"(Por haber afirmado haber abrazado y besado, e invocado a las santas Catalina y Margarita)... eres idólatra, invocadora de demonios..." (XI).

Finalmente, por remitirse la después santa Juana de Arco únicamente al juicio de Dios despreciando el proceso incoado en su contra, "... eres cismática, equivocada, ...apóstata y obstinadamente errada en materia de fé." (XII).

Negándose a adjuar, leyóse la sentencia para este evento y no se levantó: la excomunión que lograría haciéndolo, de manera que sería irremisiblemente quemada por hechicera, acto seguido de la lectura de la sentencia. Indecisa, a media lectura adjuró, y fué "dejando a salvo nuestra clemencia, ...te condenamos a prisión perpetua..." encarcelada y penada con la reclusión perpetua. (Pág. 877.)

Más tarde dictóse nueva sentencia y a pesar de la retractación de la doncella de Orleans, fué quemada. "Una vez muerta —dice el autor— el baile ordenó al verdugo que apartase las llamas a fin de que pudiera verse que la profetisa de los armagnacs no se había escapado con la ayuda del diablo o de otra manera. Después, una vez que aquel pobre cuerpo ennegrecido hubo sido ofrecido al espectáculo del pueblo, el ejecutor con objeto de reducirlo a cenizas arrojó sobre la hoguera aceite, azufre y carbón. En esta clase de suplicios la combustión de la carne rara vez, era total. En las cenizas apargadas, encontráronse intactos el corazón y las entrañas. Temiendo que alguien viniese a recoger los restos de Juana para hacer con ellos brujerías, o cualesquiera otros maleficios, "el baile los hizo arrojar al Sena" (Ibid, pág. 900).

XIV

La precisión del lenguaje cervantino suele traerse a cuento cuando de ejemplificar se trata. La dogmática jurídico penal —inexplicablemente, por lo demás— lejos de mantenerse fiel a sus "rectores" principios, recoge con singular ingenuidad los significados populares de los vocablos "culpa", culpabilidad, etc. Procuraremos probarlo haciendo también algunas quijotescas citas.

Al relatar la sobrina el paulatino enloquecimiento de su inmortal tío "que así ensillaba el rocín como tomaba la podadera", dícele a maese Nicolás: "Mas yo me tengo la culpa de todo, que no avisé a vuestras mercedes de los disparates de mi señor tío para que los remediarán antes de llegar a lo que ha llegado y quemaran todos estos descolmugados libros; que tiene muchos que bien merecen ser abrasados, como si fueren de herejes". (Pág. 37.) He aquí el significado popular de la llamada "comisión por omisión".

Otro ejemplo, también del manchego inmortal, que ofrece otro significado corriente de la "culpa", es cuando dice, al retornar de su lucha con los jayanes, "Ténganse todos; que vengo malherido por la culpa de mi caballo: Llénvenme a mi lecho, y llámese, si fuere posible, a la sabia Urganda, que me cure y cate de mis heridas". Aquí es visto el noble Rocinante como culpable.

Los libros de caballería son, como se sabe, los "culpables" y así, dice el cura de Amandís de Gaula: "Les debemos, sin excusa, condenar al fuego".

Dice más tarde "La Diana", de Montemayor, y otros de igual género: "Estos no merecen ser quemados... porque no hacen ni harán el daño que los de caballería han hecho". Aquí, está descrita la culpa.

El propio Cervantes dice, siguiendo su intencionado lenguaje "jurídico", "tenedle recluso (a la Galatea) en vuestra posada..." "... no pasaran por tan rigurosa sentencia..." de los de Luis de Avida..."

"...quizá quitando la causa, cesaría el efecto..."

XV

La agonizante dogmática jurídico penal suele reconocer válida la tesis del delito natural; o bien, acaece que olvida que tal tesis ni siquiera los romanos hace siglos la aceptaban. La doctrina tradicional considera como delito natural a cierto tipo de infracciones penales o jurídicas: el homicidio, el robo, las lesiones, el estupro, etc. Las llamadas artificiales son aquellas infracciones jurídicas de que son ejemplo el contrabando, el delito político, la disolución social, etcétera. Supónese, mediante superficial e incompleta revisión del orden jurídico que el ilícito civil se diferencia del penal por el tipo de sanción que resulta engarzada a la conducta constitutiva del supuesto de la norma sancionada.

El extravío por los caminos del realismo ingenuo salta a la vista. El sendero del derecho, el camino de la ciencia del derecho, no conduce a tan plebeyas afirmaciones. La conducta rotulada como humana, lo es cuando es conducta o comportamiento "humano". Jurídicamente, lo humano se torna objeto de conocimiento si se divisa a través del derecho. La conducta ajurídica —o metajurídica— no existe dentro de una genuina Teoría General del Derecho. De donde, hablar de un delito natural, requiere y presupone una conducta mala de por sí (mala in se), al margen del orden jurídico, que predique aquel delito natural. Y eso no pasa de ser una lamentable literatura, que ignotas e inalcanzables motivaciones la incluyen en el Derecho Penal, génesis y hecho principal de la historia de la "mala prohibita".

Para quienes duden: a) el "homicidio natural", puede ser objeto de premios, medallas, corazones, púrpuras, estatuas, convites, agasajos, etc. Así fué laureado el homicidio más grande de la historia, de cientos de miles de japoneses. Y b), el robo, precisa el régimen jurídico de la propiedad privada. Licurgo fomentaba la habilidad de los practicantes. Y, además, c) el estupro, la violación, presuponen régimen jurídico: no se habla de una "violación" de la esposa. Y d), una revolución lejos de ser crimen puede ser gloria.

Y debemos repetirlo: en la naturaleza, en el vasto universo, no hay "homicidios", ni "robos", ni "violaciones". *No puede hablarse de un conocimiento causalista lo causal explicativo, del delito, ni estudiársele como si se tratara de una amiga, una piedra o un concha.* A menos que el derecho deje de ser una ciencia del espíritu, para ofrecerse como ciencia natural.

Las proposiciones jurídicas no ordenan o prohíben conductas que realmente deben ocurrir, ni se relacionan con hechos preexistentes o de necesaria existen-

ca, sino a hipótesis o supuestos, que de realizarse, deben ser seguidos de determinados hechos, que no por no ocurrir invalida la consecuencia condicionada.

XVI

Vale la pena hacer una sintética referencia al concepto de culpa desde el punto de vista del derecho de las obligaciones, pues no habiendo una diferencia esencial entre los ilícitos civil y penal, pues acaso y circunstanciamen- te pueden y deben por razones sistemáticas agruparse en dos ramas para su estudio, y nada más, vale la pena confrontarlos; la ciencia del derecho para estudiar a una de sus manifestaciones particulares nos aporta desde luego sus conceptos generales. Es imposible y contradictoria llegar a una Teoría General del Derecho a partir de una de sus manifestaciones parciales.

La noción de culpa considerada a título de elemento constitutivo del delito forma parte del estudio de las fuentes de las obligaciones, en el ámbito civil. Obsérvese que los civilistas, por ejemplo Bonnacasse, tomo II, pág. 360 y sig.), coinciden en considerar que la culpa integrada por dos elementos: a) incumplimiento de una obligación; b) incumplimiento voluntario. Claro que el delito, y el *quasidelito* civiles son estudiados formalmente y la diferencia que enseña Bonnacasse no puede ser una diferencia sustancial del delito penal, valga la expresión: "Se designa por delito penal —dice el profesor de la Universidad de Burdeos— el hecho previsto y castigado por la ley penal, a la cual remitimos. Un delito penal es susceptible de constituir un delito civil, pero no necesariamente; la recíproca también es, a fortiori, exacta, cuando menos. dado por una parte, la elasticidad del delito civil y del penal se ve afectada, y por otra, el carácter estricto de la Ley penal, pero la independencia relativa del delito civil y del penal se ve en parte afectada, por la regla de la autoridad de la cosa juzgada en lo criminal sobre lo civil, regla que impide a los tribunales civiles dictar, sobre un mismo hecho, sentencias distintas a las de los tribunales penales. (Ibid. Pág. 362.)

¿No es —in abstracto— también "fuente de obligaciones" jurídicas el delito? ¿No engendra también el deber jurídico para el agente del ministerio público, jueces, carceleros, e incluso el propio delincuente, etc...? Alegar una distinción básica entre derecho público y privado revela un espantoso anacronismo mental.

Hay algo que es un tema no indigno de atención, es este problema de la culpabilidad, en tanto los grupos dominantes del organismo social llegan a establecer los casos de culpabilidad, ¿hasta qué punto obtienen cooperación por parte de los grupos débiles? Porque la mala conciencia del delincuente no existe, como es sabido. ¿Es que acaso desean ser castigados una vez que se han declarado culpables? ¿No existe otra razón, más misteriosa, que las de seguridad, convivencia, etc.? Hay que meditar bien los siguientes hechos: el culpable, para serlo efectivamente, tuvo que ser un sujeto que disponía de la fuerza necesaria para llevar a cabo su acción reputada culpable, y esto ¿no es dejar un poco de ser débil? ¿No se registran miles de casos de homicidas que se exhiben, se entregan por haber "logrado" la penar de muerte, retan a la sociedad, etc.?

Lo que ocurre puede explicarse acudiendo al origen de esta tendencia incrustada en el régimen legal de forzar de tal modo los hechos y razonamientos para declarar solemnemente la existencia de un concepto de culpa objetivamente válido, que, no pudiendo llegar al "credo qui absurdum", por el inexcusable elemento "subjetivo", tiene necesidad de robustecer la imputación en sentido kolseniano por la existencia válida de un concepto objetivo de culpa, o mejor aún, suplirla simple y llanamente, hacerla a un lado, y venirnos con la indefendible afirmación —hábilmente adornada a base de "floritura" más o menos sutil— de que es posible —al margen del derecho— llegar a establecer un concepto válido y objetivo de culpa. Este únicamente es posible con base jurídica, so pena de perder su objetividad.

¿Qué mejor prueba de lo dicho que la "presunción de culpa" que el Código civil establece —y la Ley Federal del Trabajo ofrece numerosos ejemplos también— al considerar como el fundamento de las diversas responsabilidades de los patrones, tutores, curadores, padres, comisionistas, etc.?

El excelente helenista Warner Jaeger nos indica los problemas de la etimología de "diké". Cree que es falso que provenga de "arrojar" o "lanzar" (di-kein). Siendo la voz tan antigua como "themis", "se decía de las partes contentientes que "dan y toman diké". Se comprendía así en una misma palabra la decisión y el cumplimiento de la pena. El culpable "da diké", lo cual equivale originariamente a indemnización o compensación. El perjudicado, cuyo derecho restablece el juicio, "toma diké". El juez "adjudica "diké"". La significación fundamental de diké equivale así, aproximadamente, a dar a cada cual lo debido. Significa, al mismo tiempo, concretamente, el proceso, el juicio y la pena... Así como themis se refiere más bien a la autoridad del derecho, a su legalidad y validez, diké significa el cumplimiento de la justicia. Así se comprende que en un tiempo de lucha por la aspiración al derecho de una clase, que hasta entonces había recibido el derecho sólo como themis, es decir, como una ley autoritaria... "que, como se sabe, era dado por Zeus a los reyes, de manera que previamente a la areté, a la justicia, a dar cada quien lo suyo, se determinaba que era lo de cada quien... Tal como ahora (6).

(6) Aceptaciones del vocablo culpa y sus derivados: culposo, culpado, culposísimo, culposísimamente, culpar (culpare, culpam in aliquem transferre), culpante (culpatus), culpador (acusante), culpadísimamente, culpadísimamente, culpadamente, culpación (culpatio, criminatio), culpablemente (culpabiliter), culpable (culpabilis), culpabilísimo (valde culpabilis), culpabilísimamente, culpabilidad (la calidad o circunstancia que constituye la culpa). *Ni ausente sin culpa ni presente sin diculpa. La culpa del asno echarla a la albarda. Culpa no tiene quien hace lo que debe.* Culpa... falta más o menos grave cometida por propia voluntad. Comissi numeris indiligencia..., culpa jurídica. Culpa lata... Culpa levis... Culpa levissima... (Crimen, falta, pecado, delito, maldad, ruindad, fechoría, designio, proyecto, empresa, intención, voluntad, descuido, inadvertencia. La inadvertencia sólo ha faltado a la precaución, mas el descuido a la obligación. Se suele llamar descuido a lo que por cierto no lo es, sino grave culpa, cualquier vergonzoso y grave tropiezo.) Culpa; Guilt... Fault... Negligence... Culpa contractual: Breach of contract. Culpa extracontractual: Violation of a right not dependent on contract. Culpa lata: Gross negligence... Failure to act with a minimum degree of diligence. Culpa levis: Culpa levis... Ordinary negligence. Culpa levissima: Culpa levissima... Slight negligence, failure to act with highest degree of diligence... Culpabilidad: Guilt, culpability. Culpable: Culpable, tortious, guilty, to blame... Culpado: Guilty. Inculpabilidad: Innocence. Inculpable: Innocent, not guilty, not due to negligence. Inculpado: Accused, defendant. Inculpatório: Inculminating.

XVII

Persuadir es casi imposible. Los modernos pedagogos afirman que el ser humano no siempre se decide por una convicción en razón de la dosis de verdad que contenga y que la falsedad de un juicio no todas las veces es una objeción contra él. El autor de estos apuntes expresa, y no por vez primera (8), una convicción que desliga conscientemente de sus intereses, que habitualmente suelen mixtificar los objetos del conocimiento, y piensa que las opiniones de Bettiol (9) y (10), Rivera Silva, a pesar de su disención, contribuyen de igual manera que cualquier otra en cualquier sentido a la noble y desinteresada tarea de la ciencia, que es lo que importa. El estudio de un aspecto no excluye, sino completa.

(8) En mi *Crítica a la dogmática jurídica penal* (M. Porrúa, México, 1955) he sostenido conceptos parejos a los aquí enunciados, y entre otras cosas, se ha puesto de relieve que siempre que el derecho admite conceptos para hacerlos condición de ciertas medidas jurídicas específicas, estos conceptos dejan de ser psicológicos o biológicos, para transformarse en jurídicos.

Si no aconteciera así, el derecho tendría que polemizar sobre infinidad de casos en los que es necesario acudir a conceptos legales prefijados, en mérito a la certidumbre y seguridad que aparece como meta inmediata del ordenamiento legal. La misma razón que exige que la cosa juzgada se tenga como verdad legal, aunque no coincida con la histórica.

(9) Dice Giuseppe Bettiol, célebre profesor de la Universidad de Padua, en su obra *Diritto penale* (Parte Generale), en la página 132 (es primera edición, 1945):

“Da quando si vollero introdurre anche nel campo penale i criteri metodologici propugnati da Kelsen per lo studio del diritto in genere e per i qualsivoglia considerazione naturalistica e finalistica deve essere bandita da una metodologia che voglia essere giuridica, si arrivo persino a negare l'importanza delle considerazioni psicologiche nello studio della volontà delittuosa, si che anche la volontà finì per uscirne formalizzata alla apri dell'antigiuridicità. La crisi che ne derivò dovèva per natura di cose portare al metodo naturalistico della considerazione unitaria del reato.”

(10) “En lo anterior está la diferencia entre el Derecho civil y el Derecho penal, realidad no distinguida, pero existente. Ella, por haber sido establecida *a priori*, se aleja de la verdadera realidad y se convierte en simple malabarismo mental; es imposible señalar sin previo análisis, qué actos emanan de individuos asociables y cuáles no. Al derecho penal lo dejaron en el verdadero terreno del derecho; al derecho civil se lo llevaron al campo de las abstracciones, hasta haberse llegado al extremo de crear “voluntades jurídicas”, como sucede en la lógica doctrina del derecho puro de Hans Kelsen, que jamás podrá tener aplicación en el derecho criminal.” (MANUEL RIVERA SILVA: *La esencia del Derecho Penal y las Escuelas Contemporáneas*. México, 1939.)

REVISTA DE LIBROS

BROWN, Edmund G.; MARTIN, Thomas W.; ROBINSON, Harold G. y BETTI, Ronal H. : «Crime in California».—109 páginas.

Bajo los auspicios del Departamento de Justicia del Estado de California, Sección de Derecho penal y Ejecución, y editado por el «Bureau of Criminal Statistics» de dicho Estado de la Unión, que se halla en conexión tanto con el Departamento expresado como con el de Correccionales y el denominado de Jurisdicción Juvenil («Youth Authority»); es publicación, referida a los datos, estadísticos sobre todo, obtenidos en el año 1955; constituye como el cuarto informe editado con el propósito de compendiar los antecedentes suministrados por los «Sheriffs» y las Oficinas de Policía, así como por los Fiscales de Distrito, estos últimos más explícitos en cuanto a la personalidad de los delincentes.

A la primera publicación de este tipo estadístico, patrocinada por el susodicho Departamento de Justicia californiano, y titulada «Crime in California, 1954», siguió el trabajo titulado «Delinquency and Probation in California» (asimismo referido a dicha anualidad), y «California Prisoners»; siendo en rigor una revisión de esas publicaciones la determinante, al desecharse de momento el propósito inicial de formar con todas ellas un Compendio («Digest»), de que se haya proseguido el sistema de «anuarios estadísticos», al que responde también el folleto que se reseña.

En él se atienden sus redactores, para establecer las apreciaciones derivadas de la evolución que se experimentó en el número de delitos más graves, a una proporción relacionada con la cifra de 100.000 habitantes, fijándose en primer lugar los casos «registrados» (con lo que se elude la estadística propiamente judicial) por los ya aludidos «Sheriffs» y Policía, constreñidos a los hechos calificados en la terminología angloamericana como de «felonies». En segundo lugar se determina el número de adultos detenidos bajo imputación de delitos de la categoría indicada; después, los casos en que recayó procesamiento, para concluir con un resumen de sentencias condenatorias o, dicho con más rigor literal, «declaratorias de responsabilidad», ya que, según las circunstancias personales del reo, se sustituyen frecuentemente las penas, en sentido estricto, por otras medidas correccionales o represivas.

Como datos dignos de destacar figuran, entre otros, el relativo al hurto de vehículos automóviles, en el que número de detenciones y procesamientos no responde al gran número a que incesantemente se asevera asciende la perpetración de tales actos, cometidos en su mayoría por menores de dieciocho años. En términos generales, y con relación a la anualidad precedente, se aprecia un 14,8 por 100 de disminución, durante 1945, en la expresada categoría de «felonies»; porcentaje calificado de muy similar a toda clase de delitos, con la

excepción de los de violación, que aumentaron en un 9 por 100, y el homicidio, que al parecer se mantuvo estacionario. En cuanto a las condenas, se aprecia un descenso del 3 por 100, si bien en California Meridional y en el Condado de los Angeles mantienen la misma proporción; llegando, por el contrario, a decrecer en un 46 por 100 los casos de reclusión en el Condado de San Francisco y sólo a un 5 por 100 en Sacramento Valley.

Con referencia a la precitada clase de penas, el sometimiento a régimen de prueba (con probation), la disminución registra un 17 por 100, y, contrastada con el género de delitos, también experimenta general decrecimiento en todo el Estado, salvo en los cansabidos casos de violación y otros delitos de índole sexual.

A propósito del tiempo que transcurre entre el conocimiento del delito y la resolución judicial, se establece en la publicación que nos ocupa un término medio de cuarenta días, ello en los supuestos de las tan citadas «felonies» (delitos de mayor entidad), y siempre que no se trate de conocimiento por tribunales pluripersonales, en que la media indicada asciende a sesenta y nueve, setenta y dos o setenta y ocho días, según intervenga o no el jurado.

Se cifran en proporción mínima (1,5 por 100) los casos de exención de responsabilidad por anomalías mentales, estribando en poco menos de la mitad el número de resoluciones que acogieron esa exención alegada.

Termina el folleto, aparte de otros resúmenes estadísticos sobre particularidades que exceden al ámbito de toda reseña, con una curiosa, aunque breve, clasificación de los delitos por razón de su mayor profusión u otro criterio de gravedad: «Wilful homicide» (asesinato), «Robbery» (atracos, robos y hurtos), «Aggravated Assault» (amenazas graves), «Auto Theft» (hurto de vehículos) y «Rape» (violación).

JOSÉ SÁNCHEZ OSÉS

FERNANDEZ MONTES, Marcial: «Estructuras de responsabilidad punible».—Agnilar.—Madrid, 1957.—228 páginas.

Saturada la bibliografía jurídicopenal de obras «técnicas» y «prácticas» o con pretensión de tales, ha sido llanto descuidado en los últimos tiempos, quizá por la posición antifilosófica de la dirección «técnico-jurídica» italiana, el tema de la filosofía, que, sin embargo, es cardinal en toda ciencia y, por ende, en la del Derecho penal digno de tal nombre. No deja de ser un siglo, bastante elocuente por cierto, que una nueva preocupación filosófica de lo penal venga a alumbrarse precisamente a la luz de postulados existencialistas de una u otra dirección. Así, los *Moderne Wege*, de Mezser, la copiosa literatura axiológica argentina de Cossio, Herrera, Figueroa, Imaz, y, en la ocasión presente, las «Estructuras de responsabilidad punible», de un fiscal español de las más agudas y sutiles dotes, hasta ahora inéditas: Marcial Fernández Montes. Su obra es filosófica y no de fácil filosofía declaratoria y vacua, sino de su especie más elevada, que pudiera denominarse Ontología de la responsabilidad, título que quizá rebujó por su resonancia pedantesca. Eso es, empero, ya que constituye una búsqueda acuciosa de esencias, intuídas y logradas—hasta el punto que pueden lograrse estas cosas—por el camino de lo existencial, *more orteguiano*, del raciovitalismo. Distinguiendo exquisitamente entre lo que sean la

responsabilidad y la punibilidad, tiene por base generadora de la primera la libertad decisoria, por lo que carece de sentido hablar de «circunstancias» que influyen en la responsabilidad, siendo así que su ámbito de acción se halla en la punibilidad. A este respecto refunde la complicada casuística de lo circunstancial en el Código a un esquema abstracto valorativo de la punibilidad del hombre responsable (pág. 213) que es la sola consecuencia técnica que se permite sacar del autor de su construcción filosófica. Siendo la misma operable en el hombre concreto, el Ticio, que es su magna preocupación, lo abstracto es algo secundario y como pegado a la acción de la justicia penal, «medio que el legislador ofrece para que cuando llegue la violación de la normalidad social se produzca justicia». (La cual, en lo penal, «se hace o produce sobre la responsabilidad de un hombre concreto y existente» (pág. 26). En otras palabras: lo que se propugna es la sustitución de una justicia abstracta y por ello deshumanizada; por otra, concreta y humana, en el sentido personalista y no en el sentimental del vocablo, naturalmente. Humanismo de la mejor ley, como lo es siempre el existencialismo en todas sus variedades, que sitúa como realidad insobornable el hombre.

A la perspectiva puramente humana con la que la filosofía existencial alemana y francesa se contenta y tan propicia, por tanto, para abocar en el anarquismo, Fernández Montes agrega la social propia de la «circunstancia» orteguiana, la única efectivamente capaz de servir en el campo del derecho por ser esta humana objetivada en el mundo. Por eso entran en juego, con la conducta del responsable, la del juez y, ya en un horizonte más brumoso y abstracto, la de la ley. Lo que sirve al autor para discurrir con atrayentes sugerencias por el terreno procesal, panorama que le permite discriminar en cada hombre que va a ser juzgado un binomio de «existencia-situación» y «vivencias-circunstancias» sumamente original y plétórico de posibilidades de todo orden.

Un obstáculo, tradicional ya en todas estas construcciones de tipo existencial y vitalista, es el del legalismo, que el autor trata de salvar con ciertas hábiles concesiones a la analogía (pág. 124) no por ello menos peligrosas, dado el sumo valor que en la actual coyuntura histórica representa. Esa minimización de la ley que rezuma a la largo de toda la obra, pero singularmente en el capítulo IV, *in fine*, es un postulado lógico de la posición del autor, pero no por eso menos arriesgado y susceptible de crítica, aun dentro del raciovitalismo, por existir sin duda valores que están más allá de la misma lógica, y uno de ellos es el de la legalidad de delitos y penas. Tema de suyo demasiado vasto para ser objeto de una mera nota bibliográfica.

ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS

GILES, F. T.: «El Derecho penal inglés y su procedimiento». Versión española anotada por Enrique Jordi.—Casa Editorial Bosch.—Barcelona, 1957.—290 páginas.

Comienza el autor afirmando que quizá pueda considerarse al Derecho inglés como «el mayor de los sistemas jurídicos que ha conocido la Humanidad, ya que tal vez iguala en importancia a su rival más peligroso: el Derecho romano».

Entiende que lo que afirma con relación al Derecho inglés considerado como un todo, puede aplicarse igualmente a una de sus ramas más importantes: el Derecho penal.

Las dos primeras partes del libro están principalmente dedicadas al procedimiento: En la primera se sigue, paso a paso, la causa seguida contra una persona supuesta, a la que domina Charles Black, desde la etapa inicial de su detención hasta las finales de condena y ejecución.

Black se había casado tres veces, pero las tres esposas, al mes de casadas, aparecieron ahogadas en la bañera después de haber otorgado testamento a favor de su marido.

En la segunda parte son objeto de estudio: la citación, el arresto, la práctica de la prueba, las penas, la condena condicional, la delincuencia infantil y juvenil, etc.

Se define el delito como «toda acción u omisión sancionada con una pena que únicamente el Soberano, en el ejercicio de su real prerrogativa, puede perdonar o indultar».

El estudio de los delitos de más frecuente comisión constituye el contenido de la tercera y última parte del trabajo.

Se estudian los siguientes delitos: contra las personas (asesinato, homicidio, tentativa de suicidio, infanticidio, aborto, ocultación de parto, malos tratos a los niños, lesiones, agresión y detención arbitraria), contra la propiedad (hurto, defraudación y daños), delitos contra el Estado, delitos sexuales y delitos cometidos con vehículos de motor.

Algunos de los indicados delitos son definidos; así, por ejemplo, el asesinato consiste «en matar ilícitamente a una criatura racional, viviente, que se halla bajo la paz de la Reina, con malicia premeditada»; el homicidio, «en matar ilícitamente a otra persona»; el delito de falsificación se define como «la redacción de un documento falso para ser utilizado como auténtico y, en el caso de sellos y timbres, como la simulación de los mismos», etc.

Se dedica una especial atención a los delitos cometidos mediante la utilización de vehículos de motor, materia regulada en gran número de Leyes, Reglamentos, Ordenanzas, Sentencias judiciales y por el Código de la carretera.

Los principales delitos castigados son los siguientes:

Conducción peligrosa.—Consiste en conducir un vehículo de motor, negligentemente, a una velocidad o de un modo que resulte peligroso al público, consideradas todas las circunstancias del caso, tales como la clase de carretera y el grado de intensidad que haya alcanzado el tráfico en aquel momento.

Falta de cuidado y atención.—Será culpable de este delito el que conduce un vehículo de motor por la carretera sin la debida atención y cuidado y sin tener la razonable consideración hacia los otros usuarios de aquélla.

Exceso de velocidad.—Consiste en conducir un vehículo de motor a una velocidad superior al límite fijado por cualquier disposición.

Bebidas o drogas.—Comete este delito toda persona que conduciendo, intentando conducir o teniendo a su cargo un vehículo de motor por una carretera u otro lugar público se halle bajo el influjo de la bebida o de una droga al extremo de ser incapaz de mantenerse bajo su control.

Conducir sin la autorización del dueño.—En este delito incurre toda per-

sona que utiliza y conduce un vehículo de motor sin el consentimiento de su dueño o sin contar con una legítima autorización.

También es constitutivo de delito el hecho de conducir un vehículo de motor sin estar asegurado contra los riesgos que pueda sufrir un tercero.

Para la persecución de estos delitos, en la mayoría de los casos, se sigue un procedimiento surrario, y tanto la condena como la inhabilitación para conducir se anotan en la licencia de conducción.

Como se desprende de lo indicado, se trata de un manual de gran interés para todo aquel que quiera adquirir un conocimiento del Derecho penal inglés, tanto en su aspecto sustantivo como en el adjetivo o procesal.

CÉSAR CAMARGO HERNÁNDEZ

JESCHECK, Hans-Heinrich: «Das Menschenbild unserer Zeit und die strafrechtsreform».—Col. «Recht und Staat». Cuaderno 198/199.— J. C. B. Mohr.—Tübinga, 1957.—40 páginas.

Reproducción ampliada de una conferencia pronunciada por el autor en ocasión del *Dies Universitatis* de Friburgo, en 12 de diciembre de 1956, el presente opúsculo del profesor Jescheck se ocupa de una deseable coordinación de los postulados filosóficos y políticos propios del hombre de hoy—el de la trasguerra alemana—con las exigencias de la técnica juridicopenal. En su armónica conjugación ha de radicar el éxito de la reforma del Código penal en curso, reforma que tiene por necesaria, contra ciertos sectores de opinión que lo niegan o dudan, precisamente por el cambio del cuadro de valores y concepciones del hombre que se ha operado en el mundo y más concretamente en Alemania. De una sociedad liberal se ha pasado a otra industrial y de masas tras del paréntesis de horrores sufrido en la época nacionalsocialista. Hoy ha de tenerse en cuenta, por encima de todo, aun de los prejuicios de la técnica y los propósitos utilitaristas, la prevalencia de valores humanos que son la razón de ser de nuestra cultura y no encerrarse en los angostos cauces de un formalismo jurídico, debiendo dar paso a las realidades aportadas por las disciplinas no estrictamente jurídicas, sin lo cual el especialista del Derecho sería una «biera pobre cosa», en frase de Lutero. La tónica del artículo es de defensa de las esencias culturales y espirituales, razón por la cual han de ser proscritas instituciones que sin duda serían útiles, como la castración de delinquentes sexuales y aun la propia pena de muerte. Por lo mismo han de ser mantenidas infracciones que, como el homosexualismo, el adulterio y el aborto, responden a concepciones firmemente arraigadas en la escala de valores vigente aun en nuestro estadio cultural. Y ya dentro de la técnica juridicopenal, el mantenimiento de firmes límites en la previsión de las penas, pese a que teóricamente fuese preferible una indeterminación en su cuantía. El Derecho penal de nuestro tiempo tiene por misión no solamente la de proteger determinados bienes, sino la de ser expresión de un estado de cultura que se haga patente a todos los ciudadanos, puesto que, en definitiva, el delito no es únicamente la producción de un daño, constituyendo asimismo la infracción de un deber.

Saliendo al paso a ciertas preterisiones modernas o sedicentes, Jescheck,

pese a su simpatía por la defensa social, hace ver cómo el fin del Derecho penal no puede ser, al menos en primer término, la «curación» de un pretendido «enfermo», sino la «realización de una exigencia de justicia». Derecho y medicina son y han de seguir siendo cosas perfectamente distintas, eso sin contar con que en no pocas ocasiones el reo ninguna precisión tiene de ser «curado». No quiere decir esto, para el autor, que haya que desentenderse de las enseñanzas procuradas por las ciencias naturalistas, antropológicas, psicológicas y sociológicas, que por cierto llegan actualmente a conclusiones muy diversas de las propugnadas en los días del positivismo italiano y lisztiano. Hace a este propósito un sucinto recorrido a través de las corrientes científicas más en boga para mostrar cómo se propugna en ellas el doble dogma de la culpabilidad personal y de la libertad humana, valores predominantes en el Derecho penal naciente. Pasa luego a examinar el reflejo que tales tendencias han tenido en el seno de la Gran Comisión de reforma del Código penal alemán—de la que es miembro destacado el propio Jescheck—, concluyendo su interesante trabajo con una valiente reivindicación de las esencias retribucionistas de la pena, cuya raíz encuentra en las enseñanzas religiosas y aun evangélicas, notablemente en San Mateo, 16,27.

A. Q. R.

MANNHEIM, Hermann; WILKINS, Leslie T.: «Prediction methods in relation to Borstal training».—Her Majesty's Stat. Office. Londres, 1955.—276 páginas.

Las Instituciones Borstal, creadas en 1908 en la ciudad inglesa de donde tomaron el nombre (cerca de Rochester, en Kent), constituyen la más típica variedad de reformatorio juvenil en el Reino Unido. Regidas por el sistema penitenciario con todas sus consecuencias, vienen a constituir algo así como el terreno medio o punto de enlace entre las «escuelas correccionales» y los establecimientos penitenciarios propiamente dichos, por lo que sirven a la vez de experiencia en el tratamiento juvenil y el de adultos, altamente fructífero sobre todo desde el punto de vista de la experimentación. Comprende internados de decisés a veintidós años de edad, sometidos a un régimen muy estricto de educación moral y profesional en vista a su readaptación social. Su complemento y a la vez *culmen* del sistema es la liberación condicional bajo la vigilancia de patronatos que la ejercitan mediante Comisarios o *Commissioners*, en continuo contacto con los liberados.

Las diversas etapas por las que transcurre la vida de los individuos sometidos al régimen Borstal hace de estas instituciones un campo ideal de investigaciones, por lo que no es de extrañar la rica bibliografía que en el casi medio siglo de existencia llevan suscitada en todo el mundo.

El libro presente, compuesto en colaboración con un criminólogo—el profesor Mannerheim—y un estadístico—Leslie T. Wilkins—, se propone un objetivo mucho más ambicioso que el de mera información: el de un pronóstico criminológico al modo de los llevados a cabo por los esposos Glueck en los Estados Unidos y por Exner en Alemania. Pronóstico cuya base ha de ser la estadística, que procurando datos del pasado sienta principios de probabilidad

para el porvenir, no exentos de fallos, sin duda, pues no se trata de profecías milagrosas.

El material examinado comprende 700 jóvenes sentenciados a internamiento en Borstal durante un año—1 de agosto de 1946 a igual fecha de 1947—, en base a las fichas de los establecimientos, de las formadas por las instituciones de patronato y de las investigaciones policíacas, éstas en casos de reincidencia.

El máximo interés de la obra es el detalle con que se exponen los procedimientos estadísticos, seguidos con multitud de cuadros, tablas y gráficos sobre los más variados aspectos de la personalidad del sujeto examinado, que a fuerza de sutileza llegan a extremos de complejidad algebraica.

A. Q. R.

PEREDA, S. I., P. Julián: «El iter criminis en Covarrubias».—Bilbao, 1957.—*Separata de «Estudios de Deusto».*—Vol. 5, 9, págs. 291-319.

Por ningún estudioso del Derecho es desconocido el interés que presenta el conocimiento de los clásicos, aun los más remotos, de las respectivas disciplinas. Como no lo es menos, por desgracia, la dificultad inmensa que ello entraña por muy diversas razones: la principal de todas por la ausencia de material directo, casi siempre encerrado bajo siete llaves en ediciones raras, de incómodo acceso para la generalidad de los lectores. Son escasísimas las modernas, bilingües o simplemente traducidas, al haberse interrumpido la serie de «Clásicos Jurídicos» que emprendiera hace ya casi medio siglo la Editorial Reus, a la que debemos la edición completa del *Tratado de las Leyes*, de Suárez, y la incompleta del de *Justicia y Derecho*, de D. Sotó; también quedó en conato, aunque bastante avanzado, el de la obra de Molina, bajo los auspicios de la Universidad de Madrid. Grande es la labor llevada a cabo en este terreno, pero sólo en algunas especialidades, la del Derecho internacional sobre todo, por la benemérita Asociación «F. de Vitoria», secundada por los Dominicos salmanticenses. En el del Derecho penal, sin embargo, queda prácticamente todo por hacer, sin contarse otra realización que la publicación bilingüe de *De potestate legis poenalis*, de Alfonso de Castro, patrocinada por la Universidad de Murcia. Cierta es que las dificultades que en esta materia se ofrecen son mucho mayores que en ninguna otra, pues, aparte de la obra del zamorano a que se acaba de aludir, la Escolástica hispana no presenta otra de igual o parecida talla que merezca en verdad los honores de la reimpression. Y es que la temática del Derecho penal, abundantísima y a veces de muy subido valor en los tratados generales de teología moral y jurisprudencia, no formó cuerpo en nuestro país (como en Italia y Alemania) hasta tiempos mucho más modernos. De ahí que la tarea de reeditar a nuestros «clásicos de Derecho penal» sea de reconstrucción más que de reproducción, entresacando de aquí y de allá trozos referentes a la especialidad, dándoles cuerpo de un modo forzosamente artificioso, lo más sistemático posible. A nadie se oculta lo arduo de semejante labor, que requiere dotes de erudición y paciencia infinitas, además de un pleno conocimiento de las peculiaridades de la ciencia

antigua y moderna. Parece ser que, a pesar de todo, en auténtico sacrificio en aras de la ciencia penal española, alguien se ha decidido a la titánica empresa. Y ese alguien es quien seguramente tiene mejores títulos para ello: el P. Julián Pereda, de la Universidad de Deusto.

La empresa ha comenzado o está a punto de comenzar, como todas las valientes, por la obra que quizá ofrece mayores esfuerzos: la de Diego Covarrubias, cuyo valor corre parejas con la dispersión de doctrina, entreverada la específicamente penal con otras ajenas en un auténtico rompecabezas que sólo la habilidad, ciencia y tesón del P. Pereda será capaz de revivir. Prenda segura de ello es el «capítulo» *El iter criminis, tentativa*, que impecablemente traducido sale ahora a la estampa como uno de los más sugestivos del lo que ha de ser, sin duda, Parte general del Tratado de Derecho criminal covarrubiano. Le precede, y es de esperar y desear que así sea siempre, un preámbulo del traductor en que se sitúa la doctrina del autor en el marco de la ideología científica actual, ya que de otro modo los textos escuetos perderían gran parte de su significación para el lector medio, poco versado en los recovecos y arcanos de la vieja dialéctica. No se trata, pues de una mera traducción, sino de una «puesta al día» de Covarrubias, empeño que al ser logrado dará sin duda nuevas ocasiones de gloria al prelado toledano y al padre jesuita de Deusto que ha de servirle de mejor en su nuevo caminar por las rutas de la ciencia moderna. Bien merecida es para ambos, cumpliéndose con ello un deseo y hasta una necesidad en la bibliografía española; ambos serían colmados, ciertamente, a poderse publicar los textos en edición bilingüe, al modo de los de la «Biblioteca de Autores Cristianos», en la que, hasta ahora, parecen incomprensiblemente desterrados los jurídicos. Pero ello es, al fin y al cabo, una exigencia de mero lujo, pudiéndonos dar por muy satisfechos y agradecidos con que se nos suministren las traducciones, sobre todo cuando son avaladas por el prestigio personal del P. Pereda y el institucional de la Universidad de Deusto.

A. O. R.

ROCCO SESSO; «Saggio in tema di reato plurisoggettivo».—Ed. Giuffré.—Milano, 1955.

Tras unas primeras palabras, en las que delimita el objeto del presente estudio, se adentra el autor en la problemática conceptual del delito plurisujetivo.

Al objeto de perfilar su posición expone la tesis de Petrocelli (*Principi di Diritto penale*, vol. I, Jovene, Napoli, 1949, 232-234) con la corrección que de ella hizo Pisapia («Unità e pluralità di soggetti attivi nella struttura del reato», in *Riv. Italiana de Diritto Penale*, Giuffré, Milano, 1952, núm. 6, pág. 739), para después hacer una crítica detenida de ambas, constantemente iluminado por el pensamiento de Grisogni. No acepta—siendo consecuente con el concepto de delito plurisujetivo que formula—las limitaciones que acerca del mismo hace l'ammain (*Manuale di Diritto penale*, I. P. Ger. II, ed. Utet, Torino, 1950, pág. 618) al versar sobre la conductas que proceden del sujeto pasivo del delito. Para el autor se trata, en verdad, de «conductas necesarias» a la sustantividad del delito. En suma, apunta Rocco Sesso, para individualizar

el tipo de delito plurisujetivo: «... é sufficiente l'indagine sulla struttura della fattispecie legale oggettiva». Es éste, en realidad, el eje sobre el que gira el concepto de delito plurisujetivo y también lo que le vincula con Crispigni. Para ser sujetos de esta figura delictiva, continúa Rocco (Sesso, es suficiente que sean «soggetti attivi del fatto», sin que sea necesario que lo sean del «reato» o no sean «soggetti passivi del reato».

La segunda parte de su obra, con una sistemática digna de alabanza, es un original y bien construido estudio acerca de la «Violenza e minaccia in relazione al reato plurisoggettivo». Distingue según que las violencias y amenazas tengan por objeto los «coagenti» o personas que no participen de esta cualidad: (Recuerde la distinción que llevó a cabo Crispigni entre «coagenti» y «coautorii».) Estudia a seguido aquellos casos en los que la fuerza de la violencia y de la amenaza excluyen la configuración, equiparando la violencia física indirecta a la amenaza.

Es digna de tenerse en cuenta la influencia decisiva que sobre esta obra ha tenido Crispigni, hasta el extremo de que en el primer capítulo el autor hace una remisión en bloque a las obras y puntos de vista del malogrado profesor. La obra, por este motivo, adquiere un vivo matiz polémico en torno a los contradictores del concepto de delito plurisujetivo que nos legó Crispigni. La última parte, elaborada de modo casuístico y la vista de diversas entidades punitivas, es sumamente sugestiva y plagada de interesante problemática.

MANUEL COBO DEL ROSAL

Profesor Ayudante de la Cátedra de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid

RADZINOWICZ, León: «A history of english criminal law and its administration from 1750» (Una historia del Derecho penal inglés y de su aplicación a partir de 1750).—Londres, Stevens & Sons Limited, 1956.—2 vols.—£ 4,4 s. cada volumen.

En el precedente fascículo del ANUARIO dedicábamos parte principal de un artículo sobre «La abolición de la pena de muerte (tomo X, fasc. I, págs. 121 y sigs.) al primer volumen de esta obra de León Radzinowicz, por cuanto en dicho libro se destacaban, con minuciosidad y profusión de citas documentales, cuestiones relativas a la ejecución de la pena capital, siempre dignas de consideración y más en estos tiempos que parecen registrar un movimiento general hacia la abolición de la misma.

Como también indicábamos en aquel trabajo no era sólo el expresado, con ser muy digno de consideración, el único tema de esa parte primera de la obra del director del Departamento de Ciencia Criminal de la Universidad de Cambridge, puesto que abarcaba un estudio del movimiento judicial hacia la reforma del Derecho (y del régimen) penal en Inglaterra; era, en suma, un metódico trabajo de investigación acerca de los jalones más interesantes de una «gran evolución social».

Ahora el volumen segundo siquiera pueda parecer menos «anecdótico», precisamente por abordar el aspecto de la aplicación del Derecho penal inglés

positivo durante los siglos XVIII y XIX, contiene, con no menor minuciosidad, centenares de datos tomados de documentos, edictos, requisitorias y hasta de anuncios y ofertas de recompensas para recobrar objetos sustraídos o robados, o la aprehensión de los culpables, a través de los cuales se puede esbozar, cuando menos, una idiosincrasia curiosa respecto a un sistema que, en las épocas indicadas, prevalecía en la mentalidad general inglesa como el más adecuado para el logro del mantenimiento de la paz pública y sometimiento de los delincuentes a la acción de la justicia; sistema calificado por Radzinowicz como «ingenioso, aunque intrincado», inspirado en el criterio del «laissez-faire» y hasta cierto punto desenvuelto gracias a la iniciativa particular; método, en definitiva, muy peculiar a la vida e ideario ingleses de entorces y caracterizado por su incentivo a los estímulos frecuentes en la Humanidad, ya honesta o malhechora.

Entre las 634 páginas que comprende el volumen segundo, distribuidas en cuatro partes y diez apéndices, amén de la bibliografía (78 nutridas páginas), listas de casos y de Estatutos, más el consabido índice alfabético de materias, después de una Introducción, de la que es digno de constatar un capítulo 4.º dedicado al «Control de los inestables y elementos peligrosos de la sociedad», por cuanto dicho capítulo recoge antecedentes expresivos de que desde 1748 ya hubo propósito de acabar con los que hoy denominamos «vagos y maleantes» («A Proposal for Relief and Punishment of Vagrants, Particularly Such as frequent the Streets and Public Places of Resort, Within this Kingdom»), en la parte primera, que versa sobre la «Impunidad de los cómplices», «Recompensas legales», de las «Recompensas públicas mediante anuncios», «Recompensas ofrecidas por particulares como estratagema» y sobre «Otros incentivos o amenazas», se recogió un acervo de datos históricos que evidencian profusión de medios orientados a estimular el interés privado en ayuda de la Justicia.

La segunda parte, dedicada a la «Fuerza civil», ofrece detalles sobre número y distribución de la Policía «metropolitana», acerca también de los denominados «Centros clásicos de control», «Centros de Policía Regular», y, bajo el epígrafe de «Policía incidental», describe el origen, dirección, mantenimiento, organización, fines e inconvenientes de unidades de dicha clase de fuerzas, formadas por motivos circunstanciales, después de haber ofrecido al lector, en los capítulos precedentes de la misma parte, análoga e interesante descripción, por ejemplo, del origen de la formación, con sus características modernas de las auténticas fuerzas de Policía; cómo una Ley de 1792 estableció siete Oficinas de Policía, número que fué aumentado por otra Ley de 1800 al crear la Oficina de Policía del Támesis, además de otro organismo similar que databa de tiempos anteriores a los mencionados; cómo la primera de esas leyes mencionadas instituyó 21 «Magistrados» (tres al cargo de cada de las siete nuevas oficinas que creaba) y la segunda tres más, de modo que al final del siglo XVIII había 27 «Magistrados estipendiarios» en la Metrópoli Británica. Esos cargos, no regulados en su provisión por norma determinada, a partir del momento en que Mr. Sidmouth estuvo al frente de la «Home Secretary», fueron de hecho ocupados por abogados que llevaban, cuando menos, tres años de ejercicio; no se hallaban autorizados a percibir emolumentos

de índole extraordinaria, si bien, en un principio tuvieron asignados haberes de hasta 400 libras anuales, cifra que se aumentó a 500 libras en 1802 y llegó a 800 en 1825, recibiendo pensión a raíz de su retiro, que se hizo extensiva a sus familiares a partir de 1818.

La jurisdicción de cada una de esas Oficinas (nos abstenemos de calificarlas de «Comisarias», dado el carácter técnico-judicial de quienes las regían) se extendió a través de toda la Metrópoli, con excepción de la «City» londinense, abarcando desde 1821 a los Condados de Essex y Kent. Cada magistrado formada parte de la Junta de Paz de los Condados de Middlesex o Surrey, hallándose facultado para librar «mandamientos» con efecto en cualquiera de los cuatro Condados que acaban de expresarse, si fin, a fin de no sobrecargar su respectivo cometido, su jurisdicción se dividió en distritos que, a su vez, abarcaban cierto número «parroquias» («Parishes») agrupadas a cada una de las Oficinas en un principio indicadas.

Como una de las sedes de la Administración de la justicia, la Oficina de Policía del Támesis guardaba gran parecido con las restantes, empero se diferenciaba de las mismas por su especial estructura y funciones peculiares de sus agentes; así como la Oficina de Bow Street adquirió una hegemonía sobre las restantes, de la que, según su autor, quedan reminiscencias en los tiempos actuales tras la creación de la Nueva Policía Metropolitana.

La parte tercera del volumen segundo puede decirse que está dedicada a recoger antecedentes de los defectos de organización y régimen policiales de aquella época en Inglaterra. Así lo revelan los títulos de algunos de sus capítulos: «Especulaciones con los Servicios de Policía», «Colusiones delictivas», «Distribución del botín». Como prueba de esas corruptelas, y a propósito de la aplicación de la «Vagrant Act de 1744», manifiesta en su libro Radzinowicz que dicha Ley establecía una recompensa por la detención de un mendigo y su presentación ante un funcionario del orden judicial, lo que, añade, determinó que ciertas individuos adoptasen la búsqueda de mendigos como profesión, mencionando incluso el caso de un tal John Conway dedicado a tal tarea en el distrito de Hornsey allá por 1820, con abandono de su precedente oficio de eritador.

La parte cuarta y última del volumen segundo comienza recogiendo datos sobre los motivos determinantes de la revisión del sistema, entre los que figuran una «Moción para la implantación de una Policía del río Támesis», basada en los numerosos casos de receptación de mercaderías procedentes de los barcos surtos en aquella vía fluvial, así como la creación de una fuerza policial «preventiva», merced a la iniciativa de los mercaderes de las Indias Occidentales; el hecho de que la creación de la ya citada Oficina de Policía del Támesis (Estatuto de 1800) con la adscripción, para su regencia, de tres magistrados, y con la inclusión entre sus proyectos de uno del siguiente tenor: «Las personas sospechosas y ladrones conocidos que frecuenten el río, sus muelles, almacenes y calles adyacentes con propósito de penetrar «felony» podrán ser aprehendidos por cualquier agente o vigilante y llevados ante uno de los magistrados. Si resultase, de juramento prestado por uno o más testigos dignos de crédito, que dicha persona era de mala fama o ladrón notorio, incapaz de dar cuenta satisfactoria de sí mismo... y acerca de su modo vivir, y si uno de los

magistrados se hallase convencido de que había fundamento suficiente para apreciar que tal persona se hallaba en el río con el indicado propósito, será considerado como un malhechor y vagabundo a los efectos de la Vagrant Act.» León Radzinowicz, con tales antecedentes, llega a la conclusión de este su segundo volumen, con un capítulo 14 dedicado a «Los primeros pasos hacia el control gubernamental», control que se efectúa sobre las unidades denominadas «Foot and Horse Patrols», creadas para la «prevención de las 'felonies' y la detención de delincuentes durante el día» y para patrullar las salidas de Londres «hasta una distancia de cinco millas».

* * *

Formada ya una policía general de Inglaterra, como acaba de consignarse, ello tiene lugar cuando todavía en el país la mayoría de la población era, al parecer, poco propicia a la implantación de tal sistema; de ahí las contrariedades con que hubo de tropezar la institución hasta su definitivo afinamiento y organización actual. Temas éstos que son idéntica prolíja base documental nos expone Radzinowicz en el tercer volumen de su *Historia del Derecho Penal inglés*.

Otro libro de 688 páginas divididas en seis partes con su «Introducción» también y ocho apéndices. Se comienza destacando esa pública prevención de entonces hacia el desarrollo policial, y ello con el siguiente párrafo: «Dieciocho años después de la muerte de John Fielding (el primer organizador inglés de la Policía) y tres años después de la publicación, por Patrick Colquhoun, del *Treatise on the Police of the Metropolis*, se designó una Comisión para investigar, entre otros particulares, acerca del estado de la Policía. Mas aún entonces la palabra sugería ideas de terror y de opresión, percatándose de ello el aludido al expresarse así: La Policía ha de adaptarse siempre a la índole del Gobierno y Constitución del país en que ha desenvolverse. La Policía de un gobierno arbitrario difiere de la de una república, y una Policía adecuada en Inglaterra ha de distinguirse de ambas, por cuanto siempre ha de adaptarse a la justa noción de libertad del súbdito, al igual que a la Constitución y leyes de este Reino».

El primer capítulo de la parte primera se ocupa de los «paladines de la reforma policial», uno de ellos el ya citado John Fielding; de sus propuestas para lograr la reducción de la delincuencia con métodos preventivos, entre los que se reseñan los encaminados a la regulación de los lugares de vicio y esparramiento e incluso arremetiendo contra las publicaciones obscenas de las que aquél aseguraba «corrompían nuestras costumbres y nuestros gustos», y contra las representaciones escénicas en las que de modo más o menos directo se hacía la apología del delito y la vida en los bajos fondos. Regístrase igualmente el nombre de un hermano del anterior, Henry Fielding, como otro promotor de la organización inglesa de la lucha contra el delito. También éste atendió con preferencia el aspecto preventivo: delincuentes en potencia, vagabundos, malhechores, asureros, receptadores, etc. Dicho reformador, Juez de Paz en Westminster hacia el 1748, llevó más lejos sus designios, procurando difundir entre el público los métodos de defenderse contra determinados delitos, propugnando la creación de un registro de criminales, a cuyo fin publicó anun-

cios invitando a los conciudadanos a asistir a ciertas sesiones de su Juzgado para que fuesen conociendo a los delincuentes profesionales detenidos.

En el orden legislativo, todavía dentro de la parte primera de la obra (capítulo 3.º), se aborda el tema de las investigaciones parlamentarias sobre el estado de la Policía Metropolitana, datando de 1750, 1770 y 1772 la designación de las tres primeras Comisiones con el fin indicado. El de las «Medidas para asegurar la justicia preventiva», mediante el «control de los prestamistas», que por paradójico que pueda parecer fué medida bien acogida por éstos, a pesar de que la misma dispuso, de modo drástico, hasta la fijación de un tope para su margen de ganancias, aparte de prescribirse también la apertura por aquellos mercaderes de libros en los que habrían de anotar minuciosamente las características de los bienes que aceptar, a título de prenda. Otro método preventivo estribó en el castigo de los receptadores, que podrían ser declarados como tales, reos de «misdemeanour», aunque el culpable principal no hubiese sido declarado previamente reo de «felony», criterio que fué repetidamente sustentado en Estatutos promulgados entre 1755 y 1785. Aparte de las medidas entre los vabundos, contra las que ya se ha hecho precedente alusión, entre las de «profilaxis social» se registran por Radzinowicz la Ley de 1751 facultando a la Corona para la imposición de un gravamen sobre la consumición de bebidas espirituosas, figurando entre los preceptos de tal norma el que proclamaba que «la consumición inmoderada de tales bebidas había experimentado gran incremento durante los últimos años entre personas pertenecientes a las clases baja y media y ello con gran detrimento para la salud y la moral de la comunidad. Otra Ley de 1752 se promulgó para la prevención de hurtos y latrocinios, así como la regulación de los lugares de distracción pública y para el castigo de personas encargadas de la custodia de casas de mala nota», creyéndose combatir con tales disposiciones, en términos generales, «el hábito de ociosidad que se extendía por todo el Reino y su secuela de infracciones y hechos igualmente perniciosos».

Aunque menos ambiciosas que las presentes, otras Leyes de 1751 y 1753, también relativas a la restricción de las casas de bebidas, fueron, según el testimonio de Lecky (*History of England in the Eighteenth Century*, 1892), mucho más efectivas que aquéllas, mediante la prohibición de que las destilerías vendiesen las bebidas espirituosas a personas o entidades no autorizadas al efecto, prohibición extensiva a los abaceros y detallistas. La Ley de 1752 estableció el registro y autorización previa para el funcionamiento legal de «bailes, centros musicales y otros lugares de diversión», quedando a la discreción judicial el otorgamiento de tales autoridades.

Nárranse a continuación las consecuencias que, en orden a la reforma policial, trajeron los desmanes que caracterizaron los denominados motines «Gordon», por los que en junio de 1780 estuvo Londres a merced de las hordas y, ante la absoluta ineptitud de las fuerzas de Policía civil, el Monarca hubo de recurrir, para el mantenimiento del orden público, previa audiencia de su Consejo privado, al ejército, proclamando la ley marcial. Como recoge Redzinowicz, «la añoranza de aquellos dichosos días que se disfrutaba de absoluta seguridad sin precisión de centinelas», tras diversos esfuerzos oficiales o de particulares de notoria solvencia, entre los que se destaca a Sir William Jones

(*Legal Mode of Suppressing Riots*, publicado en 1780 y reeditado en 1819), hicieron que, después de una etapa de confusión entre los diferentes grupos que detentaban esos criterios, a veces divergentes, respecto al mantenimiento de la paz pública y seguridad ciudadana, del propio Gobierno partiese la iniciativa de abordar la formación de una fuerza de policía eficaz a tales fines, labor que se reforzó con otras disposiciones como las que facultaban más ampliamente a jueces y autoridades para la investigación, detención y control, sin perjuicio de las libertades individuales.

Subrayando que aquel intento reformista no logró cristalizar tan pronto como se esperaba, y cual ocurrió, por el contrario, con la reforma judicial, termina la parte segunda de la obra que habían comenzado con la referencia a la reacción contra los «Gordon Riots»; y la tercera parte es a modo de una digresión sobre el desarrollo de un «Movimiento para la reforma de las costumbres».

En un incisivo folleto publicado en 1797, John Bowdler, cofundador de la «Church Building Society», proponiéndose evidenciar la inmoralidad e irreligión a su juicio existente en el país, exclamó: «No estamos reformados, y una reforma radical nos ha de sentar muy bien, devolviéndonos la paz y la felicidad.» Añade Radzinowicz que esa «reforma» no era la del Parlamento ni entrañaba ninguna alteración del sistema de gobierno; era simplemente una «reforma total de principios y prácticas entre todas las clases sociales a través de todo el Reino», reforma que atañía a la vida privada y a las convicciones religiosas. Y no fué el publicista citado el único en denunciar esos males, puesto que Hannah More, en 1795, en que el precio del trigo era 75 cheelines el cuarto de quintal, se dirigió, sobre todo a las clases medias acomodadas, incitando a las buenas costumbres (*The Way to Plenty: «El Camino de la Abundancia»*). Otros, sin embargo, más cercanos a la realidad, pusieron de relieve como verdaderas causas de la relajación social en el influjo logrado por ciertos temperamentos en quienes es innata la impaciente, falsa y desmedida ambición por ciertas ventajas («Sermont on Discontent», en *Works of William Paley*, 1825, pág. 410 y sgs.). Pero, en fin, parece ser que el paso más eficaz hacia las mejoras de las costumbres fué principalmente debido a William Wilberforce, quien, desde comienzos de 1787, considerando los beneficiosos efectos logrados, aunque parcialmente, por asociaciones particulares voluntarias para la disminución de la blasfemia, indecencias y otros actos licenciosos, logró del Consejo Privado del Monarca que éste llegase una Proclama de la que, a su vez, se produjo una circular para los altos «Sheriffs», dimanante del Secretario de Estado, acuciando a las autoridades y a los magistrados para que «desplegasen mayor asiduidad en la ejecución de las leyes».

Mas en el terreno de las realidades todavía, y con ello abordamos el contenido de la parte cuarta de la obra, Patrick Colquhoun, magistrado y filántropo, promovió encuestas para investigar las causas y características de la criminalidad existente en sus días (1745-1820), preocupándose de toda índole de factores influyentes en aquella, cual lo revela su trabajo sobre «The State of Indigence», aunque su obra principal, en el ámbito a que particularmente hace referencia el libro de Radzinowicz, fué un Tratado «on the Police of the Metropolis, Explaining the Various Crimes and Misdemeanours Which at Pre-

sent are Felt as a Pressure upon the Community; and Suggesting Remedies for their Prevention» (1795).

También defendió Colquhoun la creación del Ministerio Público o Fiscal, la designación de «Magistrados estipendiarios», como «necesaria para promover la ejecución de la Ley, la protección de la propiedad en general y la seguridad de los individuos, ya que dichos funcionarios, por sus elevadas cualidades, convendría dedicasen toda su actividad a sus deberes judiciales, robusteciendo su idoneidad para juzgar a los delincuentes, y su utilidad en los casos de sumisión a Tribunales superiores»; empero no era partidario dicho reformador de que los magistrados ostentasen jefaturas policiales a las que, por el contrario, debía reservarse la posible distribución de recompensas al estimar que esta misión iría en detrimento de la dignidad de aquellos cargos.

Sustentador del parecer de que las leyes penales más previsoras y los reglamentos más vigoros en cuanto al sometimiento de los culpables a la acción de la justicia serían letras muerta mientras continuasen indemnes las fuentes de la «indigencia culpable» y los medios por los que «la delincuencia se nutre y es auxiliada», propuso se moviese una policía vigilante asistida por un sistema de restricciones de vigilancia, en suma, de las casas de bebidas, lugares de diversión hospedajes, sobre ciertas actividades mercantiles que no eran, a su entender, más que «medios de intensificar y ocultar la delincuencia», y de las que dejó una lista comprensiva de hasta 17 actividades de ese género, entre las que descuellan varias caracterizadas por la «compra de objetos de segunda mano de índole diversa: papeles usados, chatarra, derribos de edificios, transportistas, postores fijos en subastas, particularmente de objetos pignorados, etcétera».

Convencido asimismo Colquhoun de que su número, carencia de educación básica y escasa instrucción profesional contribuían sin duda a aumentar en gran proporción la cantidad de receptadores, monederos falsos y cómplices, también propuso ciertas medidas contra los judíos y gitanos, distinguiendo, entre los primeros, los que eran de procedencia «portuguesa» y los originarios de los Países Bajos y de Alemania, reservando para los primeros un trato más favorable y, respecto a los gitanos, era rotundamente partidario de que se les obligase a fijar residencia y a ocupar a los menores de tal raza como aprendices para que así «fuesen paulatinamente absorbidos en la vida racional».

Respecto a los servicios domésticos, desarrollando ideas de otros anteriores, como William Davis (*Hints to Philanthropists*), demostró la conveniencia de que se estableciese un registro policial de los mismos, que creyó incluso necesario pensando en los parados y sin empleo, cuyo registro permitiría su constante vigilancia y hasta su sanción por mala conducta e incumplimiento de sus contratos, concluyendo a este respecto en sentido de que debían hacerseles extensivas las penalidades previstas para las asociaciones ilícitas y coligaciones de obreros.

Tras registrarse en la parte quinta de la obra de Radzinowicz la esterilidad de los empeños nuevamente sentidos a comienzos del siglo XIX por la reforma o definitiva organización sería de la Policía, todo ello promovido por el horror público ante siete asesinatos perpetrados durante corto tiempo en el East End londinense, se concluye en la parte sexta con una dedicatoria a los

criterios utilitarios sobre el problema de orden público y de la delincuencia; se recogen las aportaciones de Blackstone, Adam Smith y William Paley, las de César Beccaria y de Guillermo de Humboldt en el Continente para concluir con una somera referencia a Bentham. Este, reputado posteriormente por los Webbs como un ecléctico entre las modernas posiciones individualistas y socialistas, colaborador de Colquhoun en la redacción del anteproyecto de ley «para prevenir las depredaciones en el río Támesis» (Redz., vol. 2.º, págs. 385; vol. 3.º, páginas 227 y 432 a 447) en el último cuarto del siglo XVIII, bosquejó el ámbito de la función policial y su asignación como pieza de la maquinaria judicial, y ello en tres de sus publicaciones: *Rationale of Punishment*, escrita en 1775 y publicada por vez primera por Dumont en francés (1802 y 1811); *Introduction the Principles of Morals and Legislation*, concluida prácticamente en 1780 y publicada en 1789, y en el ensayo *A General View of a Complete Code of Laws*, en el que dió una definición de la Policía y sus subdivisiones. (Es digna de consulta, a efectos de la fecha de publicación de los trabajos de Bentham, la obra de A. Siegwart: *Bentham's Werke in ihre Publikation*, Berna, 1910.) También trató el apóstol del utilitarismo de cuestiones concernientes a la Policía en su *Constitutional Code*, escrito entre 1822 y 1830, integrado en el volumen IX de sus «Works» (págs. 1 a 662), y en *Leading Principles of a Constitutional Code for any State* («Works», vol. pág. 267 de la edición de Sir John Bowrin, 1838-1843). La Policía era para el publicista referido una rama especial dentro del concepto genérico por él atribuido a la función, considerando como un instrumento valioso para el control del delito lo que denominaba «Policía para el registro de crímenes, pues, a su entender, habían dos métodos de combatir el delito: uno mediante castigos, objeto de la llamada «legislación directa», y otro merced a lo que llamaba la «rama indirecta de la legislación». A juicio de Radznowicz esto último es un concepto «imaginativo del delito como fenómeno social, susceptible de control».

Chadwick fué el que desarrolló los fundamentos de la Policía Preventiva y, si bien sus esfuerzos tampoco hallaron éxito inmediato, en 1853 compareció ante una Comisión especial para informar acerca de una reforma radical de la «Constabulary Force». (*Parliamentary Papers*, 1852-53, «Reports», vol. XXXVI, página 161). En 1868 publicó un artículo que era, en rigor, una moción para la organización definitiva de las fuerzas de Policía y, nuevamente, en 1885, consagróse al mismo tema en un ensayo propugnando una Policía nacional («On the Evils of Disunity in Central and Local Administration, especially with relation to the Metropolis and also on the New Centralisation for the People...»)

Aparte de los apéndices e índices, concluye este tercer volumen de la Historia de Radznowicz proclamando que, tanto en lo concerniente a la cuestión de la prevención del delito como en tantas otras cuestiones, los utilitarios fueron quienes lanzaron un desafío a la opinión pública de sus tiempos.

REVISTA DE REVISTAS

A L E M A N I A

Zeitschrift fuer die Gesamte Strafrechtswissenschaft

Berlín, De Gruyter, 68 Band, IV Heft. 1956

ENGISCH, Karl: «Worte am sarge Wolfgang Mittermaier». («Palabras junto a la tumba de Wolfgang Mittermaier»).

El sentido *In Memoriam* que el profesor Engisch, de Munich, dedica al que fué su maestro Wolfgang Mittermaier, no es un estudio crítico de su dilatada y fecunda vida, sino más bien un emocionado recuerdo de discípulo a sus raras virtudes científicas y ciudadanas. Nacido en Heidelberg en el año 1867, precisamente el mismo en que murió su abuelo Carl Joseph August Mittermaier, editor y compañero del gran Anselmo von Feuerbach, esta continuidad perpetua a lo largo de un siglo la gloriosa tradición de penalistas alemanes adeptos de las mejores doctrinas del derecho penal liberal y humano. Sin ser discípulo propiamente dicho de von Liszt, W. Mittermaier cooperó con su escuela, y con la del suizo Carl Stoops en todo el fecundo movimiento político criminal del fin de siglo pasado y comienzos del presente, hasta su arbitraria jubilación por el régimen nazi en 1933.

BAUMANN, Jürgen: (Poenaliserug von kaufvertraegen durch eigentums-vobehalt) («Penalización de los contratos de compraventa con cláusula de reserva de dominio»).

Objeto anteriormente de una conferencia en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Würzburgo, este artículo del profesor Baumann, de Münster, tiende a descubrir lo que hay de civil y de penal en la compleja figura de la compraventa con cláusula de reserva de dominio, cuando se incide en una infracción de la tipología específicamente civil de dicho instituto. Aun reconociendo que en la materia hay multitud de conceptos en que el derecho penal ha de subordinarse al civil —concretamente en la exigencia del elemento «cosa ajena»—, ante lo que el propio Bruns, campeón del separatismo a ultranza, hubo de capitular, la tesis del autor de este trabajo es altamente secesionista. Lo que importa, sobre todo, no es tanto la liberación de los conceptos penales respecto de los civiles, que unas veces es factible y otras no, como independizar lo penal del albedrío de las partes contratantes, que constituirían al derecho penal en «brazo armado» del civil y aun en siervo suyo. Esto sentado, estima que la protección penal de los pactos de reserva de dominio no ostenta carácter específicamente criminal por razón de su propia estructura civil, sino por otras consideraciones peculiarmente penales. Es la tipología prevista en el Código penal la decisiva, no la del Código civil, y menos todavía, el capricho de los contratantes en cada caso concreto, en que les es dable

operar con la libertad absoluta, que en la materia les atribuye el derecho privado.

Hay que tener muy en cuenta para el justo entendimiento del trabajo de Baumann y para su posible aunque difícil adecuación al derecho español, que en el Código penal alemán nuestra «apropiación indebida» ostenta dos modalidades diversas, la de la *Unterschlagung* del parágrafo 246 y la de *Untreue* o infidelidad del 266, cuya concordancia es una de las más arduas tareas de la dogmática de Parte especial en la ciencia y práctica alemana. Emparentada la primer modalidad al hurto y la segunda a la estafa, el hecho de disponer de una cosa por parte del comprador quebrantando la cláusula de reserva de dominio en favor del vendedor, es susceptible de encarnar en una u. otra tipología, y aun de no coincidir con ninguna de ellas y escapar, por consiguiente, a la esfera de acción del derecho penal, según el autor del artículo. Para él, por añadidura, la figura de apropiación de la *Unterschlagung* del parágrafo 246 no requiere necesariamente un daño en la propiedad ajena, por lo que constituye, un tanto paradójicamente hablado, «un delito contra la propiedad sin precisión de menoscabo de la propiedad». Es de toda evidencia que el comprador que vende la cosa sin autorización del vendedor, mediando la prohibición implícita en la cláusula de reserva de dominio, perpetra una apropiación, incluso en su forma agravada de infidelidad, de darse las oportunas circunstancias cualificativas. La cuestión no es, sin embargo, tan palmaria, cuando dicha venta ha tenido lugar autorizadamente por el vendedor, en cuyo caso persiste siquiera «aparentemente» la tipología criminal, pero dando por resultado que su carácter penal quede en definitiva al arbitrio de uno de los contratantes, según que autorice o no la ulterior venta de la cosa.

Sigue señalando el autor del artículo otros supuestos de disposición de la cosa comprada con reserva de dominio en que circunstancias extrañas al tipo específicamente penal influyen en su licitud, notablemente en hipótesis civiles y mercantiles de seguros impagados y de concurso de acreedores, si bien omite otra en que sería, asimismo, dudosa la persistencia del delito de aprobación: la de plena solvencia y pago por parte del comprador que dispuso arbitrariamente de la cosa comprada. Pues, existiendo en el caso de la compraventa no un efectivo depósito, sino una opción a la devolución de la cosa o al pago de su precio, este pago perfecciona el negocio civil y hace desaparecer *ipso facto* la modalidad penal de la apropiación indebida. El análisis detenido que hace el autor de la jurisprudencia, tanto del *Reichsgericht* como del *Bundesgericht*, no demuestra en el fondo servilismo alguno a los patrones civilísticos, sino que, al contrario, supone en ocasiones un neto predominio de las normas específicamente penales. Lo que sí es sumamente arriesgado es decidir, como a menudo viene haciendo dicha jurisprudencia, mediante el sólo módulo del «abuso», lo que es susceptible de derivar a confusionismos agudamente señalados por el autor, por ejemplo, en los supuestos de que no se haya vendido la cosa pero sí deteriorado, voluntariamente o por imprudencia. Supuestos son éstos en que a todas luces resulta improcedente la figura de apropiación y menos todavía la de infidelidad, lo que supondría una incorrecta y abu-

siva «penalización de contratos civiles». En resumen, se estima en este interesante artículo que la cláusula de reserva de dominio no es por sí sola integrante de la tipicidad criminal de la apropiación o de la infidelidad, y que su presencia no pasa de ser un dato, entre tantos, para la correcta calificación jurídico-penal del hecho. Presencia que, a veces, lejos de facilitar su incriminación, más bien la dificulta.

DREHER, Dr. E.: «Bericht. Die IX. Arbeitstagung der grossen Strafrechtskommission» («Comunicación. La IX reunión de trabajo en la Gran Comisión de Derecho penal»).

Relativa esta comunicación a las reuniones celebradas del 23 al 28 de abril de 1956 por la Gran Comisión de Reforma del Código penal, trátase en ella de las cuestiones pendientes de la anterior reunión (sobre medidas de seguridad en materia de reincidentes, menores, privación del permiso de conducir y prohibición de profesión), así como de las referentes a la acción de la ley penal en el tiempo y el espacio.

La medida de seguridad en casos de reincidencia ha de tener lugar únicamente en la hipótesis de delitos dolosos y en presencia de dos condenas anteriores de al menos tres meses de privación de libertad. Se admite, asimismo, la prescripción de la reincidencia por el transcurso de cinco años entre la última de las condenas y la actualmente operante. En autores menores de edad, pero mayores de catorce años, la tercera reincidencia ha de merecer una pena superior a los seis meses, pero en tal supuesto se añade a la sanción correspondiente la medida de Vigilancia de seguridad o *Sicherungsaufsicht*. En una segunda propuesta se extiende tal tratamiento sólo a los «menores» que no hayan cumplido veintisiete años de edad.

El tema de la medida de seguridad consistente en retirada del permiso de conducir a los automovilistas, determinó una propuesta de la Comisión ministerial, aprobada con algunas modificaciones, referentes sobre todo a la denominada retirada parcial y al plazo mínimo de su duración, estimada en seis meses. Se estipulan tres grados, el mínimo de dicho tiempo, el de cinco años y el de retirada definitiva. Se estipula la posibilidad de la medida aun en casos de absolución por inimputabilidad del agente, así como la de asimilar a la pérdida del permiso la de incapacidad para obtenerlo. En los casos de permisos internacionales se hará una anotación en el mismo, valiendo la privación, dentro de Alemania, únicamente cuando el hecho suponga una infracción de preceptos reglamentarios.

Pocas innovaciones esenciales se ofrece en la materia de incapacidad profesional temporal o definitiva, si bien se reconoce expresamente su carácter de medida de seguridad y no de pena.

En la cuestión del ámbito de la ley penal en el espacio, el ponente profesor Jésccheck se pronuncia por un restablecimiento del principio de la territorialidad tradicional, considerando que las concesiones al de personalidad, hechas en 1940, obedecieron a criterios nacionalistas y racistas que deben ser superados en un Estado de derecho. Considera la cuestión de alto interés, no sólo en lo procesal, sino en lo que respecta a problemas tan fundamentales como la posición del individuo en el Estado y a la del Estado

en la Comunidad internacional. Esta última consideración ha de ser, en definitiva, la prevalente, considerando inadmisibles hoy día la postura positivista de Binding, para quien la voluntad estatal era el único criterio determinante de la jurisdicción. Defendió la tesis contraria, es decir, la del principio personal, el profesor Gallas, para quien el territorialista es el que debe considerarse arcaico y superado, como lo está la doctrina de la absoluta soberanía, pero tan sólo consiguió en la votación la adhesión del presidente Baldus, pronunciándose el resto de los miembros de la Comisión por el principio de la territorialidad, con ciertas excepciones de protección real en razón a determinadas especies de delitos.

En lo tocante al tema de la acción de la ley penal en el tiempo, el ponente Bockelmann logró la unanimidad en la prescripción absoluta de la retroactividad contra el reo. Se introduce en el futuro Código casi textualmente el precepto constitucional del artículo 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental de Bonn. Se mantiene el criterio de la punibilidad de los hechos perpetrados durante la vigencia de leyes expresamente temporales. En materia de medidas de seguridad se pronunció unánimemente la Comisión en el sentido de que las de corrección y aseguramiento serán aplicables desde el momento que sean válidas al pronunciarse la decisión judicial.

La sección de recensiones de este fascículo corre a cargo del profesor Lange y comprende la de los últimos trabajos sobre la Parte general del Derecho penal, a partir del *Strafrecht* de H. Mayer, de 1953, que constituye un sucinto panorama crítico de la producción científica de lengua alemana en el último quinquenio. Únicamente la recensión del Comentario de Köhler-Lange aparece firmada por Mezger.

En *Mitteilungsblatt*, del grupo de la Sociedad de Derecho comparado figura un erudito trabajo del profesor Jescheck sobre el Comité de publicaciones periódicas en lo material y lo procesal. Se estudian los sistemas actualmente vigentes en Suiza, Francia, Italia, España, Suecia e Inglaterra.

ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS

ARGENTINA

Revista Penal y Penitenciaria

Órgano de la Dirección Nacional de Institutos Penales. Ministerio de Justicia. República Argentina.

Enero-Diciembre, 1956

Continúa en este número la publicación de la revista, una vez superadas las dificultades políticas que acaba de atravesar la República Argentina, advirtiendo en su primera página que su aspiración es que «retome su verdadero espíritu científico, ajeno a toda propaganda política que desvirtúe

sus fines y aduldere la realidad de nuestras cárceles», cosa que, según la presentación de este número no había hecho la etapa anterior.

Contiene como trabajo doctrinal fundamental un artículo, único de este número, el de

GONZALEZ MILLAN, Dr. Angel Eugenio, sobre «Inmigración y criminalidad».

En él, el autor empieza advirtiendo por nota, que este trabajo es la memoria por él representada al primer Congreso Hispano-Luso-Americano y Filipino de Derecho penal y penitenciario, que como recordarán nuestros lectores se celebró en Madrid en 1953, y es una muestra de la natural preocupación de los criminólogos argentinos y de todos los países de gran inmigración por la selección de ésta, para rechazar la de delincuentes y peligrosos y limitar la delincuencia de los inadaptados al nuevo medio social y durante el periodo de adaptación.

Empieza estudiando la inmigración como fenómeno natural, producto de la superpoblación en combinación con factores de toda índole, como la escasa capacidad del inmigrante para la lucha por la vida, el deseo de la masa rural de encontrar nuevas y fértiles tierras para cultivar, la guerra, las persecuciones políticas y religiosas, la baratura del transporte y la propaganda para atraer inmigrantes útiles.

El trasplante, continúa, ejerce gran influencia sobre la conducta individual, pues al quedar desligado el hombre de su grupo social, sin formar parte del otro, olvida las reglas que fueron su soporte moral y se siente libre de hacer lo que quiere en un estado de inestabilidad moral, que engendra el gran riesgo de una declinación moral y social propicia al delito, que revelan las estadísticas con su mayor porcentaje de delincuencia para los inmigrantes que para los nativos, que se incrementa respecto a los hijos de aquéllos y en los delincuentes habituales, que llegan al país al que se trasplantan después de haber cometido los primeros delitos en el de origen, del que probablemente van huídos y en los inmigrantes de las postguerras que llegan con su personalidad psíquica alterada por los efectos de la conflagración que acaban de pasar.

Como medio de resolver o paliar este difícil problema de la mayor delincuencia de los emigrantes y sus hijos, propone la selección de aquéllos, poniendo el país receptor sus condiciones para elegir los que quiere y necesita, sabiendo que es lo que ofrece el que trate de ingresar en un nuevo territorio, su edad, raza, aptitudes, etc., para seleccionar los que están dispuestos a radicarse en un ambiente rural de fácil adaptación para ellos y no los que han de vivir en medios urbanos sobrecargados de población y donde el peligro de desmoralización es mayor, los que llegan con su grupo familiar constituido y a salvo, por tanto, de los peligros de la soltería, etc.

Facilitaría esta selección, la permuta internacional de información criminal extendida a los antecedentes de peligrosidad predelictual y el certificado de buena conducta social y familiar, así como una información inversa ofrecida por el Estado receptor a los candidatos al trasplante, sobre

las condiciones de toda clase en que se han de desenvolver en el país en el que tratan de ingresar.

Finalmente, propone un período de prueba en regiones determinadas y en trabajos también determinados, superado el cual, el inmigrante dejaría de serlo por la nacionalización forzosa que propone.

En la sección de *Congresos y Reuniones Internacionales* da amplia noticia del primer Congreso Hispano-Luso-Americano y Filipino celebrado en Madrid en 1952, transcribiendo sus conclusiones y de otros Congresos y Reuniones celebrados dicho año.

Después sus secciones habituales de Legislación extranjera y de las provincias argentinas, de Jurisprudencia Nacional y de Estadística Penitenciaria.

Domingo TERUEL CABALLERO

CUBA

Enquiridión

Enero-marzo 1957

ROYO-VILLANOVA Y MORALES, Ricardo: «El pleito médico-legal-artístico de la cirugía estética»; pág. 9.

El ilustre Director de la Escuela de Medicina-Legal de la Universidad de Madrid comienza su colaboración en esta Revista con este interesante trabajo, en el que hace constar que la cirugía estética junto a las preocupaciones puramente médicas, de carácter anatómico, fisiológico, funcional, ha de tener inquietudes estéticas. En este aspecto, el papel de cirujano es de tan especial y múltiple, que debe perseguir, no sólo el éxito operatorio y el éxito médico, sino también el artístico que es el que fundamentalmente se persigue con la cirugía estética.

Al decir del autor, es quizá en esta rama de la Medicina donde mejor se ve el progreso concerniente a la unión y armonía entre la ciencia, la técnica, el arte, la psicología y la sociología, aunque se haya llegado hasta a poner en tela de juicio si la cirugía estética es propiamente medicina, o no es más que sólo estética con unos «modus operandi», y unas técnicas peculiares, *sui generis*.

El doctor Royo-Villanova examina concretamente el caso del médico francés, doctor José María Claqué, muy conocido en los medios teatrales y cinematográficos, que ejerce en París esta especialidad operatoria, con finalidades puramente estéticas, sin más objetivos que los de mejorar, en sentido de embellecer, rostros alterados, desagradables, molescos, o que dejan algo que desear, que durante los años 1945 a 1948 fué suspendido en sus funciones de médico, dedicándose desde entonces a la práctica de la cirugía estética, en la cual alcanzó fama y celebridad.

CANEPA, Victorio: «Las prisiones abiertas en el Brasil»; pág. 15.

Se trata de un informe presentado a la O. N. U., por su autor, que desempeña el cargo de Director de la Revista Penitenciaria Brasileña, *Esirella* y ex. Presidente perpetuo de la Asociación Brasileña de Prisiones, cuyo trabajo se halla dividido en los siguientes epígrafes: «Introducción.—Prisiones abiertas en el Brasil; Prisión abierta y colonia agrícola; Características de las prisiones abiertas; Prisiones abiertas existentes en el Brasil; Conclusiones».

Las prisiones eran y aún son—dice el autor del trabajo que comentamos—establecimientos enormes, con murallas inmensas, guarnecidas de rejas, con puertas de hierro, cadenas a la vista, fuertes trancas y llaves formidables; en una palabra, dotadas de todo el aparato necesario de seguridad, que tienen como único principio fundamental la privación de libertad. El preso en ellas se podría en el fondo de su cubículo, con mala alimentación y vestido, recordándole constantemente que la pena impuesta era una especie de compensación a la sociedad ofendida por su delito. La experiencia —añade— enseña que el apartamiento del condenado de su familia es causa de los mayores males, porque le lleva al olvido, la indiferencia y la renuncia voluntaria a todos los sentimientos afectivos. La familia es, por su continuidad, la razón de todos los esfuerzos humanos y de todos sus renunciamientos. Por ello es evidente que los sistemas punitivos de antaño transformaban al sentenciado en un ser enteramente deformado.

Las prisiones abiertas, por el contrario, habrían de ser establecimientos esencialmente educativos, y los individuos en ella recogidos serían entregados por la Justicia con una sentencia discriminada, sin preocuparse nunca con la especie y la gravedad del crimen cometido, y la tarea a realizar consistiría en recuperar al extraviado. Con ello se restablecería la confianza del condenado dándole de nuevo la voluntad de elevarse, sin retribuir así la falta como pretenden algunos, pero sin recordársela nunca, ni jamás permitirle revivir los horrores cometidos, pues un pecado no merece otro pecado.

Una de las características de las prisiones abiertas es la inexistencia completa de muros, rejas, armas, guardas, cerrojos, u otro cualquiera género de control que existe actualmente en las prisiones. Se caracterizan, asimismo, por su régimen absoluto de trabajo educativo, profesional y moral, en un ambiente propicio a la familia del internado.

Existen prisiones de este tipo actualmente en el Brasil, citándose al efecto, la prisión abierta de Santa Fe, en el Estado de Alagoas, la de Canasvieiras, en el Estado de Santa Catalina, que aún no está terminada, la antigua colonia penal de Macacheira, en Pernambuco, subordinada a la Penitenciaría agrícola de Itamaracá, y la Penitenciaría agrícola de Neves, en Minas Gueraes, cerca de Bello Horizonte.

Termina el artículo señalando que, en resumen, las prisiones abiertas en el Brasil, son:

A) Establecimientos esencialmente agrícolas con un mínimo de oficinas destinadas a un fin exclusivamente educativo; los internos están dedicados a la agricultura y crianza de los animales;

B) Los delincuentes enviados para ellas son absolutamente inofensivos e incapaces de adaptarse a las prisiones cerradas;

C) Los métodos de selección de los sentenciados varían en cada Estado. Son, sin embargo, condiciones requeridas por todos, las de ser absolutamente inofensivos y tener en grado elevado el sentido de responsabilidad.

D) La pena depende de la peligrosidad presentada en el sentenciado y de su propio sentido de responsabilidad;

E) El trabajo de los internos varía, pero es principalmente agrícola.

F) Los internos trabajan normalmente igual que nombres libres;

G) En esas prisiones, los delincuentes son tratados por la laborterapia (o ergoterapia) y por la educación, por medio de cursos progresivos.

ABASTOS, Manuel G.: «Prevención y represión de los accidentes de tránsito»; pág. 35.

Continúa en el presente número la publicación de este trabajo, del que es autor el profesor de Derecho penal de la Universidad Mayor de S. Marcos, al que ya nos hemos referido en fascículos anteriores de este Anuario, que estudia un capítulo con el epígrafe de: «El delito de conducción peligrosa de autovehículos», que subdivide en los siguientes apartados: 1. La realidad del tránsito y los delitos del peligro común.—2. La segunda fórmula Zerboglio.—3. Una nueva figura de delito culposos de peligro común.—4. Posibilidad de los delitos culposos de peligro común.—5. Los delitos culposos de peligro común en el Código penal peruano.—6. Las contravenciones culposas del tránsito.—7. El delito de conducción peligrosa de autovehículos.

Este interesante Sumario es desarrollado ampliamente y con toda competencia por el autor, con referencia a opiniones doctrinales y disposiciones de la legislación positiva, muy especialmente de la Ley penal española del automóvil.

Abril-junio 1957

GARCIA BASALO, Carlos: «Salidas transitorias de los reclusos del establecimiento penitenciario»; pág. 7.

El autor, Profesor de Penología de la Escuela Penitenciaria de la Argentina, señala que el problema actual, en el tema que desarrolla, radica en organizar las salidas de los reclusos de modo tal que resulten útiles para la reinserción social del sancionado y no signifiquen riesgos para la sociedad. Aunque, indudablemente, es importante multiplicar las experiencias hasta hallar las bases sólidas que permitan seleccionar adecuadamente los casos, de manera tal que resulte posible, en el futuro, utilizar en mayor escala esta modalidad de prueba en la ejecución de las sanciones privativas de libertad.

A continuación, el autor, hace un estudio de las normas a que se ajustan, en la Argentina, estas salidas, y termina, recordando palabras de

Luisier, diciendo que las salidas transitorias están llamadas a prestar grandes servicios a la causa de la prisión reeducadora, a condición de que se otorguen con inteligencia y psicología, lo que ha de quedar en manos de los Directores de los Establecimientos correccionales.

GARCIA, Julio G.: «Judo en su aspecto de defensa personal y para la instrucción de los cuerpos de Policía»; pág. 13.

Es altamente interesante el artículo del Asesor General de la Comisión Nacional de Deportes, y Profesor de *Jiu-jitsu*, que ilustra con siete fotografías, que demuestran de forma eslabonada y ordenada uno de los más prácticos movimientos que, como técnica, pueden ser aplicados en caso de ser atacados o amenazados por un oponente que empuñe una pistola.

Al decir del autor, la defensa personal contra un arma de fuego está basada en la teoría de que el que quiere matarnos no nos encañona, sino que nos tira con un ciento por ciento de probabilidades a su favor; y, por el contrario, quien nos encañona, evidentemente, no nos quiere matar del todo, sino más bien amedrentarnos, asaltarnos, chantajearnos o, en fin, someternos a su voluntad basado en la superioridad que le hace sentir el arma en sus manos. Si mediante un ardid podemos separarle de su arma, se sentirá incapaz de hacernos frente y le pondremos en situación de no poder atacar.

COVA GARCIA, Luis: «Los métodos de readaptación salvan al delincuente»; pág. 19.

Es preciso combatir las conductas delictuosas, por lo que, en Venezuela, se han organizado Comisiones de prevención denominadas Comisión de la Delincuencia, para evitar la reincidencia, a través de estudios criminológicos que tienden al conocimiento de la personalidad del delincuente, con el fin de saber las bases para conceder la libertad cuando se han cumplido las dos terceras partes de la condena, y las medidas a aplicar para la rehabilitación por medio del trabajo y el aprendizaje de un oficio o arte. Todo ello, aconseja reformar las actuales leyes penales para que estén de acuerdo con el sistema penitenciario moderno.

ABASTOS, Manuel G.: «Prevención y represión de los accidentes de tránsito»; pág. 29.

Finaliza aquí la publicación de este documentado trabajo, que fué insertándose en números anteriores de la revista que estamos anotando, y que constituyó una Ponencia presentada al Congreso Internacional de Juristas de Lima, en 1951, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de San Marcos, con motivo de su IV centenario, en la que el autor desempeña el cargo de Profesor de Derecho penal.

Hace referencia a los nuevos delitos de circulación, recogidos en la Ley

de Circulación Británica (*Road Traffic Act*) de 1930, reformada en 1934, a la Ley Federal suiza de la circulación de 15 de marzo de 1932, y a la Ley española de 9 de mayo de 1950, que reprime la embriaguez, la velocidad excesiva, la omisión de auxilio a la víctima, la falta de permiso para conducir, el uso de matrícula falsa, la alteración de las señales de tráfico, la perturbación de la circulación, lanzamiento de piedras u otros objetos contra un vehículo, y la utilización de un vehículo ajeno sin la debida autorización o sin causa lícita.

Los dos últimos capítulos están destinados a temas tan importantes, dentro de la cuestión estudiada, como son la responsabilidad civil de los automovilistas y el Seguro obligatorio de los mismos.

Finalmente, sintetiza su opinión en la recomendación siguiente:

1.º Que se adopten cuantas medidas sean necesarias para prevenir los accidentes de tránsito.

2.º Que se incorpore en el Título de los delitos de «exponer a peligro o abandonar personas en peligro» de los códigos penales, la hipótesis delictuosa de «omisión de asistencia a las víctimas de un accidente de tránsito».

3.º Que se incorpore en el Título de los delitos «contra la seguridad pública» de los códigos penales, la figura culposa de «conducción peligrosa de autovehículos».

4.º Que en materia de responsabilidad civil de los automovilistas, por accidente de tránsito, se adopten los principios contenidos en el Anteproyecto de Ley Uniforme elaborado por el Instituto Internacional para la unificación del Derecho Privado.

5.º Que para garantizar a las víctimas de accidentes de tránsito la efectividad de la responsabilidad civil, se adopten igualmente los principios sobre seguro obligatorio de los automovilistas, contenidos en el Anteproyecto de Ley Uniforme elaborado por el referido Instituto Internacional, dejándose en libertad a cada país para determinar la cuantía.

D. M.

FRANCIA

Revista Internacional de Policía Criminal

(Edición española)

Enero 1957

VOUIN, R.: «EL INFANTICIDIO. Definición y represión»; pág. 3.

El presente trabajo se halla dividido en los siguientes epígrafes: I. El infanticidio en Derecho penal francés.—II. El infanticidio en Francia y fuera de Francia.—III. La edad de la víctima.—IV. El autor del infanticidio.—V. El lazo jurídico entre la madre y el hijo.—VI. El elemento material, el elemento moral y la prevención del infanticidio.—VII. La represión penal.

La primitiva redacción del Código penal francés de 1810, definía el infanticidio como «la muerte de un recién nacido», y lo castigaba con la pena de muerte. Cerca de un siglo más tarde, por una Ley de 21 de noviembre de 1901, se modificó la definición, considerando el infanticidio como «el homicidio o el asesinato de un menor recién nacido». Y en esta misma Ley se dispuso que la madre sería castigada, bien a trabajos forzados a perpetuidad, en caso de asesinato, o bien a trabajos forzados, por tiempo de cinco a veinte años, en caso de homicidio. La ley de 2 septiembre de 1914, dispuso que todo autor principal o cómplice de infanticidio sería castigado con la pena de prisión de tres a diez años. Finalmente después de algunas reformas, se llega a la Ley de 13 de abril de 1954, que con un criterio más indulgente, modificó, una vez más, el artículo 302 del Código estableciendo que «la madre autora o cómplice principal del asesinato o del homicidio de su hijo recién nacido, será castigado a trabajos forzados por tiempo indeterminado». El autor señala que en dos casos recientes, las madres culpables fueron condenadas, una a dos años de prisión y la otra a tres años.

Después de examinada la cuestión en algunos Códigos penales de diferentes países, se estudia el problema de la edad de la víctima, que encuadra en la siguiente interrogante: ¿A partir de qué momento y hasta qué edad puede ser el niño víctima de infanticidio?

La cuestión relativa a la represión penal, se dilucida haciendo el examen del problema en las diferentes legislaciones, señalando que en Yugoslavia se castiga con la pena de prisión de seis meses como mínimo; en Suiza, se sanciona el infanticidio con una pena de seis meses a tres años; en España, con prisión menor de seis meses y un día a seis años; en Alemania, tres años de trabajos forzados como máximo, que puede reducirse hasta a seis meses de prisión si concurren circunstancias atenuantes; Suecia, castiga este delito con la pena de cuatro años de trabajos forzados (o seis años en caso de circunstancias agravantes) como máximo, y seis meses como mínimo. En Inglaterra, con la sustitución de la calificación «manslaughter» por la de «murder», subsiste una tendencia mucho más represiva. En Méjico, la Ley en vigor impone a la madre de tres a cinco años de prisión; en Bélgica, la pena es de trabajos forzados, de quince a veinte años, o de diez a quince, según el delito ha sido cometido con o sin premeditación; en los Países Bajos, la pena tiene como máximo nueve años en caso de premeditación y seis cuando no concorra dicha causa de agravación.

Febrero 1957

CUELENAIRE, A.: «Sabotaje y criminalística»; pág. 34.

Examina el autor las cuestiones más frecuentes que se plantean a los investigadores, cuando se ha producido un sabotaje, que en primer término se refiere a la forma en que se haya cometido, si es que ciertamente se trata de un sabotaje. En determinados casos, al decir del autor, el problema es irresoluble, especialmente cuando puede tratarse también,

al mismo tiempo, tanto de un año accidental, como de un acto intencional. La mayor parte de las veces, y sobre todo si el sabotaje ha sido perpetrado por un agente especialmente preparado, consistirá en una perturbación refinada del proceso de fabricación, perturbación cuyo origen no podrá ser determinado más que después de largas investigaciones.

Otro problema es el de determinar quién es el autor del sabotaje, cuando la investigación policial llevada a cabo no dé un resultado concreto, en cuyo caso habrá que acudir a la averiguación del motivo del culpable (venganza, convicciones políticas, colaboración con el enemigo), descubrir sus cómplices eventuales, y, sobre todo, determinar si forma parte de una organización.

Se estudian a continuación las distintas formas en que puede producirse a saber: a) Disminución de la producción (pérdida de horas de trabajo, sabotaje administrativo, etc.); b) Deterioración del material de la fábrica; c) Deterioración de los productos terminados; d) Trastornos en el abastecimiento de corriente eléctrica; e) Trastornos en las comunicaciones; f) Acciones dirigidas contra el personal.

Después de examinar ampliamente los problemas expuestos, termina mencionando las medidas especiales que puede adoptar la policía local, señalando entre otras las siguientes: Medidas para el establecimiento de contactos directos con las unidades locales de protección industrial; medidas destinadas a aportar a estas unidades toda la ayuda posible, sobre todo en lo que se refiere a la verificación de empleados (eliminación de elementos dudosos o peligrosos, organización de comunicaciones de alarma, etc.); el establecimiento de un cuadro especial del personal policial clasificado por profesiones anteriores o conocimientos especiales, lo que permitiría la localización en las fábricas de los sospechosos de actividades subversivas; la obtención de planos y mapas de todos los puntos estratégicos y la organización de un dispositivo de protección coordinado con las unidades de protección industrial.

D. M.

ESPAÑA

Información Jurídica

Marzo-abril 1957

VILLANUEVA Y SANTA MARIA, Pablo: «Competencia de la justicia municipal en los accidentes del tránsito».

El trabajo está claramente dirigido a mostrar las excepciones a las tres reglas que en esta materia de accidentes del tránsito limitan la competencia de los Juzgados Municipales.

La primera, que las afecciones personales no duren más de quince días, tiene en menos la incompetencia de dichos Juzgados, cuando durando menos,

dejen deformidad y en más la competencia de ellos cuando sobrepasando dicho límite, y aun llegando a producir la muerte, se hayan causado por simple imprudencia sin infracción de reglamentos.

La segunda, que los menoscabos sufridos no sobrepasen el valor de las 500 pesetas, la de ser éste límite para los daños dolosamente causados, pero no para los culposos, como ha reconocido el Tribunal Supremo cuando ha estimado aplicable el artículo 600 del Código Penal a casos en que el daño culposamente ocasionado, pero sin infracción de reglamentos, ha sobrepasado con mucho el límite de 500 pesetas que parece a primera vista infranqueable.

La tercera, que la cuantía de la responsabilidad civil dimanante de la falta no exceda de 10.000 pesetas, sólo es operante cuando se separen voluntariamente el ejercicio de las acciones penal y civil derivadas de las faltas, por estimar que el precepto que ordenaba al Tribunal Municipal abstenerse de fijar la cuantía de la responsabilidad civil cuando excediese de los límites de su competencia, remitiendo su fijación al Juez de Primera Instancia, por estar contenido en la Ley de Justicia Municipal de 1907, ha sido derogado por las nuevas disposiciones, regulando la competencia de los Juzgados Municipales, y aplicable a la sanción de las faltas el artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siendo por tanto una práctica viciosa la reserva de oficio de las acciones civiles derivadas de la comisión de una falta cualquiera que sea su cuantía.

Este es, a grandes rasgos, el contenido de este sustancioso artículo, fruto del estudio y experiencia de un práctico de los más destacados en esta materia, y aunque no se puedan suscribir todas sus conclusiones, no puede dejarse de reconocer es un estudio muy meditado de la cuestión y un hábil manejo de la jurisprudencia producida sobre las cuestiones expuestas

D. T. C.

Revista Española de Derecho Militar

Número 1.º. Enero-junio, 1956

La propulsión que el Consejo Superior de Investigaciones Científicas da por diversos conductos a los Estudios Jurídicos, le ha llevado a auspiciar a través del Instituto Francisco de Vitoria la publicación de esta revista, cuya necesidad se dejaba ya sentir en el cuadro de las jurídicas, con el acierto de encomendar su redacción y dirección a miembros de los prestigiosos Cuerpos Jurídicos Militares, ya destacados en el cultivo de ésta y de otras ramas del Derecho.

Con distribución y formato parecido al de los Anuarios editados por el Instituto de Estudios Jurídicos, tiene, tras las obligadas palabras de presentación de un número 1.º, una sección doctrinal bajo la rúbrica o denominación de «Estudios», y en ella un trabajo en el que lo jurídico está tratado por consecuencia:

CORDERO TORRES, José María: El estatuto internacional de la defensa de Marruecos.

La reciente independencia inicial de Marruecos lleva al autor a estudiar la situación internacional de su defensa antes del establecimiento de los protectorados Francés y Español, mientras éstos existieron y en el momento actual, con una claridad de visión y expresión poco frecuente en la exposición de temas de este arduo problema.

Tiene otro de claro contenido jurídico-penal esta sección:

MUGA LOPEZ, Faustino: «Antecedente del Código Penal Militar de 1884». (Notas para la historia de la Codificación del Derecho Penal Militar.)

Tras de poner de relieve la carencia de trabajos sobre la historia de la codificación penal militar, en parangón con los numerosos sobre la codificación penal común existente, y fijar en el tiempo los límites de su trabajo a la época comprendida entre 1763—fecha de las Ordenanzas Militares de Carlos III, con su tratado VIII dedicado a la materia penal y procesal penal—y 1884 fecha del Código, cuyos antecedentes va a estudiar, expone el estado caótico de esta legislación al terminar el siglo XVIII, consecuencia, sobre todo, de la extensión del Fuero militar, la diferencia de fueros y jurisdicciones dentro del Ejército que engendraban en la práctica unas interminables y continuas cuestiones de competencia con desdoro para la Justicia y perjuicio de los reos, ya afligidos por el excesivo rigor de la legislación penal común y militar de la época.

En este estado surge el movimiento pietista de Beccaria y Filangieri, que no sin resistencia se extiende a las leyes militares, y el movimiento codificador en que plasma, que aunque con retraso llega también en el deseo a la legislación castrense. Fué motivo de este retraso la vidriosa cuestión de la extensión y diversidad del fuero militar, que allana el Decreto de unificación de Fueros de 1868 y la duda en el deseo de si la reforma se habría de limitar a la del Tratado VIII de las Ordenanzas Militares o había de llegar a la formulación de un Código de Justicia Militar, que no sin resistencia triunfa, ordenándose en 1867 la redacción de un Código Penal Militar que fué el proyecto Schar, rechazado como consecuencia del triunfo de la revolución del 68 y presentándose a las Cortes en 1876 el proyecto Ceballos base del primer Código Penal Militar.

La versión modestamente rubricada «notas» parece, al menos en este número, dedicado al Derecho Militar Comparado. Véase:

ALVARADO RAFAEL, Ricardo: «La administración de la Justicia Militar en las fuerzas armadas de los EE. UU. de América».—Tras de resaltar la actualidad de este tema por la permanencia en España de miembros de las fuerzas armadas norteamericanas como consecuencia del acuerdo de defensa mutua de 1953, estudia el origen del Código Militar norteamericano y su estructura, la competencia de los Tribunales Militares de aquel país, su composición y procedimiento y los recursos contra sus resoluciones.

Termina exponiendo las condiciones y requisitos para ser Oficial Jurídico Militar norteamericano.

A. F. STEFFEN y V. H. VERMEER: «Organización y competencia de los Tribunales Militares Holandeses».—Estudio en el que se sigue en líneas generales la sistemática del anterior, haciendo resaltar el que la Presidencia de los Consejos de Guerra del Ejército y en algunos de la Marina, recae como principio general en un Jefe que tenga la condición de Letrado y la diversidad de textos legislativos que regulan esta materia, que hacen necesaria una refundición que ya está en estudio.

LACAYO GUILDRIST, Renato: «Organización y Competencia de los Tribunales Militares en Nicaragua».—Enumera primero tales Tribunales divididos en Informativos: Cortes de Investigación y de Información, y Represivos: Consejos de Guerra, Sumario, Ordinario, Extraordinario, Consejo de Oficiales y, por último, el Consejo de Revisión, cuya competencia va estudiando para exponer el procedimiento a seguir en cada uno de ellos.

VAZQUEZ MENDEZ, Fernando: «Organización y competencia de los Tribunales Militares en Tailandia».—Señala la peculiaridad de estar reguladas en una sola ley la organización, competencia y procedimiento, distinta, por tanto, de la que regula la materia sustantiva penal, poniendo de relieve la competencia de estos Tribunales cuando en tiempo de paz se declara el estado de excepción, conociendo de causas que sin esta declaración no les corresponde y de las que al cesar pueden seguir conociendo.

Después recensiones y noticias de libros en las que predominan como es natural las dedicadas al derecho de guerra y al derecho militar con una abundancia que llegan a 34.

Una sección de «información» o noticiario y otra de Legislación y Jurisprudencia, encargándose de esta última tan interesante materia Rodríguez Devesa, de la del Consejo Supremo de Justicia Militar; Carrión Moyano, de la de la Sala especial de competencias; González García, de la contencioso-administrativa, y Miñón, de la de Agravios, con lo que está hecho el elogio de su acierto.

Número 2.º. Julio-diciembre, 1956

Como el número anterior contiene dos estudios, uno sobre materia, que sólo mediatamente ha de tener influencia sobre el Derecho penal, y otro, de tema estrictamente penal. El primero de:

CONSTANTOPOULOS, Dimitri S.: «Guerra justa y guerra legal».

En él se busca el concepto de guerra justa y cuando esta mera concepción moral, por estar admitida por los pactos internacionales Kellog, de creación de la Sociedad de las Naciones, de instauración de las Naciones Unidas, se convertiría en guerra legal, lo que ayudaría por la determinación del agresor injusto a la del agresor ilegal, con todas las consecuencias que

esto ha de tener para el derecho y la práctica internacionales, y yo añado, y de aquí la noticia de este trabajo en este Anuario, para el Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Penal.

El segundo, el de materia estrictamente penal, es de:

MUGA LOPEZ, Faustino: «Antecedente del Código Penal Militar de 1884». (Notas para la historia de la Codificación del Derecho Penal Militar.)

Continuación, como se ve, de una primera parte inserta, como ya se ha dicho, en el número anterior. En él se estudian los proyectos particulares que anteriores al de Siches influyeron en éste. Son:

El *proyecto Llorente* de 1850, cuyo principal motivo fué el de armonizar las Ordenanzas Militares en el Código Penal del 48, del que está fuertemente influído, limita los casos de aplicación de la pena de muerte, llegando a establecer el sorteo cuando son varios los castigados con esta pena por un solo delito; establece el destino al Fijo de Ceuta de los condenados a presidio o prisión después de estar ésta cumplida y la pena de pérdida de empleo para los Oficiales por razones de utilidad, suprime los castigos corporales y, por tanto, el «cabo de vara», que resultaban un insulto cuando por la conscripción el Ejército había llegado a ser nacional.

Agrupar los delitos en particular en contra la seguridad exterior e interior del Estado, contra la disciplina, contra el servicio, contra las personas, contra la propiedad, de malversación de caudales, de falsedad, contra la fuerza armada y de los asentistas, y finalmente crea un curioso delito de omisión, muy digno de meditación, para los que presenciando la comisión de un delito no tratan de impedirlo con la fuerza o con la voz.

El *proyecto de Felgu de la Peña*, también de 1850, dividido en dos grandes partes, una sobre Jurisprudencia Militar y otra sobre Organización, ocupándose en la primera del Fuero, Tribunales, Competencia, delitos comunes y militares, prescripción, jurisprudencia en casos excepcionales, casamientos, testamentarias e inventarios, seguido de un Proyecto de Ley Orgánica del Cuerpo de Magistratura Militar.

Aunque no se trate propiamente de proyectos, estudia también los trabajos de Núñez de Arenas publicados en 1856 y el informe de don Ramón Díaz Vela, de 1855.

Como *proyecto* oficial el de *Rubalcaba*, es decir, de la comisión presidida por el Almirante de dicho nombre redactado para la Marina, «asimilado en lo posible al del Fuero Común como debe ser la norma de toda Ley penal, «dividido en cuatro tratados: Juzgados y Tribunales, competencia, procedimientos, y delitos y faltas y penas. Establece la revisión ante el Consejo Supremo de Guerra y Marina y los recursos de casación y nulidad ante el Tribunal Supremo.

Terminan con un estudio minucioso del *proyecto Siches*, que fué como la ponencia sobre la que se creó el Código cuyos antecedentes se estudian, y en esta minuciosidad entran la exposición del criterio adoptado en su redacción y de su estructura, así como las vicisitudes que sufrió hasta convertirse en Código, en cuya puntualización no podemos entrar sin transcribir esta parte del artículo.

Termina con unas consideraciones en que muestra su visión de amplio horizonte de este problema.

La sección «Notas» también viene dedicada al Derecho Militar Comparado; en ella, Rodríguez Devesa estudia «La legislación militar de la República Federal Alemana»; D'Olivier Farran, «Organización y procedimiento de los Tribunales Militares Británicos»; Vander Mousen, «Organización y competencia de los Tribunales Militares en Bélgica», y Sarmiento Núñez J. G., «Organización, jurisdicción y atribuciones de los Tribunales Militares de la República de Venezuela».

Después la sección de «Recensiones y noticias de libros», de la misma característica que la del número anterior, y de una extensión parecida, la de «Información» o noticiario y la de «Legislación y Jurisprudencia» con las mismas subsecciones que el número anterior en esta última materia y encargada a los mismos notables especialistas.

D. T. C.

Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios

Dirección General de Prisiones. Madrid

Número 126. Enero-febrero, 1957.

CASTILLON MORA, Dr. Luis: «La delincuencia juvenil. Su tratamiento a través de las ideas existentes y de los métodos que hoy se practican en el mundo». Página 3.

Termina en este número el doctor Castillón su interesante artículo sobre la delincuencia juvenil, el cual se ha venido publicando en esta Revista.

Como resultado de su trabajo, llega a las siguientes conclusiones, que dado su interés, reproducimos seguidamente:

1.^a En el aspecto de la prevención y tratamiento de los menores y jóvenes de ambos sexos hasta los dieciséis años, tanto la organización de los servicios sociales, religiosos, culturales, benéficos y aseguradores y de control, estatales o de las Comunidades provinciales y municipales, no parecen ser más deficitarios ni tropezar con más dificultades que en cualquier otro país de la misma cultura y son superiores a los de otros muchos. En cuanto al tratamiento, la labor de las Juntas de protección y de los Tribunales tutelares alcanza con métodos, instituciones y técnicas modernas los aspectos fundamentales.

2.^a En los jóvenes mayores de dieciséis años, la prevención se beneficia de las mismas ventajas sociales y asistenciales que los menores, menos en cuanto a ciertas medidas legislativas y al tratamiento. Creemos deben ser objeto de serio estudio por nuestras Autoridades y por nuestros penalistas, sociólogos y Escuelas en ciencias sociales y penitenciarias los siguientes factores:

a) La confección de una buena estadística en nuestros Tribunales civiles, militares y Dirección General de Seguridad, así como en nuestras prisiones, que recoja los elementos que hemos señalado y que nos permita

enfrentarnos con la realidad numérica de este tipo de delincuencia entre nosotros.

b) La reforma de nuestras leyes penales y procesales en el sentido de permitir una mayor rapidez en la resolución de los casos. Si ello es posible, el aumento hasta los dieciocho años de la jurisdicción de los Tribunales tutelares, y, si esto no es hacedero, permitiendo y poniendo a disposición de los Jueces y Tribunales, Instituciones de detención, observación y aun reforma, no carcelarias, con sus sistemas de prueba y asistencia post-institucional, asistidos en sus resoluciones, que no han de ser forzosamente de detención, y privación de libertad, por el informe de los equipos técnicos en investigación social y de la personalidad. Todo ello acompañado de la posibilidad de no imponer sentencias fijas, sino con la suficiente elasticidad para dar lugar al tratamiento. No pudiendo crearse estas instituciones, que los Jueces y los Tribunales puedan disponer de las Instituciones penitenciarias con la misma libertad y para las mismas misiones.

c) Mientras tanto, y en este caso, apurar y perfeccionar al límite el sistema de clasificación y división en secciones dado por la Dirección General de Prisiones en su Orden de 15 de junio de 1956, en lo que a los jóvenes de esta edad se refiere, hasta convertir estas secciones en verdaderos lugares de observación, estudio, clasificación y aun educación de los detenidos, tendiendo, además, a que sus informes puedan servir de utilidad a los Tribunales y con el tiempo llegar a constituirse en una obligatoria necesidad.

d) Estudiar y perfeccionar por la Dirección General de Prisiones sus actuales Reformatorios y Hogares postasistenciales de liberados, con observación y gabinetes de estudio de la personalidad y capacidades profesionales y ampliación de sus métodos de enseñanza y formación.

e) El estudio de un amplio programa general, que tomando por base el Reglamento y experiencia del Reformatorio de Carabanchel, dicte las bases de un modo de reforma genuinamente adaptado al modo español de nuestra sociedad, educación moral y costumbres y que, con las diferencias precisas, sea aplicable a todos los reformatorios según su tipo, que puedan crearse.

f) Preparación del personal necesario: profesores, médicos, capellanes y funcionarios para esta labor, que exige vocación, ilusión profesional y la creación de hábitos de trabajos especializados, y

g) Que la Escuela de Estudios Penitenciarios se transforme en un Centro de Investigación, y estudio que la posibilite a proveer el modo de preparar este personal.

CUELLO CALÓN, Eugenio: «Las cosas en su punto. Observaciones a un artículo del Dr. Castellón». **Página 44.**

Se refiere el maestro Cuello Calón en este artículo al publicado por el doctor Castellón, del que acabamos de dar cuenta y, en el que, como vimos, después de aludir al régimen pedagógico y tutelar aplicado a los menores de dieciséis años en casi todos los países, se muestra partidario, de acuerdo

con la tendencia hoy dominante, de aplicar por extensión un sistema análogo a los delincuentes jóvenes.

Muestra su extrañeza el profesor Cuello Calón ante la afirmación del autor del artículo cuando dice que «los penalistas españoles, y entre ellos el profesor Cuello Calón, no creen en la necesidad de conceder a estos *adultos incompletos* una situación privilegiada ante la ley. No obstante, desde un punto de vista biológico y psiquiátrico, hay razones para pensar que de los dieciséis a los veintiún años, y a veces más, hay jóvenes que física, mental y culturalmente, aún no son adultos, y parece sensato pensar que las leyes admitan un modo de tutela y de tratamiento que se aparte de los Tribunales ordinarios y de las prisiones». Seguidamente demuestra el citado profesor que ya en el año de 1944, en un artículo titulado «El nuevo Derecho penal juvenil europeo y el tratamiento de los jóvenes delincuentes en España», publicado en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, sostuvo las mismas conclusiones que el doctor Castellón, aduciendo idénticos argumentos.

Lamenta el profesor Cuello Calón la falta de datos estadísticos, pues suprimida en la época republicana la publicación de la Estadística criminal que publicaba el Ministerio de Justicia, no ha vuelto a aparecer hasta el año 1955, año en el que el Instituto Nacional de Estadística ha publicado la correspondiente al año de 1953, y esto hace que no se pueda seguir la marcha de la delincuencia juvenil.

No obstante, los datos disponibles atestiguan sus elevadas y graves proporciones y muestran la urgente necesidad de adoptar medidas que aseguren, a los criminales jóvenes, un régimen y tratamiento orientados a su reeducación y reincorporación social.

Termina el autor afirmando que «es éste, en España, un grave problema de inmenso alcance social que es preciso resolver con premura, pues hasta ahora nada se hace para ello».

LOPEZ RIOCEREZO, P. José María (O. S. A.): «Importancia fundamental de la educación física en la obra correccionalista». Página 47.

Comienza el autor resaltando la importancia de la educación física en el joven y afirma que es tan grande la parte principalísima que corresponde a la educación física dentro de la obra pedagógica y recuperativa del joven, como la que por su parte tienen, y de todos es reconocida y admitida, la educación mental y la educación moral.

Después de estudiar el deporte en la antigüedad, en la literatura, el fin de la educación física, la posición de la Iglesia ante el deporte, los efectos morales del deporte y la educación física en España, termina afirmando con relación al deporte en las prisiones que «las cárceles del futuro no estarán solamente compuestas de celdas y de patios. Estarán completadas con talleres, con escuelas y con campos de deportes como hoy están ya dotadas la mayor parte de las de nuestra península.

Siguen las habituales secciones de «temas de divulgación», «actualidades del Ministerio de Justicia» y «varios», en las que pueden encontrarse interesantes artículos y noticias.

Número 127: Marzo-abril, 1957.

Comienza el presente número con el radio-mensaje dado a la publicidad por el Romano Pontífice para celebrar la jornada de la «Madre y del niño», sobre «El deber de protección a la infancia atañe a los padres, pero también a todos los miembros de la comunidad».

Completa la sección doctrinal un artículo de Baltasar Rull, titulado «Consideraciones sobre la Ley de Vagos y Maleantes».

La sección titulada «Temas de divulgación» consta de los artículos siguientes: «Cerdán de Tallada, un gran tratadista del siglo XVI»; «Educación social», por Felipe Gonzales Sánchez; «Relación entre la medicina forense y el periodismo en los casos criminológicos», por Raimundo de los Reyes; «En torno al gamberrismo», por Luis Aguirre de Prado; «Un centro de readaptación social de adolescente en Francia», por Jesús Llopis Sánchez; «La rebeldía como situación procesal, motivo de exclusión en los beneficios de indulto», por Pedro Rodríguez Alvarez, y «El crimen inspirador en los visionarios del arte», por Alberto Madaria Izquierdo.

En ambos números se da cuenta de las visitas realizadas por los alumnos de la primera cátedra de Derecho penal de la Universidad de Madrid a las prisiones de Alcalá, de Ocaña y de mujeres de Madrid.

CÉSAR CAMARGO HERNÁNDEZ

ESTADOS UNIDOS

The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science

Volumen 47. Enero-febrero, 1957.

DRIVER, Edwin D.: «Charles Buckman Goring (1870-1919)». Págs. 515 a 525.

En este XIV artículo biográfico que, bajo el título «Paladines de la Criminología» («Pionners in Criminology»), nos brinda el «Journal», editado por la Northwestern University, se nos comienza recordando que Goring, psiquiatra y filósofo inglés, se graduó en la Universidad de Londres, habiendo desempeñado el cargo de médico en varias prisiones de su país desde 1902 hasta su muerte en 1919.

Que, ayudado por otros médicos de prisiones, recogió y clasificó abundantes datos acerca de 96 rasgos o características de más de tres mil reclusos, datos que le sirvieron de base para impugnar las tesis peculiares de las Escuelas Positiva y Correccionalista. Se le atribuye igualmente haber sentad los fundamentos para una Criminología científica.

Como fruto de doce años de incesante trabajo en el precitado campo científico, en 1913 apareció su obra «The English Convict», peculiar estudio del criminal mediante la aplicación de métodos biométricos.

Contiene el artículo que reseñamos una advertencia de su autor: la de que una adecuada apreciación del punto de vista de Goring exige un

detenido estudio de la precitada obra del biografiado. Varias de sus aportaciones son, hoy día, de gran interés para los sociólogos. El uso del método estadístico, que tanto encomió y aprovechó aquél sobre todo para discriminar los elementos etiológicos de la conducta humana es habitual en la investigación sociológica, sirviendo para denotar su originalidad las recientes polémicas acerca de los conceptos diversos del delincuente relacionados con la teoría de la criminalidad. Señálase también a Goring como un precursor de los Glueck en lo concerniente al papel desempeñado por la edad en la motivación del delito y, se asevera que el reciente trabajo de Clemmer («Imprisonment as a Source of Criminality», *Journal of Crim. Law and Criminology*, vol. XLI, págs. 311-319, 1950) constituye una ratificación de la tesis de Goring a propósito de que la reclusión es inadecuada como método para la reforma del delincuente. Sus datos sobre «estadística vital» y «fertilidad del delincuente», repútanse igualmente de gran interés para fundamentar su teoría de la criminalidad. Finalmente, se destaca que el programa para el control del delito propugnado por Goring es consecuente con su ideario etiológico.

Con referencia a la técnica estadística, en el método de Goring es la base para el estudio del delincuente, reputando aquél que merced a aquéllas nos es posible construir nuestra apreciación sobre el ser humano en bases tan sólidas como las de las ciencias físicas; bien es verdad que, acto seguido, establece dos requisitos: que aceptemos la idea de que la distribución de los rasgos humanos no es fortuita, sino atemperada a la curva de Gauss-Laplace (he aquí un influjo de los conceptos de Quetelet, Galton y Pearson); y que cuantitativamente son susceptibles de comparación los delincuentes y los de vida honesta, esto último a su vez condicionado a los respectivos criterios de orden ético o legal. Refutando el parecer de Pearson, en lo que éste atribuía al delincuente una especie de reencarnación del pecado original, Goring argüía que no ha lugar a establecer una nítida distinción entre la inmoralidad del criminal y la moralidad del probo, por cuanto también este último perpetra transgresiones de índole normativa. En suma, como rasgo distintivo entre ambas conductas la delictiva y la antisocial, no hallaba Goring más que una diferencia gradual, llegando a aseverar que el delito difiere de otros hechos reprobables como antisociales en cuanto el primero, por su mayor gravedad, acarrea la declaración de responsabilidad y la penalidad consiguiente.

En cuanto a la diátesis criminosa, Goring no aceptaba el criterio con forme al cual los factores constitucionales no juegan su papel en la propensión al delito. Tal parecer venía sustentado por los siguientes supuestos: que la criminalidad viene determinada por la libre elección del humano entre el bien o el mal; por la idea de que el criminal no es un ser normal, y entonces habría de achacarse su conducta peculiar a producto de una enfermedad; o que la criminalidad es consecuencia de una educación mal dirigida. Resumen de todo ello en el ideario de Goring es que tanto los factores ambientes como los constitucionales son instrumentos causales de la delincuencia.

El estudio de las relaciones entre 37 rasgos físicos y 6 mentales de los

delinquentes condujo a Goring a rechazar las ideas de Lombroso y otros antropólogos en cuanto la existencia de estigmas específicos que caracterizan al criminal, aunque no por ello llegó el primero a deducir una ecuación entre el aspecto biológico de delinquentes y probos.

Igualmente repudió Goring las tesis de Ferri y de Lacassagne a propósito de que la génesis de la delincuencia radicaba en los factores sociales; estableciendo más bien un nexo entre ciertas clases de delitos y determinadas actividades profesionales; así por ejemplo, apreció una mayor delincuencia sexual y contra la propiedad —daños— entre los trabajadores agrícolas mineros y marineros; mientras asignaba gran papel en las enajenaciones fraudulentas a comerciantes y artesanos. Entre las clases sociales advirtió un predominio de delitos caracterizados por la violencia, robos y atracos, en las clases bajas, de los de índole sexual, entre los menesterosos; y de los de fraude en los de la clase media y alta. De todo ello llegó Goring a conclusión más resumida: la de que la pobreza jugaba un papel poco importante en la etiología de la delincuencia.

En cuanto al control de la misma, asignó un papel eficiente a las medidas legislativas, con tal de que las mismas estimasen en su debido valor en la «constitución, oportunidad y reproducción» del delito. Consideró como susceptible de modificar la tendencia hereditaria por medio de convenientes sistemas educativos; que la propensión o el incentivo al crimen podrían ser evitados mediante segregación y vigilancia del inadaptado; destacando la importancia de la debilidad mental, la epilepsia, la locura y el «instinto social defectuoso», como agentes productores del crimen.

Ni que decir tiene, como consigna el artículo, que, tras la publicación del «English Convict», se desató una gran controversia entre los partidarios de Goring, que atribuían a éste haber descargado un golpe mortal a la doctrina lombrosiana, y los contradictores del inglés, que por el contrario estimaron vindicada con su obra la tesis del llamado apóstol del positivismo. La primera tendencia se afirma que es la que hoy predomina en los Estados Unidos, entre los criminólogos; aunque parece ser que, «por una predisposición intelectual a rechazar las explicaciones biológicas de la criminalidad, ellos han sobreestimado dos aspectos del trabajo de Goring: uno la importancia dada también por él a los factores biológicos; otro, las deficiencias de «The English Convict» enervaron el criterio de que tal obra es una impugnación de la tesis lombrosiana».

REY (M. L.) «The first United Nations Congress on the Prevention of crime and the Treatment of Offenders» (El primer Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del delito y el Tratamiento de los delinquentes); págs. 526 a 538.

Trátase, en este artículo, de resumir los acuerdos y recomendaciones adoptadas por el Congreso aludido en sus sesiones celebradas, del 22 de agosto al 3 de septiembre de 1955, en el Palacio de las Naciones de Ginebra.

Tales acuerdos y recomendaciones comprenden, principalmente: un tipo

de normas mínimas para el tratamiento de los reclusos; selección y entrenamiento del personal encargado; instituciones abiertas de índole penal y correccional; el trabajo en las prisiones; prevención de la delincuencia juvenil.

Con referencia a esta última cuestión se destaca la previsión o implantación de un servicio de cooperación social y sanitaria, de asistencia a los padres empleando las aportaciones de los organismos encargados del diagnóstico, sin perjuicio del empleo de otras medidas preventivas, incluso indirectas.

Finalmente, otra resolución del Congreso referido expresó la confianza en que las Naciones Unidas dispensarían una asistencia técnica a los diversos Gobiernos, ya enviándoles expertos o fomentando la implantación de instituciones para el entrenamiento del personal, organización de seminarios y publicación de guías o manuales que sirvieran a la instrucción del personal referido.

MUELLER (Gerhard O. W.): «To the memory of Ernst Seelig»; páginas 539 a 545.

En este artículo, dedicado a la memoria del criminalista austriaco Ernesto Seelig, el Profesor Müller comienza destacando las dotes científicas que brillaron en aquél en todos los ramos científicos relacionados con la Criminología, principalmente en Derecho y Procedimiento penales, así como en la Criminalística (la «ciencia dedicada al estudio de los métodos encaminados al descubrimiento del delito y a la detención o identificación de los delincuentes»).

Recuérdase seguidamente que a la primera publicación de Seelig sobre la «apreciación judicial de la locura» («Die Pruefung der Zurechnungsfähigkeit Geisteskranker durch den Richter», Graz, 1920), apareció tres años más tarde «El Derecho penal sobre el Juego» (1923) colaborando en 1931 con Lenz en una aportación sobre biología y metodología criminológica titulada «Murderer», aumentando la fama de Seelig con una nueva edición modernizada de la obra de su célebre maestro Gross: «Manual de Criminalísticas» (Berlín, 1942-1944-1954). En 1949, también en colaboración, es a vez con Weindler, vió la luz su trabajo sobre «Die Typen der Kriminellen», y, en 1951, su obra principal: «Tratado de Criminología», libro que tuvo una segunda edición al siguiente año y que, traducido al francés, ha sido objeto de la mayor aceptación, sobre todo en los países de habla alemana.

En su ensayo sobre «Der Kriminologische Typus des Primitivreaktiven Verbrechers», demostró Seelig, como fruto de sus trabajos sobre el aspecto criminológico que más le sedujo, el de la clasificación de los tipos delincuentes con vistas a la prevención del crimen, la idoneidad de tal método como instrumento de diagnóstico para la más exacta apreciación de los hechos criminosos. El criminal «primitivo-reactivo» a que se contrae principalmente el estudio precitado de Seelig, es solamente uno de los «tipos» fundamentales en la clasificación establecida por aquél

la cual abarca los siguientes: el delincuente profesional (modalidad caracterizada por la fobia al trabajo: «work-shirker», en la terminología inglesa); el perpetrador, de delitos contra la propiedad por carencia de voluntad de absención, o represión); el delincuente brutal-agresivo; el delincuente sexual, también por falta de dicha aptitud restrictiva; el infractor ocasional; el ya citado «primitivo-reactivo; el delincuente solapado o afortunado» y el delincuente por falta de disciplina de convivencia.

Advierte el autor del artículo que, al calificar de biológica esa clasificación, no debe entenderse (la advertencia va sobre todo dirigida a los profesionales norteamericanos), no debe interpretarse como basada en un criterio de herencia biológica, sino precisamente por hallarse fundada o inspirada en un intento de absoluta comprensión del delincuente como ser vivo («bios»). Contiene pues la doctrina de Seelig aspectos de índole psicológica y pedagógica, incluyendo la profusa variedad de factores ecológicos o, si se quiere, no hereditarios. Los hay también de naturaleza psiquiátrica (con inclusión de la psicoanalítica), que a su vez abarcan factores hereditarios y que no lo son, sin poder omitirse fundamentos tomados de las recientes investigaciones acerca de la somática reversiva.

En cuanto al concepto de la responsabilidad, ya desde 1928, cuando tanto alemanes como austríacos peroraban sobre la adecuación del castigo a la responsabilidad, Seelig consideraba ésta como un valor negativo. El delito, en esta concepción es un evento psicofísico. Hay que distinguir entre responsabilidad y peligrosidad. El grado de peligrosidad del culpable llevará simplemente a una, modalidad en la proporción del castigo, por ello castigo y responsabilidad no precisan ser correlativamente evaluados. Todo esto para concluir con la tesis de que la responsabilidad del reo estriba en lo que éste es cuando la perpetración del hecho.

GEIS, Gilbert y TALLEY, Robert E.: «Cameras in the courtroom» (Cámaras fotográficas en las Salas de Audiencia); págs. 546 a 560.

Como bien advierten sus autores, el propósito de este artículo no es dirimir, en última instancia, la contienda que se dice existente —en Norteamérica por supuesto— entre reporteros gráficos por un lado, y por representantes de la curia, de otro.

Resumiendo, cual cumple al carácter de toda reseña, el problema al parecer viene planteado en términos tales que, los referidos reporteros invocan la Sexta Enmienda constitucional para sustentar su pretensión de libre acceso a las vistas, mientras los representantes del foro aducen el abuso en que suele incurrirse al ejercitar tal derecho.

En el artículo, sin más fin que el de situar la cuestión en sus más justos términos, se llega a formular la pregunta siguiente: ¿Cuál es en verdad el propósito que persiguen los reporteros gráficos o, mejor dicho, la prensa a cuyo servicio trabajan? La respuesta que se consigna es rotunda: «La Prensa, en general, se halla interesada por fotografías sensacionales de juicios de igual clase. La razón, vender periódicos: ésas son

las escenas por las que el público paga». Por ello se censura que los editores aleguen motivos «legitimados», pero no el efectivo.

Planteado en términos de preocupación democrática, el problema es delicado, pero insoluble. Para tal solución se estima que bastaría, por un lado, tener en cuenta la índole de prensa en la que han de ser difundidas las fotografías, el sector de público que ha de leer aquélla; y por otro, el criterio de arbitrio judicial sustentado, por ejemplo, en el artículo 680 de nuestro Enjuiciamiento criminal.

DIANA, Lewis: «The rights of juvenile delinquents: An Appraisal of juvenile courts procedure» (Los derechos de los delincuentes jóvenes: una evaluación del procedimiento en los Tribunales juveniles); páginas 561 a 569.

Con un evidente realismo, se comienza poniendo de relieve cómo, a consecuencia de la reacción experimentada ya hace tiempo contra el abuso del procedimiento ordinario en el enjuiciamiento de casos en que se hallaban envueltos menores, se ha desprovisto a éstos precisamente de esa garantía de los derechos individuales tan característica de los principios informadores de la mayoría de las legislaciones procesales, particularmente en este caso de la norteamericana.

Tras ello, se señalan en el artículo algunos inconvenientes o defectos del sistema «rehabilitativo» dispensado a los menores: la idea de que un determinado delito de que se acusa al menor es irrelevante en tal clase de tratamiento, también ha sido desechada; la mayoría de los tribunales juveniles aún no se hallan suficientemente dotados para afrontar problemas que no sean los inherentes a las infracciones legales; a pesar de cuantas proclamas dogmáticas se difundan en otro sentido, lo cierto es que los ideales de rehabilitación del menor pueden dar lugar, en la práctica, a un pronunciamiento de índole realmente punitiva; los actuales procedimientos de investigación basados en la idea de los «problemas de los menores», rebasa las posibilidades de toda prueba, entendida ésta en su acepción legal; el delincuente joven y su familia no siempre son informados de los derechos de índole procesal que les asisten legalmente; el Estado no tiene un derecho fundamental a establecer un control sobre quienes todavía no han perpetrado un delito (y no digamos del peligro que en este orden de cosas puede hacer surgir la moderna conquista «científica» sobre «predicción de conductas»!); una vez acusado un menor, queda sentado el prejuicio, en su contra, de su posible delincuencia; la admisión indiscriminada de toda clase de imputaciones, sobrecarga la tarea de los tribunales juveniles, haciéndoles, por fuerza de las cosas, recurrir al sistema de resoluciones estandarizadas.

No se trata, con toda esa serie de reparos, de negar todo avance en el camino de la «salvación» de los menores. Se trata de dejar bien sentado que toda interferencia en la libertad individual, de menores o adultos, ha de estar previamente determinada en la Ley; o, como dijo Tappan en su «Juvenile Delinquency» (New York, McGraw-Hill, 1949, página 205): «Cier-

tos pronunciamientos de los tribunales juveniles que pueden implicar, no sólo días, sino hasta meses, de reclusión; o una larga estancia en un correccional, no producirían alarma en los propósitos «benéficos del Estado», con tal de que fuesen procesos «judiciales».

SWANSON, Warren L., y EICHMEIER, Roger: «Lie-detector tests and «freedom of will» in Germany» (El empleo del detector de mentiras y el «libre arbitrio» en Alemania); págs. 570 a 574.

Aunque bajo la dirección de los profesores precedentemente epigrafados, este artículo aparece suscrito por Henry J. Kaganiec, miembro de la Oficina de Publicaciones de la Northwestern University School of Law.

El tema viene motivado por los siguientes antecedentes: Un contable empleado en una empresa alemana fué denunciado de haber cometido un desfalco por valor de 5.760 marcos. Negó las imputaciones el empleado y, para acreditar su inocencia, sugirió ser sometido al detector de mentiras que, suministrado por las fuerzas americanas de ocupación, le fué aplicado, siendo la consecuencia al parecer favorables a la acusación.

Apelada la sentencia declaratoria de responsabilidad, el Bundesgerichtshof, el más alto Tribunal de la Alemania Occidental, resolvió que, conforme a los principios fundamentales del Derecho penal alemán, estaba prohibido el empleo de tal detector, por cuanto menguaba la libertad del acusado para poder adoptar una decisión y actuar según su propia voluntad.

Sobre el caso expuesto, prosigue el artículo glosando los principios constitucionales de la expresada zona de Alemania, y llega, a modo de conclusiones, a recoger la tesis adversa al pronunciamiento precedentemente transcrito, por la sola razón de reputar a éste basado «en una ideología liberal en descrédito, que pugna con la realidad de las presentes necesidades». Por otra parte, las autoridades que acatan la decisión del Tribunal Supremo califican a éste como la salvaguarda de los conceptos ideológicos de un Estado constitucional (Costa: «Die Verwendung des Lugendektors im Strafverfahren», en la publicación «Kriminalistik», número 8, 1954, páginas 177-178). A su vez, algunos letrados, partidarios de los métodos de la Criminología moderna, rechazan aquella decisión achacándola se interfiere en la búsqueda de la verdad; «mientras defiende el libre albedrío y la personalidad del acusado, lo hace a trueque de un mayor riesgo de sentencias injustas, bien condenatorias, ya absolutorias».

Termina el articulista comentando que esas últimas opiniones no conjugan los conceptos de dignidad humana y democracia y que, en definitiva, al encontrarse el Tribunal ante tales dilemas, entre la alternativa de poder afectar al derecho a castigar los delitos o de abrir la puerta a posibles infracciones de la libertad personal, evidentemente optó por el mal menor.

BURTNER, F. A.: «America's last legal burning at tre stake». (Último vestigio americano legal de la muerte en hoguera); pág. 580.

Al parecer, tomados de antiguos registros del Estado de Carolina del Sur, contiene este artículo algunos datos relativos a la ejecución de un negro por el método antes citado, hecho que, según también se asevera por el autor, fué determinante de que la Legislatura de dicho Estado de la Unión introdujese, en el «código para los esclavos», la siguiente enmienda: «Convicto un esclavo, o persona libre, de color, de un delito capital, la pena será de horca y no de otra clase».

Se trae a colación este triste precedente comentando la infrecuencia, en los tiempos modernos, de la aplicación de la pena de hoguera, pero para demostrar al propio tiempo que aún permanecían sin derogar disposiciones que la admitían. La ejecución del negro referido tuvo lugar, según se dice consta en los «Penal System Papers» (Archivos de Columbia, South Carolina), hacia el 22 de noviembre de 1825, y fué debida a sentencia dictada, a título de ejemplaridad, en un caso de violación con asesinato. La subsiguiente enmienda legislativa se introdujo en 1833.

JOSÉ SÁNCHEZ OSÉS

I T A L I A

Archivio Penale

Fascículo III-IV. Marzo-abril, 1957.

PANTALEO GABRIELLI, Francesco, profesor de la Universidad de Roma: «L'Orientamento moderno del concetti di autore dell'infrazione e di partecipazione all'infrazione»; págs. 89 a 103.

Comienza el autor haciendo un examen de la doctrina italiana sobre la materia en la actualidad, de la que se ha ocupado en numerosas monografías del concurso eventual de varias personas en la infracción, pero no ha profundizado suficientemente en la noción de «autor» de la misma, no en el sentido naturalístico-criminológico, en el que se encuentra la copiosa elaboración de la Escuela positiva, desde Lombroso a Grispigni, sino desde el punto de vista normativo, cuyo concepto ha de recogerse de la norma jurídico-penal.

Estima que el concepto normativo del autor del delito depende del que se establezca de la acción criminosa, y, como consecuencia, pasa a hacer un detenido examen del concepto de acción considerándola, bien desde el punto de vista de su valor causal, bien desde el de la tipicidad.

Llega a la conclusión de que si se parte de un concepto causal de la acción humana obtendremos una concepción extensiva del de autor de la infracción; mas, si por el contrario, aceptamos los resultados de considerar a la acción desde el punto de vista de la tipicidad llegaremos a un concepto restrictivo de la autoría.

Seguidamente pasa a examinar las consecuencias de su posición y afirma que la concepción de autor de la infracción condiciona la naturaleza de las normas relativas al concurso de delinquentes y la de este mismo concurso.

Son objeto de detenido estudio los problemas que plantea el proceso de subjetivación del Derecho penal en relación con la teoría de «voluntad de autor» y sus repercusiones en la doctrina científica italiana y alemana y en los respectivos derechos positivos de ambos países.

En derecho italiano, como se desprende, tanto de la doctrina científica como de la jurisprudencia, piensa el autor que puede afirmarse, siguiendo a Bettiol, que es autor «el que realiza culposamente con su conducta un hecho previsto como delito por una ley incriminadora y determina la lesión, efectiva o potencial, de un bien tutelado».

De este concepto deduce el de partícipe, diciendo que es «aquel que concurre en la ejecución de un delito, desplegando una actividad lógicamente distinta de la del autor, en cuanto cae bajo el ámbito de una norma que tiene carácter extensivo sobre la participación».

En resumen: se trata de un denso y profundo estudio del que indudablemente pueden saquearse importantes consecuencias.

CARAVELLI, Luigi: «*Jus singulare a Trieste*»; págs. 104 a 174.

En este artículo se estudia, desde el punto de vista del Derecho internacional, la especial situación jurídica de la ciudad de Trieste desde la ocupación militar anglo-americana, que duró diez años, hasta la actual Ordenanza de 17 de octubre de 1955, examinando detenidamente los diferentes problemas de naturaleza jurídica a que han dado lugar los distintos cambios de situaciones, tanto por aplicación del derecho interno como del internacional, problemas éstos que han contribuido, al tratar de solucionarlos, a una profunda elaboración doctrinal y jurisprudencial.

KOSTORIS, Dott. Sergio: «*Contributo allo studio del problema della colpa nell'omicidio colposo*»; págs. 175 a 198.

Estudia el autor en este trabajo el problema de la culpa, especialmente, con relación al delito de homicidio y desde el punto de vista de la responsabilidad. De aquí, las dos partes en que lo divide: «La culpa y el homicidio culposo» y «El problema de la responsabilidad».

Comienza la primera parte con un estudio histórico de la culpa penal, afirmando que se corre el peligro de confundir conceptos diferentes, a lo que conduce una equivocada interpretación de la «Lex Aquilia», debida a un mal entendido homenaje a la tradición romanística; pues el instituto moderno de la culpa penal no tiene nada en común con el de la culpa extracontractual o aquiliana. La equivocación, según el autor, surgió y persiste, por hablarse en ambos casos de culpa sólo en relación a un determinado móvil psicológico (culpa o dolo), mientras sería más conveniente distinguir el concepto de culpa en sentido lato penal, que indica el elemento psicológico genérico preciso para poder hablar de la existencia de cual-

quier delito, del concepto de culpa extracontractual que, aunque indiferentemente referido al dolo o a la culpa propia, siempre indica el elemento psicológico que ha animado el hecho causante de daño civil.

Sigue haciendo un examen de la culpa penal en relación a los distintos delitos, para detenerse en el estudio del homicidio culposo y de las principales teorías formuladas sobre la culpa, dedicando especial atención a la de la previsibilidad y a la de la causalidad eficiente.

En la segunda parte, que titula «El problema de la responsabilidad», se ocupa de cuestiones tan interesantes como las siguientes: el problema de la responsabilidad, fundamento absoluto y principio positivo del Derecho, la doctrina de la culpabilidad en la Ley y justificación de la punibilidad de los delitos culposos.

Se trata de un artículo especialmente referido al Derecho positivo italiano, pero cuya parte doctrinal es de gran interés y actualidad.

C. C. H.

PAISES NORDICOS

Nordisk Kriminalistik Arsbok

(“Yearbook of the Northern Association of Criminalists”)

Estocolmo, 1957

Comienza esta publicación de los Criminalistas Nórdicos con un artículo necrológico motivado por la pérdida del Profesor de Sociología de la Universidad de Helsingfors, VELI VERKKO, cuyo óbito ocurrió en 6 de abril de 1955.

Nacido en la propia capital donde luego había de desempeñar su Cátedra el año 1893, ingresa en la Facultad el 1911, doctorándose en 1932 con una tesis sobre «La determinación del cauce evolutivo y del grado de criminalidad en los atentados contra la vida o integridad personal». (Emplea el texto el término inglés «assault», que, dada la orientación a que se consagraba la tesis de referencia, no puede interpretarse como «violación» —indecent assault—, sino referido, por ejemplo, a las lesiones.)

Adscrito inicialmente a la Sección de Estadística del Ministerio de Justicia (1918), llegó el Profesor Verkko a estar al frente de dicha función al organizarse la misma en 1940 como Sección judicial de la Oficina de Estadística Central. En 1948 fué designado Profesor de Sociología en la Universidad de Helsingfors, lo que no le impidió seguirse dedicando a la especialidad antes mencionada hasta 1952.

Caracterizóse el Profesor Verkko como investigador y, además de la tesis doctoral anteriormente citada, publicó, entre otros, los siguientes trabajos: «Influencia de los factores biológicos en los delitos —igualmente referidos— contra la vida o la integridad de las personas», una «Segunda parte de su repetida Tesis», «Influjo en los delitos caracterizados

por el empleo de la violencia de los caracteres étnicos del culpable», relación entre «La Legislación penal de control del Alcoholismo y la delincuencia», «Una investigación de índole estadística», «La vida de nuestro semejante y la propia», y «Una Investigación socio-patológica del pueblo finés».

Más concretamente, puede decirse que la vida profesional del Profesor Verkko se consagró a la Estadística penal circunscrita a Finlandia, trabajos en todo el mundo reputados como los más completos de los de su clase y que comenzaron a publicarse en 1927, divididos en tres partes, y comprensivos de cuantos datos de interés puede proporcionar la investigación policial, sobre la personalidad de los procesados y acerca de los penados. Ulteriormente complementó tales aportaciones con todo género de detalles, merced a los cuales hoy es posible hacerse cargo adecuado de los particulares relativos a la actividad profesional de los delincuentes, su domicilio, nacionalidad, sexo predominante, estado civil, situación económica, religión, educación e instrucción; también acerca de los problemas que la reincidencia plantea y el influjo del alcoholismo en la criminalidad, tiempo y lugar de la comisión de los delitos, idoneidad de las penas o medidas impuestas a los transgresores; siendo en suma digno de destacarse que en los últimos años la reincidencia ha podido ser estudiada a la luz ofrecida por el que ya ha venido designándose «método de Köbner».

Al profesor Verkko debe Finlandia su actual estado de gran desarrollo en la Estadística Penal, si bien no limitó sus investigaciones sobre el particular a sólo los datos suministrados en dicho país, toda vez que sus trabajos persiguieron poder llegar a conclusiones de índole comparada, al menos en lo atinente a los Países escandinavos, y aun así, como un paso hacia conclusiones en ámbito más ampliado en el orden internacional, sobre el que pudiera descansar una nueva política penal sagaz y sólidamente fundada.

En el campo de la etiología delictiva, que tantas veces atrajo al Profesor Verkko, puso especial atención en lo relativo al alcoholismo, cual puede el lector deducir de sus publicaciones precedentemente anotadas, sustentando el criterio de que dicho factor era el principal determinante de la mayoría de los delitos «violentos»; bien es verdad que encontrando en ello fuerte oposición entre los más conspicuos profesionales de la Criminología.

Finalmente, el Profesor Verkko fué un entusiasta de la colaboración entre los Criminalistas nórdicos, como lo revela su incesante intervención en los trabajos de la Asociación editora de la publicación que aquí se reseña, figurando, desde 1937 a 1951 como miembro de la Junta directiva del «Yearbook», y el haber sido durante muchos años Secretario de la Asociación de Criminalistas fineses.

* * *

Lo que prosigue son los resúmenes de los trabajos emprendidos, durante el año mil novecientos cincuenta y cinco, por las aludidas Asociaciones de Criminalistas fineses, suecos, daneses y noruegos.

HOLMSTROM, Rafel: «Importancia de la disciplina en la formación del ciudadano probo» (The Significance of the Strict Discipline in Educating the Individual to Become an Efficient Member of Society).

Comienza el doctor Holmström inquiriendo las causas de la actual carencia de disciplina en la juventud, invocando al respecto indicios apercibidos por diferentes modos en la vida moderna: la admiración con que se trata de aureolar la idea de libertad, el deso de aludir las restricciones. Admite que un sistema educativo inspirado en las ideas de Rousseau podrá dar resultados satisfactorios siempre que el educador mantenga su autoridad y dirija verdaderamente al joven de modo que logre compenetrar a éste en el verdadero significado de la educación que brinda la naturaleza, y con tal de que, también, cada uno se someta sistemáticamente a los efectos de los mecanismos naturales. Más, si por piedad, —añade— o por un exceso de debilidad, los educadores se proponen atenuar las consecuencias naturales de cualquier acto, y ello hasta el punto de eludir todo castigo procedente, o aunque sea atenuarlo, entonces serán aquéllos los verdaderos «creadores de salvajes indisciplinados». En todo caso, ha de propugnarse la disciplina como fin de la educación, y no como mero medio educativo.

Prosigue manifestando que se ha exagerado en demasía el inconveniente del castigo: la pena purgada pueda producir un efecto «liberador», mientras que el eludirla, el no aplicarla, crea, sin duda un sentimiento en el sujeto de persistente deuda moral. En el ámbito de la educación no ha olvidarse nunca que se ha de renunciar absolutamente a la «sumisión ciega» (cosa completamente distinta a la verdadera disciplina), y acordarse por el contrario que la sagacidad del educador consiste en imprimir en el ánimo del pequeño la razón de la necesidad del encauzamiento de su voluntad, en hacerle comprender que dejando obrar la voluntad de su director, es como mejor logrará servir a sus verdaderos intereses personales.

El educador, a su vez ha de ser el verdadero ejemplo: há de estar capacitado para apreciar y comprender las cosas desde el punto de vista del mismo educando a su tutela sometido, y ello sin enervarse, manteniendo la sangre fría y la moderación ecuánime. Por otra parte (y es gran pena que hoy día esto no se destaque como merece), cuanto más confiado y seguro sea el ambiente familiar y social en que el niño viva, más posibilidades se lograrán también de hacerle adoptar en su adolescencia y vida madura una vida razonablemente disciplinada.

Plantea luego Holmström la pregunta de si hoy día contempla verdaderamente la juventud buenos ejemplos; pregunta a la que acto seguido se contesta él mismo en sentido de que, desgraciadamente, nosotros, las generaciones de adultos actuales no estamos, ni mucho menos, a la altura de nuestras obligaciones («cómo vamos a entusiasmar, a sublimizar, a nuestra juventud si no somos capaces de proporcionarles ni una ínfima dosis de entusiasmo!»). Brindar a la juventud valores permanentes es una tarea, en esta época de «indigencia espiritual» («cuánto encierra esta frase!), una tarea que exige mucho altruismo, grandes capacidades, y hasta una inventiva rayana en el genio, difícil de cultivar (que no todo en éste última es innato) en una era que nos aturde por su materialidad y dina-

mismo. Por ello la sociedad debe despertar de su indiferencia hacia estos problemas capitales y hacer que por lo menos los verdaderos educadores puedan liberarse de los apremios o necesidades materialistas para, con vocación sincera, poderlos consagrar en su trabajo a los que han de ir integrando las generaciones sucesivas; no lograrlo, sería proclamar la esterilidad de la presente.

Finalmente, el doctor Holmström deja sentado bien claramente que no debe confundirse la verdadera disciplina con el «temor servil» que es el que se logra con el temor o la amenaza: la disciplina impuesta desde fuera --concluye el autor--, la amenaza de un castigo o de una pena, pueden llegar a desaparecer; lo que nunca desaparece es el sentido íntimo del deber que induce al individuo a conformarse libremente a las leyes sociales.

Brynolf Honkasalo, corrobora que en la propia vida cotidiana pueden apreciarse multitud de ejemplos probatorios de las tristes secuelas de la educación sin disciplina, y no logra explicarse cómo contemplando ejemplos tales pueda, no apreciarse más que aspectos negativos en la disciplina impuesta por el educador. Repudia por ello, abiertamente, como infundadas y científicas osadías perniciosas que son, las declaraciones de determinados pseudopsicólogos y pseudopsiquiatras snobistas, para quienes toda clase de disciplina, aun la espiritual, constituyen un mal «creador de complejos y trastornos psíquicos!». Empero, con pronóstico optimista, afirma Honkasalo que, pese a todos estos atrevidos absurdos, triunfará en definitiva el convencimiento secular que atribuye a la disciplina auténtica la importancia que entraña, sin que ello obste la variación de métodos y el perfeccionamiento de los mismos conforme se vaya logrando un mayor conocimiento y también sincero del alma humana y de los resortes que la influyen.

El Profesor Bruno A. Salmiala subraya la importancia que reviste el que la sociedad se preocupe de la delincuencia juvenil, estudiando sus proporciones y sus tendencias, para lo que califica de reveladora la estadística penal. Considera que la juventud actual, en contra de lo que se opina y se deplora, no es peor que la de generaciones precedentes, pues, afirma que el número de penados de edad inferior a veintidós años, entre los de 1940 a 1950, no es superior, exceptuando la etapa de la guerra al decenio 1920-30. Sin embargo, no puede por menos de reconocer que «en estos últimos años», se advierte «un recrudescimiento».

Añade que la criminalidad juvenil es un síntoma que debe alarmar a toda sociedad, desde el hogar familiar, hasta los más altos Organismos estatales. Que a efectos de educación de la juventud, no se deben sacrificar, en aras de criterios psicológicos modernos, hipotéticos, verdades empíricas consagradas por el transcurso del tiempo.

Valentín Soine, Director de Prisiones, pone de evidencia cómo se ha tornado difícil la educación en el hogar, a causa de la escasez de viviendas, el abigarramiento de personas en locales habitables, circunstancias en suma determinantes de que la infancia y juventud transcurra su horas de asueto en lugares públicos, principalmente tratándose de ciudades.

Otro Director de Prisiones, el de Suecia, Enar Lundborg, afirma que no es la obediencia automática, la falta de iniciativa o de independencia, o el

hábito de doblar la cerviz, lo que hacen al ciudadano útil a la sociedad. Que es más importante erigir sobre la confianza y el respeto mutuo todo sistema educativo: hacer que el educador descienda del pedestal y se dirija al educando francamente y con honestidad. Esto es más importante que la disciplina, sin olvidar el papel imprescindible del ambiente familiar.

**IVAR STRAHAL: «Social defence. The latest development in criminal law»
(La defensa social. El último adelanto en Derecho penal).**

Tras exponer la evolución de dicho Derecho en el transcurso de los siglos XIX y XX, advierte que la postguerra reciente ha visto nacer el movimiento de la defensa social, opuesto quizá y sobre todo a las ideas de la escuela positiva. Como órgano de esa nueva tendencia cita la Sociedad Internacional de Defensa Social, que cuenta con su correspondiente publicación periódica.

Cual la escuela positiva, prosigue, este nuevo movimiento parte del criterio conforme al cual el objeto del Derecho penal, el único objeto, es la prevención del delito. Se excluye toda posible apreciación de la pena como función expiatoria; trátase simplemente de adoptar medidas de prevención. A entender de Strahal, por protección social no ha de interpretarse una actitud de la sociedad defendiéndose contra el crimen o los criminales; ello sería una antinomia, pues los criminales forman parte de la sociedad, compuesta de seres humanos. La misión de la justicia social penal ha de ser la protección de todos los miembros de la sociedad contra el delito, en la acepción más lata de los conceptos; protegerles no solamente contra el riesgo de ser víctimas, sino también contra el peligro de incidir en el delito. Tiene la sociedad el deber de proteger a sus miembros frente al crimen, tanto a los que lo cometen como a los que lo sufren.

Concebida así la finalidad de la justicia penal, ha de ser ésta incluida en el cuadro de las otras actividades que ejerce la Autoridad pública; se convierte aquélla en un medio, uno de tantos como la sociedad dispone para reducir la delincuencia.

De tal concepción infiere al propio tiempo la conclusión de que el legislador no debe mostrarse ávido de «criminalizar» ciertos hechos, convirtiendo en tal modo a los que los perpetran en delincuencia; pues puede darse el caso de que tales sujetos sean, en otros aspectos, buenos cumplidores de sus deberes.

Otro aspecto importante en la defensa social es el del respeto hacia el humano. Dice que no ha de olvidarse que la escuela clásica, cualesquiera fuesen sus defectos, tuvo la gran virtud de levantar una barrera frente a lo arbitrario, entonces reinante en toda Europa: el principio «nullum crimen, nulla poena sine lege», fué una victoria, muy duramente lograda y a la que es preciso no atentar.

Por otra parte, el movimiento de defensa social se asienta en la tradición cristiana; impregnada del ideal de amor y caridad. De otro modo no podremos exigir a los delincuentes una conducta irreprochable.

El movimiento se abstiene de adoptar postura en la lucha mantenida por el determinismo contra el indeterminismo: se trata simplemente de

apreciar si existe en el corazón humano sentimiento de responsabilidad, básico para orientar en buena dirección la conducta. Se trata de lograr que el ser humano disponga en alto grado de facultades para realizar una selección: en el momento de ésta los conceptos que aquél tenga acerca del bien y del mal son los que han de jugar su papel y, por ello, es de la mayor importancia que las nociones morales penetren en los espíritus e influyan en tal modo sobre los actos. Pero sin que de esto se saque forzadamente la conclusión de que los que obran mal han de experimentar un sufrimiento: noción ésta de pena expiatoria bien primitiva.

Aunque los postulados de la escuela clásica hayan tenido que ir cediendo con el tiempo, subsisten empero en muchos aspectos. Habla luego en particular de las penas de duración indeterminada previstas en el Derecho sueco para los adultos: la detención preventiva y el internamiento de seguridad. Creó con ello legislador dos categorías de delinquentes, los peligrosos que no son por completo normales, y los reincidentes, peligrosos también, pero no anormales. Explica seguidamente cómo, al aplicar a la realidad tal distinción, se pudo apreciar que esa última clase no existía; de ahí que la detención preventiva no se aplique de hecho a quienes se pensó iba a servir. A efectos de la detención de seguridad, tratóse de utilizar los criterios basados en los delinquentes cuyo estado mental se aparta de la normalidad, peligro que aquéllos pudieran entrafñar para las personas y bienes ajenos, o insensibilidad a la pena. Mas tampoco se ha podido hacer uso de criterios tales.

Y es que se pensó que, a raíz de dictarse la sentencia, podría ser objeto el culpable de una clasificación análoga a la que los médicos suelen establecer con sus pacientes. Pero hay una diferencia entre el diagnóstico y el acto por el que un tribunal cataloga a un reo conforme a métodos legalmente preestablecidos: el factor decisivo estriba en la convicción para el juzgador de que el tratamiento que entrafña la asignación, por ejemplo, a la detención de seguridad, conviene efectivamente en el caso concreto.

Considera el autor por todo ello que ha de renunciarse a determinar en la legislación (la cual debe aprovechar también las experiencias) categorías determinadas de delinquentes; lo que importa es que el Tribunal pueda apreciar la virtualidad de los medios de que efectivamente puede hacer uso para el tratamiento del inculgado ante aquél presente, lo que no puede hacerse sin un conocimiento serio y completo de su personalidad y posibilidades. Por eso el examen del procesado se ha convertido en una fase necesaria del proceso penal; mas, como quiera que dicho examen pueda acarrear perjuicios, cuando menos por el prejuicio social inevitable, propugna el autor que el mismo no se practique hasta que haya un convencimiento absoluto de su culpabilidad. Considera que el proceso debe dividirse en dos etapas: 1.ª, la de instrucción y juicio; 2.ª, de pronunciamiento de la condena o medida de seguridad.

El doctor Hans Thornstedt manifiesta a continuación que todo programa social o criminológico debe estar basado en ciertas evaluaciones morales o ideológicas; y, añadiendo que no comprende la desconfianza que a veces algunos muestran hacia las doctrinas metafísicas, concluye advirtiendo que lo importante es tener el coraje suficiente para, reconociendo que un mé-

todo determinado satisface las propias aspiraciones afectivas y responde al adecuado discernimiento entre el bien y el mal, decidirse entonces por el empleo del método en cuestión, rehuendo prejuicios, que no son por cierto privativos de un particular ideario.

Después, la señora Inkeri Anttila, doctora de Helsingfors, aduce su opinión propicia a que se muestre tanta preocupación hacia las medidas «pre-delictuales», como por las subsiguientes a la condena y, ya concretamente refiriéndose a esta última fase, indica que no considera muy ajustado al principio «nulla poena sine lege» el anteriormente manifestado como propio del movimiento de «defensa social», particularmente en cuanto admite al parecer la efectiva indeterminación de la pena o medida de seguridad. Por ello, acaso sería mejor intentar llevar a la ley una serie, lo más detallada posible y diferenciada, de tales penas o medidas, para que, ateniéndose luego a ellas los tribunales, no quedare quebrantado el principio de legalidad que también antes se consignó y fué calificado como una victoria que era preciso mantener a todo trance.

El profesor Knud Waaben, de Copenhague, que al elaborar un programa de la índole referenciada era muy útil no prescindir de la idea, ya enunciada en los tiempos de la Unión Internacional de Derecho penal, en orden a la posibilidad de tenerse que apartar brusca y totalmente del sistema de sanciones hasta ahora conocidas. Terminó aconsejando que las reformas se aborden de modo gradual y paulatino, ateniéndose a comprobaciones fundadas de la debida clasificación de delincuentes.

LARS L'ABEE LUND: «The stealing of motor-cars» (Las llamadas sustracciones de vehículos automóviles).

Corre el planteamiento de este tema principalmente a cargo del expresado señor Lund, Inspector de Policía en Oslo, quien comenzó afirmando que el hurto de automóviles viene siendo una constante preocupación de dichos funcionarios en los últimos veinte años, prosiguiendo en la actualidad su incremento.

Tras invocar el artículo 260 del Código penal noruego, a cuyo tenor estará sujeto a sanción «todo el que utilice un automóvil o motocicleta, o disponga de ellos ilegalmente, o sea, sin el consentimiento del poseedor»; prosigue el señor Lund afirmando que la mayoría de esta clase culpables son de edades comprendidas entre los 16 y 20 años, y concluye proponiendo, como método preferible, el establecimiento de una medida de arresto de corta duración, no superior a una semana, periodo en el que habría de procederse a la instrucción y, comprobada la culpabilidad, un internamiento por dos meses, que, a su vez, debería emplearse en llevar a cabo las comprobaciones precisas para discernir adecuadamente la sanción penal definitiva, pudiendo tener lugar el internamiento referido en una prisión-escuela.

Posteriormente intervino sobre el particular el Magistrado del Tribunal Supremo de Noruega, señor Gundersen, para advertir que el principal peligro ofrecido por los aludidos delincuentes estribaba en el aumento de accidentes de la circulación.

El Letrado Leif S. Rode, se opuso en principio a las propuestas del señor Lund, por considerar todavía insuficiente el estudio realizado sobre las sustracciones de vehículos, reputando, además, que el arresto como medida no haría más que empeorar el mal.

KARL O. CHRISTIANSEN: «Short-term unconditional punishments involving deprivation of liberty» (Penas privativas de libertad, de corta duración e incondicionales).

Se trata de un informe relativo a los delincuentes condenados a penas de corta duración, comenzando el articulista por manifestar a tal propósito que los métodos empleados para la sanción de esta categoría de delincuentes no han experimentado todavía los efectos del progreso ya realizado en política criminal en lo que va del siglo, echando, sobre todo, de menos no se les dispense un tratamiento psicológico de readaptación social; situación que deja, pues, mucho que desear pensando en el aprovechamiento del tiempo de que aquéllos disponen.

Se consigna después que es muy elevado el número de condenados a penas privativas de libertad, de corta duración e incondicionales y, con la mira puesta en la fase de readaptación social del reo, se concluye con la advertencia de que tal tarea ha de confiarse a personas que tengan al efecto una preparación sólida y adecuada, que tengan ante todo una gran experiencia en el arte de tratar a los semejantes.

El doctor Georg K. Stürup insistió en la posibilidad de dispensar un tratamiento correccional científico a los delincuentes que cumplieran reclusión, de duración corta, tratamiento del que estimaba era muy preciso para la mayor parte de aquéllos. Expone que cualquier método apto para «frenar el mecanismo habitual de las reacciones de un delincuente, entrafña, ineludiblemente, el riesgo de frenar también cualquier otra clase de reacciones; esto último se hace constar en relación con uno de los criterios aducidos y en cuya tesis el cortar las expansiones morbosas de un delincuente pudiera acarrear un giro de esos impulsos hacia el propio sujeto, determinando su suicidio. Concluye el doctor Stürup expresando su parecer de que dispensar un tratamiento institucional sin ayudar simultáneamente al paciente a que halle un medio, aceptable social y personalmente, de liberarse de su tensión interior, sería cosa aventurada por el riesgo apuntado.

El señor Halvorsen, Director general de Prisiones, de Oslo, advierte que en Noruega el problema de las penas de corta duración es completamente distinto al de Dinamarca, toda vez que las mismas se imponen en su casi totalidad, con un marcado carácter, por tanto, de prevención general, a los conductores de vehículos convictos de alcoholismo.

Para el doctor Jan Sachs hay otras medidas, que no sólo las penas, con efectos de prevención general, e indica que si se preconiza la condena condicional, ello no obedece en el fondo más que a la realidad de la escasa eficacia lograda con las penas privativas de libertad en orden a la enmienda individual; propugna se compense la privación referida con otros

tratamientos semejantes a los que se hubiesen dispensado a un sujeto en libertad.

El profesor Ivar Agge, de Estocolmo, sugiere el empleo de un método mixto de privación de libertad y condena condicional, a base de que, mientras la reclusión se opere, se aproveche ésta con miras al estudio del delincuente y a la selección del tratamiento que resulte más idóneo para el caso concreto.

J. S. O.

V E N E Z U E L A

Revista de la Facultad de Derecho

Universidad Central de Venezuela. Caracas.

Número 12. 1957.

De los cuatro artículos que constituyen la sección doctrinal de este número, sólo uno, el primero, trata de materia penal. Es el de:

ARDILA BUSTAMANTE. Dr. Hugo: «El delito de concusión».

El autor señala como elementos de este delito el ánimo de lucro, la coacción moral, como medio de lograr el provecho injusto, y la condición de funcionario público del sujeto activo, y ve que su naturaleza es distinta según se delimita en las diversas legislaciones.

Tal como se tipifica en el Código Penal Venezolano se diferencia del de exacciones legales de otras legislaciones, en que éste es menos grave y no exige el ánimo de lucro, y con el de cohecho o corrupción de funcionarios públicos, en que en la concusión hay un solo sujeto activo, el funcionario público, que constriñe, mientras son dos en el de cohecho, el funcionario corrompido y el particular corruptor, sea cualquiera el que ha tomado la iniciativa. Si el funcionario recibe dádivas por la realización de un acto que compete a otro será un sicofante o vendedor de humo y será defraudación el delito por él cometido.

Después el trabajo se dirige a determinar el concepto de funcionario público a efectos penales, por tener el Código Penal Venezolano una fórmula descriptiva poco afortunada, con la imprecisión de referir la extensa descripción, al desempeño de «funciones públicas», distinguiendo con Maggiore entre funcionario y empleado y creyendo con él que hay funcionarios públicos que son empleados, otros que no lo son, y empleados públicos que no son funcionarios, excluyendo a estos últimos como sujetos activos de la conclusión. Luego estudia la intimidación o constreñimiento que ha de ser fuerza moral derivada de la condición de funcionario del que la emplea. Termina con unas conclusiones o resumen de su trabajo.

Tiene, además, este número de la Revista las acostumbradas secciones de Legislación nacional y extranjera, estudios e información, colaboración estudiantil, jurisprudencia y bibliografía, en la que no abunda la materia penal.

D. T. C.

NOTICIARIO

IN MEMORIAM: W. MITTERMAIER Y V. MANZINI

Casi coetáneamente acaban de desaparecer quizá las dos figuras más señeras del clasicismo penal en Alemania e Italia: Wolfgang Mittermaier y Vincenzo Manzini. Cargados de años y de gloria, ambos maestros de varias generaciones de penalistas y extranjeros, ya jubilados desde hace tiempo, venían aún prodigando sus enseñanzas, dejando en pos de sus nombres no solamente una obra copiosísima, sobradamente conocida de todos los cultivadores del Derecho penal, sino una pléyade de discípulos que siguen siendo honra de las Cátedras y Tribunales de sus respectivos países. Valgan, por Mittermaier, los nombres de Von Hentig y Carl Engisch, y por Manzini los de Bettiol, Penrain... por no citar todos los de Italia, ya que raro será el penalista actual que no haya aprendido en la obra ingente del patriarca de la ciencia penal italiana. En España, donde tanto Mittermaier como Manzini eran desde hace mucho tiempo conocidos y admirados. El ANUARIO se asocia al duelo de sus colegas alemanes e italianos.

INDICE GENERAL

Fascículo II

Página

SECCION DOCTRINAL

Las relaciones entre el Poder legislativo y el judicial y las infracciones a la Constitución de 1812 (en torno al caso Fitzgerald), por VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN	265
La evolución del Derecho penal moderno («contra corriente»), por ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS	283
La cuadrilla como unidad delincuente en el vigente Código penal español, por FRANCISCO FELIPE OLESA MUÑIDO	299

SECCION LEGISLATIVA

El delito de desobediencia al Gobierno, por JOSÉ M. ^a MARTÍNEZ VAL ...	325
El Anteproyecto de Código de Protección, por JOSÉ SÁNCHEZ OSÉS.	329
VENEZUELA: Modificaciones al Estatuto—actual ley—de Vagos y Maleantes, por JOAQUÍN BASTERO ARCHANCO	336
ESPAÑA: Ley de 8 de junio de 1957 de reforma de la de Enjuiciamiento Criminal, estableciendo un procedimiento de urgencia para la represión de ciertos delitos, por JOAQUÍN BASTERO ARCHANCO ...	338

SECCION DE JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia penal correspondiente al segundo cuatrimestre de 1956, por JOSÉ M. ^a GONZÁLEZ SERRANO	351
--	-----

CRONICAS EXTRANJERAS

Contribución al estudio de la cupabilidad como concepto jurídico, por CARLOS A. AROCH MORTON	369
---	-----

REVISTA DE LIBROS

BROWN, Edmund G. ; MARTIN, Thomas L. ; ROBINSON, Harold G., y BETTL, Ronald H. : «Crime in California», por <i>José Sánchez Osés.</i>	389
FERNÁNDEZ MONTES, Marcial : «Estructuras de responsabilidad puni- ble», por <i>Antonio Quintano Ripollés</i>	390
GILES, F. T. : «El Derecho penal inglés y su procedimiento», por <i>Cé- sar Camargo Hernández</i>	391
JESCHECK, Hans-Heinrich : «Das Menschenbild unserer Zeit und die strafrechtsreform», por <i>Antonio Quintano Ripollés</i>	393
MANNHEIM, Hermann ; WILKINS, Leslie T. : «Prediction methods in relation to Borstal training», por <i>Antonio Quintano Ripollés</i> ...	394
PEREDA, S. I., P. Julián : «El <i>iter criminis</i> en Covarrubias», por <i>An- tonio Quintano Ripollés</i>	395
ROCCO SESCO : «Saggio in tema di reato plurisoggettivo», por <i>Manuel Cobo del Rosal</i>	396
RADZINOWICZ, León : «A History of english criminal law and its ad- ministration from 1750», por <i>José Sánchez Osés</i>	397

REVISTA DE REVISTAS

A l e m a n i a

ZEITSCHRIFT FUER DIE GESAMTE STRAFRECHTSWIS- SENSCHAFT.—IV Heft. 1956, por <i>Antonio Quintano Ripollés</i> ...	407
--	-----

A r g e n t i n a

REVISTA PENAL Y PENITENCIARIA.—Enero-diciembre 1956, por <i>Domingo Teruel Carralero</i>	410
--	-----

C u b a

ENQUIR!DION.—Enero-marzo, abril-junio 1957, por <i>Diego Mos- quete</i>	412
--	-----

F r a n c i a

REVISTA INTERNACIONAL DE POLICIA CRIMINAL.—Ene- ro-febrero 1957, por <i>Diego Mosquete</i>	416
--	-----

E s p a ñ a

INFORMACION JURIDICA.—Marzo-abril 1957, por <i>Domingo Te- ruel Carralero</i>	418
REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR.—Enero-junio, julio-diciembre 1956, por <i>Domingo Teruel Carralero</i>	419
REVISTA DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS PENITENCIA- RIOS.—Enero-febrero 1957, por <i>César Camargo Hernández</i> ...	423

Estados Unidos

THE JOURNAL OF CRIMINAL LAW, CRIMINOLOGY AND POLICE SCIENCE.—Enero-febrero 1957, por <i>José Sánchez Osés.</i>	426
---	-----

Indice general

Página

I t a l i a

ARCHIVIO PENALE.—Marzo-abril 1957, por *César Camargo Hernández* ... 433

Países Nórdicos

NORDISK KRIMINALISTIK ARSBOK.—Estocolmo, 1957, por *José Sánchez Osés* ... 435

V e n e z u e l a

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO.—Núm. 12, 1957, por *Domingo Teruel Carralero* ... 443

NOTICIARIO ... 447