

ANUARIO DE DERECHO PENAL

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

Periodicidad: CUATRIMESTRAL

Precio de suscripción: España, 150 ptas. Extranjero, 200 ptas.

Precio del fascículo suelto: España, 80 ptas. Extranjero, 100 ptas.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948

Ultimo fascículo aparecido: Septiembre-diciembre 1958.

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 XII
FASCICULO I**



**ENERO - ABRIL
MCMLIX**

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

Depósito Legal, M. 126.—1958.

Primer decenio de nuestro Anuario

Con el último fascículo de 1958 concluyó el primer decenio de vida del ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, que con el fascículo actual entra, pues, en un nuevo período de su existencia, que es de esperar ha de ser, por lo menos, tan fructífero como el venturosamente pasado. No sería ciertamente elegante, por nuestra parte, hacer alarde del valor de la propia publicación, ni siquiera por boca ajena, aunque juicios halagüeños no habrían de faltar, pero sí parece permisible hacer un ligero alto en el camino en ocasión cronológica tan señalada. No es que diez años sean una edad tan excepcional para servir de vanagloria a una publicación periódica, ya que incluso en España las hay centenarias, pero en materia penal esos dos lustros constituyen entre nosotros una evidente marca de longevidad. Lo que demuestra, entre otras cosas, una mayor y más constante preocupación por nuestras disciplinas que seguramente ha de satisfacer a sus cultivadores. Los que lo son activos en el campo científico nos han asistido casi sin excepción entre los españoles, y aun de los extranjeros no han sido escasos, y de suma eminencia algunos, los que honraron con sus nombres preclaros la lista de colaboración, valgan entre los últimos los alemanes: Schönke †, von Weber y Mezger; los franceses: Marc Ancel Herzog y Merle; los italianos: Petrocelli y Lacconia; el suizo Graven, y los hispanoamericanos: Camaño Rosa, Herrera Figueroa, W. Goldschmidt y Aftalión. Para todos, nacionales y extranjeros, vaya en esta fecha jubilar nuestro saludo y agradecimiento más sinceros.

SECCION DOCTRINAL

EUGENIO CUELLO CALON

PENAS Y MEDIDAS DE CORRECCION Y DE SEGURIDAD EN EL PROYECTO DE CODIGO PENAL ALEMAN DE 1958

JOSE MARIA NAVARRETE URIETA

LA IMPUTABILIDAD EN EL PENSAMIENTO DE EDMUNDO MEZGER

CESAR CAMARGO HERNANDEZ

ESTUDIO SOBRE LAS FUENTES MEDIATAS O INDIRECTAS DEL DERECHO PENAL Y SU EFICACIA

Penas y medidas de corrección y de seguridad en el Proyecto de Código penal alemán de 1958

EUGENIO CUELLO CALÓN
Catedrático de Derecho Penal

SUMARIO: 1. Los proyectos de reforma del Código penal alemán.—2. Proyecto de 1958. Su concepción de la pena.—3. Su sistema penal.—4. Las penas de privación de libertad.—5. Suspensión de la pena a prueba.—6. Pena pecuniaria.—7. Medidas de seguridad. a) Sistema adoptado por el proyecto. b) Internamiento en establecimiento de curación, de asistencia o de preservación. c) Internamiento en establecimiento de deshabitación. d) Internamiento en casa de trabajo. e) Condena como delincuente por tendencia. f) Custodia de seguridad. g) Custodia preventiva. h) Vigilancia de seguridad. i) Privación del permiso de conducir. j) Prohibición de profesión. k) Expulsión de extranjeros.

1. Pronto se cumplirá el medio siglo desde que Alemania inició la reforma de su Código penal. En 1909 se publica un anteproyecto de reforma del mismo, obra de una Comisión de juristas prácticos, desprovista de carácter oficial (1), y sobre su base trabaja más tarde una numerosa Comisión, que elaboró un proyecto terminado en 1913 (2). Los trabajos de reforma quedaron paralizados por la primera guerra mundial; reanudados en 1918 sus resultados cristalizaron en el proyecto de 1919, que representa un considerable progreso sobre los anteriores (3). En

(1) *Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. Begründung*. Berlín, 1909. Sobre este anteproyecto: E. CUELLO CALÓN: *La reforma penal en Alemania* (separata de la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia»), Madrid, 1914.

(2) *Entwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Strafrechtskommission*, Berlín, 1913.

(3) Fue publicado en enero de 1921 con el proyecto de 1913 y con una memoria referente a éste. *Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch, veröffentlicht auf Anordnung des Reichs-Justizministeriums*. I. *Entwurf der Strafrechtskommission* (1913). II. *Entwurf von 1919*. III. *Deutschrift zu dem Entwurf von 1919*. Berlín, 1921. Sobre este proyecto: E. CUELLO CALÓN: *El Proyecto de Código penal alemán de 1919* (separata de la «Rev. General de Legislación y Jurisprudencia»), Madrid, 1924.

1925 aparece un nuevo proyecto de carácter oficial y común a Austria, cuya legislación penal se aspiraba a unificar con la alemana (4); fué objeto de largo debate en el Reichsrat, que lo modificó en muchos puntos; el resultado de la discusión fué presentado al Reichstag como proyecto del ministro de Justicia, constituyendo el proyecto de 1927 (5). Este fué a su vez ampliamente debatido en el Reichstag, que terminó su tarea en 1930, siendo publicado en este año. El advenimiento del nacionalsocialismo paralizó los trabajos de reforma, que fueron reanudados en el otoño de 1933 y terminados en 1936 con un proyecto que no llegó a ser publicado (7). Finalmente, una comisión (denominada «Gran Comisión de Derecho penal») integrada por profesores universitarios, magistrados y funcionarios del Ministerio Federal de Justicia, ha preparado un «Proyecto de la Parte general de un Código penal» (terminado en diciembre de 1956 con Exposición de motivos) publicado en 1958 (8).

2. En este reciente proyecto, sin duda uno de los más interesantes entre los elaborados en Alemania, destaca con especial relieve la regulación de las penas y de las medidas de corrección y de seguridad, tema que es objeto de este trabajo.

De acuerdo con la doctrina y jurisprudencia predominantes en este país la pena se concibe en el proyecto como retribución. La pena debe corresponder a la culpabilidad del agente y, aun cuando no descuide las funciones de prevención especial y prevención general, es en su íntima esencia compensación de la culpabilidad. Esta fué la opinión manifestada por la gran mayoría de los miembros de la comisión redactora al iniciar sus trabajos. Incluso el profesor Eb. Schmidt, cuyas ideas daban la impresión de que se

(4) *Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch nebst Begründung*, Berlín, 1925.

(5) *Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung und zwei Anlagen*. Publicado por el Reichstag el 19 mayo 1927.

Sobre este proyecto y los anteriores, véase V. HIPPEL: *Deutsches Strafrecht*, 1.º, Berlín, 1925, págs. 358-368; 2.º, Berlín, 1930, págs. 1-12. MEZGER: *Tratado de Derecho Penal*, 2.ª edic., I, págs. 88-94.

(6) *Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs*. Edición Kohlarusch, Berlín y Leipzig, 1930.

(7) Las bases de esta reforma hállanse en las relaciones de los componentes de la Comisión que preparó este proyecto. Vid. GÜRTNER: *Das kommende deutsche Strafrecht*. Parte 2.ª edic. Parte general. Berlín, 1935. Parte especial, Berlín, 1936.

(8) *Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Grossen Strafrechtskommission in erster Lesung (abgeschlossen in Dezember 1956) mit Begründung*. Bonn, 1958.

Para auxiliar el trabajo de los miembros de la Comisión encargada de la reforma han sido publicados dos volúmenes que contienen una abundante recopilación de derecho comparado referente a las más importantes materias de las Partes general y especial del Derecho penal. *Materialien zur Strafrechtsreform*, I, *Allgemeiner Teil*, Bonn, 1954; II *Bersonderer Teil*, Bonn, 1955. Este trabajo ha sido llevado a cabo por el Instituto de Derecho Penal Extranjero e Internacional de la Universidad de Friburgo en Brisgovia.

pronunciaría a favor de la prevención especial, puso en claro que se trataba de una mala inteligencia y destacó que lo decisivo para el juez era la culpabilidad del agente (9). El principio «no hay pena sin culpabilidad» (§ 2.º del proyecto)—que con el principio de legalidad «no hay pena sin ley previa» (§ 1.º del mismo), constituyen sus principios fundamentales—, no permiten asignar a la pena otra diversa finalidad preponderante. El proyecto, alejándose de novedades revolucionarias peligrosas, con un sentido de loable prudencia, se mantiene en la dirección de ciertos códigos penales, como el italiano y el suizo, en los que sus cimientos clásicos se armonizan felizmente con los progresos científicos.

Algunos han tachado el proyecto de reaccionario; se ha dicho que en el extranjero se siguen orientaciones muy diversas, que los congresos internacionales dan la impresión de que la dirección de la «defensa social» gana terreno, mas estos juicios no conmueven la firme postura de la ciencia penal alemana. «Nosotros—escribe el profesor Heintz—debemos perseverar en nuestra orientación fundamental, y puede observarse que también en el extranjero muy numerosas opiniones se mantienen firmes en la idea de la culpabilidad-expiación, o vuelven a ella» (10).

3. El proyecto contiene dos grupos de penas: penas principales y accesorias; principales son solamente las privativas de libertad y las pecuniarias.

En su sistema penal no ha sido acogida la de muerte; no se prevé por haber sido abolida por la Constitución de 1949 (artículo 102), (11), y, como es lógico, y así se manifiesta en la exposición de motivos, los trabajos de elaboración del proyecto han de acomodarse a ella en su actual configuración. «Si la lucha a favor o contra la pena de muerte, que conmueve profundamente a la comunidad no tranquilizada todavía—prosigue la exposición de motivos—, motivará una reforma de la Constitución no se puede prever. Esta decisión corresponde a los organismos legislativos competentes. La Gran Comisión de Derecho penal se ha abstenido has-

(9) *Die erste Arbeitstagung der Grossen Strafrechtskommission*, in-forme del Dr. DREIER, miembro de la misma. *Beilage zum Bundesanzeiger* de 14 de septiembre de 1954, pág. 1.

(10) *Der Entwurf des Allgemeinen eils des Strafgesetzbuches vom kriminalpolitischen Standpunkt*, en *Zeitschrift f. ges. Strafrechtswissenschaft*, 1958, 1.º, pág. 4.

(11) Tampoco ha sido acogida, hecho sorprendente, en la reciente ley militar de 30 de marzo de 1957 (véase RODRÍGUEZ DE VERA: *La nueva Ley Penal Militar Alemana*, separata del *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político*, núms. 16/18 de 1957. Universidad de Salamanca, pág. 67). Tan extensa abolición de esta pena proviene, sin duda, de la amplia fórmula del precepto constitucional: «la pena de muerte queda abolida». A diferencia de otras constituciones modernas—como la italiana de 1947 (art. 27) y la cubana de 1940 (art. 25), que excepcionalmente la mantienen en las leyes militares—, en la alemana no se hace excepción alguna.

ta ahora de tomar partido sobre este punto» (12). ¿Significan estas palabras la posibilidad de una reforma constitucional que restablezca la abolida pena? Por lo menos parecen no excluirla. En Alemania no ha existido un arraigado movimiento abolicionista; en realidad no se esperaba su abolición. Alegró a muchos, pero ha asombrado a todos, escribía Mittermaier, que atribuye la adopción de esta medida a los enormes abusos del nacionalsocialismo (13). Bader también se ha manifestado receloso de su supresión (14). Existe un movimiento a favor de la reintroducción de esta pena, y varios partidos políticos han formulado reiteradas peticiones para conseguirla (15).

4. Las penas de privación de libertad contenidas en el proyecto son: reclusión (*Zuchthaus*), prisión y arresto penal. En el Código vigente son: reclusión, prisión, encierro (*Einschliessung*) (15 bis) y arresto. No obstante la supresión de la pena de encierro contiene aún el proyecto tres penas de privación de libertad, variedad penal que lo aleja considerablemente de la pena única que actualmente posee, como es sabido, gran aceptación entre los penólogos y va abriéndose camino en los sistemas penales (16). Las razones alegadas en la exposición de motivos para justificar la repulsa de unificación de estas penas son: que en un Derecho penal basado sobre la culpabilidad la pena no debe ser graduada por

(12) *Begründung*, pág. 49.

(13) *Die Todesstrafe in Deutschland abgeschafft*, en «Sweizerische Zeitschrift für Strafrecht», 1949, págs. 369 y sigs.

(14) Difícilmente puede negarse—dice—que abolir la pena de muerte en una época en que han aumentado considerablemente los delitos graves de violencia, parece peligroso. *Soziologie der Deutsche Nachkriegskriminalität*, Tubinga, 1949, pág. 193.

(15) Vid. E. CUELLO CALÓN: *La Moderna Penología*, Barcelona, 1958, pág. 193.

(15 bis) Pena introducida por la tercera ley de reforma penal de 4 de agosto de 1953. Sustituye a la abolida «detención en fortaleza».

(16) En Holanda en el vigente Código de 1881, en Méjico, Puerto Rico, Costa Rica, Paraguay, recientemente en el Código penal de Abisinia. La ley criminal de Groenlandia de 1954 sólo posee una medida de privación de libertad: el «internamiento de seguridad». En Inglaterra, el *Criminal Justice Act 1948* ha suprimido las penas de trabajos forzados y servidumbre penal, dejando reducida la privación de libertad a la prisión, si bien ha creado dos nuevas medidas privativas de libertad para los delincuentes habituales: la educación correctiva (*corrective training*) y la detención preventiva (*preventive detention*), que son, en realidad, penas indeterminadas más que medidas de seguridad. En el reciente proyecto sueco, denominado «Código de protección», se establece una sola pena de privación de libertad: la «prisión», pero se incluyen dos medidas de seguridad, privativas de libertad, «educación protectora» e «internamiento protector» (*The Protective Code*, Estocolmo, Departamento de Justicia, 1957, capítulos II, V, VI). En los trabajos de revisión del Código penal suizo se examinó la sustitución de las tres actuales penas privativas de libertad (reclusión, prisión, arresto) por una pena única; no obstante, se acordó: que las penas de reclusión y prisión pudieran ser ejecutadas en el mismo establecimiento, lo que constituye un importante avance en el camino hacia la pena única. Vid. E. CUELLO CALÓN, obra citada, pág. 278 y sigs.

su duración, sino también por su clase; sería inconciliable con un derecho penal así fundamentado si a un asesino y un delincuente por imprudencia se les señalara la misma clase de pena. Semejante solución estaría en pugna con las convicciones populares y no sería comprendida por la generalidad. Por otra parte, empobrecería el sistema de reacciones empleado hasta ahora, dificultando la adecuación de las consecuencias jurídicas del delito al hecho y al agente: además sería peligroso desde el punto de vista de la política criminal, porque la renuncia a la reclusión en un sistema de penas sin pena de muerte daría la impresión de una depreciada valoración del contenido del injusto y podría originar un aumento de la criminalidad más grave (17).

Como en el Derecho vigente, la *reclusión* (*Zuchthaus*) es temporal o perpetua. El proyecto eleva su duración hasta veinte años (quince en el Código en vigor), elevación explicable por la supresión de la pena de muerte; su *mínimum* se eleva a dos años (uno en la actualidad). Las disposiciones contenidas en el Código penal referentes al trabajo de los condenados a estas penas (§ 15) no figuran en el proyecto.

Es seguro, reconoce la exposición de motivos, que la condena a esta pena dificulta la rehabilitación del delincuente, pero de este hecho sólo puede inferirse que debe quedar reservada para aquellos sujetos respecto de los cuales la idea de expiación y de prevención general debe tener la primacía sobre la aspiración a la resocialización y a la prevención especial. También se considera seguro que entre la detención y la prisión sólo son posibles diferencias secundarias, de modo que la futura regulación de la ejecución penal deberá limitarse principalmente a la separación de los condenados a estas penas; pero, no obstante, manifiesta asimismo la exposición de motivos, la diferencia esencial entre ambas deberá tener su fundamento no en sus modalidades de ejecución, sino en el derecho material (18). Semejantes diferencias radican especialmente en las consecuencias específicas de la pena de reclusión, consistentes en la pérdida de la capacidad para desempeñar cargos públicos y para la obtención de derechos por elección pública y en la pérdida de dignidades y títulos públicos (§ 45).

Su aplicación se reserva para la gran criminalidad. Bajo este concepto se comprenden los culpables de asesinato, homicidio, genocidio, lesiones graves, secuestro, robo de niños con fin de obtener su rescate, robo, etc.; pero también están aquí comprendidos aquellos delincuentes que más por el tipo de agente que por el tipo del delito deben ser considerados como criminales por cometer tipos delictivos graves, aunque no los más graves (como hurtos, estafas), movidos por una obstinada actitud antijurídica, en particular los criminales profesionales.

(17) *Begründung*, pág. 50.

(18) *Begründung*, pág. 50.

La pena de *prisión* (*Gefängnis*), que sigue en gravedad a la reclusión, tiene señalada una duración de un mes a diez años, muy superior a la fijada por el derecho actual, que es de un día a cinco años (§ 16). La disposición del Código penal referente al trabajo de estos condenados (§ 17) ha sido suprimida en el proyecto.

La razón del aumento de su duración se halla en el hecho de la limitación de la reclusión al castigo de la gran criminalidad y, por otro lado, en que una parte de las contravenciones (*Übertretungen*)—infracciones que desaparecen en el proyecto (19)—se elevan a delito. Está destinada a la represión de la criminalidad grave y de la criminalidad media, mientras que la reclusión se reserva para los hechos más graves y para los autores de hechos graves caracterizados por su obstinada actitud antijurídica, y el arresto penal para los hechos más leves y para los ocasionales de ínfima delincuencia. En la ejecución de esta pena ha de presidir la idea de resocialización, que debe ser asegurada mediante las disposiciones referentes a su ejecución, que deberán estar contenidas en una ley de ejecución penal (20).

Una nueva pena privativa de libertad, el *arresto penal*, nombre propuesto por el profesor Welzel, figura en el proyecto (20 bis). El vigente Código penal posee la pena de «arresto», que se aplica a las contravenciones, pero como este grupo de infracciones ha sido eliminado del proyecto el arresto queda sin base. Se prevén dos formas de arresto penal: el arresto continuo y el de tiempo libre; aquél durará de una semana a seis meses, éste, de uno a cuatro tiempos libres; un tiempo libre semanal durará de treinta y seis a cuarenta y ocho horas, equivaliendo a un arresto continuo de dos días (§ 51). El arresto de tiempo libre tiene su precedente en las leyes alemanas de Tribunales juveniles de 6 de noviembre de 1943 (§ 8, 3) y en la vigente de 4 de agosto de 1953 (§ 16, 2) y es análogo

(19) El vigente Código adopta la clasificación tripartita de las infracciones: crímenes, delitos, contravenciones (§ 1); el proyecto sigue la bipartita: crímenes, delitos (§ 12).

(20) *Begründung*, pág. 51.

(20 bis) En los trabajos de preparación del proyecto se abordó el problema de las penas cortas de prisión. El ponente, Profesor WELZEL, se mostró partidario de su mantenimiento como pena de escarmiento para los delincuentes de ocasión; los restantes miembros de la Comisión, con excepción del Profesor SCHMIDT, partidario de su supresión, se pronunciaron a favor de estas penas. Duramente combatidas, han triunfado en el seno de la Gran Comisión de Derecho penal, que ha incluido en el proyecto el «arresto penal», pena corta de privación de libertad, de clase peculiar, distinta de la prisión y de la reclusión. Esta pena, se acordó en los trabajos de la Comisión, no quedará sometida a las normas comunes de ejecución penal, ni a la regulación ordinaria del registro de antecedentes penales, y será configurada como una clase de pena independiente. Primera y segunda sesión de los trabajos de la Gran Comisión de Derecho Penal. Suplementos del *Bundesanzeiger*, del 14 de diciembre de 1954, pág. 6, y del 9 de diciembre del mismo año, págs. 11 y sigs.

al régimen de los *Attendance Centres* creados en Inglaterra por el *Criminal Justice Act* 1948 para los menores de doce a veintitún años. Los condenados a esta pena la cumplirán con separación de los condenados a penas de otra clase (§ 51).

La nueva pena, declara la exposición de motivos, está destinada a determinados grupos de delincuentes para los que la pena de prisión representa una grave mácula moral y puede originar indeseables consecuencias para la vida y situación profesional del condenado, y a los que una pena pecuniaria dejaría insignificante impresión. Se reserva especialmente para hechos pequeños o de infima criminalidad, como sustracción de objetos de exiguo valor en caso de angustia económica (*Notwendung*), la estafa de los mismos objetos por idéntico motivo (*Notbetrug*), el hurto de objetos alimenticios en pequeña cantidad y de insignificante valor para consumirlos inmediatamente (*Mundraub*) y para otras infracciones, como injurias, allanamiento de morada, lesiones leves, delitos de tráfico y muy particularmente para los delitos de imprudencia. En esta pena la idea de resocialización está en segundo término, pues su realización requiere un influjo de más larga duración; más bien predomina en ella el sentido de escarmiento infligido al agente cuando una pena pecuniaria no es suficiente y una larga pena de privación de libertad sea demasiado dura. Esta pena preventivo-intimidativa es, como ha sido denominada certeramente, una pena de «sacudimiento» o de «reflexión», efecto sólo probable en aquellos delincuentes cuya conducta, hasta el momento del delito, haga esperar que el escarmiento bastará para preservarles en el porvenir de posibles extravíos.

El § 53 del proyecto, referente a la elección entre la prisión y el arresto penal, establece que esta pena no podrá ser impuesta a los sujetos incapaces de resistir la tentación de delinquir; tratándose de hechos dolosos sólo será aplicable cuando el agente haya obrado con escasa culpabilidad, y en los culposos en los casos en que no haya obrado con completa ausencia de escrúpulos o con grave culpa. Para estos individuos, manifiesta la exposición de motivos, sería inadecuada una corta pena de prisión, porque ésta representa un grave juicio desvalorativo con sus perjudiciales efectos y porque les expondría al peligro del contagio criminal mientras estuvieran sometidos a la ejecución de la pena. Estos inconvenientes sólo pueden ser evitados con una corta pena privativa de libertad de nueva clase que exprese un suave juicio desvalorativo y que sea ejecutada con completa separación de la prisión. La regulación de esta pena ha de ser complementada, fuera del Código penal, con disposiciones relativas a su ejecución y al registro penal (22).

El proyecto no ha incluido entre las penas de privación de

(21) *Begründung*, pág. 51.

(22) *Begründung*, pág. 51.

libertad ninguna forma de «custodia honesta». La pena de «encierro» (*Einschliessung*) (23), que por la tercera ley de reforma del Código penal de 1954 ha sustituido al «arresto en fortaleza» (*Festungshaft*), no es pena deshonrosa (Dreher, Mezger). También como sustitutivo de esta pena fué incluida en el proyecto de 1919 (§ 47) en el que constituía una especie de «custodia honesta» reservada en su parte especial para los delitos de carácter político y para los casos en que no fuera suficiente la pena pecuniaria o la de reprensión y la pena de prisión resultare excesivamente dura, y establecía para su ejecución un régimen benévolo análogo al del vigente Código penal (§ 17, 2). De igual modo el proyecto de 1925, inspirado en las ideas del profesor Radbruch, sobre el tratamiento del delincuente «por convicción» (*Überzeugungsvbrecher*), estableció la misma pena, la de encierro, con el carácter de «custodia honesta», cuando el motivo preponderante en el agente consistiera en que éste por sus convicciones morales, religiosas o políticas, se considerase obligado a la ejecución del hecho (§ 71). También se halla en el proyecto de 1930 como sustitutivo de las penas de reclusión y de prisión cuando el agente haya obrado por móviles respetables y el hecho, por su naturaleza y modo de ejecución o por sus consecuencias imputables al agente, no sea especialmente reprochable (§ 72).

No obstante estos precedentes, el proyecto no ha acogido ninguna pena de esta naturaleza. En las deliberaciones de la comisión ha prevalecido la opinión de que otorgar una situación de privilegio al denominado *Überzeugungstäter*, mediante la creación de una clase especial de pena que acredite el obrar honorable del agente, debe ser rechazado, basta con que en la medida de la pena se tomen en cuenta los móviles respetables y se establezcan para ciertas figuras de delito especiales casos leves y alcanzar por este medio una atenuación de la pena. Esta solución ha sido recomendada en las deliberaciones de la comisión, especialmente para los delincuentes por convicción política. Asimismo tampoco se prevé una clase especial de pena para los que delinquen por motivos de conciencia (*Gewissentäter*), que obran en el supuesto equivocado de que el derecho formal de la ley es un injusto material y que, por tanto, no les obliga. Estos serán tratados conforme a las normas del «error de prohibición» (*Verbotsirrtum*, § 20 del proyecto) y a la solución anterior para el delincuente por convicción política. Tampoco establece el proyecto ninguna especial «custodia honesta» para los delincuentes por imprudencia. En estos casos, si su culpabilidad es pequeña se aplicará el arresto penal, en casos de mayor culpabilidad entrará en juego la pena de prisión superior a seis meses como co-

(23) Traducimos literalmente; quizá el término «reclusión» sería más adecuado, pero lo hemos empleado como versión de «Zuchthaus», por ser ésta la comúnmente empleada por los penalistas de lenguas latinas.

responde a la más grave valoración del injusto. Mas todas estas consideraciones sobre la «custodia honesta», manifiesta la exposición de motivos, necesitan un repaso cuando se prepare la parte especial del proyecto (24).

5. Complemento del sistema de penas de privación de libertad es la «suspensión de la pena a prueba» (*Strataussetzung zur Bewährung*). Responde en el proyecto al tipo del *sursis* francobelga, pero contiene elementos que denotan un marcado influjo del sistema anglosajón de *probation*.

La suspensión de la pena a prueba fué introducida por la tercera ley de modificación del Derecho penal de 4 de agosto de 1953, que estableció una regulación muy análoga a la contenida en el proyecto, que en este punto se ha limitado a tomar en cuenta las experiencias recogidas en los pocos años transcurridos desde su introducción.

La suspensión de la condena, después del año 1903 en el que los Gobiernos de los Estados alemanes acordaron determinados principios para su otorgamiento, formó parte integrante de la administración de justicia, pero hasta la tercera ley de modificación del Derecho penal antes aludida, con excepción del Derecho penal juvenil, se había desarrollado dentro del ámbito de la gracia. El proyecto se aparta de esta concepción; la comisión redactora acordó que «en el futuro Derecho penal la condena condicional será configurada como una institución jurídica del sistema penal y no como una concesión graciosa» (25).

Aun cuando el proyecto no ha sido insensible al influjo anglosajón no ha acogido el sistema seguido en los países escandinavos y en Estados Unidos de interpolar la prueba en el procedimiento penal con el fin de poder abstenerse de su incoación o de su ulterior desarrollo cuando el inculpado haya tenido conducta satisfactoria durante el período de prueba. Esta solución procesal ha sido utilizada en Alemania por algunos jueces después de la entrada en vigor de la Ley de Tribunales Juveniles de 4 de agosto de 1953, pero la mayoría la ha combatido como contraria a la ley (26).

En ciertos países, como es sabido, en Estados Unidos e Inglaterra, se utiliza ampliamente el llamado sistema de prueba (*probation*); asimismo se aplica en Suecia desde 1944 (27). En este

(24) *Begründung*, pág. 52.

(25) Trabajos de la tercera sesión de la Gran Comisión de Derecho Penal, en *Beilage zum Bundesanzeiger*, de 17 de febrero de 1955, pág. 9.

(26) *Begründung*, pág. 74.

(27) El proyecto de reforma penal denominado «Código de Protección», introduce, con independencia de la sentencia condicional, el sistema de «prueba» (*probation*). El proyecto emplea la palabra «skiddstillsyn», «atención protectora» o «vigilancia protectora»; pero en la traducción inglesa se ha empleado el término «probation» como el más comúnmente aceptado. *The Protective Cole*, págs. 21 y 38.

sistema el período de prueba comienza después de la declaración de culpabilidad, y en él no se suspende la ejecución de la pena sino el pronunciamiento de la sentencia. La exposición de motivos del proyecto reconoce sus ventajas: su extraordinaria adaptabilidad a las exigencias de cada caso; desde el punto de vista de la lucha contra el delito, su superioridad sobre las demás formas de la libertad condicional; en caso de fracaso del agente en la prueba, facilita adoptar una decisión sobre la cuestión de la pena y su cuantía que dé satisfacción al fin de prevención especial; además, mediante la separación entre la declaración de culpabilidad y la sentencia se realiza una cisura en el procedimiento que permite ofrecer al agente una posibilidad de prueba y le evita la mácula del castigo cuando se justifica la confianza en él depositada. Esta forma de prueba, declara la exposición de motivos, facilita en modo especial la reincorporación social del agente (28).

Mas no obstante sus excelencias, el proyecto no ha acogido este sistema. Existen vacilaciones para su admisión, especialmente desde el punto de vista de un consecuente derecho penal fundado sobre la culpabilidad. La mera declaración de culpabilidad no es medida suficiente para traer de modo enérgico ante los ojos del agente la reprobación de su conducta. Existe el peligro de que una mera declaración de culpabilidad sin determinación ni pronunciamiento de una pena, como sanción estatal, se conciba como desprovista de contenido sensible. Además las indagaciones para la determinación de la pena se agravan considerablemente cuando ha transcurrido largo tiempo desde la declaración de culpabilidad hasta el momento de decidir sobre la pena imponible (29).

De acuerdo con el derecho vigente el proyecto aplica la suspensión de la pena solamente a penas de privación de libertad, a la prisión no superior a nueve meses y al arresto penal. Los proyectos de Radbruch de 1922 y los de 1925 y 1930 extendían su aplicación a la pena pecuniaria, mas esta orientación ha sido desechada en el proyecto de 1958 por las razones siguientes: Aun cuando la amenaza de ejecución de una sensible pena pecuniaria pueda, a veces, contener al condenado en la realización de ulteriores hechos punibles, por lo general no será tomada en serio a causa de su débil eficacia. Por otra parte existen importantes razones de política criminal que militan a favor de la suspensión de las penas privativas de libertad, pero no a favor de la pena pecuniaria. La principal es que aun cuando en ciertos casos aquellas penas no son provechosas y hasta pueden ser perjudiciales deben ser aplicadas en los casos en que sean necesarias. A la inclusión de la pena pecuniaria puede renunciarse, declara la exposición de motivos (30), porque los preceptos referentes a la determinación de su cuantía y

(28) *Begründung*, pág. 74.

(29) *Begründung*, pág. 75.

(30) *Begründung*, pág. 76.

a los medios de facilitar su pago, así como a las posibilidades previstas en la ley de ejecución penal para prescindir de la ejecución de la pena subsidiaria privativa de libertad o para su suspensión, son por completo suficientes para satisfacer las necesidades del tratamiento individual de los condenados.

La naturaleza jurídica de esta medida no se manifiesta claramente en el proyecto. Del § 84, que regula la cuestión de la pena conjunta y la suspensión de la pena, se desprende en opinión del profesor Heinitz, que se trata de una mera modificación de la pena privativa de libertad referente a su ejecución y no de una clase propia de pena (31). Desde el punto de vista del derecho vigente, muy análogo al del proyecto, los penalistas alemanes lo consideran generalmente como una pena; no obstante, algunos mantienen opinión diversa (32).

La mayoría de las disposiciones contenidas en el proyecto sobre suspensión de la pena, supuesto previo para su concesión, exclusión de la suspensión, duración del plazo de prueba, sumisión a la vigilancia de un delegado (*Bewahrungshelfer*) que auxilie y asesore al condenado y vigile el cumplimiento de las condiciones de vida impuestas y su comportamiento, etc., etc., son esencialmente análogos a las del Derecho vigente.

6. No obstante las ventajas que generalmente se atribuyen a la pena pecuniaria, no obstante ser considerada como indispensable medio penal, y así lo reconoce la exposición de motivos, su regulación constituye una tarea difícil de realizar de modo perfecto. El proyecto parte de la idea de que los defectos de la vigente ordenación de esta pena no se superan con la sola modificación de algunos preceptos, sino con una completa reorganización sobre una base nueva y social. Dicha base es el «sistema de las días multa». «Como es bien conocido, ésta constituye la especial regulación de dichas penas en Suecia, Dinamarca y Finlandia. El proyecto sólo acoge la idea fundamental del sistema y lo configura independientemente de sus particularidades, pues en la República Federal Alemana, declara la exposición de motivos, existen condiciones y concepciones que no permiten ninguna adopción de regulaciones extranjeras (33). Su idea fundamental puede describirse así: La

(31) *Zeitschrift f. ges. Strafrechtswissenschaft*, 1958, pág. 10.

(32) WELZEL considera esta medida como una verdadera pena (*Das deutsche Strafrecht*, 4.^a edic., Berlín, 1954, pág. 185); MEZGER opina que, aun sin perder este carácter, se halla influida por la idea de prevención general (*Strafrecht*, I, 5.^a edic., Munich-Berlín, 1954, pág. 266); para SCHRÖDER es una especial clase de pena (*Bedingte Verurteilung*, en «*Neue Juristische Wochenschrift*», 1952, pág. 7); según MAURACH, es, en apariencia, una pena especial de privación de libertad, pero, en realidad, es una medida de corrección (*Deutsches Strafrecht*, A. T., Karlsruhe, 1954, pág. 661); E. SCHMIDT la estima como una medida de seguridad y de corrección (*Zeitschrift f. gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1951, pág. 7).

(33) *Begründung*, pág. 56.

pena pecuniaria debe estar en una determinada relación con el ingreso diario o con los gastos del agente, de modo que para la obtención del fin de la pena quede sometido a un determinado número de días del más extremo ahorro. Para conseguir este objeto debe el juez fijar una unidad de cálculo, el día-multa, su número en correspondencia con el injusto del hecho y con la culpabilidad del agente, y su cuantía en correspondencia con las circunstancias personales y económicas del mismo (34).

Sobre estas ideas configura el proyecto en su § 56 la regulación de los días de multa, cuya duración será de un día como mínimo y de trescientos sesenta como máximo, pero conforme a su § 71 (formación de la pena conjunta) puede ésta ascender a setecientos veinte días.

La determinación de la cuantía de los días de multa, dispone el inciso 2, lo hará el tribunal teniendo en cuenta las condiciones personales y económicas del agente (también el derecho vigente toma estas últimas en consideración para determinar la medida de la pena pecuniaria, § 27 c, 1); su cifra mínima se fijará al menos en tres marcos y el máximo en 300 marcos. Así el límite máximo de la pena pecuniaria será de 108.000 marcos (360 veces 300), y en caso de pena conjunta, conforme al § 71, 216.000 marcos. El Código penal vigente (§ 27, 1) para crímenes y delitos fija su mínimo en cinco marcos y su máximo en 10.000; para las contravenciones el mínimo es de tres marcos y el máximo de 150 (§ 2, 27).

El juez, dispone el inciso 3 del § 56 del proyecto, hará constar en la sentencia el número y cuantía de los días-multa, así como el total de la multa.

El proyecto, de acuerdo con el derecho vigente (§ 28 Código penal), establece facilidades de pago cuando a causa de las condiciones personales o económicas del condenado no pueda exigírsele que satisfaga inmediatamente la pena pecuniaria; en tal caso el tribunal señalará un plazo de pago o le permitirá pagar la pena en determinadas fracciones (§ 59, 1). Es de esperar, exterioriza la exposición de motivos, que en el porvenir una más adecuada adaptación de la pena pecuniaria a las condiciones personales o económicas del agente refrenará de modo importante los abusos en el pago que actualmente gravan su práctica (35).

Estas facilidades podrán ser acordadas por el tribunal posteriormente o podrá modificarlas (§ 59, 2). También, como en el derecho vigente (§ 28, 2), se establece que si el condenado no satisface puntualmente los plazos o si sus condiciones económicas mejoran esencialmente, el beneficio podrá ser revocado.

El proyecto que otorga gran importancia al trabajo como medio de rehabilitación del delincuente no ha querido prescin-

(34) *Begründung*, pág. 56.

(35) *Begründung*, pág. 60.

dir de la posibilidad de cancelación mediante el trabajo en libertad acogida en el derecho vigente (§ 28 b) y cuyos resultados, parece, han sido de escaso valor. Semejante medio de extinción de esta pena se considera de especial importancia cuando, por ejemplo, a causa de un cambio importante en las condiciones personales o económicas del agente la exigencia de la pena pecuniaria no presente posibilidades de éxito y la ejecución de la pena de privación de libertad fuere una injusta dureza. En tales casos de renuncia a la pena privativa de libertad suplementaria establecida en el § 61 queda como último recurso de regulación de la pena pecuniaria, pero no es deseable ni desde el punto de vista de la culpabilidad ni desde el de la resocialización del delincuente. A la finalidad de la pena corresponde mucho mejor la cancelación de la pena pecuniaria por medio del trabajo (36).

En armonía con estas ideas declara el § 60, 1 del proyecto que el tribunal podrá permitir al condenado la cancelación de la pena mediante trabajo en libertad. El pago en días de trabajo equivale al pago en días-multa.

La posibilidad práctica de este medio de cancelación es, como manifiesta la exposición de motivos, una cuestión de organización que sólo puede ser resuelta venciendo graves dificultades. El Gobierno, dispone su inciso 2, podrá dictar, mediante reglamentos con la aprobación del *Bundesrat*, preceptos referentes a la autorización de una ocupación como trabajo en libertad, así como sobre la ejecución y vigilancia del trabajo. Mientras no haga uso de estas facultades, corresponderá su regulación más detallada a las autoridades superiores de los estados. Estos reglamentos, se expresa en la exposición de motivos, podrían asegurar su ejecución técnica más rápida y elástica que por la vía legislativa.

El proyecto termina su regulación de la pena pecuniaria con el establecimiento de una pena subsidiaria de privación de libertad en caso de que no pueda hacerse efectiva la multa impuesta. Un día de multa equivale a un día de privación de libertad (§ 61, 1). Por consiguiente son 360, y en caso de formación de pena conjunta (§ 71) setecientos veinte días de privación de libertad, la cifra máxima de la pena subsidiaria.

7. En los proyectos de reforma del Código penal alemán las medidas de seguridad aparecen por vez primera en el anteproyecto de 1909. Su número era muy reducido: el internamiento de gentes de vida disoluta y holgazanes en casa de trabajo (§ 42); la prohibición de concurrir a establecimientos de bebidas cuando el hecho punible deba atribuirse a embriaguez (§ 43), y, en caso de embriaguez habitual, su internamiento en asilo para bebedores, medida que estaba encomendada a la policía. En tan corto número de medidas fal-

(36) *Begründung*, pág. 60.

ta la mayoría de las que figuran en los proyectos posteriores; en particular es de notar la ausencia de la custodia de seguridad de criminales habituales que ya tuvo acogida en el proyecto suizo de Stoos de 1893, y el internamiento de delincuentes locos y de anormales peligrosos, medidas ambas que han sido incluídas en todos los subsiguientes trabajos alemanes de reforma penal.

El proyecto de 1919 introdujo la denominación de «medidas de corrección y de seguridad» mantenida en toda la labor de revisión legislativa y conservada en el Código en vigor. A partir de este proyecto se amplía el número de medidas con la creación de otras nuevas; aparecen el internamiento de seguridad de criminales peligrosos, el de locos y anormales mentales, el internamiento en establecimientos de deshabitación y la expulsión de extranjeros.

La ley de 24 de noviembre de 1933 contra los criminales habituales peligrosos y sobre las medidas de seguridad y corrección, de gran importancia en el desarrollo del Derecho penal alemán, acogió las medidas contenidas en los proyectos aparecidos anteriormente, a las que adicionó la castración de criminales sexuales peligrosos, actualmente abolida, y la prohibición del ejercicio de profesión. Todos se mantienen en el Código vigente, en el que también se ha incluído la privación del permiso de conducir automóviles (§ 42 m, que antes contenía la expulsión del *Reich*) (37).

El proyecto de 1958 comprende en su § 85 las siguientes medidas de corrección y seguridad:

1. Internamiento en un establecimiento de cura o asistencia.
2. Internamiento en un establecimiento de deshabitación.
3. Internamiento en una casa de trabajo.
4. Custodia de seguridad.
5. Custodia preventiva.
6. Vigilancia de seguridad.
7. Privación del permiso de conducir.
8. Prohibición de profesión.
9. Expulsión (del territorio federal).

No obstante estar el proyecto construído sobre el principio de la culpabilidad, que sólo permite la imposición de penas al culpable y sin rebasar medida de su culpabilidad (§ 2.º), es preciso,

(37) Con levisimas diferencias, las mismas medidas de seguridad fueron acogidas por la Comisión oficial de Derecho penal que bajo el régimen nacionalsocialista preparó el proyecto de Código penal, terminado en 1936, que no llegó a ser publicado. Eran estas medidas, que se denominaron «medidas de seguridad, de corrección y de curación», la custodia de seguridad, el internamiento en casa de trabajo, internamiento en un establecimiento para bebedores y de deshabitación, internamiento en un establecimiento de curación y de asistencia, castración de delincuentes sexuales, la interdicción del ejercicio de profesión, comiso, vigilancia de policía. Vid. *Das kommende deutsche Strafrecht*, A. I, págs. 150 y sigs.

declara la exposición de motivos, la adopción de un sistema de medidas que dentro de límites jurídicoestatales persigan finalidades político-criminales en los casos en que el sistema penal no sea suficiente, o cuando a causa de la incapacidad de culpabilidad del agente no sean aplicables. Tales fines político-criminales, que también persigue toda pena, pero que en este campo van más allá de la pena, son la resocialización de los agentes en peligro o peligrosos, es decir, su reincorporación a la comunidad, y la seguridad de ésta respecto de los delincuentes peligrosos. Las medidas adoptadas para la consecución de estos fines son las «medidas de corrección y de seguridad» con cuya denominación el proyecto, mediante la anteposición de la idea *corrección* frente al derecho vigente (que antepone en su denominación la de *seguridad*), quiere señalar el sucesivo rango que toma por base (38).

a) De acuerdo con estas ideas el proyecto ha adoptado el sistema de la doble vía (*Zweispurigkeit*), o dualista, el empleo de penas y medidas de seguridad. Frente a este sistema el llamado «monismo» o «unitarismo» aspira, como es bien sabido, a la fusión de aquellas (penas y medidas) en un conjunto único de sanciones. La lucha entre los partidarios de ambos sistemas, iniciada hace largo tiempo y mantenida ásperamente en el VI Congreso Internacional de Derecho penal (Roma, 1953), se reprodujo en la primera sesión de los trabajos de la Gran Comisión de Derecho penal (junio-julio 1954). El relator, profesor Eb. Schmidt, propugnó la fusión de las penas privativas de libertad y de la custodia de seguridad en un sistema unitario, tesis que no fué aceptada; el proyecto adopta el sistema dualista de separación entre penas y medidas (39).

La mayoría de las medidas de *corrección* y seguridad que el proyecto contiene ya se hallan en el Código vigente. Sus denominaciones han sido levemente alteradas; el término «establecimiento para bebedores o de deshabitación» que éste utiliza ha sido sustituido por «establecimiento de deshabitación» y «prohibición del ejercicio de profesión» por «prohibición de profesión». Nuevas son las medidas de internamiento en «un establecimiento de preservación» (*Bewahrungsanstalt*), la «custodia preventiva» (*vorbeugende Verwahrung*) y la «vigilancia de seguridad» (*Sicherungsaufsicht*). La expulsión de extranjeros, que en el derecho en vigor no figura en el cuadro de medidas de seguridad y de corrección por ser de la competencia de las autorida-

(38) *Begründung*, pág. 84.

(39) *Beilage zum Bundesanzeiger*, de 14 de septiembre de 1954, págs. 2 y 3.

La doctrina predominante en Alemania propugna la tesis dualista de separación entre penas y medidas de seguridad. La pena se dirige a la culpabilidad del agente y a la retribución del hecho; la medida toma en cuenta su peligrosidad para la seguridad de la comunidad (MEZGER, WELZEL, v. WEBER, SAUER, etc.).

des de policía, se configura en el proyecto, como en algunos anteriores, entre estas medidas.

b) En primer lugar regula el proyecto el *internamiento en establecimiento de curación, de asistencia o de preservación* para los que cometieren un hecho antijurídico en estado de incapacidad de culpabilidad o de capacidad disminuida (§ 86); internamiento, previsto también en el Código en vigor, para los que hubieren cometido un hecho punible en estado de inimputabilidad o de imputabilidad atenuada cuando lo requiera la seguridad pública (§ 42 b, 1). Este requisito ha sido interpretado por la jurisprudencia en el sentido de que debe existir la probabilidad de que el agente cometa en el porvenir hechos peligrosos para la colectividad. En vista de las dificultades que aquélla ha encontrado en la aplicación de este precepto, el proyecto ha concretado más claramente la hipótesis de internamiento, y así exige (§ 86, 1) que el peligro provenga del estado del agente y que sea grave, condiciones que no figuran en el texto en vigor, que no sólo se trate de un peligro para la colectividad, única condición requerida por la ley vigente, basta con que amenace a un solo individuo. Además, el proyecto manifiesta claramente que para juzgar el peligro es necesaria una valoración del agente y del hecho. Cuando concurren estos requisitos el tribunal ordenará el internamiento del sujeto en un establecimiento adecuado. La orden de internamiento, manifiesta la exposición de motivos, no puede ser sustituida por otra medida; el juez debe ordenarlo aun cuando especiales circunstancias, por ejemplo la vigilancia por parientes de confianza, justifiquen la esperanza de que el fin de la medida pueda ser alcanzado sin su inmediata ejecución (40). Sin embargo, cuando concurrieren estas especiales circunstancias el tribunal, con arreglo al § 86, 4, podrá suspender la ejecución del internamiento en establecimiento, y también es posible, al mismo tiempo, someter el condenado a la vigilancia y dirección de un delegado (*Bewährungshelfer*).

La regulación de este internamiento en derecho vigente es defectuosa. Conforme al § 32 b del Código penal, para la orden de internamiento y su ejecución es indiferente que exista o no una enfermedad que requiera tratamiento o un estado del agente que exija asistencia. De esta manera los delincuentes internados en dichos establecimientos, aun cuando éstos posean los medios que en ellos existen habitualmente, no pueden ser influidos de modo adecuado. Los internados de esta clase, manifiesta la exposición de motivos, desempeñan el papel de perturbadores y son cuerpos extraños en tales establecimientos. Esto es aplicable, sobre todo, a muchos psicópatas (41).

(40) *Begründung*, pág. 86.

(41) *Begründung*, pág. 87.

Con el fin de que en lo futuro sólo sean internados en los establecimientos de cura o de asistencia aquellos delincuentes para los que esté indicado un tratamiento de esta clase, prevé el proyecto en su § 86, 2 que el agente, a base del acuerdo del tribunal, será internado, según la índole de tratamiento especial que su estado exija, en un establecimiento de curación, de asistencia o en uno de preservación. De acuerdo con este precepto los delincuentes psíquicamente tarados que a causa de su estado no sean adecuados para ser internados en un establecimiento de curación o de asistencia, deben serlo en un establecimiento de *preservación*, que son establecimientos especiales o secciones de otros establecimientos. El proyecto, declara la exposición de motivos, sigue así las sugerencias de los psiquiatras, neurólogos, psicólogos y criminólogos. Dinamarca, que se ha anticipado en la organización de establecimientos especiales de custodia para psicópatas criminales, ha reunido desde hace largos años excelentes experiencias. Estos establecimientos, cuya detallada configuración debe quedar reservada a especiales disposiciones de ejecución, se conciben como un término medio entre los establecimientos penales y los de curación, destinados a desarrollar en ellos un influjo curativo-pedagógico llevado a cabo por psiquiatras, psicólogos y otro personal especializado, cuya función sería auxiliar a los delincuentes tarados psíquicamente para dominar sus perturbaciones y vencer sus inclinaciones peligrosas (42). Están destinados a sujetos psíquicamente anormales que la experiencia enseña no son apropiados para un tratamiento médico en un establecimiento de curación o de asistencia o para otros de métodos análogos, pero que, por otra parte, a causa de la índole de su personalidad, no son adecuados para la ejecución penal normal. El internamiento en un establecimiento de preservación (*Bewahrungsanstalt*), conforme al § 86, no es una medida independiente, sino una forma de ejecución del «internamiento en establecimiento» que puede ser practicado en un establecimiento de cura o de asistencia o en un establecimiento de preservación.

El tribunal, al tomar su decisión, podrá limitarse a acordar el internamiento en establecimiento o decidir la clase de éste (§ 86, 3). Hará una cosa u otra cuando sobre la base del dictamen del psiquiatra o de otro experto, que deberá ser oído antes de tomar tal decisión, se fije la clase de establecimiento conveniente o se determine mediante ulteriores averiguaciones.

Este internamiento en todas sus formas, conforme al § 96, 1, durará tanto como lo requiera la finalidad que se persigue con la medida.

c) El *internamiento en establecimiento de deshabitación* ya se halla en el proyecto de 1930 alternativamente con el internamiento en establecimiento para bebedores (§ 57), de igual manera

(42) *Begründung*, págs. 87 y 88.

en el de 1936 y en Código penal vigente (§ 42 c). Aun cuando sus resultados han sido buenos, las hipótesis para su aplicación están formuladas de modo poco preciso, por lo que necesitan ser aclaradas, son incompletas, por lo que deben ser ampliadas y con ello, declara la exposición de motivos, se ampliará el campo de aplicación de esta medida (43).

Los supuestos previos para su aplicación en el Derecho en vigor son muy semejantes a los contenidos en el proyecto (§ 87); la más esencial diferencia entre ambos se halla en la finalidad asignada a esta medida. El Código penal presupone para su imposición que el internamiento sea necesario «para habitar (al agente) a una vida legal y ordenada». Por tanto, debe existir la fundada posibilidad de que el agente, a causa de su tendencia a la embriaguez, cometerá en el porvenir hechos punibles. El proyecto (§ 87, 1) limita la extensión de esta probabilidad de futura delincuencia a la tendencia a cometer «graves» hechos punibles, y así excluye como fundamento de la orden de internamiento el peligro de comisión de hechos de poca importancia. Semejante limitación parte de la consideración de que el internamiento en un establecimiento de deshabitación, cuya duración es dos años y en caso de recaída hasta cuatro, constituye una limitación tan grave de la libertad del agente que debe existir una proporción entre la medida y el peligro que proviene del agente.

El proyecto ensancha el campo de aplicación de este internamiento. Mientras que conforme al § 42 c del Código penal sólo puede ser ordenado conjuntamente con una pena, el proyecto (§ 87) comprende también a los sujetos inimputables. Estos pueden ser internados en un establecimiento de cura o de asistencia cuando concurren las hipótesis previstas en el § 42 b del referido Código. Si éstas no concurrieren porque la incapacidad de culpa no tiene por base un estado de perturbación psíquica de cierta duración, como exige el § 42 b en conexión con el § 51 del mismo Código, o porque no exista ningún peligro para la seguridad pública en el sentido de su § 42 b, entonces no puede el agente, conforme al derecho en vigor, ser internado en un establecimiento de deshabitación. Conforme al proyecto (§ 87) su internamiento es posible no sólo cuando la incapacidad de culpa está probada, sino también cuando no esté excluida. Es distinto el caso del previsto en el § 86 en el que a consecuencia de la gravedad de la medida debe exigirse que para el internamiento en el establecimiento esté probada la inimputabilidad o la imputabilidad disminuida.

d) El *internamiento en casa de trabajo* es una de las más antiguas medidas aparecidas en los proyectos alemanes de reforma penal. Figura por vez primera en el anteproyecto de 1909 y sigue figurando en los posteriores. El Código en vigor limita este in-

(43) *Begründung*, pág. 88.

ernamiento, conforme a lo dispuesto en su § 42 d, a los vagabundos, mendigos y prostitutas condenados a penas de arresto para estimularles al trabajo y habituarles a una vida legal y ordenada. Pero este campo de aplicación parece demasiado estrecho. La casa de trabajo, manifiesta la exposición de motivos; debe ser utilizada contra todos aquellos delincuentes que por su repugnancia al trabajo o por su tendencia a una vida inestable o desordenada cometen hechos punibles y no pueden ser conducidos por el buen camino. Por esta razón el proyecto extiende esta medida a los condenados a prisión hasta nueve meses o a arresto penal a causa de un hecho punible cometido por repugnancia al trabajo o por inclinación a una vida desordenada o errante.

Esta no es una medida adecuada para criminales de gravedad, sobre todo para los que poseen una tendencia a cometer hechos graves o para los en que esta tendencia amenaza desarrollarse. Con el fin de limitarla a los delincuentes para los que es adecuada, el § 8, 3 excluye de su aplicación a los delincuentes por tendencia y a aquellos contra los que se ordene la custodia preventiva. El inciso 2 del § 88, de acuerdo con el derecho vigente, dispone que el condenado cuando sea incapaz para trabajar será internado en un asilo de inválidos.

Su duración es de dos años en el caso del primer internamiento; de cuatro años en el internamiento repetido.

e) *La condena como delincuente por tendencia* constituye una de las más importantes novedades del proyecto. En el proyecto de 1919, en todos los que le siguieron, como en el derecho vigente, se habla de «criminal habitual peligroso», expresión que, se dice en la exposición de motivos, puede originar una interpretación errónea, pues aquéllos son delincuentes en los que sólo por hábito se ha desarrollado una tendencia a cometer hechos punibles. Para la regulación de la custodia de seguridad, se manifiesta en la misma, sólo importa la existencia de tal tendencia, sin tomar en cuenta cómo ha nacido, si de una disposición natural o se ha desarrollado por costumbre, inclinación, práctica o de otra manera. Por esto el proyecto emplea el término «delincuente por tendencia» (*Hangtäter*) (44).

Supuesto previo para la condena como delincuente de esta clase, según el § 89, 1, es que la tendencia se dirija a la comisión de «hechos graves punibles» y que el agente a consecuencia de la misma sea peligroso para la comunidad o para algunos individuos. La declaración de la existencia de esta tendencia presupone una valoración conjunta del sujeto y de sus actos, a diferencia del derecho vigente que para la agravación de pena para los criminales habituales peligrosos sólo toma en cuenta la valoración conjunta de los hechos (§ 20 a).

(44) *Begründung*, pág. 89.

La ley no puede determinar en cada caso particular que haya de considerarse como hecho punible grave; esto queda reservado a la jurisprudencia, pero en todo caso los hechos, aclara la exposición de motivos, deben amenazar seriamente bienes jurídicos de gran valor (45). Como supuesto previo de carácter formal exige el mismo precepto que el agente haya ejecutado por lo menos tres hechos punibles dolosos, cometidos, al menos uno de ellos, después de cumplir veinticuatro años, por los que haya incurrido en reclusión, prisión de seis o más meses o en una pena juvenil. Debe tratarse de tres hechos independientes; así, no bastan los hechos parciales que integran una acción continuada. Tampoco son suficientes los hechos de imprudencia.

Con arreglo al inciso 2 del § 89 no se tomará en cuenta un hecho anterior, con independencia de que haya sido juzgado o no, si entre él y el siguiente han transcurrido más de cinco años. No se computará en este plazo el tiempo que el sujeto haya permanecido en custodia en un establecimiento por orden de la autoridad.

Los hechos objetos de condena fuera del ámbito de esta ley, conforme al inciso 3, se equipararán a los enjuiciados dentro del ámbito de vigencia de la misma cuando con arreglo a ella constituyan un crimen o delito doloso. De acuerdo con este precepto, los hechos que determinan la condena como delincuente por tendencia pueden ser cometidos dentro o fuera del campo de aplicación de esta ley, dentro de la zona alemana soviética o en el extranjero; sólo se requiere como condición previa que sean crímenes o delitos dolosos con arreglo al derecho de la República Federal Alemana (46).

f) Conforme al § 90, 1 del proyecto cuando alguien sea condenado como delincuente por tendencia, el tribunal, además de la pena correspondiente, ordenará la *custodia de seguridad*. También el derecho vigente prevé esta medida para los criminales habituales peligrosos; sin embargo, entre la regulación actual del Código penal y la del proyecto existe una importante diferencia. Conforme a los §§ 20 a y 42 a de aquél la condena como criminal habitual peligroso no significa todavía el acuerdo de sumisión a la custodia de seguridad. El proyecto establece una regulación distinta. La condena como delincuente por tendencia con arreglo al § 89 de éste lleva consigo, de modo obligatorio, el acuerdo de sumisión a la custodia de seguridad. Este es el sentido de su § 90, 1. El tribunal no puede prescindir de acordar la custodia de seguridad, pero en determinadas circunstancias puede suspender su ejecución y ordenar la *vigilancia de seguridad*.

Se suspenderá la ejecución de la custodia decretando en su

(45) *Begründung*, pág. 90.

(46) *Begründung*, pág. 90.

lugar la sumisión a vigilancia de seguridad si concurren circunstancias especiales que justifiquen la esperanza de que esta medida es suficiente para conducir al sujeto a una vida ordenada y conforme a la ley. No basta, según la exposición de motivos, una mera suposición del tribunal, es preciso que esté fundada en circunstancias especiales que el tribunal debe comprobar expresamente; por ejemplo, que el delincuente haya conseguido una ocupación segura, que haya contraído un matrimonio que haga esperar una interna estabilidad en su vida, o si se trata de un delincuente sexual, que se haya sometido voluntariamente a un tratamiento esperanzador.

La adopción de esta medida requiere especial cuidado, pues si otorga al condenado la posibilidad de encontrar en libertad el camino de una vida honesta, le proporciona al mismo tiempo la eventualidad de cometer en libertad nuevos hechos punibles graves. El tribunal, recalca la exposición de motivos, debe hacerse cargo de la especial responsabilidad de su decisión (47).

Si fuere provechosa al condenado la suspensión de la ejecución de la custodia de seguridad y no fuere revocada durante el plazo de prueba, el tribunal declarará, conforme al § 95, que la medida queda ejecutada. Si la posibilidad que le fué concedida no aprovecha al condenado y su conducta durante el plazo de prueba demuestra que el fin de la medida requiere su internamiento, entonces el tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la custodia de seguridad conforme al mismo § 95.

La custodia de seguridad durará tanto como lo requiera la finalidad que se persigue; sin embargo, cuando se impone por primera vez, no podrá exceder de diez años (§ 96).

g) La *custodia preventiva* (vorbeugende Verwahrung), como ya se dijo, es una de las novedades del proyecto. Esta constituye una medida de carácter esencialmente preventivo, encaminada a evitar que los delincuentes jóvenes lleguen a ser delincuentes por tendencia. Las investigaciones criminológicas demuestran que estos criminales comienzan su carrera delictiva en edad temprana y que muchas veces, antes de los veinticinco años, alcanzan su momento culminante. De aquí la necesidad de esforzarse en obrar sobre ellos, precisamente en el período de su desarrollo, para evitar que alcancen tan peligrosa categoría criminal. Como las medidas hasta ahora aplicadas, la educación protectora (*Fürsorgeerziehung*), ni la condena a penas juveniles de duración indefinida, se consideran adecuadas para los delincuentes jóvenes difícilmente educables, el proyecto ha acudido a esta especial medida que considera como un último intento para evitar que el agente llegue a convertirse en un delincuente por tendencia. Tal medida presenta la dificultad de que no es fácil distinguir en el momento

(47) *Begründung*, pág. 91.

oportuno los delincuentes expuestos a semejante peligro; sin embargo, el proyecto sobre la base de manifestaciones de competentes especialistas, no considera insuperable este obstáculo. A veces, jóvenes delincuentes que no parecen accesibles a la educación protectora, o a las penas juveniles, pueden ser descubiertos mediante la ejecución de estas medidas, como la experiencia enseña; por otra parte, la ciencia que diagnostica la peligrosidad de los jóvenes delincuentes ha desarrollado métodos de trabajo de tal exactitud que permiten ser utilizados en la práctica judicial (48). Sobre estas bases ha sido construída la nueva medida.

Como supuesto previo para su imposición se exige que el delincuente antes de cumplir veintisiete años cometa un hecho punible doloso castigado con pena privativa de libertad no inferior a seis meses, en cuyo caso el tribunal decretaría, además de la pena, la custodia preventiva cuando el agente antes de la perpetración del hecho hubiera cometido, por lo menos, dos hechos punibles dolosos castigados con pena privativa de libertad, de los que al menos uno hubiera llevado consigo la imposición de una medida educativa judicial (49) o hubiere sido castigado con una medida de corrección (50) o una pena privativa de libertad. Asimismo el tribunal decretará, además de la pena, la custodia preventiva si el agente, antes del nuevo hecho hubiere cumplido, al menos en parte, la medida de internamiento en un hogar público de educación o la de arresto continuado (51) o una pena privativa de libertad (§ 13). Finalmente el texto del proyecto exige—además del supuesto previo de haber ejecutado el agente un tercer hecho punible por el que haya incurrido, al menos, en privación de libertad no inferior a seis meses—, una valoración conjunta del agente y de los hechos de la que resulte que está en peligro de llegar a ser un delincuente por tendencia (§ 91, 1).

De igual manera que en el § 90, 1, relativo a la custodia de seguridad, el tribunal suspenderá la orden de ejecución de la custodia preventiva y ordenará la vigilancia de seguridad cuando existan especiales circunstancias que justifiquen la esperanza de que bastará esta medida para preservar al agente de que llegue a ser un delincuente por tendencia (§ 91, 3).

(48) *Begründung*, págs. 91 y 92.

(49) Las medidas educativas judiciales (*Erziehungsmassregeln*) están contenidas en la vigente ley de Tribunales juveniles de 1953; son aplicables a los jóvenes (de catorce a dieciocho años). Estas medidas son: la imposición de instrucciones, la vigilancia protectora y la educación protectora (§ 9).

(50) Las medidas de corrección (*Zuchtmitteln*) son aplicables, conforme a la ley antes citada, a los delincuentes jóvenes. Son éstas: la amonestación, la imposición de especiales deberes y el arresto juvenil (§ 13).

(51) El arresto continuado (*Dauerarrest*) es una de las modalidades del arresto juvenil, la más grave; su duración es de una a cuatro semanas (§ 16, 4).

Lo mismo que en caso de condena como delincuente por tendencia (§ 89) no es preciso que entre los tres hechos punibles que determinan la imposición de esta medida hayan transcurrido más de cinco años (§ 91, 4) y asimismo carece de importancia el lugar donde fueron ejecutados (§ 91, 5).

La duración de la custodia preventiva no podrá exceder de cinco años (§ 96, 2).

h) Otra de las nuevas medidas contenidas en el proyecto, y una de las más interesantes, es la *vigilancia de seguridad* (*Sicherungsaufsicht*). En el derecho vigente existe la vigilancia por la policía (§ 38 del Código penal) que posee con aquélla muy lejana semejanza; es una medida de carácter policiaco que posee muy escasas simpatías y es inconciliable con los principios jurídico-políticos del estado de derecho que exigen que toda intromisión, relacionada con ellos, en la libertad de la persona sea ordenada por la autoridad judicial.

La vigilancia de seguridad tiene por fin asistir y vigilar durante cierto plazo a determinados delincuentes para que se abstengan de cometer nuevos delitos y lleven una vida ordenada y conforme a la ley. Se aplica a los reincidentes, a los delincuentes en peligro y de modo especial cuando éstos han cumplido las penas privativas de libertad a que fueron condenados. Aun cuando posee estrecho parentesco con la suspensión de la pena a prueba (§ 79), presenta con ésta diferencias en cuanto a su finalidad y a su configuración, pues no obstante aspirar ambas a la reincorporación social del sujeto, en la vigilancia de seguridad, manifiesta la exposición de motivos, la protección de la comunidad se halla en primer término, antes que la consideración del agente (52). Contra su admisión protestó el profesor Eb. Schmidt, alegando que su aplicación habría de limitarse a un muy reducido grupo de delincuentes, en particular a los criminales habituales, y que sólo podría servir para una mera vigilancia. Pero estas ideas no encontraron eco en la Comisión (53).

La vigilancia de seguridad, conforme al § 100, podrá ser decretada por el tribunal además de la pena impuesta a los reincidentes; asimismo además de las penas de reclusión temporal, prisión de seis meses o más, o internamiento en una casa de trabajo y en los casos especialmente previstos por la ley. En cuanto a los reincidentes se aplicará independientemente de la clase y cuantía de la pena impuesta. Respecto de los comprendidos en el segundo grupo, los castigados con reclusión temporal, etc., que son señalados por el proyecto antes de la terminación de las deliberaciones sobre la parte especial, son especialmente los robos con fractura, los robos a mano armada o en cuadrilla, y en los casos de comi-

(52) *Begründung*, pág. 85.

(53) *Beilage zum Bundesanzeiger*, núm. 33, de 17 de febrero de 1955, pág. 7.

sión profesional de hechos punibles, como hurto, encubrimiento, caza furtiva, y además fabricación de moneda y ciertos delitos sexuales (54).

Mas no se hallan aquí comprendidos todos los sujetos a los que es aplicable esta medida; también puede serlo, como dispone el último párrafo del número 2 del § 100, a otros condenados, siempre que sin la imposición de esta medida exista el peligro de que no lleven una vida ordenada y conforme a la ley. Y no termina aquí su campo de aplicación, pues el inciso 2 del referido § 100 la autoriza, sin perjuicio de lo dispuesto en otros casos. Estos son, según la enumeración que hace la exposición de motivos, los de vigilancia de seguridad contra los delincuentes por tendencia' (§§ 90, 1; 94, 1 y 2; 96, 6. 99, 1), contra jóvenes delincuentes en peligro (§§ 91, 3; 94, 1 y 2; 96, 5; 99, 1), así como contra aquellos delincuentes a los que no se haya concedido la remisión de un resto de la pena o una vez concedida hubiere sido revocada (§ 107).

Consiste esta medida, con arreglo al § 101, 1, en la dirección y vigilancia del condenado sometido a ella para proporcionarle una ayuda que le encamine hacia una vida ordenada y conforme a la ley. Para conseguir este fin el tribunal le dará las instrucciones oportunas y le sujetará a un órgano de vigilancia. El tribunal encargará ésta a un delegado (*Bewährungshelfer*) (55). Si la vigilancia de éste no ofrece perspectivas de éxito, tenida en cuenta la personalidad del condenado, el tribunal nombrará como órgano de vigilancia a una autoridad de inspección (§ 101, 2). El órgano de vigilancia debe ayudar y atender al condenado y vigilar su conducta y el cumplimiento de las instrucciones que reciba. El tribunal puede hacerle indicaciones para el desarrollo de esta actividad (§ 101, 3).

La asistencia y ayuda es la médula de esta medida. Cuando las circunstancias justifiquen la convicción de que el condenado necesita ser sometido a la inspección de un órgano de vigilancia el tribunal podrá limitarse a dar instrucciones y a vigilar su cumplimiento (§ 101, 4).

Como hemos visto, el proyecto encarga la vigilancia del condenado, respectivamente, a un delegado o a una autoridad de inspección (§ 101, 2). Cuando en el caso particular destaque en primer término, atendida la personalidad del delincuente, la conveniencia de influir en su conducta, entonces, declara la exposición de motivos, un agente de prueba será el designado, mientras que si predomina la finalidad de seguridad y las posibilidades del agente de prueba no bastan, la vigilancia debe ser encargada la autoridad inspectora. Esta autoridad se considera necesaria en particular para

(54) *Begründung*, pág. 97.

(55) Quizá su traducción más exacta sería «auxiliar» o «asistente de prueba».

la vigilancia de seguridad de los criminales profesionales y de los criminales por tendencia peligrosos, sujetos que se sustraen fácilmente a la vigilancia de los agentes de prueba (56).

Con el fin de facilitar la vigilancia y la asistencia del condenado y procurarle una conducta honesta y conforme a la ley contiene el proyecto un precepto relativo a las instrucciones que el tribunal puede ordenar al condenado por el tiempo que esté sometido a la vigilancia de seguridad o por un plazo más breve (§ 102). Estas instrucciones tienen por base las experiencias reunidas hasta ahora en la aplicación de la suspensión de la pena a prueba y de la vigilancia de la policía. Algunas son las previstas en el § 78 del proyecto para la suspensión de la pena a prueba. En su mayoría están taxativamente formuladas. Son las siguientes:

1. Que no abandone (el condenado) el lugar de su domicilio o residencia o un determinado territorio más extenso sin permiso del órgano de vigilancia.

2. Que no permanezca sin motivo apremiante en determinados lugares o localidades que puedan ofrecerle ocasión o estímulos para cometer ulteriores hechos punibles.

3. Que no abandone de noche su domicilio sin motivo apremiante.

4. Que no tenga, sin motivo apremiante, relaciones con determinadas personas o con personas de determinados grupos, ni las emplee, eduque o albergue cuando puedan ofrecerle ocasión o estímulo para cometer ulteriores hechos punibles.

5. Que no ejerza determinadas actividades de las que en ciertas circunstancias pueda abusar para la comisión de hechos punibles.

6. No poseer determinados objetos que le puedan ofrecer ocasión o estímulo para la comisión de ulteriores hechos punibles, ni llevarlos consigo, ni darlos a guardar.

7. No tener o no conducir vehículos de motor o determinadas clases de vehículos de motor.

8. Presentarse en épocas determinadas ante el órgano de vigilancia o en determinadas oficinas.

9. Comunicar sin demora alguna todo cambio de domicilio o de colocación al órgano de vigilancia o a determinada oficina.

10. Presentarse, en caso de paro, en la correspondiente oficina de colocación o en otra oficina autorizada, que admita el trabajo que se le procure y no lo abandone sin motivo importante.

La vigilancia de seguridad dura de dos a cinco años (§ 103).

i) *La privación del permiso de conducir* ya figura entre las medidas de seguridad y corrección del Código vigente (§ 42 m), en el que fué introducido por la ley de Seguridad de Tráfico Viario

(56) *Begründung*, pág. 98.

de 19 de diciembre de 1952. El proyecto no contiene en este punto una reforma fundamental, sino tan sólo reformas parciales encaminadas a dar mayor eficacia a esta medida y a facilitar la interpretación de sus preceptos. Las favorables experiencias recogidas desde la introducción de esta medida han determinado su mantenimiento en el proyecto.

Esta conserva su configuración jurídica como medida de corrección y seguridad. En la práctica se pretendió aisladamente configurarla como pena accesoria con la finalidad de que fuere sentida como una grave aflicción penal y para que el juez en su sentencia pudiera tomar en cuenta el punto de vista de la retribución. El proyecto no ha acogido semejante idea y considera tal medida no como una satisfacción por el injusto cometido, sino como una medida de protección de la comunidad contra los conductores ineptos (57).

Cuando alguno, declara el inciso 1 del § 108, a causa de un acto antijurídico cometido conduciendo o con ocasión de conducir un vehículo de motor o infringiendo los deberes de conductor fuere condenado o absuelto por no haberse probado o por no haberse excluído su incapacidad de culpabilidad, será privado por el tribunal del permiso de conducir cuando del hecho se desprenda que no es apto para conducir vehículos de motor.

Este inciso es semejante al precepto del derecho vigente; sin embargo, el proyecto presenta con éste algunas diferencias. Entre otras, separándose de aquél, manifiesta de modo expreso que la privación no sólo tiene lugar en caso de condena o de probada incapacidad de culpabilidad, sino también cuando fuere solicitada una absolución por haber sido excluída esta incapacidad. Dicha aclaración, declara la exposición de motivos, era inevitable a causa de la jurisprudencia contradictoria de algunos tribunales, imposible de justificar por razones prácticas (58).

Mientras que el Código vigente deja a la apreciación del juez cuándo el agente se ha mostrado inepto para conducir vehículos de motor, el proyecto especifica una serie de hechos constitutivos de infracciones del derecho penal del tráfico que prueban su ineptitud para la conducción de aquellos vehículos y determinan la imposición de esta medida. El inciso 2 del § 108 dispone que se considerará que el sujeto no es apto para conducir vehículos de motor, salvo que especiales circunstancias excluyan esta presunción, cuando dados los supuestos establecidos en el inciso anterior, el sujeto cometa alguno de los hechos siguientes:

1. Homicidio culposo previsto en el § 222 del Código penal si sólo a él, o principalmente a él, le alcanza la culpabilidad.
2. Fuga prevista en el § 142 del mismo, sabiendo o teniendo

(57) *Begründung*, pág. 102.

(58) *Begründung*, pág. 102.

que saber que en el accidente se había producido la muerte de una persona o había sido herida gravemente.

3. Peligro para la circulación con arreglo al § 315 a, inciso 1, número 2, sólo o en relación con el § 316, inciso 2.

4. Peligro para la circulación, con arreglo al § 315, inciso 1, número 4, sólo o en relación con el § 316, inciso 2, cuando el agente hubiere sido condenado ejecutoriamente en los tres años anteriores a una pena privativa de libertad por infracción de los preceptos del tráfico.

5. Un hecho punible conforme al § 330 a, que guarde relación con los hechos antijurídicos mencionados en los precedentes números 1 a 4.

Los incisos 3, referente a la aplicación de esta medida contra el que posea un permiso de conducir extranjero, y 4, relativo al momento en que caduca el permiso de conducir, contienen modificaciones de escasa importancia.

j) La *prohibición de profesión* (§ 110), con el nombre de «prohibición del ejercicio de profesión», posee en el Derecho vigente (§ 42, 1) el mismo carácter que en el proyecto; es una medida de seguridad y corrección. Por tanto, no se halla configurada como una pena accesoria, sino como una medida encaminada a la protección de la comunidad contra los que con abuso de su profesión u oficio, o con inexcusable infracción de los deberes a ellos inherentes, ejecutan actos antijurídicos. Es condición precisa para su imposición que de la apreciación del agente y del hecho se desprenda que aquél, en el ejercicio de su profesión, oficio o industria, pondría en peligro a la colectividad o a determinados individuos con hechos antijurídicos graves. La imposición de esta medida tiene lugar no sólo en caso de condena, sino también en caso de absolución, cuando esté demostrada o excluida la incapacidad de culpabilidad del agente (§ 110, 1).

Mientras dure esta medida el agente no podrá ejercer la profesión, el oficio o especialidad por medio de otra persona o por persona que dependa de sus instrucciones (§ 110, 3). Su duración es definitiva o por tiempo de uno a cinco años (§ 110, 1).

k) La *expulsión de extranjeros* (*Anweisung*, § 112), como se ha dicho en páginas anteriores, no figura en el derecho vigente por ser de la competencia de las autoridades de policía. En el proyecto se incluye entre las medidas de corrección y seguridad. Posee notoriamente la naturaleza de medida de seguridad contra los extranjeros que pongan en peligro a la colectividad o a otras personas, carácter que el mismo texto del proyecto destaca.

La expulsión podrá ser decretada por el tribunal: 1. Cuando un extranjero haya sido condenado a pena privativa de libertad superior a tres meses y sea de temer que permaneciendo en el territorio federal ponga en peligro a la colectividad o a otras personas. 2. Cuando contra un extranjero se haya pronunciado una medida

de corrección o de seguridad o de prohibición de profesión. En los dos casos de estos números la duración de la medida es de tres a quince años.

Cuando concurren los supuestos previos de los anteriores números se podrá ordenar la expulsión definitiva en los casos siguientes: 1. Cuando el agente haya sido condenado a la pena de reclusión o como delincuente por tendencia o reincidente. 2. Cuando se haya ordenado contra el agente su internamiento en un establecimiento de curación o de asistencia, o en un establecimiento de preservación, o la prohibición definitiva del ejercicio de profesión. 3. Cuando contra el agente hubiere sido acordada anteriormente la expulsión por vía judicial o administrativa.

La agravación establecido para estos casos se funda, en los números 1 y 2, en la especial peligrosidad del extranjero, manifestada por las penas y medidas en que ha incurrido, y en el número 3 en la idea del reiterado abuso de la hospitalidad en territorio federal.

La imputabilidad en el pensamiento de Edmundo Mezger

Al Profesor Mezger en sus
Bodas de Oro del Doctorado.

JOSE MARIA NAVARRETE URIETA
Profesor de la Universidad de Madrid

Permítaseme antes de entrar en el tema del presente trabajo, una breve alusión a la persona del Profesor Edmundo Mezger como devoto homenaje de gratitud y afecto después de largos años de discipulado.

El día 6 de febrero de 1908 en la veterana Universidad de la vieja Tubinga obtenía el título de Doctor un joven jurista de veinticuatro años. Nacido en Basilea (Suiza, de padres alemanes, el 15 de octubre de 1883, hizo Edmundo Mezger sus primeros estudios humanísticos en el «Gymnasium» de Basilea y posteriormente en Esslingen (Wüttemberg), cursando sus estudios de Derecho en las Universidades de Tubinga, Berlín y Leipzig. Una serie de juristas famosos fueron sus maestros: Wach, Beling, von Listz, Heck y Rümelin. De todos ellos fué Wach quien más honda impresión dejó en la mente del joven jurista hasta el punto de que el entusiasmo por este maestro le llevó a escribir su trabajo doctoral sobre un tema de Derecho procesal: *Prozessualmaterielle Doppelrelevanz einer Tatsache in zivilprozessualischen Erkenntnisverfahren*. Otro jurista que también compartió la predilección del joven discípulo fué Heck, uno de los grandes representantes de la *jurisprudencia* de intereses.

La influencia de Wach no se apagaría tan pronto. Diez años después, en 1928, su escrito de «habilitación» para el profesorado tendría aún resonancias procesales: *Der psychiatrische Sachverständige im Prozess*. Este escrito le habilitaría para Derecho penal, procesal, internacional y Filosofía del derecho. En 1922 fué nombrado Profesor extraordinario de la Universidad de Tubinga y en 1925 fué llamado por la Universidad de Marbur-Lahn para desempeñar en propiedad la cátedra de Derecho penal, pasando en 1932 a Munich como sucesor de su antiguo maestro Beling.

Al cumplirse el 50.^o aniversario de su Doctorado, la Universidad de Tubinga le ha honrado renovándole el título de Doctor con palabras que son un resumen de la vida de este ilustre maestro:

«Ilustre y fecundo dogmático del Derecho penal —dice el documento aludido—, a quien la ciencia debe duraderos impulsos, que ha dirigido y formado tanto a la juventud universitaria como a la práctica jurídica. Venerado maestro de muchas generaciones de juristas, pensador polifacético cuyos trabajos de investigación han profundizado y afirmado las relaciones del Derecho penal con las ciencias vecinas». No es necesario insistir en que en nuestra patria se ha hecho acreedor el Profesor Mezger a los mismos testimonios de gratitud y afecto. Ahí están las últimas generaciones de penalistas españoles como ejemplo viviente de lo que la ciencia española del Derecho penal debe al Profesor de Munich.

De toda la producción de Edmundo Mezger (1) quizá sea lo más típicamente «mezgeriano» los trabajos que dedica a la imputabilidad. El mismo nos da la clave más segura para la investigación de su pensamiento cuando nos dice que para él «metódicamente, cada vez gana más terreno el carácter dualista *empírico-valorativo* de todos los conceptos penales» (2). Si en algún lugar del sistema jurídico-penal tiene realidad este pensamiento en toda su pureza, es precisamente en el terreno de la imputabilidad. El esfuerzo de Mezger por tender un puente entre lo normativo y lo científico-natural se manifiesta en sus investigaciones sobre la imputabilidad con mayor claridad que en ninguna otra parte. A esta tarea la llama él la «secular» misión de nuestra época, «el incorporar de modo orgánico los resultados de la ciencia empírica de la época naturalista a una nueva ciencia jurídico-penal valorativa» (3). El camino no puede ser otro que unir a la captación valorativa científico-cultural, una amplia comprensión psicológica (4). He aquí una síntesis programática que ha ido siendo desarrollada en una serie de trabajos que analizaremos en el presente artículo. Además, tendremos también ocasión de apreciar cómo un dogmático, que no vacila en internarse en consideraciones de tipo filosófico cuando la ocasión lo pide, no acaba perdiéndose en un mundo de abstracciones apartado de la realidad, reproche que con demasiada frecuencia se le viene haciendo a la ciencia alemana del Derecho penal principalmente por parte de los juristas italianos. El «suelo de la realidad» no es jamás perdido por Mezger principalmente en lo tocante a este problema de la imputabilidad. *Norma y vida* van aquí de la mano, viéndose el jurista obligado a tener que contrastar de forma continua los puntos de vista jurídicos con el caso concreto (5).

(1) Una lista completa de la producción científica del Prof. MEZGER hasta 1953 puede verse al final del «Mezger-Festschrift», München y Berlín, 1954, págs. 515-520.

(2) *Tratado de Derecho penal*, 2.^a ed. española, traducido por RODRÍGUEZ MUÑOZ, t. I, Madrid, 1946, pág. 14.

(3) *Tratado*, cit. t. I, págs. 19 y 20.

(4) *Tratado*, cit., t. I, pág. 19.

(5) Véase RADBRUCH: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México, 1955, pág. 22.

Sobre la naturaleza jurídica de la imputabilidad la posición de Mezger es clara y no ofrece dudas, ya que nos dice que el concepto de la imputabilidad jurídico-penal es un concepto jurídico y tiene sus raíces en una valoración jurídica (6).

Fijemos en primer lugar cuál es el lugar sistemático que Mezger le asigna a la imputabilidad. Al plantearse en el «Tratado» la problemática de la estructura del concepto de culpabilidad, toca esta cuestión (7). Después de hacer una crítica de las teorías que consideran que la imputabilidad es capacidad de acción, capacidad jurídica de deber y capacidad de pena, se decide por considerar a la imputabilidad como *capacidad de culpabilidad*. La consideración de que la imputabilidad sea un presupuesto de la culpabilidad es rechazada, ya que lo que es un presupuesto es igualmente una característica (8). En el «Leitfaden» desecha incluso la denominación de imputabilidad e inimputabilidad que sustituye por las de *capacidad de culpabilidad* e *incapacidad de culpabilidad* (9). En su conferencia *Schuld und Persönlichkeit* (10) afirma que junto a las formas de culpabilidad y a la ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad está la imputabilidad. En el «Grundriss» (11) y en el «Studienbuch» (12) sigue manteniendo la misma actitud, lo mismo que en su conferencia *La culpabilidad en el moderno Derecho penal* (13). En su escrito polémico *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik* (14) al exponer cómo están estructurados los distintos elementos de la teoría de la culpabilidad, resulta el siguiente cuadro :

Culpabilidad

- 1.º Fundamento del reproche de culpabilidad.
 - a) Imputabilidad potencial del autor.
 - b) Necesidad actual de imputabilidad como consecuencia de
 - a') actuar doloso o con enemistad jurídica
 - b') actuar culposo
- 2.º Exclusión de la culpabilidad por vía de excepción.

(6) MEZGER: *Probleme der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit*, Munich, 1949, pág. 3.

(7) *Tratado*, cit., t. II, Madrid, 1949, págs. 37 y sigs.

(8) *Tratado*, cit., t. II, pág. 42.

(9) MEZGER: *Deutsches Strafrecht. Ein Leitfaden*, Berlín, 1936, pág. 52.

(10) MEZGER: *Schuld und Persönlichkeit*, Marburg, 1932, pág. 16.

(11) MEZGER: *Deutsches Strafrecht. Ein Grundriss*, 3.ª ed. Berlín, 1943, pág. 87.

(12) MEZGER: *Strafrecht, I. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 7.ª ed. Munich y Berlín, 1957, pág. 137.

(13) MEZGER: *La culpabilidad en el moderno Derecho penal*, Valladolid, 1956, págs. 32 y 33.

(14) MEZGER: *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Berlín-Munich, 1950, pág. 36.

Según este cuadro, la imputabilidad, junto con las normas de la culpabilidad (dolo y culpa), integran la materia del reproche de culpabilidad. En otro lugar (15), dentro de la sistemática total de la Parte general, la culpabilidad queda estructurada de la siguiente forma:

Teoría de la culpabilidad

1. *Imputabilidad*
2. Dirección desaprobada de la voluntad como:
 - a) dolo
 - b) enemistad jurídica
 - c) culpa.
3. Causas de exclusión de la culpabilidad.

El término «enemistad jurídica» (*Rechtsfeindheit*) es sólo un nombre nuevo dado a lo que con anterioridad llamó «ceguera jurídica» (16). En todos sus trabajos posteriores sigue manteniendo firmemente la postura de que la imputabilidad es capacidad de culpabilidad y, por tanto, característica o elemento de la misma. El concebir a la imputabilidad como un presupuesto de la culpabilidad es sólo un rodeo formalista (17).

Una cuestión previa y que está en el fondo de toda la problemática de la culpabilidad es el problema de la libertad humana. La ordenación sistemática de esta pregunta por la libertad de querer del hombre es difícil. Ya en 1932 (18) se lamentaba Mezger de que a la teoría de la culpabilidad se le añadiese como agregado para dar que pensar, *cuya ordenación sistemática, no es clara*, el que el autor hubiese obrado en posesión de una voluntad libre. En el «Tratado» procura reducir el problema a límites estrictamente jurídicos, poniendo de manifiesto la diferencia entre culpabilidad en *sentido ético* y culpabilidad en *sentido jurídico* (19). Al Derecho le basta con la imputación de una acción a su autor como a su causa. Por tanto, la secular polémica entre un determinismo y un indeterminismo dogmáticos es una cuestión filosófica que excede al Derecho penal. A éste le basta con un *determinismo del conocimiento crítico* (20). No obstante esta solución, no deja de reconocer la importancia que pueda tener para el Derecho penal la admisión o negación del principio de la libertad humana: la negación de la libertad de querer nos llevaría a sustituir un Derecho penal de culpabilidad por

(15) *Moderne Wege*, cit., pág. 51.

(16) MEZGER: *Rechtsirrtum und Rechtsblindheit*, aparecido en el «Kollersch-Festschrift», 1944, págs. 180-198. Véase también «*Moderne Wege*», cit., págs. 43 y 44.

(17) MEZGER: *Zurechnungsfähigkeit*, «Frank-Festgabe», t. I, pág. 530.

(18) *Schuld und Persönlichkeit*, cit., pág. 6.

(19) *Tratado*, cit., t. II, págs. 9-13.

(20) *Tratado*, cit., t. II, pág. 12.

un Derecho penal de seguridad (21), así como tampoco podría mantenerse el carácter retributivo de la pena.

No puede hablarse de un reproche de culpabilidad sin admitir previamente la libertad humana. Una valoración objetiva de la conducta, no sólo dentro del campo jurídico, sino también en el campo ético, es perfectamente posible sin la existencia de la libertad, pero lo que es de todo punto imposible es la formulación de un reproche personal derivado de tal conducta, reproche que es en definitiva la esencia de la culpabilidad (22). Dentro de un puro determinismo no se plantea el problema de una auténtica imputabilidad, sino que en su lugar surge el problema de un tratamiento finalista de determinados grupos de hombres (23).

No obstante la solución en cierto modo simplista que nos propone en el «Tratado», el problema de la libertad de querer sigue preocupando a Mezger que incluso llegará a reconocer la crisis del pensamiento del *determinismo del conocimiento teórico*. Tocado el problema ocasionalmente en distintos trabajos, perfilará su pensamiento sobre el particular en su conferencia *Über Willensfreiheit* (pronunciada en 1944 y publicada en 1947) dedicada expresamente a esta cuestión. No obstante los esfuerzos por llegar a una solución definitiva, la solución mezgeriana nos recuerda a aquella de Crisipo que declaraba al problema por insoluble.

En el «Grundriss» afina un poco más, distinguiendo entre el aspecto *lógico* o de teoría del conocimiento y el aspecto *ontológico* de la cuestión, el interés no sólo de la *razón teórica*, sino también de la *razón práctica*, reconociendo la naturaleza propia de las leyes que rigen la vida anímica, distintas de las que rigen el mundo físico, admitiendo finalmente que si bien es cierto que la vida psíquica está regida por *motivaciones* y *relaciones de sentido*, nadie ha aportado hasta ahora la prueba de que la vida anímica esté regida por alguna ley sin lagunas (24).

De otra parte, una especie de ley de asociación, la fuerza de la asociación en el sentido de Hume (25), nos lleva a considerar de modo cerrado y unitario el total acontecer del mundo regido por el *principio causal*. Por parte de la *teoría del conocimiento* se postula un tratamiento unitario de todos los problemas, mientras que desde el ángulo ético-jurídico se exige una diferenciación. La solución la busca Mezger por un camino *oblicuo*, aceptando el *determinismo del conocimiento teórico*.

Posteriormente vuelve a plantearse el dilema libertad-determi-

(21) *Grundriss*, cit., pág. 82.

(22) *Grundriss*, cit., pág. 81.

(23) Véase esta postura de MEZGER, en *Niederschriften über die Sitzungen der Grosse Strafrechtskommission*, t. IV, Bonn, 1958, pág. 467.

(24) *Grundriss*, cit., pág. 81.

(25) Véase Nicolai HARTMANN: *Einführung in die Philosophie*, 3.^a ed., 1954, pág. 117.

nismo (26), analizándolo desde los ángulos psicológico y filosófico. La Psicología no nos aporta ninguna prueba en favor de la libertad humana: el sentimiento de libertad que poseemos puede ser un espejismo, como ocurre en los casos de cumplimiento de mandatos poshipnóticos en los que el sujeto cree obrar libremente. Desde el ángulo filosófico, siguiendo a Windelband y a Rickert, se ha intentado una solución partiendo del dualismo mundo de la realidad-mundo de los valores, sometido este último a sus leyes propias y que pone ante el mundo de la realidad el espejo de la norma. Tampoco satisface esta solución que considera al mundo de la realidad y al mundo de los valores como unidades cerradas sin vínculos entre sí y para hacer *culpable* a alguien hemos de encontrar en él mismo los puntos de apoyo necesarios.

Lo único que puede permitirnos deducir la responsabilidad del individuo es que la *personalidad* llegue a participar de los valores *suprapersonales*, deduciéndose la posibilidad potencial de que estos valores se conviertan en *motivos eficientes* de la conducta. La responsabilidad se deduce no del plano psicológico, sino del plano jurídico. A esta vivencia *valorativa*, en este caso *comunitaria*, se puede anudar una consideración normativa.

En la «Kriminalpolitik» se ocupa también del problema de la libertad, llegando a las mismas conclusiones que acabamos de exponer, concluyendo con que la libertad humana es un postulado de la razón práctica (27).

En su conferencia ya mencionada *Über Willensfreiheit* afirma en primer lugar que este problema de la *libertad de querer* preocupa a la lógica (teoría del conocimiento), a la ontología, a la ética y a la Filosofía del Derecho. Estos mismos pensamientos que acabamos de exponer los repite en dicha conferencia bajo el epígrafe titulado «Intento de una solución empírica» donde además añade una consideración del problema desde el ángulo del acontecer corporal y físico. En principio, la existencia de una voluntad libre que pueda actuar sobre el mundo corporal, parece ir contra el *principio de conservación de la energía*. Aun admitiendo que la influencia de la voluntad se limitase al «un cambio de dirección» de los procesos físicos, ya supondría la aplicación de una determinada fuerza y de una determinada energía. La admisión de una *especial energía psíquica* nos pone también ante dificultades, como sería la consecuencia de que tal energía psíquica se iría *gastando* progresivamente. Claro es que esta objeción podría soslayarse argumentando que la energía necesaria la tomaría lo psíquico de la propia *esfera corporal*, como pone de manifiesto la teoría de la influencia recíproca entre las dos esferas psíquica y física. En los límites entre lo

(26) MEZGER: *Kriminalpsychologische Probleme im Strafrecht*, 1943, págs. 38-42. De ahora en adelante citado bajo la abreviatura de *Kriminalpsycho. Probleme*.

(27) MEZGER: *Kriminalpolitik und ihre kriminologischen Grundlagen*, 3.^a ed., 1944, págs. 199-203.

corporal y lo anímico existen relaciones semejantes a las que hay entre el mundo orgánico e inorgánico. También el *organismo vivo* se sirve de las fuerzas del mundo inorgánico sin alterar las leyes de este último (pág. 7). El limitar la influencia de lo anímico solamente a un poder de dirección sumamente pequeño si lo comparamos con la enorme energía cósmica, es considerado por algunos como una amenaza para la dignidad de la vida anímica y es mejor, por tanto, renunciar a esta limosna (pág. 7). Claro es que esta objeción desaparece si tenemos en cuenta que la más pequeña cantidad de energía puede traer consigo los mayores efectos. Piénsese, por ejemplo, en el alud. Lo único fundamental para que esto suceda es el presupuesto de la existencia de un estado de *alta labilidad* (página 9).

Una prueba definitiva, tanto para el determinismo como para el indeterminismo, no puede deducirse de los razonamientos anteriores. Por eso se centran las esperanzas en el campo del conocimiento teórico (págs. 9-15).

El intento de hallar una solución definitiva al problema de la libertad humana dentro del campo del conocimiento teórico tiene sus orígenes en Kant. En la «Crítica de la razón pura» puso de manifiesto la significación regulativa de la idea de *fin*. Pero para Kant, en resumidas cuentas, en el ámbito del conocimiento sólo existe un orden que pueda satisfacer la exigencia de objetividad: el orden del suceder según la norma de la *causalidad*. Según ella, todo suceder está determinado de forma continua y al mismo tiempo unívocamente por lo precedente. Esto tiene que tener vigencia también para la voluntad humana dentro del mundo psíquico. Así llegamos a un *determinismo del conocimiento teórico*, el cual es necesario porque está fundamentado sobre las categorías de nuestro pensamiento, en nuestra razón cognoscente.

Ahora bien, la corrección y exactitud de un pensamiento no quiere decir que corresponda a la realidad. Esto es lo que ocurre con el pensamiento del *determinismo del conocimiento teórico*. En el mundo no sólo ocurre lo que está reglado, entendiendo como *regla* la repetición. Kant entiende por *regla* una norma apriorística de nuestro pensamiento que también debe encontrar aplicación a lo que sólo ocurre una vez (lo único). En su tabla de categorías considera como la única categoría para la sucesión de los fenómenos la categoría de la causalidad. Si junto a la *existencia* hemos de reconocer la *no existencia*, junto a la *necesidad* la *casualidad*, habrá también que admitir junto a la *causalidad* la *no causalidad*, junto a la *continuidad* la *discontinuidad*. Estas dos categorías de la *no causalidad* y de la *discontinuidad* reunidas es lo que constituye en el pensamiento de Mezger la *categoría de la espontaneidad* (página 13).

El pensamiento causal tiene su origen en la física clásica, en la macrofísica, pero la física moderna, la microfísica, la física del átomo, nos pone ante la quiebra del pensamiento causal. En rea-

lidad, tan erróneo es, metódicamente hablando, deducir un determinismo de la voluntad partiendo de la física clásica, como tratar de probar la libertad partiendo de la microfísica. En uno y otro caso se trata de un arbitrario trasplante de leyes que tienen vigencia en un campo, a otro campo esencialmente distinto. Establecer una analogía entre el comportamiento de un electrón y el actuar humano es, como observa Lersch, erróneo (28). Una elección está siempre basada en una vivencia *cualitativa* dentro de la *total vivencia de valores* que el hombre es capaz de tener, en cambio, en la física se trata siempre de *cantidades* y nunca de *cualidades* de tipo valorativo. Por otra parte, el que por el momento se admita la existencia de fenómenos *acausales* dentro de la microfísica, no es aún cierto que esto corresponda a la realidad o sea consecuencia de la deficiencia de nuestros instrumentos de medida y observación.

La tentativa de resolver el problema desde el ángulo de la ontología tampoco nos proporciona mejores resultados. Siguiendo el método de sustituir la «intencio obliqua» por una postura «natural» frente al ser, llega Nicolai Hartmann a la conclusión de que la libertad de la persona es *ontológicamente posible y moralmente necesaria* (págs. 21-24).

Una última tentativa para solucionar esta especie de duelo a muerte entre determinismo e indeterminismo es la que llama Mezger «intencio de solución sintética». En esta tentativa se unen dos caminos: las leyes del pensamiento y la realidad del ser. De acuerdo con las leyes del pensamiento, en la esfera del pensamiento, el determinismo del conocimiento teórico es una necesidad. Esto se basa en la afirmación de Sigwart (29) que decía: «La exigencia de concebir lo dado como una necesidad se legitima por la naturaleza de nuestro pensamiento». Ahora bien, junto a las leyes del pensamiento, el *ser* exige una consideración sin restricciones. No podemos prescindir de que el objeto puede exigir de nosotros otra forma de consideración que no sea sólo la unilateral de la causalidad. No debemos olvidar que las categorías de nuestra consideración «van copiando la realidad trazo a trazo» (pág. 26). El método de conocimiento en el mundo anímico es el *comprender* como captación de las relaciones de sentido. La vida anímica considerada como un todo no es solamente una suma de asociaciones causales, sino también un tejido de vivencias y actos intencionales orientados hacia los valores (pág. 27).

Las conclusiones a que llega Mezger al final de su conferencia son que en definitiva no podemos afirmar que el querer y el obrar del hombre así como cualquier fenómeno anímico sean libres en toda la extensión de la palabra. Pero lo que sí podemos afirmar es que para el conocimiento de la vida anímica, junto a la categoría de la *causalidad* se necesita la categoría de la *espontaneidad*. Sin

(28) Philipp LERSCH: *Aufbau der Person*, 7.ª ed., 1956, pág. 437.

(29) SIGWART: *Logik*, 3.ª ed., t. II, 1939, pág. 175 (citado por MEZGER).

ella lo anímico es completamente *incomprensible*. Esto vale también como principio de toda investigación criminológica (págs. 27 y 28).

En su conferencia *Probleme der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit* (1949, págs. 43-44) vuelve a ocuparse del problema de la libertad del hombre. Brevemente, pero cada vez con mayor claridad, vuelve a afinar en el planteamiento del tema. La base del reproche de culpabilidad es que el autor pueda obrar de manera distinta a como obró en realidad. Este es el principio contenido en el § 51 del Código penal alemán. El problema descansa, por tanto, sobre una base práctica. Por medio de la participación en los *valores suprapersonales*, el hombre normal frente a los impulsos criminales puede obrar de otra manera, convirtiéndose esa participación en valores suprapersonales en *motivos eficientes* de la conducta. Lo que en último término la ley exige del autor —concluye Mezger— es un «dominarse a sí mismo», un «ser dueño de sus actos» (30).

En otra conferencia, *Das Typenproblem in Kriminologie und Strafrecht* (1955, págs. 23-25) resume los argumentos ya expuestos en *Über Willensfreiheit*, poniendo de relieve la quiebra del *determinismo del conocimiento teórico* ya que es imposible considerar al mundo anímico como una serie de relaciones causales. Es necesario dar entrada a la *categoría de la espontaneidad*.

En su reciente escrito *Verbrechen als Schicksal nach neuen japanischen Forschungen* (1957, pág. 7) vuelve a manifestarse en cierto modo contrario a la admisión del determinismo, afirmando que a pesar de la importancia que el factor constitución-herencia pueda tener en el nacimiento del delito, esto no desconecta ni el factor *medio* ni al factor *espontaneidad*. No puede hablarse del delito como de un destino forzoso del hombre.

En el *Studienbuch* adjudica Mezger al problema de la libertad humana un lugar sistemático dentro de la teoría de la culpabilidad, considerándola entre los fundamentos del reproche de culpabilidad (31). También en el *Leipziger Kommentar* concede al problema de la libertad humana bastante más importancia a la que le concedía en el «Tratado» (32). Explícitamente reconoce Mezger que sin tomar una posición frente al dilema determinismo-indeterminismo todas las discusiones y consideraciones en torno a la imputabilidad se quedan en la superficie y muchos problemas prácticos concernientes a la delimitación de la imputabilidad se quedan sin resolver (pág. 364). Tampoco su postura frente al *determinismo del conocimiento teórico* es tan entusiasta como hace veintinueve años. El que para nuestro pensamiento sea fundamental la categoría

(30) Véase también relacionado con el tema que tratamos el análisis de la postura de LEBERENZ que hace MEZGER en *Probleme*, citado, páginas 44-47. Además del problema del determinismo e indeterminismo en Derecho penal se tocan otros problemas interesantes, tales como el fundamento metafísico del Derecho penal y la idea de la Justicia.

(31) MEZGER: *Studienbuch*; págs. 134 y sigs.

(32) *Leipziger Kommentar*, 8.ª ed., t. I, 1957, págs. 364-366.

de la *causalidad* no basta para *convertir* en causal el objeto que tenemos delante.

En resumen: el problema de la libertad humana tiene para Mezger tres aspectos: ético, epistemológico y jurídico. 1.º) Dentro del terreno ético es muy difícil probar tanto el determinismo como el indeterminismo. La libertad humana es un postulado de la ética. 2.º) Dentro de la teoría del conocimiento la admisión de la libertad nos lleva a la ruptura del principio causal. Ahora bien, la categoría de la *causalidad* es una categoría de nuestro pensamiento y estas categorías «a priori» en el sentido de Kant no son las únicas existentes. Al lado de ellas hay que colocar aquellas otras categorías que provienen del *ser*, que están en él con independencia absoluta de las categorías que rigen nuestro pensamiento. Esta categoría del mundo anímico que nos interesa es la *categoría de la espontaneidad*. 3.º) Dentro de la esfera jurídica, el problema de la libertad —que para el Derecho se reduce a la fórmula «haber podido obrar de forma distinta a como el autor obró en realidad»— adquiere el carácter de una exigencia general. El derecho, como una norma general de la vida social en comunidad, tiene que generalizar y se contenta por tanto, con derivar su juicio de culpabilidad (reproche) cuando de las circunstancias dadas podía esperarse que se pudiese obrar de otra manera, lo cual deja la puerta abierta para tratar de determinar, en la medida de lo posible, si el autor pudo o no actuar de otra manera. Esta facultad de decidir libremente tiene su base en la participación del hombre en los valores suprapersonales que pueden llegar a convertirse en *motivos eficientes* de la conducta. El *método comprensivo* piedra angular de la concepción mezgeriana de la imputabilidad.

Un concepto previo que hemos de aclarar antes de entrar en la exposición del método comprensivo es lo que se entiende por *relación de sentido*.

En primer lugar, afirma Mezger que «sentido» significa una relación a *valores* y que esta relación a *valores* es algo innato, *esencial* a toda vida anímica (33). Los fenómenos anímicos entre sí no están en una relación causal, sino en una *relación de sentido*. De acuerdo con su contenido aparecen relacionados a valores, dirigidos a un *fin*. Su esencia no es casual, sino *final*. Lo que quiere expresarse en primer lugar con este sentido final es el *carácter subjetivo* del portador de aquel proceso anímico. Pero también, a todo proceso anímico, aunque se realice en un individuo concreto, le es esencial que se mueva al mismo tiempo dentro del marco de valores supraindividuales, históricos y supratemporales, participando del sentido objetivo de estos últimos. En la investigación criminológica de la personalidad se trata de una ordenación en proposiciones de fines individuales y supra-

(33) MEZGER: *Kriminologie*, 1951, pág. 9.

individuales. La relación de sentido en los procesos anímicos se presenta en los acontecimientos psíquicos concretos lo mismo que una *relación de motivo* (34). Al contenido de un proceso anímico se le llama su *sentido* (35). *Comprender* significa captar la relación de sentido entre el *motivo* y sus consecuencias. Esta relación de sentido es una relación lógico-intelectual entre ambos miembros de la relación. Con ello nos ponemos frente a algo lleno de misterio: esta relación de sentido motivológica que tiene lugar en lo anímico y en virtud de la cual «lo anímico procede de lo anímico», la experimentamos y la vivimos al mismo tiempo como una *relación de efecto* (36).

En la exposición del pensamiento de Mezger en lo referente a lo que él entiende por *relación de sentido* aparecen tres conceptos distintos quizá no separados con la debida nitidez. Se habla de *relación de efecto*, de *relación de motivo* y de *relación de sentido* propiamente dicha. Aunque los tres conceptos expresados coinciden en lo referente al objeto sobre el cual recaen, no son idénticos ni pueden sustituirse arbitrariamente unos por otros. Siguiendo a Lersch (37), psicólogo bien conocido por Mezger y del que suele aceptar bastantes de sus conclusiones, vamos a tratar de aclarar el concepto de cada una de las tres relaciones que nos ocupan.

La *relación de efecto* es quizá dentro de las tres relaciones que rigen la vida psíquica, la más próxima, por su naturaleza, a la *relación de causalidad*. La *relación de efecto* coincide con la *relación de motivo*. *Relación de motivo* y *relación de sentido* constituyen para Mezger, como hemos visto, una misma cosa, mientras que para Lersch son cosas distintas. Según este último autor, la vida humana no sólo está regida por relaciones de *motivo*, sino también por relaciones de *sentido*. Estas últimas están basadas en la estructura teleológica de la vida anímica, en su orientación y referencia a un fin al que se dirigen y que postula ser realizado. La característica diferencial entre *relación de motivo* y *relación de sentido* la encuentra Lersch en que el *motivo* tiene que ponerse de manifiesto, mientras que el *sentido* puede permanecer oculto (38). La *relación de motivo* es una acomodación a la vida anímica de la *relación de causalidad*, si bien dándole una estructura distinta, mientras que en la *relación de sentido* no es lo anterior lo condicionante y lo que engendra la decisión, sino que es una tendencia a un fin lo que *ordena* el acontecer, incluso de forma inconsciente para el individuo. La raíz de la diferencia entre el concepto de Mezger y el de Lersch estriba en la distinta

(34) MEZGER: *Kriminalpolitik*, cit., pág. 193.

(35) MEZGER: *Kriminalpsycho. Probleme*, cit., pág. 6.

(36) MEZGER: *Kriminalpsycho. Probleme*, cit., pág. 16.

(37) LERSCH: Lug. cit., págs. 68 y sigs.

(38) LERSCH: Lug. cit., pág. 70.

concepción que ambos tienen del «motivo», ya que para Mezger este concepto es más amplio que para Lersch.

La investigación de la personalidad en Derecho penal ha de hacerse partiendo de unos presupuestos metódicos que varían según la esfera de que se trate. La contraposición, y al mismo tiempo complemento mutuo que entre sí realizan la psicología y la biología criminal, se ve claramente al poner de manifiesto el contraste entre los métodos empleados por una y otra. La biología criminal emplea el método científico-natural, mientras que la actual psicología criminal, injertada en las modernas corrientes de una psicología valorativa, emplea el método propio de las ciencias del espíritu: el *método comprensivo*. El *comprender* supone un *plus* frente a la captación causal-corporal (39).

El origen de este método *comprensivo* está en Dilthey con su conocida frase: «La naturaleza la explicamos; la vida anímica la comprendemos» (40). Partiendo de este postulado considera Mezger al *comprender* como el fundamento de la imputación (41). En realidad, la comprensión en el pensamiento mezgeriano, como operación mental, no constituye propiamente la base de la imputación, sino que este proceso metódico que es el *comprender*, constituye el único camino para llegar a la constatación de la existencia de la imputabilidad. Las fuentes donde se apoya Mezger para exponer su concepción del *comprender* son: Dilthey como definidor del postulado fundamental, y Rickert y Max Scheler entre los filósofos, Jaspers y Kurt Schneider entre los psiquiatras, y Spranger y Lersch entre los psicólogos. Las obras donde Mezger expone su pensamiento sobre el *método comprensivo*, son: *Kriminalpsychologische Probleme im Strafrecht* (1943, págs. 6-29), *Kriminalpolitik* (3.ª ed., 1944, págs. 186-190), *Probleme der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit* (1949, páginas 47-51), *Das Verstehen als Grundlage der Zurechnung* (1951), *Kriminologie* (1951, págs. 8-11) y *Leipziger Kommentar* (8.ª edición, t. I, 1957, pág. 371).

«*Comprender*» quiere decir captar relaciones dentro del acontecer anímico de acuerdo con leyes de sentido. Ahora bien, este *comprender* así entendido no puede tener solamente el tinte subjetivo que en definitiva le atribuyen tanto Jaspers como Schneider. Esta comprensión tiene que ser objetiva, es decir, *comprender* significa la ordenación de un proceso anímico en una relación eficiente según leyes de sentido. Esta relación posee un carácter objetivo cuando aparece evidente ante los ojos de una persona con conocimientos técnicos y con un pensar y un sentir normales. Con esto se pone de manifiesto que:

(39) Pensamiento de SCHNEIDER citado por MEZGER.

(40) MEZGER: *Kriminalpsycho. Probleme*, pág. 4.

(41) Su conferencia, pronunciada en la «Bayerische Akademie der Wissenschaft» el 12 de enero de 1951 y publicada el mismo año, lleva el título de *Das Verstehen als Grundlage der Zurechnung*.

1.º Además de la comprensión propia existe la comprensión ajena.

2.º El *comprender* no puede identificarse con el revivir por sí mismo *a posteriori*, lo que nos llevaría a un subjetivismo extremo cuyos resultados inadmisibles fueron puestos de manifiesto por Max Ernesto Mayer (42). Un intuitivo revivir *a posteriori* puede constituir un medio para la constatación de la existencia o la falta de la relación de sentido, pero no la constatación objetiva misma.

El *comprender genético* no hemos de considerarlo limitado exclusivamente a lo anímico consciente en el sentido de Jaspers. Hay también procesos anímicos que proceden de lo anímico inconsciente. Con esto nos encontramos frente a la necesidad de reconocer la existencia de una *comprensión psicológica profunda*. Este tipo de *comprensión*, ayudándose de la experiencia psicológica disponible, trata de encontrar los *motivos* que en realidad han actuado de modo eficiente en el subconsciente. Esta «infraestructura» de la persona tiene también una naturaleza psicológica, de ahí que no baste la *explicación* sino que sea necesaria la *comprensión*. Esto lo ilustra Mezger con un caso de una empleada de Correos que solamente se hace inteligible poniendo en práctica esta comprensión psicológica de fondo.

Partiendo de la distinción de Jaspers entre comprensión *estática* y *genética* llega Mezger a distinguir cuatro formas o aspectos del comprender (43):

1.º *Comprensión fenomenológica (estática)*.—Aquí se trata de comprender el fenómeno anímico tal como se presenta. De esta comprensión fenomenológica hemos de girar hacia *dentro*, hacia el *contenido anímico*.

2.º *Comprensión motivológica (genética)*.—Esta comprensión motivológica es una comprensión de los *móviles* anímicos. Bajo esta forma es donde se ve con mayor claridad cómo «lo anímico procede de lo anímico». Aquí se realiza un giro de la «relación *lógica* de sentido» hacia una «relación *real* de efecto». El calificativo de «lógico» dado a la relación de sentido no hay que entenderlo en su significado estricto, sino en su sentido amplio, queriendo expresar con ello el «contenido mental» en contraposición al mero curso externo del proceso anímico. *Comprensión motivológica* significa en último término el comprender la relación de sentido entre el motivo y sus consecuencias.

3.º *Comprensión caracterológica (genética)*.—Es la comprensión del acontecer anímico partiendo de la personalidad. Aquí realizamos un giro de las *formas de conducta* y de las *formas de vida* hacia la *total forma de la personalidad*.

Importante para la comprensión caracterológica que, en defi-

(42) MEZGER: *Das Verstehen*, cit., págs. 7-8.

(43) MEZGER: *Kriminalpsycho. Probleme*, cit., págs. 10 y sigs.

nitiva desemboca en la personalidad total, es tener una idea de la estructura de la persona. Mezger parte de una estructuración de la persona en *planos o estratos*. Esta concepción de la persona al modo de un *esquema geológico* en el que pueden apreciarse distintos planos o estratos superpuestos unos sobre otros, ha obtenido en los últimos tiempos un gran desarrollo debido a un triple impulso proveniente de tres distintos campos ajenos a la psicología. El primero de ellos proviene del campo del psicoanálisis. Freud, partiendo de su experiencia clínica con histéricos y neuróticos, puso de manifiesto la influencia del subconsciente. La vida anímica del individuo no se agota en los procesos conscientes, sino que éstos constituyen solamente la superficie de un acontecer bajo el cual los motivos inconscientes y reprimidos dejan sentir su influencia. De este modo distingue Freud una zona que llama el *Ello* y que yace en la sombra de lo inconsciente; una instancia superior que llama el *Yo* que solamente deja pasar a lo consciente determinados movimientos, aquellos que según las normas correspondientes reciben de éstas una valoración y el conjunto de estas normas, que es llamado por Freud el *Superyo*. Con esto aparece ya configurado, de modo incipiente, el pensamiento de los estratos.

El segundo impulso nos viene dado del campo de la fisiología del cerebro. Una serie de fenómenos como la percepción, el habla, la memoria, etc., están en íntima relación con el cerebro. Luego se vió que otra serie de procesos como la afectividad, los impulsos, etc., estaban también relacionados con el cerebro, pero no con la capa superficial o cortical como los primeros, sino con una capa profunda. Así surgió la diferencia entre una capa o zona cortical o corteza cerebral a la que correspondía una *persona cortical* y una zona profunda a la que correspondía también una *persona profunda*. Con esta concepción recibió la psicología la inspiración de estructurar también la vida anímica partiendo de este punto de vista de la estratificación en capas.

El tercer impulso proviene de la filosofía, concretamente del campo ontológico y debido fundamentalmente a la estructuración que Nicolai Hartmann hace de la realidad. Dos conclusiones fundamentales han sido de la mayor importancia para el problema que estamos tratando. La primera es la tesis de que la estratificación escalonada es una ley que domina la realidad total. La segunda es el reconocimiento de que en esta estructuración el estrato superior se apoya y es soportado por el inferior, sin que éste pierda su independencia con sus leyes y categorías propias (44).

Mezger, recogiendo las investigaciones de Hoffmann, Rothacker, Thiele y Lersch (45), distingue un primer estrato inferior, el

(44) LERSCH: *Lug. cit.*, págs. 74 y sigs.; MEZGER: *Moderne Wege*, cit., págs. 8-9.

(45) MEZGER: *Kriminalologie*, cit., págs. 109 y sigs.; *Kriminalpsycho. Probleme*, cit., págs. 21 y sigs.

llamado *estrato vital*. En este *estrato vital* tienen lugar una serie de actividades: recepción de excitaciones que al ser elaboradas engendran una determinada disposición de ánimo, un determinado humor y producen impulsos y deseos. Viene después un segundo estrato, el *estrato emocional* y en tercer lugar y superior a los dos anteriores está el *estrato racional*, lo que constituye la *superestructura anímica* y en el cual tienen asiento el *intelecto*, la *conciencia del yo* y la *voluntad*. Esta superestructura anímica tiene sus raíces en lo vital y en lo emocional.

4.º *Comprensión sociológica (estática y genética)*. Es la comprensión del acontecer anímico partiendo de la comunidad. El giro que aquí se realiza es del individuo hacia la existencia social supra-individual. El individuo no puede desvincularse de la comunidad social y, por tanto, la consideración criminológica no puede terminar en él.

Pero el comprender tiene sus límites (46). No todos los procesos anímicos pueden ser deducidos de lo anímico valiéndose de las leyes de sentido. La continuidad que la vida anímica representa puede quedar interrumpida por la irrupción de procesos y causas corporales extraños al sentido: es decir, la relación de sentido queda rota por la aparición de la enfermedad mental.

Podemos afirmar con Kurt Schneider que el sentido de un estado anímico estriba en que podamos comprenderlo genéticamente. El *comprender* es aquí el método mismo para la captación de este sentido. Antes de hablar de la ruptura de las relaciones de sentido hay que tener presente que en el desarrollo de la vida anímica no existe una absoluta *continuidad* del sentido que preside el desarrollo. Aun tratándose de un desarrollo anímico normal existen puntos e impactos que no tienen sentido y que, sin embargo, no son suficientes para que pueda hablarse de una ruptura de la relación de sentido. La expresión de que la vida anímica normal transcurre de acuerdo con una ley de sentido, quiere decir solamente que existe una *cierta* unidad cerrada en la que «a pesar de los distintos matices y coloraciones que la edad pueda darle y de otros impactos carentes de sentido» no llegan a producirse grandes grietas que destruyan esta unidad y rompan el sentido. Dentro de esta unidad cerrada y sobre la base de lo que previamente nos viene dado (constitución, instintos, etc.), es donde el hombre reacciona con sentido frente al medio y a las vivencias (47). La auténtica ruptura de esta unidad cerrada, de esta unidad de sentido y la aparición de estados sin sentido es lo que da origen a la declaración de *inimputabilidad* de acuerdo con el párrafo 1.º del § 51 del Código penal alemán. La importancia del tema puede fácilmente comprenderse si se piensa que de lo que se trata es nada menos que de decidir sobre un punto que constituye el centro del Derecho (48).

(46) MEZGER: *Das Verstehen*, cit., págs. 24 y sigs.

(47) K. SCHNEIDER: *Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit*, 2.ª ed. 1953, pág. 30.

(48) K. SCHNEIDER: *Lug. cit.*, pág. 5.

El Derecho alemán, como el español, parte del supuesto de que el individuo es *imputable*, es decir, de que es psíquicamente *normal*. La imputabilidad descansa sobre la normalidad de la vida psíquica, pero el método que uno y otro Derecho siguen para su determinación es distinto. El Código penal español sigue el método *biológico puro* (49), mientras que el Derecho alemán sigue el llamado método *mixto o bio-psicológico*. Según el primer método se expresan los fundamentos biológicos capaces de producir un estado de inimputabilidad. Según el segundo método, además de estos fundamentos biológicos se expresa su influencia sobre la vida anímica del autor, que en definitiva es lo que produce la exclusión de la imputabilidad (50). La adopción de uno u otro método no supone una diferencia fundamental de fondo (51). Entre los españoles, Alberca Lorente (52) dice que esta fórmula mixta lejos de evitar los defectos suma a los defectos la fórmula biológica los de la psicológica, pero a pesar de esto tiene la ventaja de establecer una división del trabajo entre el psiquiatra y el juez (53). El mismo autor acaba reconociendo que este método trata de conciliar las necesidades del jurista con las posibilidades del psiquiatra (54).

En realidad, ambas denominaciones, método biológico-método biopsicológico son poco felices según el parecer de Mezger (55). Con el método biológico no se expresan solamente estados exclusivamente biológicos, sino que no puede prescindirse de referencias psicológicas. La expresión método *bio-psicológico* aplicado al § 51 del Código penal tampoco está conforme con la realidad, ya que el ser «incapaz de conocer la prohibido de la acción o de obrar de acuerdo con este conocimiento» no es de ninguna manera una característica puramente psicológica, sino que se trata de una característica *sociológico-valorativa* e incluso dice Mezger (56) que más exactamente se trata de una parte, de características «descrip-

(49) Véase LÓPEZ IBOR: *El trastorno mental transitorio en el Código penal vigente*, en «Revista de Derecho público», 1935, pág. 323; DEL ROSAL: *Trastorno mental transitorio*, en «Estudios penales», Madrid, 1948, página 83.

(50) MEZGER: *Tratado*, cit., t. II, pág. 78.

(51) MEZGER: *La culpabilidad en el moderno Derecho penal*, cit., páginas 33-34.

(52) Véase FERRER SAMA: *Comentarios al Código penal*, t. 1, 1946, páginas 107-110. El comentario de este apartado del artículo 8.º está hecho por el doctor ALBERCA LORENTE.

(53) *Leipziger Kommentar*, cit., pág. 380.

(54) Sobre las posibilidades del psiquiatra remitimos al lector al trabajo de K. SCHNEIDER ya citado págs. 28 y 29. Véase también VALLEJO NÁJERA, epílogo a la obra de CODÓN y LÓPEZ SÁIZ: *Psiquiatría jurídica penal y civil*, Burgos, 1951, págs. 549-552.

(55) MEZGER: *Studienbuch*, cit. págs. 144-145.

(56) MEZGER: *Der § 51 StGB und der Strafrichter*, en «Kriminalbiologische Gegenwartsfragen», t. VII, 1953, págs. 71-72. Llega incluso a decir que esta característica de «obrar de acuerdo con este conocimiento» no es en realidad ninguna característica psicológica, sino una exigencia normativa.

tipos» y de otra, de características “*valorativas*” (normativas). A pesar de todo, este método tiene la ventaja de que indica de una manera clara que la imputabilidad o su negación es un problema psicológico-jurídico y que solamente puede ser enjuiciado mediante una colaboración entre el juez y el perito (57).

Esta característica compuesta —conocimiento de lo prohibido de la acción y obrar de acuerdo con este conocimiento—, ha sido defendida por Mezger y aceptada por la Comisión para la Reforma del Derecho penal alemán (58). A pesar de todas las dificultades que la contestación a la pregunta sobre la posibilidad de «obrar de acuerdo con este conocimiento» pueda llevar consigo (59), es aconsejable su mantenimiento ya que esta característica dice tanto al juez como al psiquiatra que en el enjuiciamiento de la imputabilidad no sólo ha de mirarse al intelecto del autor, sino que también han de ser tenidas en cuenta otras cualidades anímicas. Sólo esto justifica su mantenimiento. Estas dos características, el conocer y el obrar de acuerdo con este conocimiento, constituyen una unidad ya que tienen el mismo punto de referencia: el hecho que se trata de imputar. Esta unidad no puede romperse desvinculando el *obrar del conocimiento concreto*, pues nos movemos dentro de un Derecho penal de culpabilidad por el hecho aislado, lo que lleva consigo la consecuencia de que se trate también de imputabilidad por el hecho aislado. De aquí que por romper esta unidad rechace Mezger la propuesta de Seelig (60). Una ruptura en este sentido traería consigo una serie de consecuencias prácticas que entorpecerían la administración de la Justicia, como sería el que los defensores en las salas se dedicasen a desenrollar la vida anterior del procesado.

El § 51 ha sido duramente criticado por Kurt Schneider (61) diciendo que descansa sobre una psicología de la acción extraña a la vida, que no está de acuerdo con las concepciones psicológicas actuales y que pone al psiquiatra frente a problemas que no tienen contestación. Es curioso hacer resaltar que esta crítica por parte de un psiquiatra recae sobre un texto cuya formulación se debe a otro psiquiatra que dedicó gran parte de sus trabajos a estudios criminológicos. Dicho psiquiatra fué Aschaffenburg, el cual formuló su propuesta en 1910. Para Aschaffenburg esta redacción está libre de objeciones y tiene la virtud de poner al médico frente a repre-

(57) MEZGER: *Studienbuch*, cit., pág. 145.

(58) Véase *Niederschriften*, cit., págs. 128-129; *Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuchs mit Begründung*, Bonn, 1958, páginas 9 y 29.

(59) Véase *Niederschriften*, cit., pág. 465.

(60) SEELIG: *Zum Problem der Neufassung des § 51*, en «*Mezger-Festschrift*», cit., pág. 226. Dicha propuesta de SEELIG dice así: «Incapaz de conocer lo prohibido de la acción o de obrar según móviles razonables.» Como puede verse, esta segunda parte hace referencia a una capacidad abstracta sin que se halle circunscrita al hecho en cuestión.

(61) K. SCHNEIDER: *Die Beurteilung*, cit., pág. 18.

siones claras y no ante expresiones ambiguas. Los Proyectos de 1913 (§ 20) y 1919 (§ 18) no se hicieron eco de la fórmula de Aschaffenburg. El primero que la acepta es el proyecto Radbruch de 1922, de donde pasó a los proyectos de 1925 y 1927 (62). Hasta 1933 no llegó al texto legal.

Para el estudio de la problemática que encierra el § 51, «puerta de entrada por la que penetra la moderna investigación de la personalidad en la administración de Justicia» (63) y de acuerdo con lo que acabamos de ver sobre el método, distingue Mezger entre fundamentos *biológicos* y fundamentos *psicológicos* (64). La existencia de las características psicológicas nos llevarán a la exclusión de la imputabilidad solamente si tienen un fundamento *biológico*. Como fundamentos *biológicos* nombre la ley tres: a) trastorno de de la conciencia; b) trastorno morbozo de la actividad espiritual y c) debilidad psíquica. A la vista de esto no es posible identificar lo *biológico* con lo *corporal*. A lo que la ley aquí fundamentalmente quiere referirse es a un estado total *orgánico-físico-psíquico* (65).

a) *Trastorno de la conciencia*. Las definiciones del trastorno de la conciencia que Mezger formula en el «Tratado», en el *Studienbuch* y en el *Leipziger Kommentar* son distintas. No es que exista una diferencia sustancial entre ellas, sino que el concepto se va perfilando y en cierto modo adquiriendo complejidad. La definición más completa es la que da en el *Leipziger Kommentar* página 368 donde dice que trastorno de la conciencia «es trastorno (nublamiento o desconexión en parte) de la autoconciencia, o de la conciencia del mundo externo o de las relaciones entre ambas y con ello, trastorno de la autodeterminación». En este apartado estudia la embriaguez, la hipnosis y los estados afectivos agudos.

b) *Trastornos morbosos de la actividad espiritual*. De todas las causas de exclusión de la imputabilidad es este apartado el que encierra mayor interés, ya que de los otros dos, la debilidad psíquica es pensada como un caso límite de la enfermedad mental y los trastornos de la conciencia sólo tienen aplicación en casos aislados de la vida anímica (66). El texto legal al decirnos que el trastorno psíquico ha de ser debido a enfermedad, nos suministra la base metódica de partida para el tratamiento del problema: lo que se suele llamar «dualismo empírico» o «efecto empírico recíproco» entre cuerpo y alma (67). Dentro del marco del dualismo empírico hay que distinguir entre procesos corporales (somáticos) que sólo pueden ser explicados desde fuera y procesos anímicos que como ta-

(62) Véase SEBLIG: Lug. cit., págs. 214-215.

(63) MEZGER: *La culpabilidad...*, cit., pág. 54.

(64) *Leipziger Kommentar*, cit., págs. 366-385.

(65) MEZGER: *Der deutsche Strafgesetzentwurf von 1919*, en «Monatschrift für Kriminalpsychologie», XIII, 1922, págs. 55-56.

(66) MEZGER: *La culpabilidad...*, cit., pág. 34.

(67) MEZGER: *Studienbuch*, cit., pág. 146; *La culpabilidad...*, cit., págs. 36-37; *Leipziger Kommentar*, cit., pág. 372.

les y en la forma de cómo lo anímico surge de lo anímico sólo podemos comprenderlos interiormente (68).

El concepto *legal* y el concepto *psiquiátrico* de enfermedad mental no son congruentes, sino que el concepto legal es más amplio que el psiquiátrico (69). En sentido psiquiátrico el trastorno de la vida anímica debido a enfermedad es la ruptura de las relaciones anímicas de sentido por medio de un proceso morboso corporal ajeno al sentido (70). El trastorno puede consistir en procesos ajenos a la personalidad o en que la personalidad sea ajena a la normalidad (71). Respecto al concepto de *proceso*, parece que Mezger en *Probleme der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit* página 9 lo concibe como algo que se desarrolla progresivamente. Junta al *proceso* entendido como el curso de una enfermedad durante un dilatado período de tiempo y al *proceso* entendido como un «desarrollo anímico comprensible» existe un tercer significado de dicha palabra comprensivo de la irrupción de algo *único*, que se da *de una vez* en la relación anímica de sentido, lo cual constituye también una auténtica enfermedad con todas sus consecuencias jurídicas (72).

La concepción mezgeriana de la enfermedad mental está orientada por el deseo de dar solución a un problema jurídico, de aquí que exista una divergencia con la concepción de Schneider de carácter exclusivamente psiquiátrico (73). Para Schneider sólo hay enfermedades corporales y sólo existen en tanto en cuanto estén condicionadas por un cambio operado en el cuerpo. Schneider incluye las *deformaciones* entre las enfermedades, con lo cual, según Mezger, padece la claridad metódica de la base de partida. Estas deformaciones anímicas pertenecen sistemáticamente y de forma más exacta a las «formas anormales de la constitución espiritual».

Para el jurista el concepto de enfermedad mental no es propiamente un concepto valorativo, sino un concepto *referido* a valores (74). En el sentido legal (amplio) del § 51 el trastorno morboso de la vida anímica además del trastorno morboso en sentido estricto o psiquiátrico tal como lo acabamos de exponer, comprende también las anormalidades en alto grado del acontecer anímico cuando desde el principio estén fundadas en una constitución dada del individuo. Bajo los trastornos morbosos de la actividad mental en el sentido del § 51 se comprenden tres grupos de fenómenos:

1.º *Psicosis* o auténticas enfermedades mentales en el sentido de que tienen una base corporal conocida o postulada (como es el

(68) MEZGER: *Studienbuch*, cit., pág. 146.

(69) *Leipziger Kommentar*, cit., pág. 371.

(70) MEZGER: *Studienbuch*, cit., pág. 146; *Leipziger Kommentar*, cit., pág. 371.

(71) MEZGER: *Tratado*, cit., t. II, pág. 79.

(72) MEZGER: *Das Verstehen*, cit., págs. 24-25.

(73) MEZGER: *Studienbuch*, cit., pág. 147; *Leipziger Kommentar*, cit., página 372.

(74) MEZGER: *Der § 51*, cit., pág. 73.

caso de la esquizofrenia y ciclotimia) También se incluyen en este grupo los trastornos producidos por intoxicación.

2.º Variedades anormales de la estructura anímica como la *debilidad psíquica* y las *psicopatías*.

3.º *Neurosis endógenas* condiciones por conflictos anímicos internos.

En todos estos grupos puede tratarse de enfermedades innatas o adquiridas, transitorias o permanentes (75).

c) *Debilidad psíquica*. En su informe como ponente de la Comisión de Reforma del Derecho penal alemán se inclina Mezger por el mantenimiento de la característica psicológica de la *debilidad psíquica*. En primer lugar cree que debe mantenerse esta característica porque su supresión nos llevaría a agrupar bajo el epígrafe de los trastornos morbosos de la actividad psíquica a todos los casos de debilidad, con lo que se trasplantaría a las salas de Justicia la polémica en torno al concepto de enfermedad mental: «una psiquiatrización de la Justicia penal no es recomendable», afirma Mezger. En segundo lugar debe mantenerse la expresión *debilidad psíquica* sin que sea sustituida por la de *debilidad mental*, porque esto sería reducir el problema solamente a su aspecto intelectual (76). El problema de la imputabilidad excede los límites de lo estrictamente intelectual. Aunque en el fondo exista un problema de conocimiento, dada la naturaleza peculiar del objeto del conocimiento en este caso, no basta con que el autor ponga en movimiento sus facultades cognitivas. De lo que se trata es de conocer lo prohibido de la acción (77) y para la exacta captación de esto hay que hacer entrar en juego también a la esfera valorativa, emocional, estimativa. Entre el conocimiento de un fenómeno físico cualquiera y el de la injusticia de una acción, media un abismo.

En todo el problema de la imputabilidad se trata de una *investigación causal* (que después ha de ceder el paso a una *investigación comprensiva*) y al mismo tiempo de una *configuración normativa* (78). La última palabra para la declaración de la imputabilidad la pronuncia el juez, el cual ha de formular un juicio sociológico-valorativo sobre los datos proporcionados por el perito. Toda la problemática de la enfermedad mental se desliza sobre un plano normativo (79); y sólo en este plano es donde tiene solución la pregunta por la imputabilidad humana ya que no se trata de una cuestión descriptiva, sino *normativa*, y desde el punto de vista metódico una cosa es la captación de síntomas psíquicos y otra bien distinta

(75) *Leipziger Kommentar*, cit., pág. 372.

(76) *Niederschriften*, cit., pág. 466.

(77) En la nueva redacción que a este párrafo se le ha dado en el reciente proyecto se ha sustituido la frase «lo prohibido de la acción» por «lo injusto», con lo que se quiere establecer una diferencia con prohibiciones de carácter no jurídico.

(78) MEZGER: *Di Zurechnungsfähigkeit*, cit., pág. 532.

(79) MEZGER: *La culpabilidad...*, cit., págs. 32, 33 y 39.

la constatación de una enfermedad corporal (80). La imputabilidad, o su negación es siempre y ante todo un juicio valorativo de base ético-social, por eso hay que tener en cuenta que la afirmación que Mezger repite algunas veces de que al hablar de imputabilidad se trata de una *cualidad* no debe conducirnos a la errónea consecuencia de identificarla simplemente con un estado de hecho (81). La imputabilidad o su negación tienen un carácter espiritual y, por tanto, en este plano hay que tratarlas. Todo este campo está atravesado —dice Mezger— por una problemática jurídico-penal, teórico-valorativa y psicológico-caracterológica (82).

En forma resumida y para terminar esta visión de conjunto sobre la teoría de la imputabilidad en el pensamiento de Mezger, vamos a pasar a exponer el enjuiciamiento jurídico de algunos estados anormales. Todos ellos vienen resumidos en el *Leipziger Kommentar*, páginas 376-380, y bajo el epígrafe titulado «Detalles de especial importancia práctica».

Frente a los *síntomas* hay que manifestar una gran reserva, pues no siempre son indicio de la existencia de auténticas enfermedades mentales. En este campo sólo el perito tiene la palabra. Las llamadas *ideas fijas*, sólo excepcionalmente conducen a la declaración de inimputabilidad. La *locura moral*, prescindiendo de si se trata de un defecto innato y propio o es consecuencia de otras causas, puede considerarse como una organización psíquica defectuosa. A pesar de esto, la *locura moral* como tal no basta para eliminar la imputabilidad. Sobre el discutido tema de la existencia de una *imputabilidad parcial*, a pesar de que dado el método empleado por el § 51 no se le pueden poner impedimentos teóricos, solamente puede decidir la experiencia. Una *imputabilidad parcial*, en todo caso, sólo puede ser admitida en casos muy limitados. Respecto al problema de los *estadios iniciales de una psicosis* se necesita una especial comprobación. En casos de verdadera duda hay que inclinarse por negar la imputabilidad. Un peligro sobre el que Mezger advierte es el que se aplique de forma falsa y antijurídica el principio *in dubio pro reo*. No una duda de cualquier clase es suficiente para declarar la inimputabilidad al amparo del § 51. El Tribunal Supremo alemán ha establecido en una de sus sentencias (83) que ha de existir una *duda fundada*. En los *casos de curación* de una enfermedad mental precedente hay que decidir en cada caso concreto si se excluye o no la imputabilidad, pues la enfermedad puede haber dejado una serie de secuelas que pueden tener importancia para la solución del problema. La antigua teoría de los *intervalos lúcidos* tiene que ser desechada. Lo mismo cabe decir para los *estados estacionarios* o es-

(80) MEZGER: *Studienbuch*, cit., pág. 139.

(81) Véase anteriormente cuando hemos hablado de cómo en la física se trata sólo de cantidades y que para decidir sobre *cualidades* es necesario un juicio valorativo.

(82) MEZGER: *La culpabilidad...*, cit., pág. 53.

(83) MEZGER: *Probleme*, cit., págs. 18-19.

tados de tranquilidad de una enfermedad: fundamentalmente no queda excluida la imputabilidad. En las *enfermedades transitorias* existen igualmente estados de inimputabilidad pasajeros.

Un grupo importante del que se desprende una serie de problemas inconcretos lo constituye el grupo de los psicópatas. En las *acciones impulsivas* hay que decidir caso por caso según la constitución espiritual, forma de ser y circunstancias especiales de la situación. A este grupo pertenecen los *narcómanos*. En el caso de un morfinista crónico, el hambre de morfina tiene indudablemente una fuerza patológica, de ahí que por regla general sea irresistible y que según Nagler los hechos que estén en relación con un procurarse este estupefaciente caigan bajo el apartado 1.º del § 51. Mezger no acepta esta solución con un carácter tan general. Para acciones delictivas completamente desconectadas de este hambre patológica hay que investigar en cada caso el grado de declinación de la personalidad. En las *indisposiciones fisiológicas* (agotamiento, menstruación, etc.) hay que hacer un análisis caso por caso.

Otro problema es el de las llamadas—según la técnica francesa—*monomanías*. Importante es ver si la llamada monomanía es la forma de aparición o un fenómeno que acompaña a un trastorno espiritual de base amplia. Si los psicópatas en general son inimputables es un problema, según Nagler, de *cantidad*. Fundamentalmente los psicópatas son imputables, aunque puedan caer bajo el párrafo 2.º del § 51.

Un problema relacionado también con el tema que estamos tratando es la llamada *imputabilidad atenuada*. En principio, esta expresión es errónea a los ojos de Mezger, ya que el concepto jurídico de imputabilidad debe trazar una frontera bien definida entre personas capaces e incapaces de culpabilidad. Sólo hay, por tanto, autores imputables o inimputables. Esta teoría de la inimputabilidad atenuada no debe servir para crear una figura intermedia donde cobijar los casos dudosos y límites que flotan entre dos aguas.

Para evitar una serie de problemas dogmáticos que planteaba este quebrar el concepto unitario de la culpabilidad se acudió a una interpretación del párrafo 2.º del § 51, según la cual la pena que procedía imponer al autor con imputabilidad atenuada no correspondía a criterios retributivos, sino que estaba inspirada en el pensamiento defensivo, poniendo de manifiesto la antinomia que el párrafo 2.º del § 51 encierra: desde el punto de vista del principio de culpabilidad se postula una atenuación de la pena, desde el punto de vista defensivo se postula una agravación. Esta contradicción sólo puede salvarse en parte conectando en este caso los postulados del Derecho penal de autor teniendo en cuenta la especial personalidad del autor. En los casos en los que se plantea una contradicción insoluble, Mezger se decide por la pena que corresponda según el principio de cul-

pabilidad. En todo caso se trata no de una obligación, sino de una potestad concedida al tribunal (84).

Un resumen del pensamiento mezgeriano sobre la imputabilidad atenuada lo encontramos en su ponencia sobre la imputabilidad presentada a la Comisión para la Reforma del Derecho penal alemán (85). Allí se muestra contrario a que se hable de imputabilidad atenuada, especialmente dentro del mismo artículo que trata de la imputabilidad. El hombre, el autor, o está dentro del Derecho penal o está fuera. Estos preceptos sobre la imputabilidad atenuada deben incluirse entre los referentes a la determinación de la pena.

He aquí, en síntesis, el pensamiento del profesor Edmundo Mezger sobre un tema tan apasionante y tan actual. Como puede fácilmente apreciarse, la flexibilidad y amplitud de su pensamiento, así como el permanecer siempre abierto a todos los horizontes sin dejarse arrastrar por las modas de última hora, constituye una constante de su personalidad científica. Estas prendas extraordinarias de objetividad, comprensión y espíritu crítico resaltan con la mayor fuerza cuando se analizan los trabajos polémicos de este ilustre maestro, especialmente sus trabajos sobre la teoría finalista de la acción de los que nos ocuparemos en otra ocasión. La especial atención que ha dedicado al problema de la imputabilidad constituye una prueba de su profunda preocupación por esclarecer el problema humano que constituye el centro y núcleo del Derecho penal, viniendo a poner de manifiesto este presupuesto antropológico que es patrimonio específico de la Ciencia de los delitos y de las penas.

(84) *Leipziger Kommentar*, cit., págs. 386-392.

(85) *Niederschriften*, cit., pág. 132.

Estudio sobre las fuentes mediatas o indirectas del Derecho penal y su eficacia

CESAR CAMARGO HERNANDEZ

Doctor en Derecho, Abogado Fiscal de la Audiencia Territorial de Madrid y Profesor Adjunto de Derecho penal

SUMARIO.—I. La costumbre: *a)* Su concepto. *b)* Fundamento de su valor jurídico y elementos. *c)* Sus clases. *d)* Su eficacia en Derecho penal: 1. Costumbre según ley. 2. Costumbre contra ley: *a')* Desuso. *b')* Conducta contraria a la ley. 3. Costumbre fuera de ley. *e)* Derecho español.—II. Los principios generales del Derecho: *a)* Concepto. *b)* Su eficacia en Derecho penal.—III. La jurisprudencia.—IV. La doctrina científica.—V. Otras fuentes indirectas del Derecho penal.

I. LA COSTUMBRE.—*a)* *Su concepto.*—Puede ser definida la costumbre como “norma deducida del uso o repetición de actos, que la opinión predominante de una determinada colectividad acata como obligatoria, a pesar de no estar impuesta por la ley” (1).

En las Leyes de Partidas (Partida 1.^a, Título II, Ley 4.^a) se define la costumbre como “derecho o fuero que non es escrito, el qual han usado los homes luengo tiempo, ayudándose dél en las cosas et en las razones sobre que lo usaron”.

b) *Fundamento de su valor jurídico y elementos.*—Sobre el fundamento del valor jurídico de la costumbre se han formulado diversas teorías. Las tres principales son:

a) La obligatoriedad de la costumbre se encuentra en el tácito consentimiento del pueblo—*tacitus consensus populi*—o en el tácito acuerdo de los ciudadanos—*tácita civium conventio*—, y ésta se elabora espontáneamente y con independencia de toda intervención estatal.

b) La costumbre encuentra su obligatoriedad en el reconocimiento expreso o tácito del legislador (ANTOLISEI, MANZINI, etc).

c) El valor de la costumbre proviene del reconocimiento de la misma por la autoridad de los Tribunales; así, dice PLANIOL (2), inspirándose en LAMBERT (3), que “un uso es un simple hecho, y no adquiere valor jurídico mientras no se convierte en un precepto

(1) DEMÓFILO DE BUEN: *Introducción al Estudio del Derecho civil*. Editorial Rev. de Der. Priv. Madrid, 1932.

(2) *Traité élémentaire de Droit civil*, t. I, § II.

(3) *La fontion du Droit civil comparé*, 1903, t. I, p. 143.

obligatorio, es decir, mientras no esté provisto de una sanción; y cuando la autoridad legislativa no opera el cambio, esa sanción sólo puede ser dada por la autoridad de los Tribunales”.

En la costumbre suelen distinguirse dos elementos: uno *objetivo*, la repetición de actos, el uso; y otro *subjetivo*, convicción, sentimiento, voluntad, opinión, etc., que hace que de estos actos se desprenda una norma jurídica; pero la preponderancia de uno de estos elementos sobre el otro, o su relación entre sí, ha dado lugar a diversas teorías. Las principales son las siguientes:

1. Para la escuela histórica, el elemento esencial de la costumbre es la convicción jurídica; la repetición de actos es sólo un medio para conocer esta convicción.

2. Para la existencia de la costumbre es suficiente un uso duradero, la convicción jurídica no es necesaria como elemento esencial de la misma (Dernburg).

3. La posición ecléctica está representada por los que consideran indispensable la concurrencia de estos dos elementos. El profesor DE DIEGO (4) estimaba que “el proceso de la costumbre se mueve de dentro a fuera y de fuera a dentro, con prioridad y preponderancia en ocasiones del elemento interno o con preferencia del lado exterior, y sólo cuando se da la conjunción misteriosa de los dos surgirá el Derecho consuetudinario”.

c) *Sus clases*.—Suele distinguirse entre *costumbre según ley* (*secundum legem*), *contra ley* (*contra legem*) y *fuera de ley* o suplementaria (*praeter legem*). La primera puede ser entendida también en el sentido de modo usual de aplicar las leyes, como en el de costumbre en vigor por mandato legal. La costumbre contra ley es la que introduce su inobservancia (desuso) o impone una conducta contraria a lo establecido por la misma. Costumbre fuera de ley es la reguladora de una materia de la que no se ocupa la ley. Partiendo de esta clasificación, pasemos a ocuparnos del valor de la costumbre en Derecho penal.

d) *Su eficacia en Derecho penal*.—Como principio general, y antes de pasar a ocuparnos de las distintas clases de costumbres en Derecho penal, es de hacer constar, como acertadamente dice el Padre MONTES (5), que esta Rama del Derecho sólo es aplicable por los Tribunales, a diferencia del civil, que es empíricamente aplicada por todos; todos los hombres capaces realizan actos civiles: contratos, matrimonios, testamentos, etc., y por tanto es imposible, si se ha de dar a la costumbre la significación natural que tradicionalmente tiene, esto es, una norma de derecho creada por la actividad de los particulares en el seno de la sociedad, que ésta pueda crear normas jurídico-penales. Lo más que se podría admitir es una especie de costumbre creada

(4) *El uso, los usos sociales y los usos convencionales*, 1918, p. 49.

(5) *Derecho penal español*. San Lorenzo del Escorial, 1929, vol. I, p. 401 y siguientes.

por los Tribunales, *el usus fori*, y entonces ya estamos en contacto con la Jurisprudencia.

1. *Costumbre según ley*.—Puede considerarse, como dice MANZINI (6), como aplicación o interpretación constante de la ley.

Muchos autores, BETTIOL, GRISPIGNI, ANTOLISEI, ANTON ONECA, etcétera (7), hacen constar que esta clase de costumbre actúa en la parte interna de la norma para dar un significado particular a uno o varios elementos de la misma y adaptarla a las concepciones sociales dominantes, lo que principalmente ocurre con relación a aquellos hechos capaces de ser diversamente valorados en los distintos ambientes sociales y que están descritos en la ley con expresiones elásticas.

La costumbre vigente por mandato legal tiene existencia en otras ramas del Derecho —Derecho civil, artículo 6.º del Código, y mercantil, artículo 2.º del Código de Comercio—, pero no en el Derecho penal.

2. *Costumbre contra ley*.—Esta clase de costumbre, como hemos dicho, se manifiesta, bien en forma de desuso, o bien imponiendo una conducta contraria a la ley. Examinemos separadamente estas dos formas.

a) *Désuso*.—La Ley penal solamente puede ser derogada por otra posterior, careciendo totalmente de eficacia, por tanto, la costumbre derogatoria. SILVELA (8) dice que la costumbre puede servir para modificar la ley penal en el sentido de que dejen de considerarse como criminales acciones que se definen como tales; pero como dice MANZINI (9), el no proceder por determinados delitos invalida la norma penal prácticamente, pero no jurídicamente, porque ésta existe siempre por lo menos en potencia; es una energía no utilizada, pero utilizable, cuando diversos criterios sustituyan al primero. En parecido sentido se mostró, con anterioridad SILVELA al decir que la lenidad mostrada por los Tribunales al no aplicar determinados preceptos “no llega hasta el extremo de no hacer aplicación de las disposiciones legales a los casos que se presenten y más bien parece limitarse a no incoar los procedimientos necesarios para hacer constar la existencia del hecho punible. El acto no tiene existencia legal, pasa como inadvertido, y no hay, por consiguiente, motivo para hacer aplicación de la Ley”.

b) *Conducta contraria a la ley*.—Toda conducta contraria a la ley penal constituye un delito, o falta, y, por tanto, nunca puede lícitamente producirse esta clase de costumbre (10), que es inadmisibles.

3. *Costumbre fuera de ley*.—Tampoco puede serle reconocida efi-

(6) *Trattato di Diritto penale italiano*. Torino, 1941, vol. I, p. 255 y ss.

(7) Obras citadas en la bibliografía. BETTIOL: *L'efficacia della consuetudine nel Diritto penale*. Milán, 1931.

(8) *El Derecho penal estudiado en principios*, 2.ª ed. Madrid, 1903, vol. II, p. 18 y ss.

(9) Obra citada, p. 256.

(10) Se mostraba en este sentido, en Italia, la *Relazione della Commissione della Camera dei Deputati sul Progetto di Codice penale de 1877*, al decir, en el número 46, que la costumbre no tiene valor cuando es contra ley, porque en este caso constituye una violación de la misma.

cacia alguna a la costumbre fuera de ley, consuetudinariamente no pueden ser creados nuevos delitos ni nuevas penas; a ello se opone, con toda su fuerza, el principio de legalidad.

Algunos autores (11) reconocen eficacia a esta clase de costumbre para crear nuevas causas de justificación, de exclusión de la culpabilidad o de atenuación. Creemos que, en este supuesto, de lo que se trata es de una *costumbre contra ley*, mediante la cual quedan impunes hechos que con arreglo a las disposiciones legales deben ser sancionados (12), y, por tanto, que esta costumbre debe ser rechazada.

De cuanto dejamos expuesto, se deduce que la costumbre carece en absoluto de valor como fuente directa del Derecho penal, pero indirectamente es preciso reconocer, como dice AFFER (13), que tiene eficacia, pues "las normas de Derecho penal dependen con frecuencia de otras normas de Derecho privado, administrativo, etc., y si las formaciones consuetudinarias tienen eficacia en estos campos jurídicos, también debe reconocérsela en el Derecho penal. Así, si mediante el Derecho consuetudinario se transforman las normas relativas a la propiedad y a la posesión, tales transformaciones deben influir sobre los conceptos penales del hurto, del daño, etc. (14).

e) *Derecho español*.—En nuestro Derecho, la costumbre únicamente tiene valor como fuente mediata. Solamente son delitos o faltas las acciones u omisiones penadas por la Ley. La costumbre derogatoria de la ley penal tampoco puede tener eficacia, pues en el artículo 5.º del Código civil, referente a todas las leyes en general, se dispone que éstas "solamente se derogan por otras leyes posteriores y no prevalecerá contra su observancia el desuso, ni la costumbre o la práctica en contrario"

En las Posesiones españolas del Golfo de Guinea y Africa ecuatorial, los indígenas no emancipados que se hallen avecindados o residan en ellas, si delinquieren serán juzgados por los Tribunales de raza, conforme a la costumbre admitida, siempre que no sea contraria al orden

(11) ANTOLISEI: *Manuale de Diritto penale, Parte Generale*. Milano, 1947, p. 34; BETTIOL: *Diritto penale, Parte Generale*. Palermo, 1955, p. 74; SCHÖNKE: *Interpretación, analogía y derecho consuetudinario en el Derecho penal*, en "Anuario de Derecho penal y Ciencias penales", t. I, fasc. II, p. 221 y siguientes.

(12) En el mismo sentido, GRISPIGNI: *Diritto penale*, t. I, p. 315.

(13) *Keine Strafe ohne Gesetz*, en *Jahresbericht der Universität Zurich*, 1921, p. 10; citado por CUELLO CALÓN: *Derecho penal*, t. I, p. 178.

(14) BETTIOL: *Diritto penale*, obra cit., p. 73; ANTOLISEI: *Diritto penale*, obra cit., p. 35; GRISPIGNI: *Diritto penale*, obra cit., p. 316; LISZT: *Lehrbuch des deutschen-Strafrechts*, 25.ª ed., 1927, p. 112; SCHÖNKE: artículo cit., en "Anuario de Derecho penal"; HIPPEL: *Deutsches Strafrecht*, vol. II, 1930, p. 40, etc.

SCHÖNKE—artículo cit.—sostiene que, en Derecho penal, la significación de mayor importancia la tiene la costumbre al suplir las lagunas de la ley penal; "en una gran parte de la teoría general del Derecho penal se notan ciertas faltas en las prescripciones legales, las que se colman mediante el derecho consuetudinario". Cita como ejemplos: la teoría de la relación de causalidad, los conceptos de dolo, culpa, etc.

público, a los principios de la moral o a la acción civilizadora de España (art. 7.º del Decreto de 10 de noviembre de 1938) (15).

II. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO: a) *Concepto*.— Diversas posiciones sostienen los autores respecto a lo que ha de entenderse por principios generales del derecho; para unos DEL VECCHIO (16), SERRANO RODRÍGUEZ (17), etc., estos principios son los del Derecho natural y, por tanto, son inmutables y tienen un valor absoluto. Para otros, ANTOLISEI (18), GRISPIGNI (19), etc., los principios generales del Derecho son los informadores del derecho nacional y, por consiguiente, los que se obtienen, induciéndolos mediante abstracciones y generalizaciones cada vez más amplias, de las disposiciones particulares del derecho vigente (20). Esta es la posición mantenida, entre nosotros, por el profesor CLEMENTE DE DIEGO (21), para quien, “el legislador, al formular las normas concretas de un derecho positivo, no hace otra cosa que traducir y desarrollar los principios que se dan en su conciencia”, principios éstos que “no quedan agotados en las normas particulares dictadas por el legislador y, por tanto, es lógico que se acuda a ellos para formar nuevas reglas”. “Pensar en otros principios distintos de los que sirvieron al legislador para componer el edificio de un derecho positivo, era tanto como abrir la puerta a la introducción de reglas exóticas que destruyesen las líneas de aquél”.

Este último punto de vista nos parece demasiado estrecho y, de aceptarlo, habría que concluir, como lógicamente lo hace GRISPIGNI, afirmando que estos principios no son ni siquiera fuente indirecta del derecho penal, pues al ser extraídos de las propias leyes, no son otra cosa que el mismo derecho positivo, como resulta de su construcción sistemática.

Para nosotros, los principios generales del derecho son los principios del derecho natural (22); pero es de advertir que los expresa-

(15) Disposiciones muy parecidas se encuentran en el Derecho colonial italiano. Vid. MANZINI: *Diritto penale*, obra cit., p. 259 y ss., vol. I.

(16) *Sui principii generali del Diritto*. Módena, 1921.

(17) *El artículo 2.º del Código penal vigente en relación con los principios generales del Derecho*, en “Revista de la Facultad de Derecho de Madrid”, 1943, p. 35 y ss.

(18) *Diritto penale*, obra cit., p. 36.

(19) *Diritto penale*, vol. I, p. 324.

(20) Las dos posiciones que dejamos expuestas son las generalmente admitidas; pero, además, existen otras muchas, entre las que citaremos la de PACHIONI: *I principii generali del Diritto*, en “Archivio Giuridico”, t. XVI; y la de SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, 2.ª ed., 1899. Para el primero son los elaborados o acogidos por la ciencia del Derecho; para el segundo, exclusivamente con relación al Derecho español, son los expresados en el Título XXXIV de la Partida VII.

(21) *Instituciones de Derecho civil español*. Madrid, 1930, p. 637, t. I.

(22) Entendiendo por derecho natural el conjunto de los principios universales del Derecho, concebidos por la razón y fundados en la naturaleza del hombre.

dos principios sólo podrán ser admitidos, en un determinado ordenamiento jurídico, cuando encajen en el mismo sin desarmonía o incongruencia (23). De esta forma, se reconoce su eficacia como instrumento de evolución jurídica, papel que difícilmente podrían desempeñar concebidas en el otro sentido que hemos indicado.

La extracción de los principios generales de un determinado derecho penal positivo, es materia propia de la dogmática jurídico penal, siendo función de la Filosofía del derecho la comparación de estos principios con los supremos del derecho natural para determinar si ese derecho positivo es justo o injusto (24).

b) *Su eficacia en Derecho penal.*—De lo expuesto se desprende que los principios generales del derecho son fuente indirecta o mediata del Derecho penal, no pudiendo nunca alcanzar el valor de fuente directa, por oponerse a ello el principio de estricta legalidad, que con carácter absoluto impera en el Derecho penal y en virtud del cual solamente pueden ser penados los hechos previstos como delitos o faltas por la ley.

Los principios generales del derecho actúan en derecho penal:

1.º Sirviendo, normalmente, al legislador para obtener de ellos, mediante su desarrollo, las normas del derecho positivo. De esta forma, o sea indirectamente a través del derecho positivo, desempeñan su función de fuente mediata del Derecho penal.

2.º Dirigiendo a los jueces en las apreciaciones necesarias para hacer uso de su arbitrio, en los casos en que se concede alguna amplitud a éste.

En estos casos, como felizmente ha dicho BATTAGLINI (25), queda una "ventana abierta al Derecho natural" como fuente del Derecho penal.

En nuestro Código penal, aunque muy escasos, pueden ser citados los supuestos de los artículos 52, 61, reglas 2.ª, 4.ª, 5.ª y 6.ª, 65, 66, 67, 93 y 100, como casos en los que el juzgador habrá de hacer uso de los principios generales del derecho.

3.º Actuando como término necesario de comparación en la valoración del Derecho positivo y para apreciar los casos en que es digno de represión un hecho no previsto en el mismo como delito y que, por tanto, no debe ser establecido como tal.

SERRANO RODRÍGUEZ (26) sostiene que "es del Derecho natural del que han de valerse nuestros magistrados de lo criminal para apreciar

(23) DEL VECHIO, en el artículo anteriormente citado, sostiene que aunque estos principios tienen un carácter de idealidad y son absolutos, por lo que virtualmente superan el sistema determinado a que se refieren, no pueden tener valor contra las normas que lo componen, y sólo valen dentro y sobre dichas normas, en cuanto representan su más alta razón y su espíritu animador.

(24) SANTO TOMÁS dice que la ley humana, para ser recta, necesita ajustarse a la razón, y como la primera regla de la razón es la ley natural, será necesaria que, para ser justa, se adapte a aquélla.

(25) *La questione della fonti specialmente in rapporto al Diritto penale*, en Riv. di Fil. del Dir., 1950, n. 4.

(26) Artículo cit., p. 53.

cuando haga uso de la facultad que les confiere el artículo 2.º del Código penal, si un hecho, no previsto por el legislador, es digno de represión.

III. LA JURISPRUDENCIA.—En sentido amplio se entiende por jurisprudencia la doctrina que mana de los fallos de los Tribunales. En sentido estricto es, como dice el profesor DE DIEGO, “el criterio constante y uniforme de aplicar el derecho, mostrado en las sentencias del Tribunal Supremo”, o “el conjunto de sentencias de éste, por las que se revela el modo uniforme de aplicar el derecho”.

La jurisprudencia no puede ser considerada como fuente directa del Derecho penal, pues la función propia de los Tribunales no consiste en la creación de normas jurídicas, sino en su aplicación al caso concreto, interpretándolas. En esta labor de interpretación es donde adquiere su mayor importancia la jurisprudencia, pues la de los supremos tribunales da un carácter unitario a la misma.

En el derecho inglés (27) la jurisprudencia es fuente directa del mismo. El derecho normativo aparece como un derecho obra de los jueces—judge made law—como un derecho revelado, en los casos—case law—, el precedente vincula al juez, cuya actividad se rige por el estar a lo ya decidido. También en los países en cuya legislación es admitida la analogía, puede la jurisprudencia crear normas jurídico-penales.

En nuestro derecho, como ya vimos, es totalmente rechazada la analogía; pero, como dice el profesor CUELLO CALÓN (28), “a pesar de la reiterada repulsa a la interpretación por vía de analogía, nuestros Tribunales, bajo la vigencia del Código penal de 1870, acudieron a ella alguna vez para colmar lagunas de la ley que originaban la impunidad de hechos peligrosos, como la circulación y expendición de billetes de Banco extranjeros falsos, no previstos en aquel Código.

Actualmente, puede servir de ejemplo la regulación del delito continuado, que es totalmente jurisprudencial (29).

En estos casos, indebidamente, la función judicial asume facultades de la legislativa y, prácticamente, es forzoso reconocer que la jurisprudencia adquiere el valor de fuente directa del Derecho penal (30).

Como dice FERRER SAMA (31), cuyas palabras hacemos nuestras, indiscutiblemente la jurisprudencia es fuente indirecta del Derecho penal, pues al realizar la labor interpretativa de la ley, los Tribunales emiten valiosa doctrina, en la que, indudablemente, se inspiran las

(27) Sobre esta cuestión puede consultarse la obra de F. T. GILES: *El Derecho penal inglés y su procedimiento*. Traducción castellana. Bosch, Barcelona, 1957.

(28) *Derecho penal*, t. I, p. 191.

(29) CAMARGO: *El delito continuado*. Bosch, Barcelona, 1951.

(30) Sobre esta cuestión puede consultarse el trabajo de IGLESIAS titulado: *¿Cabe el “usus fori contra legem”?*, en “Información Jurídica”, n. 90, páginas 1328 y ss.

(31) *Comentarios*, t. I, p. 48.

legislaciones para la reforma del derecho positivo. Además de esta influencia que los Tribunales ejercen con el peso de su doctrina, puede reconocérseles, como el citado autor dice y de hecho se les reconoce, en algunos Códigos penales, como el nuestro, la facultad de promover reformas legislativas.

Algunos autores, como MANZINI (32), ANTOLISEI (33), GRISFIGNI (34), etc., sostienen que la jurisprudencia no es fuente mediata del Derecho penal. Tampoco lo es, para estos autores, la llamada jurisprudencia constante—*Autoritas rerum perpetuo similiter indicatorum*—, por ser mera interpretación que carece de fuerza obligatoria.

Para otros tratadistas, las sentencias repetidas de los Tribunales son una de las formas del elemento material constitutivo de la costumbre. Así GIERKE (35) sostiene que la repetición duradera de las resoluciones judiciales crea el *usus fori*, que tiene la fuerza del derecho consuetudinario, y WINDSCHAID (36) dice que el uso, por medio del cual el derecho consuetudinario viene a existir, puede ser o un uso del pueblo o un uso de los juristas en sus sentencias o dictámenes (37).

V. OTRAS FUENTES INDIRECTAS DEL DERECHO PENAL.—Algunos autores citan también como fuentes indirectas del Derecho penal: el Derecho extranjero, los actos administrativos, la equidad (38), la necesidad, etc.; pero teniendo en cuenta que su valor es escaso o nulo, como en el supuesto de la necesidad, no consideramos preciso, en un trabajo como el presente, hacer un estudio de las mismas.

(32) *Trattato*, vol. I, p. 268.

(33) *Diritto penale*, p. 36.

(34) *Diritto penale*, vol. I, p. 325.

(35) *Deutsches privatrecht*, vol. I, § 21.

(36) *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Frankfurt, 8.^a ed., aumentada por T. Kipp, t. I, § 21, 1906.

(37) Como principales fuentes de conocimiento de la doctrina jurisprudencial, citaremos, en primer lugar, como publicación oficial, la *Sección penal de la Colección legislativa*, que contiene íntegras las sentencias dictadas por la Sala de lo Criminal del Tribunal Supremo. Entre las publicaciones particulares, merecen especial mención: ALVAREZ CID: *El Código penal de 1870, estudiado y comentado con la propia jurisprudencia*, 2 vols. Córdoba, 1908; y RODRÍGUEZ NAVARRO: *Doctrina penal del Tribunal Supremo*. Aguilar, Madrid, 1947. Entre los Códigos anotados, destacan: CUELLO CALÓN: *Código penal y leyes penales especiales*. Bosch, Barcelona, 1950. En él se encuentra magníficamente sistematizada la jurisprudencia. Las conocidas *Leyes penales*, de MEDINA y MARAÑÓN, y el *Código penal* de la Editorial Góngora. En las secciones de jurisprudencia de las revistas "Anuario de Derecho penal y Ciencias penales" y "de Legislación y Jurisprudencia" también se publican los fallos de la Sala de lo Criminal del Tribunal Supremo. Un resumen de la jurisprudencia penal puede encontrarse en el *Diccionario de la Administración española*, publicado por Alcobilla, y en la *Enciclopedia jurídica española*, publicada por Seix, y en el *Aranzadi*.

(38) Sobre equidad, CASTÁN TOBEÑAS: *La idea de la equidad en las letras españolas*. Madrid, 1949; VIAZZI: *L'equità nella Filosofia, nella Storia e nella Pratica del Diritto*. Milán, 1902; etc.

BIBLIOGRAFIA

- ALVAREZ CID: *El Código penal de 1870, estudiado y explicado con la misma jurisprudencia*, 2 vols. Córdoba, 1908.
- ANTOLISEI: *Manuale de Diritto penale, Parte Generale*. Milano, 1947.
- ANTÓN ONECA, J.: *Derecho penal, Parte General*. Madrid, 1949.
- BATTAGLINI: *La questione delle fonti specialmente in rapporto al Diritto penale*. en Riv. Ita. di Fil. del Dir., 1930, n. 4.
- BETTIOL: *L'Efficacia della consuetudine nel Diritto penale*. Milán, 1931.
- *Diritto penale, Parte Generale*, 3.^a ed. Palermo, 1955.
- BUEN, DEMÓFILO DE: *Introducción al estudio del Derecho civil*. Editorial Rev. de Der. Privado. Madrid, 1932.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: *La idea de la equidad en las letras españolas*. Madrid, 1949.
- CUELLO CALÓN: *Derecho penal, Parte General*. Bosch, Barcelona, 1956.
- DIEGO (DE): *Instituciones de Derecho civil español*. Madrid, 1930.
- *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, 1923.
- *El uso, los usos sociales y los usos convencionales*, 1918.
- FERRER SAMA: *Comentarios al Código penal*, t. I. Murcia, 1946.
- GIERKE: *Deutsches Privatrecht*, vol. I. Leipzig, 1895.
- GILES, F. T.: *El Derecho penal inglés y su procedimiento*. Bosch, Barcelona, 1957.
- GRISPIGNI: *Diritto penale italiano*. Milano, 1947.
- GIPPEL: *Deutsches Strafrecht*, Springer. Berlín, 1930.
- IGLESIAS: *¿Cabe el "usus fori contra legem"?*, en "Información Jurídica", noviembre de 1950.
- LAMBERT: *La fonction du Droit civil comparé*, 1903.
- LISZT: *Tratado de Derecho penal*. Reus, Madrid, 1927.
- MANZINI: *Trattato di Diritto penale italiano*. Torino, 1941.
- MONTES, P. JERÓNIMO: *Derecho penal español*. San Lorenzo del Escorial, 1929.
- PACHIONI: *I principi generali del Diritto*, en "Archivio Giuridico", t. XVI.
- PERADA, P. JULIÁN: *Covarrubias, penalista*. Bosch, Barcelona, 1959, p. 308 y ss.
- PLANIOL: *Traité élémentaire de Droit civil*, t. I, § II.
- RAGUSA: *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, en "Rev. Inter. de Filosofía del Derecho", 1924.
- ROSAL, J. DEL: *Principios de Derecho penal*. Valladolid, 1945.
- SCHÖNKE, A.: *Interpretación, analogía y derecho consuetudinario en el Derecho penal*, en "Anuario de Derecho penal y Ciencias penales", t. I, páginas 221 y ss.
- SERRANO RODRÍGUEZ: *El artículo 2.º del Código penal vigente en relación con los principios generales del Derecho*, en "Revista de la Facultad de Derecho de Madrid", 1943.
- SILVELA: *El Derecho penal estudiado en principios*. Madrid, 1903.
- VECHIO (DEL): *Sui Principii general del Diritto*. Modena, 1921.
- VIAZZI: *L'Equità nella Filosofia, nella Storia e nella pratica del Diritto*. Milano, 1902.
- WINSCHAU: *Lherbuch des Pandektenrechts*, 8.^a ed. Frankfurt, 1906.

SECCION LEGISLATIVA

Estudio crítico de la reforma de 24 de abril de 1958, en materia de matrimonios ilegales

CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO

Fiscal de la Audiencia de Pontevedra

SUMARIO: Introducción.—1. En qué debiera hacerse recaer el acento de la antijuricidad penal de un matrimonio ilegal.—2. El matrimonio ilegal con impedimento dirimente no dispensable; investigación de este elemento del tipo penal en los ordenamientos canónico y civil.—3. Las contradicciones de la fórmula del artículo 472 del Código penal.—4. La impunidad del matrimonio ilícito de los ordenados *in sacris* y religiosos profesos.—5. La nueva redacción del artículo 478 y sus consecuencias en orden a la sanción del eclesiástico autorizante de un matrimonio ilegal.—Conclusiones.

A la memoria de FERNANDO CHAPULI.

No hace mucho tiempo que Fernando Chápuli y yo (1) exponíamos las contradicciones que en materia de matrimonios ilegales existían en nuestro ordenamiento jurídico entre las normas penales y la legislación canónico-civil, señalando la necesidad de una reforma del capítulo II, título XI, Libro II del Código penal (2). La reforma se ha llevado a cabo por la reciente Ley de 24 de abril de 1958, pero al escoger el legislador el cómodo sistema de la supresión de artículos, hipotéticamente superfluos, sin preocuparse de buscar las necesarias concordancias en los que se dejan subsistentes, dándoles nueva redacción si era preciso, no sólo permitió la persistencia de muchas de aquellas contradicciones, sino que creó otras nuevas, algunas de las cuales, escapando a las previsiones del legislador, han ido mucho más allá de sus propósitos, como luego veremos. El estudio de esas anómalas consecuencias es el objeto del presente trabajo.

1. Creemos que es evidente la afirmación de que lo verdaderamente trascendente en un matrimonio ilegal es la provocación de un resultado de nulidad, ya que es la falta de efectos de tan importante institución lo que produce una inseguridad jurídica y una perturbación social. Si esa provocación es dolosa, justifica plenamente la reacción penal. Pero se da la paradoja de que nuestros legisladores, que han tenido un certero atisbo al calificar esos delitos como atentatorios al estado civil de las personas, erra-

(1) Cfr. F. CHAPULI (+) y C. CONDE-PUMPIDO: *Modificaciones que en materia de celebración de matrimonio nacen de la discordancia de las legislaciones canónica y civil y la norma penal*, en «Rev. Gen. de Leg. y Jur.», Septiembre 1955, págs. 267-294.

(2) Vid. las «Conclusiones» del trabajo cit.

ron en cambio al fijarse, en el momento de su tipificación, en la naturaleza de las causas impeditivas del matrimonio atentado y no en la trascendencia del efecto que esas causas produjeran. Cosa, por otra parte, extraña dentro de la sistemática de nuestros Códigos penales, más atentos a hacer radicar la esencia de la antijuricidad penal en la producción de un resultado dañoso, lesionador de un interés jurídico (en este caso la inseguridad matrimonial y el estado civil de los casados ilegalmente), que en la mera manifestación de una voluntad rebelde a la norma (en este caso la inobservancia de un impedimento o prohibición legal) (3).

Hasta tal punto consideramos que es ese resultado de nulidad el módulo para incriminación de los matrimonios ilegales que no nos recatamos de afirmar que «tan sólo debieran ser sancionados con una pena aquellos matrimonios que hubieren sido declarados nulos por causa imputable a uno de los contrayentes. Esta trascendencia del matrimonio nulo desaparece si posteriormente es sanado, convalidado o, previa remoción del obstáculo, contraído nuevamente hasta tal punto que estimamos que sería aconsejable que tal circunstancia llevase aparejado la extinción de la responsabilidad penal o de la pena ya impuesta» (loc. cit.).

Por ello, aunque en principio la condición de sancionar únicamente la producción dolosa de un resultado de nulidad matrimonial parece cumplir la el vigente artículo 472 al castigar el matrimonio contraído con impedimento dirimente no dispensable, no puede satisfacernos su actual redacción, no sólo porque la nulidad del matrimonio puede devenir de otras causas que no constituyen verdaderos impedimentos, sino también porque muchos matrimonios nulos por concurrencia de impedimento dirimente dispensable no llegarán nunca a poder ser convalidados por ser esa cualidad de dispensable puramente teórica. Se producirá así la injusticia de que hechos con análogas causas e idénticos resultados reciban un muy opuesto tratamiento penal: el castigo en un caso y la impunidad en el otro. Creemos que todas las censurables incongruencias a que nos referiremos arrancan del hecho de no haber tenido en cuenta el legislador principio tan fundamental como el señalado anteriormente, ya que ni la totalidad de las causas que provocan la nulidad del matrimonio de forma irremediable tienen encaje dentro del tipo del artículo 472, ni la extensión del precepto penal de tal artículo es la misma en el ámbito del matrimonio civil que en el orden canónico, ni puede dejar de sorprender la impunidad en que se dejan situaciones que, cual el matrimonio de un ordenado *in sacris*, hieren profundamente la conciencia social y tienen en nuestro Derecho punitivo una larga tradición de severas sanciones.

2. El concepto de impedimento para la doctrina anterior al C. J. C. era asaz extenso, como lo revelan los famosos versos mnemotécnicos, tan ca-

(3) Sobre las concepciones de la antijuricidad objetiva o subjetiva y la construcción del delito como lesión del bien jurídico (*Rechtsgutsverletzung*) o lesión de obligación (*Pflichtverletzung*), vid. A. MORO: *La antijuricidad penal*, trad. de Diego A. SANTILLÁN. Buenos Aires, 1949, espec. cap. I y II.

ros a teólogos y canonistas (4), y de los que se hicieron eco nuestros civilistas (5):

«Error, conditio, votum, cognatio, crimen,
Cultus disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas,
Si sis affinis, si porte coire nequibus,
Si parochi, et duplicis desi presentia testis,
Raptave sit mulier, nec parti redita tutae.»

Como puede observarse, en esa enumeración se comprenden no sólo las prohibiciones que limitan la libertad para contraer matrimonio (ligamen, *cognatio*, crimen, por ejemplo), sino también otras causas de nulidad provenientes de un vicio del consentimiento (error, *conditio*, vis, por ejemplo) o de un defecto de forma («Si Parochi et duplicis desit presentia testis», por ejemplo). En resumen, para la doctrina canónico-civil contemporánea de nuestros primeros legisladores penales, impedimento matrimonial eran no sólo las prohibiciones específicas provenientes del derecho divino, natural o eclesiástico que hacían nulo o ilícito el matrimonio para la persona a que afectaban, sino también cualquier otra causa que provocare la nulidad de un matrimonio, ya por falta de vicio del consentimiento, ya por defecto sustancial de forma. Más aún, era clásica antes de C. J. C. la clasificación de los impedimentos en tres clases: por parte de la *forma*, por parte del *consentimiento* y por parte de la *persona* (6). Podríamos decir, pues, que impedimento dirimente era sinónimo de causa de nulidad; impedimento impediendo lo era de simple prohibición canónica (7).

Si a ello añadimos que en el momento de promulgarse el Código de 1848 era indiscutida la vigencia en España de la legislación Tridentina en materia de forma matrimonial, es explicable que le fuera fácil al legislador buscar una tipificación de los matrimonios ilegales que comprendiera la sanción de *todos* los celebrados con un vicio de nulidad así como los contraídos vulnerando una prohibición legal canónica o civil. Le bastó con referirse (8)

(4) Vid., entre otros, Pedro MORALES: *Derecho eclesiástico general y particular de España*, Sevilla, 1883, pág. 312, y Pedro B. GOLMAYO: *Instituciones de Derecho canónico* 5.ª ed. Madrid, 1878, pág. 22, nota.

(5) Vid. SALAS: *Ilustración del Derecho Real de España*, 2.ª ed. MDCCXX, t. I, pág. 33. Todavía puede verse la cita en SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*. Madrid, 2.ª ed., t. V, vol. I, pág. 433, nota 2.

(6) Cfr. BLANCO NÁJERA: *El Código de Derecho canónico, traducido y comentado*. Cádiz, 1945, t. II, pág. 275.

(7) Este concepto extenso del término impedimento ha pasado a nuestros actuales civilistas, quienes siguiendo a SÁNCHEZ ROMÁN (Vid. loc. cit.) vienen haciendo una clasificación y enumeración de los impedimentos del matrimonio canónico, que se aparta completamente de la pureza técnica y hasta de la letra del C. J. C. Cfr., como ejemplo asaz demostrativo, CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral*, 7.ª ed., t. V, vol. I, págs. 99 a 104, quien incluye entre los impedimentos dirimientes el «defecto de uso de razón», «la ignorancia de la esencia del matrimonio», «la simulación y reserva mental», «el error, la violencia o miedo» y «la condición contraria a los fines del matrimonio», que conforme a la vigente legislación canónica no son tales sino defectos del consentimiento.

(8) Dejando aparte la inculpación agravada de la bigamia y el matrimonio del ordenado *in sacris* o ligado con voto solemne de castidad (art. 385).

separadamente a los impedimentos de la Iglesia (arts. 386 y 387), que se completan con una punición específica del matrimonio por sorpresa (artículo 388), y a las prohibiciones civiles (arts. 389, 380, 391 y 392) (9), para cumplir sus propósitos y obtener un tratamiento penal de esos delitos congruente y completo. Únicamente en el matrimonio entre parientes adoptivos (art. 391), punto en el que el legislador intenta innovar con la pretensión de anticiparse a lo que en la materia había del Código civil en preparación (9), surgen las dificultades al crearse un precepto penal que fué fuente de contrasentidos y de peregrinas consecuencias. (Cfr. nuestra op. cit. espec., § IV) (10).

El C. J. C. ha venido a precisar la pureza terminológica del término «impedimento» reduciéndolo a la expresión de aquellos obstáculos que afectan a la persona, haciéndola directa y enteramente inhábil para contraer válidamente un concreto matrimonio, aunque se exprese el consentimiento y se guarde la forma sustancial (11). Hoy se denominan impedimentos matrimoniales a las limitaciones a la libertad de contraer matrimonio. Ni los vicios del consentimiento ni los defectos de forma son impedimentos (12). Así vemos que mientras en los capítulos III, III y IV del Título VII del Libro II se ocupa el Codex, respectivamente, de los impedimentos en general, de los impedimentos impedientes y de los dirimentes, los dos capítulos siguientes se refieren separadamente al consentimiento y a la forma, con sus vicios respectivos (13).

Al evolucionar la doctrina canónica hacia una concepción más técnica y restrictiva de los impedimentos, y al no recogerse en forma precisa la terminología canónica por el Código civil (cfr. arts. 83, 84 y 101) de forma que sólo de manera *analógica* puede ser manejada por la doctrina «us-privatista», es evidente que el continuar conservando en los Códigos penales la fórmula de 1848 habría de producir evidentes dificultades interpretativas, por cuanto el Derecho privado integrador de la norma penal ya no era congruente con los principios tenidos en cuenta por el legislador en los tipos respectivos (14).

(9) La distinción entre impedimentos canónicos y prohibiciones civiles aparece más clara, si cabe, en la forma empleada en el art. 393 para sancionar al eclesiástico autorizante del matrimonio ilegal, en la que expresamente se diferencian ambos motivos de hecho.

(10) (Cfr. *Comentarios al Código penal*, por D. Tomás M. DE VIZMANOS y D. Cirilo ALVAREZ MARTÍNEZ, abogados e individuos de la Comisión que lo redactó. Madrid, 1848, t. II, pág. 430.

(11) Cfr. en tal sentido IGLESIAS GARCÍA: *La demanda de divorcio*, 2.ª ed., pág. 17.

(12) Cfr. EICHMANN: *Manual de Derecho eclesiástico*. Trad. de la tercera ed. alemana, por GÓMEZ PIÑÁN. Barcelona, 1931, II, págs. 88, notas. El Cardenal GASPARRI y los redactores del Codex se manifestaron a favor de tal distinción.

(13) No es obstáculo a la distinción señalada en el texto que el C. J. C. utilice todavía en su c. 1.071 el término *impedimentum* en un sentido más amplio, pues aparte de que ese canon pertenece al Derecho procesal, que no puede tener valor correctivo del Derecho material, claramente se demuestra que el legislador hace un uso no técnico del término al referirse con él igualmente a las causas de separación en las que no puede en ningún modo hablarse de impedimento.

(14) Nuevamente hemos de remitir al lector, para evitar inútiles repeticiones, a nuestro trabajo antes citado.

Con la reforma que examinamos, la incriminación de los matrimonios ilegales ha quedado reducida—salvo siempre el tipo calificado de bigamia—a los matrimonios contraídos con impedimento dirimente no dispensable, sin hacer distinción entre su carácter civil o canónico. Con ello sólo se ha conseguido aumentar las dificultades y los contrasentidos:

a) El primero de todos nace de la necesidad de considerar que la referencia que la norma penal hace a los impedimentos dirimentes no dispensables ha de ser integrada, en cuanto al matrimonio canónico se refiere, por el concepto que de tales tiene el Derecho canónico vigente, esto es, por aquellas causas que sean enumeradas como impedimentos dirimentes en el capítulo IV del Título VII, del Libro III del C. J. C., utilizando el término en su sentido más puro y técnico. Esta interpretación, la única posible—y más en Derecho penal en el que ha de evitarse toda interpretación extensiva del precepto represivo—, hace que queden fuera del tipo previsto en el Código penal una serie de matrimonios viciados de nulidad por una causa irreparable («vis», «metus», «error», «conditio», defecto sustancial, de forma, etc.) que produzca efectos análogos a la concurrencia de un impedimento dirimente no dispensable, pero que técnicamente no tenga tal consideración. Nos encontramos así con que causas análogas, con iguales efectos, reciben tratamiento penal opuesto.

Algunas veces esas causas de nulidad consideradas como impedimento podrán ser constitutivas de otro delito de los previstos en el Código: *coacciones*, en los casos de violencia; *estupro*, en los casos de simulación, reserva mental o defecto de forma buscado de propósito por el contratante varón... Pero, aparte de que este medio supletorio de incriminación no siempre es posible, no debiera ser esa la forma para el castigo de tales hechos, como lo pone de relieve la circunstancia de que así resulta configurado el acto ilícito, más que como un hecho contra el estado civil de las personas, como un delito en el que lo que se protege es la libertad sexual del cónyuge inocente.

b) Concretado que solamente han de considerarse como impedimentos dirimentes los enumerados por el C. J. C. en el capítulo citado, hemos de determinar ahora cuáles de ellos tienen la naturaleza de no dispensables para llegar así a saber cuáles son los supuestos de matrimonio canónico nulo que pueden ser subsumidos en el tipo del artículo 972 del Código penal.

Según la doctrina canónica únicamente son dispensables los impedimentos establecidos por el derecho eclesiástico; no lo son, en cambio, los fundamentados en el derecho divino (15).

Y repasando la lista de los impedimentos dirimentes del matrimonio nos encontramos con que únicamente aparecen establecidos por el derecho divino o natural los siguientes:

(15) El derecho divino comprende tanto la ley natural, como el derecho divino positivo, y respecto a él la autoridad eclesiástica no puede hacer más que declararlo, nunca abrogado, derogado o dispensarlo (Cfr. C. C., 87, 817 y 1.088, § 1). Por ello los impedimentos establecidos por el derecho divino no son dispensables. Cfr. BLANCO NAVARRA: Op. cit., págs. 277 y 283.

1. «La impotencia antecedente y perpetua, ora de parte del varón, ora de parte de la mujer, sea conocida o no por el otro, ya absoluta, ya relativa...», puesto que según declaración expresa del c. 1.068, § 1, «dirime el matrimonio por el derecho mismo natural», declaración lógica, porque no puede existir en tal caso la dación del *ius in corpore* que es materia del contrato matrimonial, siendo, por ende, nulo dicho contrato por falta de objeto (16).

2. «El ligamen anterior, aún no consumado, salvo el Privilegio de la fe» (c. 1.069). La unidad del matrimonio es una propiedad esencial, expresamente declarada por Jesucristo (S. Mateo XIX, a) y que constituye dogma de fe desde el Concilio de Trento (Se. XXIX, can. 2, «de sacramento matrimonio»). De aquí que este impedimento sea de derecho divino natural y positivo, por lo cual alcanza aun a los no bautizados, sin que pueda el Romano Pontífice dispensarlo.

3. El parentesco de consanguinidad (c. 1.076). A este respecto parecen estar acordes los canonistas en cuanto al carácter de derecho natural de este impedimento en el primer grado de la línea recta, pero discuten tal carácter a los restantes grados de esa línea y al primero de la colateral (cfr. Blanco Nájera, loc. cit.). Sin embargo, creemos que a los efectos de su dispensabilidad, que es lo que aquí nos interesa, tal disputa carece de relevancia desde el momento en que el § 3 del c. 1.076 prohíbe *autorizar jamás* el matrimonio en que exista duda de que las partes sean consanguíneas en algún grado de la línea recta o en primer grado de la colateral, lo que excluye toda posibilidad de dispensa en tales impedimentos. En los demás grados canónicos el parentesco de consanguinidad es dispensable.

Los restantes impedimentos dirimientes son todos ellos de derecho eclesiástico (17) y dispensables (18), incluso el de menor edad, que sólo dirime el matrimonio por derecho natural cuando los contrayentes no llegaren al uno de razón, no ya por aplicación del impedimento, sino por faltar en tal caso el consentimiento matrimonial. Pero en ese caso y por la misma razón de la inimputabilidad de los sujetos, carece de relevancia penal el supuesto.

Ahora bien, la bigamia aparece especialmente penada en el artículo 471, y las probabilidades de que se contraiga dolosamente un matrimonio canónico entre parientes consanguíneos de los grados citados son casi nulas, por lo que la aplicación del artículo 472 en materia de matrimonio canónico queda prácticamente reducido al contraído con impedimento de impotencia.

Y al llegar aquí no podemos menos de preguntarnos hasta qué punto

(16) Cfr. BLANCO NÁJERA: Op. cit., pág. 309.

(17) Cfr. BLANCO NÁJERA: Op. cit., los comentarios correspondientes a los cánones respectivos.

(18) Respecto de cumplimiento de disparidad de cultos podría plantearse un problema en el caso concreto de que exista peligro de pervisión del cónyuge católico o de la prole, ya que en tal caso se prohíbe su dispensa (Cfr. c. 1.071, en relación con el 1.060), aun siendo, en principio, el impedimento del derecho eclesiástico. Cabría en tal caso hablar de impedimento no dispensable, incluso si se había obtenido la dispensa, pero ocultando al solicitarla aquellos riesgos o induciendo a error sobre su inexistencia. El supuesto, por otra parte, tiene muy relativo interés, dada la dificultad de prueba del hecho de la existencia de aquel peligro en el instante de contraer matrimonio.

merecía la pena conservar, en la reforma de 24 de abril, el artículo 472 del Código penal, para limitarse a conminar con una pena que puede llegar hasta seis años prisión al impotente que ose contraer matrimonio canónico, mientras se deja en la más absoluta impunidad al matrimonio del raptor con la raptada, el de parientes adoptivos, el de los adúlteros conjugadas o el de un ordenado *in sacris*...

Cierto que el impedimento de impotencia es, sin duda, uno de los más graves en cuanto a la contradicción con los fines del matrimonio se refiere, pero no es menos cierto que es uno de los más leves desde el punto de vista de la transcendencia social de la nulidad provocada: ni por la admisión dentro de los usos sociales de los llamados «matrimonios blancos» ni por el perjuicio mínimo que a la otra parte pueda causarse —pues por propia definición el matrimonio quedará sin consumar—, a nadie escandaliza un matrimonio de tal naturaleza. Es más, nos atrevemos a afirmar que lo que realmente herirá la conciencia colectiva será su castigo penal y más aún el contraste entre su punición y la impunidad en que quedan otros matrimonios ilícitos tenidos por más graves, como el del ordenado *in sacris* o el religioso profeso con voto solemne de castidad. Pero sobre esto volveremos más adelante.

c) Nuevas dificultades surgen al pretender adaptar al tipo del artículo 472 los matrimonios ilegales que adopten la forma civil. Los diversos motivos de nulidad del matrimonio civil aparecen dispersos por el Código, bien dentro de las «disposiciones comunes a las dos formas de matrimonio» (art. 51), bien bajo la rúbrica «de la capacidad de los contrayentes» (artículos 83 y 84), bien en la Sección referente a la «nulidad del matrimonio» (artículo 101); y aunque en diversos artículos usa el Código el término «impedimentos» (cfr. arts. 85, 89, 96, 97, 98 y 99) lo hace sin darnos un concepto acabado de lo que se pretende expresar con tal vocablo. Y, sobre todo, como el Código no utiliza la clasificación de impedimentos dirimentes e impedientes nos encontramos frente a un dilema: o considerar que los matrimonios civiles no podrán ser nunca constitutivos de matrimonio legal, cualquiera que sea la causa que motive dolosamente su nulidad; o hacer uso para determinar cuáles sean esos impedimentos de la interpretación analógica, tan reñida con los principios del derecho penal.

La lógica y la necesidad de llenar la laguna que en caso contrario se produciría, nos obliga a inclinarnos por el segundo término del dilema. Por otra parte, no ha de asustarnos el argumento de la necesidad de impedir una aplicación analógica *in malam partem* del artículo 472. Este precepto no es más que una norma penal en blanco, que ha de ser integrado por las normas canónicas y civiles correspondientes. Por consiguiente, al hacer uso de la analogía para determinar cuál sea la *norma civil* que ha de integrar el precepto penal citado, no estamos haciendo una aplicación analógica de un precepto punitivo, sino que estamos utilizando *dentro del derecho privado* un procedimiento de integración del derecho que no sólo es lícito, sino que hasta es considerado como el más a propósito para rellenar sus lagunas (19).

(19) Vid. CASTÁN: Op. cit., 3.ª ed., t. I, vol. 1, págs. 369 y 378 y sigs.

En consecuencia, podemos llegar a través de la *analogia iuris*, a obtener una clasificación de los impedimentos de derecho civil en dirimentes e impeditivos, considerando que los primeros son los que prohíben bajo pena de nulidad la celebración de un matrimonio, y los segundos son los que oponiéndose a su celebración llevan aparejada una sanción distinta de la nulidad. Aquéllos nacen de una norma perfecta, los últimos de una *lex minus quam perfecta*.

Pero con admitir la posibilidad de hacer un uso de una interpretación analógica para determinar cuáles sean los impedimentos de derecho civil que tienen la consideración de dirimentes, las dificultades no han quedado resueltas.

Los civilistas patrios muestran en la materia una gran divergencia. En primer lugar, forzosamente habrán de resentirse de aquella falta de precisión conceptual del Código, que hace que sus comentaristas, como Mucius Scaevola (20), y hasta algún tratadista metódico como Sánchez Román (loc. cit. pág. 526 y sigs.), lleven a cabo la exposición de la mayoría de los impedimentos bajo el epígrafe referente a la «capacidad de los contrayentes». La mayor parte de los autores hacen una enumeración de los impedimentos dirimentes del matrimonio civil bajo el pie forzado de clasificaciones *sui generis* predeterminadas por las que ya se hicieron de los del matrimonio canónico, como les ocurre a Castán (21) y Puig (22). Otros, como De Buen (23), se ven coartados por la necesidad de adaptarse a la clasificación del autor cuya obra anotan. Quizá de todas las enumeraciones que de los impedimentos del matrimonio civil se han hecho por la doctrina la que más se ajuste a la realidad del Código sea la de Pérez González y Castán en sus notas al tomo de familia del Tratado de Ennecerus (24), aunque para nuestros efectos adolezca del inconveniente de no expresar de modo claro los motivos que les llevan a considerar como impedimento dirimente cada una de las causas enumeradas, lo que ofrecería especial interés en el caso del rapto.

Ante esa falta de unanimidad de la doctrina patria hemos de convenir que no es en ella donde podemos encontrar el apoyo necesario para resolver el problema que nos preocupa. Por lo que tendremos que realizar dentro del propio Código la labor de investigación e interpretación que nos dé la necesaria luz para determinar cuáles sean, de todas las causas de nulidad del matrimonio civil que aquél enumera, las que pueden ser consideradas como impedimentos dirimentes y cuáles han de tener naturaleza

(20) L. MUCIUS SCAEVOLA: *Código civil*, 5.ª ed. Madrid, 1946 y sigs.

(21) «Los impedimentos dirimentes del Código civil, clasificados en los mismos grupos que adoptamos para la exposición de los del Derecho canónico...», dice, op. cit., pág. 126. Si a esto añadimos que su clasificación de los impedimentos canónicos es ya vieiosa (cfr. nota 6), claramente se comprende la inutilidad de la exposición de este autor a los efectos que en el texto nos vamos refiriendo.

(22) F. PUIG PESA: *Tratado de Derecho civil español*, Edit. Rev. de D. Priv. Madrid, T. II, vol. I, pág. 145.

(23) Notas al COLIN y CAPITANT: *Curso elemental de Derecho civil*. Instituto Edit. Reus, 2.ª ed. Madrid, 1941, t. I, págs. 400 y sigs.

(24) Notas al *Derecho de familia*, por KIPP y WOLFF, en el *Tratado de Derecho civil*, de ENNECERUS, KIPP y WOLFF, ed. esp. Bosch. Barcelona, Vol. I, págs. 64 y 65.

distinta, bien entendido que como tal determinación, se llevará a cabo para hacer aplicación posterior de un precepto penal, hemos de movernos con cautela, siguiendo un criterio restrictivo y no dejándonos arrastrar por las facilidades que pueda proporcionarnos en esta materia la preconstituida doctrina canónica.

Si nos atenemos al texto del Código civil vemos que éste hace referencia a los impedimentos en sus artículos 85, 89, 96, 97, 98 y 99. El primero se refiere a la facultad de dispensa de impedimentos por el Gobierno y los cinco restantes a la denuncia y estimación de los impedimentos que opongan a la celebración del matrimonio civil. Del examen de estos últimos preceptos podemos obtener las siguientes notas distintivas del concepto legal de los impedimentos civiles :

1.^a Ha de tratarse de una causa que *se oponga* a la celebración de un matrimonio. El término oposición es expresamente utilizado por los artículos 97 y 99, pero se deduce igualmente esa nota del contexto de los restantes, especialmente del 96.

2.^a Esa causa ha de venir establecida por la ley, no tratarse de una causa o motivo extralegal. Los artículos 97 y 98 hablan expresamente de «impedimento legal» y de «fundamento legal» del impedimento.

3.^a El impedimento lo ha de ser para un determinado y concreto matrimonio, ya que el artículo 89 manda fijar los edictos después de ratificados los pretendientes y el 98 hace referencia a las personas obligadas a denunciar y a las legitimadas para oponerse, siempre en relación con un matrimonio concreto.

4.^a Debe ser una causa anterior al acto de la celebración del matrimonio, no coetánea o simultánea al mismo, ya que sólo las causas preexistentes pueden ser conocidas y denunciadas con anterioridad a dicho acto. Esto excluye tanto la nulidad proveniente del consentimiento viciado por error, coacción o miedo grave (art. 101, n.º 2), como la que nazca de un defecto de forma (art. 102, n.º 3).

Reuniendo todas estas notas en una definición podríamos obtener el siguiente concepto positivo de impedimento: «Causa legal que se opono a la celebración de un pretendido matrimonio».

Como causas o motivos que se oponen a la celebración de un matrimonio civil que se pretende contraer, encontramos en el Código las siguientes :

- 1.º Las prohibiciones del artículo 45.
- 2.º Las de los artículos 83 y 84.
- 3.º La que se deduce del número 3 del artículo 101 para el raptor que pretende contraer matrimonio con la raptada mientras ésta esté en su poder.
- 4.º La que se nace de los artículos 42, párrafo 3.º, y del artículo 86, párrafo último, para las personas que profesen la religión católica.

Pero no todos esos impedimentos producen los mismos efectos :

En primer lugar, las prohibiciones del artículo 45 no provocan la nulidad del matrimonio en que concurren (cfr. art. 50), por lo que han de ser consideradas meros impedimentos impeditivos y carecen aquí de relevancia penal.

Por el contrario, en el supuesto del matrimonio contraído en forma civil

por quien está sujeto a la forma canónica, cabrá preguntarse si las consecuencias no serán algo más serias que las de su mera nulidad. En efecto, en este caso no se trata de un simple defecto de forma sino de una falta total y absoluta de matrimonio, ya que si formalmente se han dado todos los requisitos del artículo 100 y no concurre ninguna de las faltas que harían nulo el matrimonio conforme al número 4.º del artículo 101, lo que ha sucedido es que se ha celebrado un matrimonio que la ley no reconoce (cfr. artículo 42, párraf. 1.º y 3.º, a *contrario sensu*), con lo cual nos hallaremos ante un supuesto de *inexistencia*. El matrimonio civil lo permite la ley tan sólo en forma condicional. Si la condición autorizante falta, falta la autorización y el matrimonio así celebrado tiene la misma relevancia jurídica que el celebrado por españoles en el extranjero, conforme a la *lex loci*, o el celebrado en España ante un Pastor protestante, por ejemplo. Que tal matrimonio es inexistente y no nulo se infiere también del hecho de no estar contenido ese motivo de nulidad en el artículo 101; y como, según tiene declarada la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1945, la enumeración de las causas de nulidad de ese artículo es taxativa o limitativa, sin que pueda prevalecer el precepto general del artículo 4 del Código civil, contra el especial contenido en el artículo 101, habrá que concluir afirmando que en aquellos otros casos en que la ley no reconozca efectos a un matrimonio, nos encontramos ante otros tantos supuestos de *inexistencia*.

Ahora bien, como una de las condiciones de los impedimentos dirimientes es el producir la nulidad del matrimonio en que concurren, que por lo demás sería válido y reconocido legalmente, creemos que la prohibición legal de contraer los católicos matrimonio en forma civil no es propiamente un impedimento dirimente, y no puede el matrimonio celebrado contraviéndolo y que carece de relevancia jurídica ser subsumido en el tipo del artículo 472 del Código penal.

Respecto a las prohibiciones de los artículos 83 y 84, no cabe duda de su naturaleza de impedimentos dirimientes, por cuanto si concurren en un matrimonio civil producen su nulidad (art. 101, n.º 1.º) (25).

Igual resultado de nulidad se produce en el caso del matrimonio contraído por el raptor con la robada (cfr. art. 101, n.º 3.º) (26), pero aquí se

(25) SÁNCHEZ ROMÁN, quien reduce los supuestos de impedimento a las prohibiciones relativas, es decir, de persona a persona, contenidas en el art. 84. Vid. Op. cit., pág. 532.

(26) Respecto al ámbito que alcanza el concepto civil de rapto, ante la falta de definición por el Código de esa causa de nulidad, se ha tratado de recurrir al Código penal como norma integradora. SÁNCHEZ ROMÁN (op. cit., pág. 936) cree que el antecedente legal de tal causa de nulidad está en el rapto contra su voluntad o con anuencia de la robada, tal como lo define y distingue el Código penal. Por el contrario MÚROS (op. cit., págs. 711 y sigs.) cree que el rapto de que habla el Código civil tiene una extensión menor al definido y castigado en el Código penal, debiendo ser excluida de esa causa de nulidad matrimonial el delito de rapto con la anuencia de la mujer, toda vez en tal caso no se reprime la violencia, sino que se trata de reparar el ultraje a la familia y la alarma que en ella produce la separación de un individuo de la misma y si en el Derecho civil el rapto presupone como condición de su existencia la negación de la voluntad en la paciente por la violencia del agente, queda evidenciado que sólo el rapto ejecutado en esta forma es el que genera la causa de nulidad que estamos examinando. Es, sin embargo, de tener en cuenta que los canonistas vienen equiparando para la existencia del impedimento, el rapto con violencia y el rapto con seducción (Vid.

nos plantea el problema de si podremos, dado el tratamiento que otorga a esta causa de nulidad el Código civil, considerarlo como un impedimento. Si nos atenemos al concepto legal de impedimento, no cabe duda de que en el supuesto del *raptor* se dan los requisitos antes enumerados: es causa que se opone a la celebración del matrimonio entre personas concretas, por declaración de la ley y con existencia anterior al instante de su celebración. Pero en el propio Código civil pueden encontrarse argumentos en contrario, desde el momento que todos los artículos en que se habla de impedimentos son anteriores a la celebración del rapto como causa de nulidad matrimonial en el artículo 101; sobre todo, el artículo 85 al hablar de impedimentos parece referirse exclusivamente a las prohibiciones de los artículos 45, 83 y 84, y excluir del concepto cualquier otro motivo de nulidad (27). Y aún podría añadirse que esa causa de nulidad, a diferencia de las de los artículos 83 y 84 no viene declarada legalmente en forma de prohibición, sino en forma de sanción, sin prohibición previa; falta aquí el precepto cuyo incumplimiento provoque a sanción, y ha de integrarse la norma, a la manera de los artículos del Código penal, infiriendo del hecho de la sanción la prohibición legal de la conducta castigada (28).

Teniendo en cuenta el terreno en que nos estamos moviendo, siempre con vistas a la integración de la norma en blanco del artículo 472 del Código penal, hemos de señalar aquí que, conteniéndose en el artículo 85 del

EICHMANN, op. cit., pág. 100). Sin embargo, como quiera que en el Código penal se pena no sólo el rapto violento (art. 440, párrafo 1.º), y el rapto con seducción o engaño (artículo 441, párrafo 2.º, inciso 1.º), sino también el rapto con ausencia de la raptada, aunque no intervenga engaño (arts. 440, párrafo 2.º, y 441, párrafo 1.º y párrafo 2.º, inciso último) parece un poco absurdo extender la nulidad del matrimonio a supuestos en los que, dado el libre consentimiento de la raptada, difícilmente puede decirse que ésta se encuentre en poder del raptor. Claro que, en definitiva, en la solución de la cuestión tiene que influir la *ratio legis* de la causa de nulidad examinada: si, como creemos (vid., nota 27), la nulidad se funda en una presunción legal de ausencia de consentimiento, no puede extenderse la nulidad a aquellos supuestos en que desde el primer momento la mujer obra por su libérrima voluntad; pero si, como ocurre en el Derecho canónico (vid. EICHMANN, loc. cit.), el impedimento se basa en la ofensa al orden público y el constituir un acto de fuerza contra los padres de la raptada, hemos de conceder que habría de considerarse que todo delito de rapto originaría la nulidad matrimonial conforme al artículo 101, núm. 3.º, debiendo ser interpretada la frase «en poder del raptor» en sentido lato, comprensivo de todos aquellos casos en que la raptada permanece en el lugar a donde fué conducida por el sujeto activo del delito, sin o con su voluntad.

(27) No creemos oportuno recurrir al argumento de analogía con el impedimento canónico, porque la *ratio legis* parece ser distinta en el rapto civil y en el de Derecho canónico. El C. C. parece considerar como causa de la nulidad del matrimonio del raptor con la raptada, un presunto vicio del consentimiento de ésta, coaccionada por el hecho de estar en poder del raptor, como lo demuestra el lugar que ocupa en el artículo 101; la doctrina civilista patria parece estar acorde en esta conclusión (cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., pág. 956; MUCERUS: Op. cit., pág. 711; DE BUEN: Op. cit., pág. 410). En cambio, los canonistas tienen especial cuidado en señalar que el impedimento de rapto es algo distinto de la falta de consentimiento matrimonial de la mujer, por lo que no se convalida el matrimonio ni por el hecho de que se pruebe que la mujer consintió verdaderamente el contrato matrimonial, ni por la convivencia posterior de los supuestos cónyuges. (Cfr. BLANCO NÁJERA, Op. cit., pág. 317, y EICHMANN: Op. cit., pág. 100, nota 9).

(28) Vid. en este sentido PÉREZ y CASTÁN: Op. cit., pág. 62, aunque luego no tengan inconveniente en incluir el rapto entre los impedimentos dirimientes (cfr. pág. 64).

Código civil la enumeración de los impedimentos dispensables y, por exclusión, la de los indispensables tan sólo en relación a los artículos 45, 83 y 84, nos encontraríamos perplejos a la hora de calificar el rapto como impedimento no dispensable, pues si bien es cierto que tal motivo de nulidad no es susceptible de dispensa, no lo es menos que no pudo ser tenido en cuenta por el artículo 85 que es la norma calificadora a tal efecto. Por ello, si técnicamente hablando el rapto es un impedimento dirimente civil no dispensable, para llegar a tal afirmación dentro de la técnica del Código civil es menester hacer uso de unas interpretaciones reiteradamente extensivas, que no creemos deban tener las consecuencias penales que de ellas se derivarían (29).

En resumen, dentro del Código civil, a la vista de los artículos 83, 84 y 85, son impedimentos dirimientes no dispensables los siguientes:

1.º La edad menor de catorce años cumplidos, para los varones, y de doce, para las hembras (art. 83, n.º 1.º).

2.º La falta del pleno ejercicio de su razón, al tiempo de contraer matrimonio (art. 83, n.º 2.º).

3.º La impotencia física, absoluta o relativa para la procreación, anterior al matrimonio, patente, perpetua e incurable (art. 83, n.º 3.º).

4.º Las órdenes sagradas y la profesión religiosa en una Orden canónicamente aprobada, en la que haya voto solemne de castidad (art. 83, número 4.º) (30).

5.º El ligamen (art. 83, núm. 5.º).

6.º El parentesco de consanguinidad: entre ascendientes y descendientes legítimos o naturales, y entre colaterales legítimos hasta el segundo grado civil (art. 84, núm. 1.º y 2.º, en relación con el 85).

7.º El parentesco de afinidad legítima o natural entre ascendientes y descendientes (art. 84, núm. 1.º).

8.º El parentesco legal de adopción entre el padre o madre adoptante y el adoptado; éste y el cónyuge viudo de aquéllos y aquéllos y el cónyuge viudo de éstos (art. 84, núm. 5.º).

9.º Los de crimen, entre los adúlteros que hubiesen sido condenados como autores o como autor y cómplice de la muerte del cónyuge de cualquiera de ellos (art. 84, núms. 7.º y 8.º).

10. El de rapto, mientras la robada esté en poder del raptor (art. 101, número 3.º), en el caso que se resuelva la cuestión planteada sobre la naturaleza de impedimento de esta causa de nulidad en sentido afirmativo.

De todos estos impedimentos hay que excluir el ligamen, por la incriminación especial de la bigamia en el artículo 471. Respecto de los de menor edad e incapacidad mental, hemos de observar que por su propia naturaleza llevan consigo la impunidad del sujeto activo del impedimento, inimi-

(29) Si bien se mira las disquisiciones del texto sólo tienen trascendencia teórica, en un puro afán de acerbamiento de la «verdad legal», ya que en la práctica el impedimento de rapto, nacido en condiciones sociales muy distintas, especialmente en lo que a las facilidades matrimoniales se refieren, carece hoy de relevancia. Dificilmente se puede concebir, siendo como es constitutivo el rapto de delito, un supuesto en el que la raplada pueda permanecer en poder del raptor el largo lapso de tiempo que requiere la tramitación de un expediente matrimonial como el exigido por el Código.

(30 y 31) Vid., sin embargo, lo que se dice sobre este punto en el § 4.

putable penalmente, por lo que sólo podían ser penados el otro cónyuge y los demás intervinientes en el matrimonio (autorizante, testigos) que resultasen ser partícipes dolosos del matrimonio legal.

Problema especial plantea respecto al matrimonio contraído con el impedimento de menor edad lo dispuesto en el párrafo 2.º del número 1.º del artículo 83 sobre la revalidación *ipso facto* y sin necesidad de declaración expresa del matrimonio contraído por impúberes si un día después de haber llegado a la pubertad hubiesen vivido juntos sin haber reclamado en juicio contra su validez o si la mujer hubiese concebido antes de la pubertad o de haberse entablado la reclamación ¿«Quid» del matrimonio ilegal en este caso? De un lado, el delito existe desde el momento en que se consuma, es decir, desde el momento de celebrarse el matrimonio con la concurrencia del impedimento, y no puede hacer desaparecer la antijuridicidad formal del acto ya realizado un hecho posterior a la consumación delictiva no previsto en el tipo ni en la ley penal como causa excluyente de esa antijuridicidad. De otro lado, no deja de resultar anómalo sancionar como ilegal un matrimonio civilmente válido y que goza, por el efecto retroactivo que lleva implícita toda convalidación, de plenos efectos *civiles desde el instante mismo de su celebración*: falta la antijuridicidad material del hecho.

La antinomia anterior desaparecería si el Código Penal centrara el núcleo de los matrimonios ilegales en la producción de un resultado de nulidad en vez de hacerlo en la simple concurrencia de un impedimento. Al no existir tal nulidad en los matrimonios afectados por el párrafo 2.º del número 1.º del artículo 83, no existiría delito, mientras que con la fórmula actual el delito existe desde que el impedimento concurre.

El impedimento de Ordenes sagradas y profesión religiosa solemnes plantea especiales problemas, que expondremos en el § 4.

3. Si comparamos la enumeración de los impedimentos dirimientes no dispensables de Derecho canónico y los de Derecho civil observaremos que frente al número reducido de los primeros el Derecho civil extiende la lista considerablemente. No es sólo que para el Código civil constituyan impedimentos muchos de las causas que el C. J. C. considera defectos de la voluntad, sino que además el Código civil niega la posibilidad de dispensa a una serie de impedimentos que canónicamente son dispensables. La menor edad, las Ordenes sagradas y el voto solemne de castidad (31), la adopción y los de crimen. Especialmente en estos dos últimos casos el rigor es excesivo. La adopción crea un parentesco que es sólo el producto de una ficción legal, y si bien está justificado plenamente que establezca un impedimento para el matrimonio entre los parientes ficticios, no debe llevarse el rigor hasta el extremo de que esa ficción no pueda ser destruída por dispensa en aquellos casos en que razones especiales así lo aconsejen, tal como permite el Derecho canónico. En cuanto a los impedimentos de crimen, especialmente el de adulterio, la imposibilidad de dispensa sólo conduce a fomentar las uniones ilícitas y las filiaciones ilegales hasta el

(31) Vid., sin embargo, lo que dice sobre este punto en el § 4.

punto de que tales motivos han influido en otras legislaciones, como la francesa (32), para llegar a la supresión total del impedimento (33).

La cierto es que esa disparidad de criterios de las legislaciones canónica y civil en materia de dispensa de impedimentos se refleja en la figura del matrimonio ilegal del artículo 472, resultando que matrimonios contraídos con idéntico impedimento dirimente constituirán delito o no, según sea civil o canónica la disciplina que los rige; y ello sin que importe que en ambos supuestos sea idéntico el resultado de nulidad (por no haberse dispensado el impedimento canónico, por ejemplo). Ciertamente que puede decirse que la diferencia está en que en un caso el resultado de nulidad era inevitable y en otro pudo no existir de haberse obtenido la licencia, pero ello sólo hace destacar más aún la culpabilidad del sujeto en el segundo caso. No podemos ocultar que esa diferencia de trato inevitablemente herirá el sentido de justicia popular, que sólo alcanzará a ver cómo hechos para ella idénticos (matrimonios nulos en ambos casos) son unas veces castigados y otras no, siguiendo un criterio que forzosamente ha de parecerle caprichoso al escapársele las exquisiteces jurídicas de aquella distinción.

El que reiteradamente hayamos tenido que hacer constar que el matrimonio contraído impedimento-dirimente no dispensable de ligamen tiene en el Código penal una tipificación especial en el artículo 471, nos señala una redundancia del Código vigente. Efectivamente, en los Códigos precedentes la bigamia recibía un trato agravado, señalándosele por la ley pena mayor que la conminada para los demás supuestos de matrimonio ilegal. Pero a partir de la reforma de 1944 la pena impuesta a los delitos de los artículos 471 y 472 es la misma—prisión menor—, con lo que desaparecieron los motivos de la especialidad, y no existe razón para desgajar del tipo de los matrimonios ilegales, contraídos con impedimento dirimente no dispensable, el impedimento de ligamen. O la pena señalada a la bigamia es, como debiera ser a consecuencia de su mayor contenido antijurídico, más grave o, en otro caso, resulta superflua su incriminación especial.

4. Para el jurista conocedor de nuestra historia del Derecho penal no puede menos de resultar desconcertante la total impunidad en que se de-

(32) Hacen observar COLIN y CAPITANT (Op. cit., pág. 324) que ya anteriormente a la ley de 15 diciembre de 1904, que suprimió el impedimento, en la práctica los Tribunales llegaron a considerar como letra muerta el artículo 298 que lo establecía para el caso de un divorcio admitido en justicia por causa de adulterio; en efecto, cuando ante ellos se presentaba un caso de divorcio concedido por adulterio, procuraban frecuentemente no designar por su nombre al cómplice o designarlo por iniciales. En estas condiciones el oficial del estado civil ante quien se presentaba la sentencia de divorcio, no podría recusar el proceder al matrimonio del esposo adúltero con una persona a quien ningún documento auténtico designaba como cómplice de la falta cometida. En España, tal solución es inadmisiblemente, por cuanto la querrela criminal ha de dirigirse contra ambos adúlteros (art. 450, párrafo 2.º, C. P.) y ambos han de figurar condenados en sentencia firme (art. 84, núm. 7.º).

(33) Tampoco parece aconsejable esa supresión radical del impedimento, que en Francia misma suscitó severas críticas (Cfr. COLIN y CAPITANT: Loc. cit.). Basta con permitir su dispensa.

jan los matrimonios ilícitos de los ordenados *in sacris* y los religiosos profesos.

Desde el Fuero Juzgo (Lib. III, tít. II, lex. 18) ha venido regularmente castigándose en nuestra Patria a los ordenados que se «ayuntare con la biubda, o con la virgine, o con otra mulier cualquiera, o por casamiento o por adulterio». Y en el momento de la codificación de nuestra legislación penal estaba tan arraigada la idea de la gravedad de tales matrimonios, que el legislador equipara a todos los efectos el matrimonio ilegal de los ordenados y religiosos profesos al de los impedidos por anterior ligamen. El Código de 1822 señala en el artículo 551 que todas las penas del capítulo dedicado a definir y castigar la bigamia «son aplicables del mismo modo a los casos respectivos, siempre que contraiga matrimonio algún presbítero, diácono o subdiácono, o algún regular profeso. Los Códigos de 1848 y 1850 llegan a más, pues en un mismo artículo (el 385 y el 395, respectivamente) castigan en sendos párrafos la bigamia y el matrimonio «del ordenado *in sacris* o ligado con voto solemne de castidad», y ello, según una interpretación cuasiauténtica, porque al juzgarlo uno de los más graves impedimentos que establece la Iglesia se juzgó preferible expresarlo «terminantemente en lugar de incluirlo en la disposición que sigue» (Vizmanos y Alvarez, loc cit.). La misma equiparación punitiva puede verse en el Código penal de 1928 (cfr. art. 649, n. 2).

Solamente en las épocas de legislación ultraliberal (Ley de matrimonio civil de 1870 y Código penal de 1870; Ley de matrimonio civil de 1932 y el Código penal de 1932) se ve suprimida esa equiparación, que era, en decir de Pacheco, «un homenaje a las disposiciones religiosas» (34), pero aún así el hecho continuaba siendo castigado como un matrimonio ilegal con impedimento dirimente. Igual ocurría con el texto refundido de 1944, que conservó en el capítulo de matrimonios ilegales la redacción del Código de 1932.

Pues bien, en la reciente reforma, llevada a cabo por un Estado que se declara confesional, se olvida el sancionar a quienes con menosprecio de sus más sagrados deberes y espíritu religiosos cometen el sacrilegio de contraer matrimonio, estando ligados por la recepción de una orden sagrada o por un voto solemne de castidad, rompiéndose así de modo inexplicable con toda una continuidad histórica (35).

Todavía podría decirse que no siendo civilmente dispensable el impedimento del número 4 del artículo 83, continúa sancionado el hecho en el supuesto de que aquel matrimonio se contraiga civilmente. Pero ello sólo sería así en el caso improbable de que se resuelvan negativamente las dos cuestiones que seguidamente plantearemos:

Primera. Los ordenados y religiosos profesos son por el bautismo súbditos de la Iglesia Católica y vendrían obligados teóricamente a obser-

(34) F. PACHECO: *El Código penal comentado y concordado*, 2.ª ed. Madrid. 1856, t. III, pág. 222.

(35) También el Derecho canónico se ha mostrado severo con los ordenados y religiosos «que osaren atentar la celebración del matrimonio». Cfr. c.c. 1.963 y 2.350, § 1.º, y 2.388, § 1.º.

var la forma canónica del matrimonio, tanto por imperativo del c. 1.099 como por disposición expresa del artículo 42 del Código civil. Ya hemos dicho más arriba que el caso de matrimonio civil celebrado por quien venga obligado a contraer matrimonio canónico es un supuesto de inexistencia que, como vimos, resulta impune en el sistema de nuestro Código penal. Y viendo esto así, ¿hasta qué punto puede ser castigado un matrimonio inexistente para el derecho? Y más aún, ¿cómo puede hablarse de nulidad de matrimonio por concurrencia de un impedimento dirimente si ese matrimonio no existe jurídicamente? Parece que en este caso la inexistencia—consecuencia más grave y extensa de ineficacia del acto—debe consumir cualquier otro supuesto de nulidad.

Segunda. Aunque el motivo de incapacidad 4 del artículo 83 no esté incluido en la lista de los susceptibles de dispensa civil, contenida en el artículo 85, ello no quiere decir que sea absolutamente indispensable, pues el propio Código civil reconoce la posibilidad de que contraigan matrimonio civil tales incapaces si han «obtenido la correspondiente licencia canónica» (36). Este reconocimiento que de la facultad canónica de dispensa del impedimento se hace por la potestad seglar para surtir efectos dentro del orden civil, no puede menos de obligarnos a pensar si para los efectos del tipo del artículo 472 del Código penal no habrá de ser considerado tal impedimento como dispensable y por ello no subsumible en el artículo citado el matrimonio en que aquél concurra.

5. Vamos por último a ocuparnos de otro aspecto de la reforma de 24 de abril no menos sorprendente.

La mayor innovación introducida en el capítulo de los matrimonios ilegales se refiere a la nueva redacción que se da al artículo 478 sobre la que, por cierto, nada dice la exposición de motivos de la ley que pueda aclarar los fines propuestos con ella. El citado artículo queda redactado así:

«El juez que autorizare matrimonio prohibido por la Ley o para el cual hubiese algún impedimento no dispensable, conocido o denunciado en el expediente, será castigado con las penas de suspensión y multa de mil a cinco pesetas.

Si el impedimento fuera dispensable, la pena, será de multa de mil a cinco mil pesetas.»

Tres puntos merecen ser destacados en esta nueva redacción del artículo 478:

a) La expresa referencia que se hace a la necesidad de que el impedimento del matrimonio autorizado sea «conocido o denunciado en el expediente». Es una forma particular de reforzar el elemento intelectual del dolo. Ciertamente que el error y la ignorancia de algún elemento del tipo son

(36) Por cierto, que éste es uno de los puntos en los que la reforma del Código civil de 24 de abril de 1958, ha resultado insuficiente al dejar en pie una palmaria contradicción dentro del sistema del Código civil. ¿Para qué establecer este impedimento si en buena técnica tales sujetos no pueden contraer matrimonio *sub forma* civil? Igual podríamos decir del reconocimiento del impedimento de ligamen en el artículo 83, núm. 5.º, que es del todo superfluo después de la declaración general y de más graves efectos del art. 51.

causas excluyentes del dolo, pero no por ello resulta superflua la inclusión de aquella necesidad de que el juez conozca la existencia del obstáculo legal si con ello lo que se ha pretendido es excluir la posibilidad de que la infracción pueda cometerse por culpa, poniendo así fin a las dudas que al respecto pudiera plantear la antigua construcción de este delito (37). Ahora bien, creemos que hubiera sido preferible a aquel fin utilizar la clásica locución «a sabiendas» u otra análoga, ya que en la fórmula empleada existe un término—«conocido»—que puede originar interpretaciones ambiguas en el caso de que un impedimento público y notorio, pero no denunciado, no sea tenido en cuenta por el juez autorizante que lo ignore. Si el adjetivo hace relación *exclusivamente* al juez, en tal caso éste no cometería delito por grande que fuera la conducta imprudente que le llevara a ignorar el imperativo. Pero si, como parece más lógica (38), se interpreta el adjetivo como expresión de la notoriedad del hecho, pudiera llegar a afirmarse la responsabilidad del juez en este caso, dándose así un tipo especial de calificación de una conducta culposa equiparada a la dolosa en penalidad.

b) La distinción que hace el artículo entre «matrimonio prohibido por la ley» y «matrimonio en que concurra algún impedimento» es también fuente de perplejidades.

El origen de la distinción se halla igualmente en el Código de 1848. Como en la época la única forma de matrimonio legalmente reconocida era la canónica, el legislador, para proteger con una sanción penal las prohibiciones de simple derecho civil, se vió precisado a establecer en el artículo 393 (39)—antecedente más inmediato del actual art. 478—la distinción entre «matrimonios prohibidos por la ley civil» y matrimonio «para el cual haya algún impedimento canónico». Aparecían así reforzadas penalmente, tanto la legislación civil como la canónica, en la materia de prohibiciones matrimoniales.

Pero el Código penal de 1870, en su afán de concordar el precepto con

(37) Los comentaristas patrios, siguiendo la orientación iniciada por ALVAREZ y VIZMANOS (op. cit., pág. 431), vinieron afirmando que aunque el Código no hacía expresa referencia a la comisión dolosa, solamente debía entenderse que hablaba el artículo de la autorización «a sabiendas, excluyendo así la posibilidad de que el delito pudiera ser cometido por culpa. (Cfr. PACHECO: Op. cit., pág. 238; VIADA: Op. cit., pág. 281). Con más acierto, LASERNA y MONTALBÁN (*Elementos del Derecho civil y penal de España*, 5.ª ed. Madrid, 1885, t. III, pág. 289) sólo excluían la responsabilidad del autorizante que hubiera procedido por error si éste no les era imputable, lo que equivale a admitir la responsabilidad del que obra por error imputable, esto es, negligentemente. Doctrina ésta que aparecía como la más admisible en la legalidad derogada, toda vez que el Código señala en el artículo 565 la forma culposa de la responsabilidad aplicable a todos los delitos en los que el dolo no constituya elemento del tipo, a través de la exigencia de una forma específica (dolo específico o elemento subjetivo del injusto, como quiera llamársele) lo que no ocurría en el derogado artículo 478 y sí ocurre en la nueva redacción de ese precepto.

(38) Decimos que parece más lógica esta interpretación, en cuanto que para expresar el conocimiento *ex officio* del Juez bastaba la referencia a la denuncia en el expediente, y en lo que respecta a la experiencia privada del Juez difícil será probar un elemento subjetivo, cual es ese del conocimiento de un hecho que no podrá presumirse, dada la redacción del precepto penal.

(39) Este artículo pasó a ser el 403 en el Código penal reformado de 1850.

las disposiciones de su coetánea Ley de Matrimonio civil, suprimió los adjetivos civil y canónico, lo que si era lógico por lo superfluo de una referencia a la disciplina eclesiástica, a la sazón no reconocida por el Estado, creó en cambio un evidente confusiónismo, por cuanto es difícil buscar el «quid» de la diferenciación entre matrimonio prohibido por la ley y matrimonio con impedimento desde el instante que todo impedimento tiene por origen una prohibición legal.

La confusión llega al máximo cuando, reconocido de nuevo el matrimonio canónico, se conserva la redacción del precepto sin restablecer la distinción entre matrimonios prohibidos *civilmente* y los prohibidos *canónicamente*.

Y en el texto reformado vuelve a acentuarse la dificultad de aclaración de cuáles puedan ser los matrimonios prohibidos por la ley con una prohibición que no constituyan impedimento. Hemos ya visto cómo tanto las prohibiciones del artículo 45 como las de los artículos 83 y 84 son consideradas constitutivas de impedimentos. Fuera de ellas no existen otras prohibiciones legales que algunas administrativas (matrimonios de diplomáticos con extranjeras, prohibidos por la ley de 23 de noviembre de 1940, artículo 2, por ejemplo) o las que puedan derivarse de no observar las formalidades señaladas en los artículos 86 y siguientes del Código civil o de lo establecido en el artículo 101, números 2, 3 y 4. Pero así resulta una incriminación de hechos un tanto arbitrario en cuanto se equipara en sanción al juez municipal que interviene en un matrimonio bigamo con sus graves consecuencias y al que autoriza un matrimonio en el que concurre una simple prohibición administrativa que no afecta a su validez.

La citada arbitrariedad es aún más patente si consideramos que al establecer penalidad distinta para el matrimonio en que concurre un impedimento dispensable o no dispensable se ha omitido toda referencia al carácter impediendo o dirimente del mismo. Y como de las simples prohibiciones del artículo 45 (impedimentos impediendo, que no provocan la nulidad del matrimonio en que concurren) sólo es dispensable una de ellas (la 2.ª, cfr. cit. 85) resulta que el juez se hace acreedor a mayor pena si interviene en un matrimonio con impedimento impediendo no dispensable, matrimonio ilícito, pero válido, que si autoriza un matrimonio con impedimento dirimente dispensable, que a más de ilícito resulta nulo. Otra vez nos encontramos cómo hechos con resultado más grave (nulidad) son menos sancionados que otros de consecuencias sociales más leves (matrimonio válido con sólo las sanciones del artículo 50). Y todo ello sólo por no aceptar en la tipificación del delito el resultado de nulidad como núcleo de la antijuricidad del hecho.

c) La nueva redacción del artículo 478 ha borrado toda referencia al eclesiástico como sujetos activos de este delito, hecho que ciertamente no se compagina con el expreso reconocimiento que del matrimonio canónico hace la legislación civil, lo que trae como consecuencia que el sacerdote que administra el Sacramento del Matrimonio realice a la par un acto que produce dentro del orden civil efectos plenos.

Rómese también aquí con nuestra tradición histórica en la materia

que vino estableciendo penas diversas para los eclesiásticos que intervinieron como tales en la celebración de matrimonio en el que concurriera algún obstáculo legal. Así en las Partidas (ley 4, tít. III, P. IV) y Novísima Recopilación (ley 18, tít. 2, lib. X).

Igual hicieron nuestros Códigos penales:

El Código penal de 1822 establecía sanciones especiales para el provisor, vicario eclesiástico, párroco, notario o cualesquiera otros funcionarios públicos eclesiásticos o civiles que autorizaren, permitieren o cooperaren al matrimonio que envolviera delito de bigamia (art. 548), o un matrimonio clandestino (art. 554), o al contraído por personas no habilitadas con la licencia que la Ley requiere (art. 558), estableciéndose además la peculiaridad de sancionarse su intervención en un matrimonio bigamo, cuando ocurriese por culpa y no por dolo (art. 550, párr. 2). El Código de 1848, con mejor conocimiento de la situación legal en cuanto a la celebración de matrimonios, que en su vigencia había de adoptar la forma canónica, estableció la incriminación para el eclesiástico que autorizare matrimonio prohibido por la ley civil o para el cual haya algún impedimento canónico, estableciendo penalidades distintas según este impedimento fuera o no dispensable (art. 393, que en el Código de 1850 pasa a ser el 403). Por la misma razón de concordancia con la legislación civil vigente, el Código de 1870, a la vista de la Ley de Matrimonio civil que negaba la validez de los matrimonios canónicos, sustituyó la incriminación del eclesiástico por el juez municipal. Y como, derogada aquélla, cuando los Decretos de 1875 se concedió al matrimonio canónico efectos civiles, apareciera en el Código penal una laguna al no incriminarse al eclesiástico que autorizare matrimonio canónico en las condiciones que señalaba el artículo 403 del Código de 1870, la R. O. de 28 de agosto de 1882 estableció que las penas de aquel artículo se aplicarían a los curas párrocos en iguales circunstancias, remediando así tal omisión.

El Código de 1928 reguló con minuciosidad quizá excesiva la participación cualificada en los matrimonios ilegales, considerando como delito: la autorización de matrimonio por Autoridad eclesiástica o funcionario del Registro civil no competente o sin que hubieran precedido las moniciones canónicas o la fijación de edictos y proclamas (art. 658); la autorización de matrimonio de extranjero con española sin acreditar su libertad conforme a las leyes de su país (art. 659), y el autorizar matrimonio prohibido por la ley o para el cual haya algún impedimento, distinguiendo según fuviera carácter dispensable o no (art. 660).

El Código de 1932 conservó la redacción del de 1870, y es de suponer se entenciera derogada la R. O. de 1882, por lo menos en tanto estuvo vigente la legislación republicana que negaba validez al matrimonio canónico (40).

Y el legislador de 1944 al conservar íntegra la fórmula de 1870 no olvidó considerar a los eclesiásticos como posible sujeto activo de este delito.

(40) Durante el intervalo entre la derogación de la legislación republicana en materia matrimonial y la publicación del Código penal de 1944, la consideró vigente SÁNCHEZ TEJERINA. Cfr. *Derecho penal español*. Madrid, 1942, t. II, pág. 298.

Sin embargo, el texto reformado, al no mencionar al eclesiástico como sujeto del tipo del artículo 478, provoca respecto a los mismos una anómala situación:

Ante todo hay que tener en cuenta que el artículo 478 representa una tipificación especial de una forma de participación en el delito. El autorizante de un matrimonio ilegal, especialmente sancionado en un artículo del Libro II del Código (el art. 478), no podrá ser considerado como coautor o cómplice de aquel delito. No juegan para él las reglas generales de la participación por exigencias del principio de especialidad. Pero ello produce como consecuencia que al suprimir la referencia a los eclesiásticos como sujetos activos del delito especial del artículo 478 entren en juego las reglas generales y resulten privados del trato de favor que, al igual que el juez laico autorizante de un matrimonio civil, venían recibiendo (41). En lo sucesivo el eclesiástico que autorice un matrimonio generador de bigamia o en el que concurra un impedimento dirimente no dispensable se convierte en coautor de un delito de los artículos 471 ó 472, respectivamente, haciéndose reo de una pena muy superior a la establecida en el artículo 478 para el juez municipal que observase igual conducta.

Cierto que respecto al delito de bigamia podría argumentarse que en nuestro derecho, dada la redacción del artículo 471, aparece configurado como un «delicta propria», en el que el autor ha de venir cualificado por la especial circunstancia de estar unido por un matrimonio anterior no válidamente disuelto (42).

Pero prescindiendo de que, como ha destacado Bettiol (43), no puede excluirse sistemáticamente la posibilidad de una participación del sujeto «extraneo» en un delito propio, so riesgo de dejar impune a la persona que con su actividad ha determinado o contribuido a la ejecución de tal delito propio, lo cierto es que en la bigamia se ha venido sistemáticamente admitiendo la posibilidad de la participación criminal de terceros, desde que Carrara resolvió el problema del tercero que conscientemente ayuda al bigamo a engañar al segundo cónyuge, ignorante del vínculo precedente, en el sentido de afirmar su responsabilidad como cómplice de bigamia (43). Es más, se ha señalado por Pisapia (44) como, a diferencia de muchos Códigos preunitarios y de algunos proyectos anteriores al Código Zanardelli, tanto éste como el de Rocco no previeron especialmente el hecho del oficial del estado civil o del ministro del culto que cooperaran a la celebración del matrimonio bigamo por estimar que eran suficientes las normas generales sobre la participación delictiva (45).

(41) Bien se nos alcanza que no fué ésta la intención del legislador, mas es lo cierto que se ha llegado a tan imprevisto resultado.

(42) Tal argumento ya no es válido para el delito del artículo 472, en el que la concurrencia del impedimento aparece como un elemento objetivo del tipo y no cualificador del sujeto activo.

(43) Cfr. BETTIOL: *Diritto penale*. Palermo, 1960, págs. 422 y sigs.; y *Sul reato proprio*. Milano, 1939, págs. 82 y sigs. En igual sentido, cfr. MORO: *Sul fondamento de la responsabilità giuridica dell' estraneo que partecipi a reato proprio*, en «R. Giur. ital.», 1948, IV, pág. 25.

(44) F. CARRARA: *Programma del Corso, di diritto criminale*. Parte speciale, § 1.046.

(45) G. DOMENICO PISAPIA: *Delitti contro la famiglia*, Torino, 1953, págs. 480 y sigs.

En nuestra patria, tanto los autores que se ocupan del tema como la doctrina jurisprudencial, admiten también el carácter de partícipe criminal en el delito de bigamia del tercero que pueda haber contribuido de manera directa a la ejecución de la bigamia (Ferrer Sama). Es más, no falta quien, como Quintano (46), llegue a afirmar que pese a la especialidad del artículo 478, dada la benignidad de la sanción de este artículo, que más parecía referirse a conducta profesionales negligentes (como las prevaricaciones del art. 355) que no a verdaderas participaciones dolosas, si éstas se dan, debieran entrañar una concreta calificación de coautoría.

En cuanto al Tribunal Supremo, en un principio pareció inclinarse a la consideración de los delitos de matrimonios ilegales como *delicta propria*, cuando menos en los casos del artículo 490 del Código penal de 1870 que penaba a la viuda que contrayere segundas nupcias antes del *tempus lugendi*, pues en la sentencia de 6 de julio de 1876 declaró que la penalidad comprendida en dicho artículo «únicamente alcanza a la viuda sin que quepa hacer incurrir en las prescripciones del artículo, ni en concepto de codeficientes ni en el de cómplices, a otras personas que a las exclusivamente en él designadas». Y después de hacer una referencia a la incriminación especial del juez municipal y eclesiástico autorizantes del matrimonio, añade que puesto que la Ley no puede comprender en tal artículo al eclesiástico «ni ha mencionado siquiera al cónyuge, «no deben éstos en concepto alguno ser reputados como culpables con motivo del acto cualificado» y «que obrar de otro modo en el presente caso sería infringir el inconcuso principio de derecho, por todos los legisladores sancionado, de que las leyes penales no pueden ampliarse interpretativa o inductivamente aplicarse».

Los argumentos de esta sentencia son muy poco convincentes, pues, aparte de no ser del todo cierto de que en Derecho penal no quepa la interpretación extensiva (47), ya que lo único vedado es la aplicación analógica de los tipos penales, precisamente un amplio sector de la doctrina viene afirmando que las normas sobre la participación criminal tienen carácter *extensivo*, en cuanto, si bien en principio tan sólo pueden considerarse autores responsables de un delito los que realizan la conducta típica, la aplicación de las reglas sobre concurso de delincentes contenidas en la parte general de los Códigos permiten *extender* la responsabilidad por el hecho punible a otras personas que, sin realizar la acción descrita por el verbo núcleo del tipo, cooperaren moral o materialmente a la producción del resultado punible. Y lo cierto es que no sólo ha venido castigando sistemáti-

(46) Cfr. en sentido favorable a la admisión de la participación, en Italia: RICCIO: *La bigamia*. Napoli, 1934, págs. 267 y sigs.; MANZINI: *Tratato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*. Torino, vol. VI, pág. 702; TOZZI: *I delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglia*. «Enc. di dir. pen.», 1909, págs. 44 y sigs.; DURANTE: *Bigamia*, en «Digesto italiano», V, págs. 697 y sigs.

Para la doctrina alemana, cfr. LISZT-SCHMIDT: *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. 25.ª Auf., 1927, § 115; NIETHAMER: *Lehrbuch des Besonderen Teils des Strafrechts*. Tübingen. Mohr, 1950; pág. 103.

(47) Cfr. FERRER SAMA: *Noción y características del delito de bigamia*, en «AN. DE D.O. PEN.», t. I, fase. I, enero-abril, 1948, pág. 29. Cfr. en sentido análogo, aunque los considere simples cómplices, VLADA: *Código penal reformado de 1870*, 4.ª ed. Madrid, 1890, t. III, pág. 417.

camente como coautor de la bigamia al cónyuge libre que contrae el segundo matrimonio con conocimiento del vínculo anterior que liga al otro contrayente, sino que el propio Tribunal castigó como cómplice de bigamia al testigo que aseveró el estado de soltería de una persona casada para que pudiera contraer segundo matrimonio (S. 11 julio 1891).

Las consecuencias de esta posibilidad de sancionar como partícipe en el matrimonio ilegal al eclesiástico que lo autoriza se presentan aún más graves si consideramos que a diferencia del artículos 478, que, como vimos, sólo admite en su comisión la forma dolosa de la culpabilidad, los matrimonios ilegales, especialmente la bigamia, son en nuestra legalidad susceptibles de ser cometidos por imprudencia. Así lo ha venido entendiendo nuestra doctrina desde que Groizard (48) afirmó el carácter culposo de la bigamia consentida por el que contrae segundo matrimonio abrigando dudas sobre su estado de libertad o sin haber apurado los medios para disiparlas (49). Y ello porque, aunque en la doctrina extranjera es corriente la afirmación de que la bigamia sólo puede adoptar forma dolosa (50), en nuestro derecho positivo la amplitud de la redacción del artículo 565 obliga a admitir la posibilidad de su imputación a título de culpa, habiendo destacado ya Quintano (op. cit., pág. 417) que «a la posibilidad legal hay que añadir en este supuesto, la verosimilitud y hasta la justicia de que así sea» (51). Por su parte, el T. S. ha condenado por imprudencia, en sentencia de 1 de abril de 1882, a quien contrajo ulterior matrimonio sin practicar las gestiones conducentes a desvenecer las dudas que decía tener sobre la subsistencia del primero, y aunque en sentencias de 19 de abril de 1913 y 14 de diciembre de 1918, rechazó la existencia de bigamia culposa, lo hizo por afirmar que los hechos en ellas juzgados fueran cometidos con dolo y no por simple imprudencia (52).

Si nos hemos detenido un poco en el examen de este problema de la posible responsabilidad penal del eclesiástico autorizando el matrimonio en el delito de bigamia es porque la cuestión tiene especial interés al continuar persistiendo, tras el Concordato de 1953 y la reforma del Código civil de 24 de abril de 1958, el problema de la subsistencia y validez de los matrimonios civiles celebrados por católicos durante la legislación republicana, que tanta casuística de bigamia han proporcionado a nuestros Tribunales (53). Tales matrimonios siguen siendo válidos y reconocidos por el Es-

(49) Vid., fundamentalmente, para el problema de la interpretación extensiva, JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho penal*. Buenos Aires, t. II, §§ 653 y 657.

(50) GROIZARD: *El Código penal de 1870 concordado y comentado*. 1812, Vol. V, pág. 562.

(51) Cfr. en idéntico sentido, FERRER SAMA: *Op. cit.*, pág. 562.

(52) Aunque en los prácticos se admitió la posibilidad y la punibilidad de la bigamia culposa, en el caso de que el bigamo no hiciese las oportunas averiguaciones para asegurarse de la muerte del primer cónyuge (cfr. PUTTMANN: *Elementa*, § 680; KOCI: *Sustitutiones*, § 330, cit. por CARRARA: *Programma*, § 1.945, nota 2), desde CARRARA (loc. cit.) viene sosteniendo la doctrina italiana que no es admisible la bigamia culposa (Cfr. MANFREDINI: *Delitti contro il buon costume*, en «Tratatto», de Floriani, Vol. IX, pág. 386; MANZINI: *Op. cit.*, pág. 762; PISAPIA: *Op. cit.*, pág. 468; RICCIO: *Op. cit.*, pág. 288). En la doctrina alemana, cfr. NIETHAMER: *Op. cit.*, pág. 103.

(53) Doctrina intermedia sostienen RODRÍGUEZ MUÑOZ y JASO ROLDÁN. (Cfr. ANTÓN y RO-

tado, aunque para la Iglesia carezcan de existencia. Por esto mismo los párrocos no suelen tener inconveniente en autorizar un matrimonio canónico de quien, si bien casado civilmente, no está ligado por ningún impedimento de derecho eclesiástico. En tales casos se da un delito de bigamia (cfr. S. T. S. 24-XI-1943; 14-I-1955 y 27-I-1956), del que es partícipe doloso el eclesiástico que, con noticia del primer matrimonio civil, celebrase un segundo matrimonio canónico, en contra de lo dispuesto en el artículo 51 del Código civil y el 471 del Código penal (y aun en contra de las disposiciones eclesiásticas. Cfr. Resolución de la Sagrada Congregación de Sacramentos de 2 de julio de 1917 y la Institución de la misma Sagrada Congregación de 1 de julio de 1929, artículo 18, que ordenan no admitir al matrimonio canónico a los que no puedan celebrarlo civilmente). La circunstancia de que no se conozca en la Jurisprudencia ningún caso de condena de un párroco que autorizara uno de esos matrimonios es sólo una muestra de la ponderación con que en la materia han obrado los órganos del Estado y del respeto que han venido guardando hacia la posición de la Iglesia y de las personas de los clérigos. Sin embargo, tal hecho no representa la ausencia de antijuricidad de la conducta, sino la falta de persecución del delito cometido.

En el caso concreto que comentamos (matrimonio canónico del católico unido a un tercero por vínculo civil) la posición del eclesiástico se ha hecho más segura después del Concordato, porque éste será uno de los pocos casos en que los Ordinarios puedan, justificadamente, denegar la autorización para proceder, al amparo del artículo XVI de aquél. Pero ello tampoco implica la inexistencia del delito, sino su impunidad, situación que no creemos pueda satisfacer a la Iglesia, obligada a hacer uso de un fuero que extraiga de la jurisdicción civil al clérigo imputado, con la inevitable secuela de celos y antipatías que toda situación de privilegio lleva consigo. Quizá la solución pudiera encontrarse en otro plano que trasladase el problema del terreno de la punibilidad al de la ilicitud del acto, alegando que el párroco autorizante de tales matrimonios obraba en el cumplimiento de sus deberes de administrar los Sacramentos a los feligreses que lo solicitasen (cfr. Código civil 94 y 682). Pero para ello sería menester que no concurriese ninguna prohibición canónica (y habría que valorar en consecuencia el alcance de la Instrucción y Resolución citadas) y, sobre todo, que se demostrase que no le afectan, en cuanto súbdito del Estado, las prohibiciones por éste impuestas, todo lo que hace que sea muy dudoso pueda prosperar la delegación de esa causa de exclusión del injusto.

CONCLUSIONES

El Capítulo de los matrimonios ilegales, tal como quedó redactado tras la reforma de 24 de abril de 1958, sigue adoleciendo de evidentes defectos,

DRIGUEZ MUÑOZ: *Derecho penal*, Parte especial, por RODRÍGUEZ MUÑOZ, JASO y RODRÍGUEZ DEBESA, Madrid, 1949, pág. 26), que rechazan la posibilidad de comisión culposa para el que contrae matrimonio con el cónyuge, admitiéndola, pues, implícitamente para éste.

que producen consecuencias injustas y contradictorias. Especialmente el problema de cuál ha de ser el núcleo de la antijuricidad tipificada en los delitos de matrimonio ilegal, está resuelto en forma que es el origen de los mayores absurdos.

En cuanto al artículo 478, creemos conveniente volver a introducir como sujeto activo al eclesiástico autorizante doloso de un matrimonio ilegal. Para evitar cualquier posible abuso del Poder civil juzgamos es más que suficiente el uso prudente que de la causa de no perseguibilidad del artículo XVI del Concordato puedan hacer los Ordinarios. Lo que sí nos parece absurdo es que la autoridad civil comine a un eclesiástico con la pena de suspensión de cargo público, profesión u oficio, pues sólo a la autoridad canónica compete privar o suspender a los clérigos de sus oficios o beneficios. (Cfr. Código civil 2.278 a 2.283). Respecto a la bigamia estimamos debe subsistir su tipificación especial y *agravada*.

A título de *lege ferendae* nosotros nos atrevemos a proponer la siguiente redacción:

Art. 471: «El que contrajere segundo o ulterior matrimonio sin estar legítimamente disuelto el anterior, será castigado con la pena de prisión menor y multa de mil a veinte mil pesetas».

Art. 472: «El que contrajere matrimonio en el que concurriera un vicio de nulidad, será castigado con pena de prisión menor».

Se extinguirá la acción penal o la pena, en su caso, si el matrimonio fuere sanado en raíz, convalidado o nuevamente contraído, previa la remoción de la causa de nulidad».

Art. 478: «El juez que autorizare a sabiendas un matrimonio nulo, será castigado con la pena de suspensión y multa de cinco a diez mil pesetas».

Si en el matrimonio autorizado concurriera alguna prohibición legal no determinante de su nulidad, la pena será de multa de 1.000 a 5.000 pesetas.

Las penas de multa serán impuestas en los respectivos casos al eclesiástico que autorizase un matrimonio canónico en que concurran aquellas circunstancias».

Art. 479. Conservaría su actual redacción.

(54) CUELLO CALON, en cambio, afirma (op. cit., pág. 660, nota 22) que en estas sentencias el T. S. sentó la doctrina contraria, ya que el excluir la culpa por la existencia del dolo no implica el rechazar el castigo de la imprudencia si ésta se dio en el hecho.

(55) Cfr. sobre este problema nuestro trabajo *El privilegio Paulino: posibilidades de su aplicación en el régimen matrimonial español*, en la «Rev. de Leg. y Jur.», en prensa en el instante de redactar esta nota. Vid. especialmente las notas 41, 42 y 43.

SECCION DE JURISPRUDENCIA

La profesionalidad en la culpa penal

(S. 22 octubre 1958)

JUAN DEL ROSAL

Catedrático de Derecho penal de la Facultad de
Derecho de la Universidad de Madrid. Abogado de
los I. C. de Abogados de Madrid, Barcelona y otros

SUMARIO: 1.º Relación de los hechos probados.—2.º Sentencia del Tribunal Supremo «a quo».—3.º Impugnación por el Ministerio Fiscal.—4.º Simple comentario del fallo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo: a) El elemento subjetivo de la culpa. b) Sentido del párrafo último del artículo 565 del Código penal. c) Precisión de la impericia o negligencia profesional.

1.º *Relación de los «hechos probados».*

La relación circunstanciada de los «hechos probados» quedó así: «Que el procesado M. F. L., mayor de edad, de buena conducta y sin antecedentes penales conducía el 10 de octubre de 1951, debidamente autorizado, el automóvil taxímetro matrícula V-3160, propiedad de I. V. M., por cuenta y a las órdenes del mismo, por la Avenida de la Habana, de esta capital, en dirección a Chamartín y, no obstante, ver que el niño de cinco años T. G. L. que iba detrás de su hermana, cruzando la calzada, en lugar de aminorar la marcha la continuó tratando con un viraje hacia la derecha de no atropellar al referido niño, dando lugar el procesado con esta peligrosa maniobra carente de toda precaución, a que con la parte delantera del automóvil la arrollara y arrastrara durante 18 pasos, subiendo el vehículo a la acera derecha, de donde de rechazo fué impulsado cruzando toda la calle a la acera izquierda donde chocó con una farola de la Compañía Gas Madrid, la que derribó. El niño referido falleció en el acto, por rotura del corazón, y lesionada J. S. C., que viajaba en el taxímetro, curando sin defecto ni deformidad a los ochenta y seis días de asistencia médica, estando valorados los daños causados en la farola en la cantidad de 1.231 pesetas con 26 céntimos y en el automóvil en 1.750 pesetas. El representante legal del menor fallecido renunció a toda indemnización.»

2.º *Sentencia del Tribunal «a quo».*

La Audiencia provincial estimó que los hechos narrados eran constitutivos de un delito de imprudencia temeraria que de mediar malicia in-

tegrarían los delitos de homicidio, lesiones y daños, comprendidos en el artículo 565, párrafos 1.º y 3.º en relación con los artículos 407, 420, número 4.º y 564, todos del Código penal vigente, imponiendo la pena de un año de prisión menor y privación del permiso de conducir por dos años con las accesorias correspondientes y a la indemnización de los renunciados, pagándolas el propietario por insolvencia del procesado.

3.º Impugnación por el Ministerio Fiscal.

El Ministerio público recurrió contra la precitada sentencia, al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley rituarial criminal, fundándose para ello en la infracción cometida por el Tribunal sentenciador al no aplicar el párrafo último del artículo 565 del Código penal, por cuanto estimó que concurría *grave impericia y negligencia*, dejando de apreciar esta *agravación*, cuando la acusación fiscal solicitó la imposición como «imprudencia temeraria profesional» «de cinco años para el mentado reo».

Sosteniendo el recurso en el acto de la vista y defendida por la parte recurrida, la Sala Segunda del Tribunal Supremo dictó la sentencia que vamos a comentar.

4.º Simple comentario del fallo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

En dos breves y sustanciosos «considerandos» condensa el Supremo su postura adversa a la petición fiscal, ofreciéndonos por vez primera dos planos de la culpa: *uno*, en referencia con el propio *concepto* de culpa; *otro*, en enlace directo con el párrafo último del artículo 565, que necesitaba, en verdad, de esclarecimiento y que se ha decidido ya a adoptar una dirección, si bien no cabe desconocer que *todavía* el mentado párrafo entraña otros problemas que reclaman igualmente la atención, valga de cita, por ejemplo, el evento acaecido, y cuya contemplación en determinados casos origina técnicamente alguno que otro problema.

a) El elemento subjetivo de la culpa.

Los intentos de hallar una base subjetiva, en qué radicar la culpa han sido por demás infructuosos. Con lo que se dijo que sólo la culpa con previsión era forma de culpabilidad, por cuanto sin ella venía a ser una negación de la exigencia de los requisitos de la culpabilidad, cuyo suelo está ocupado por la *voluntad* del comportamiento. El contrasentido y las diversidades ontológica y axiológica del delito culposo en referencia con el doloso, que ha *sido* y seguirá *siendo* el módulo mental del dispositivo jurídico del delito, nos impone un cambio en la manera de captar la culpa, concepto de más frecuente realización, en razón a que representa una infracción de los deberes que a cada uno le incumben, dada la complejidad de la vida contemporánea, cercada de llamadas a la atención y cautela.

Sociológicamente la culpa, como se ha dicho, no es otra cosa sino una falta de precaución y prudencia en el preciso instante en que la sociedad nos la exige.

Penalmente el esquema de la culpa, en base a la doctrina jurisprudencial, se satisfacía por lo que se refiere a la actitud voluntaria, con un simple engarce causal de la omisión del deber con el resultado producido. Es decir, que la relación de causalidad y la inexcusable exigencia, por imperativo de la naturaleza del concepto, del resultado eran piezas vitales en la explicación del delito culposo, con lo que dicho se está que descansaba la estructura en la relación causal, como en esta misma *Revista* se expuso en otro comentario nuestro a propósito de la Sentencia de 28 de junio de 1949.

Así, la inclinación en la *voluntad*, cifra y perfil de la culpabilidad jurisdiccional quedaba radiada, con lo que la culpa, en fin de cuentas, se entendía mediante el principio causal, sin contar, claro está, en cuanto a la doctrina jurisprudencial, el nunca comprendido requisito del «arranque lícito de la acción u omisión, si no es en referencia con lo dispuesto en el número 8 del artículo 8 (caso fortuito), pues en el párrafo segundo del artículo 565, como es sabido, queda radicalmente desmentido al exigir la simple imprudencia, la infracción de reglamentos.

La novedad que representa esta decisión judicial, de subida importancia, se contrae a que desde Silvela hasta la fecha se reiteraban las conocidas notas o requisitos de la imprudencia del artículo 565, sin que se hiciera mención, habida cuenta de la *indole* del delito culposo, del llamado elemento *subjetivo*, especie de abrazadera en que se engarza su parentesco con el dolo, en cuanto a «grado» o «forma» de culpabilidad; con lo que ya es posible hablar de una base unitaria de los «grados» de la culpabilidad, cifrados, como se sabe, por el dolo y la culpa.

Pues bien, en el considerando que vamos a transcribir se saca a relucir el meritado elemento, por cuanto la culpa principia a hallarse informada por el coeficiente generador de la culpabilidad, esto es, el requisito subjetivo, referido como se supone, a la actitud tenida por el agente en relación con el resultado.

Y se razona del modo siguiente: «Que si bien el elemento subjetivo de conductor profesional es absolutamente preciso para la aplicación de la figura de imprudencia agravada del 5.º párrafo 565 del Código penal, no es en todos los casos por sí suficiente para obligar a dicha agravación calificada, por cuanto que la profesión no figura en el texto de la Ley a modo de elemento típico como acaece en otras figuras delictivas, sino que la referencia a la profesionalidad contempla preferentemente el acto o conducta imprudentes al mencionar la *impericia* o negligencia profesional».

Con lo que esclarece en buena parte la problemática planteada por este párrafo último del artículo 565, introducido, en virtud de la reforma del año 1944, con la finalidad: a) de «limitar la agravación de pena establecida por la reforma de 1944 a fin de que la sanción impuesta—explica un ilustre redactor de ella—al imprudente que actúa con impericia o negligencia profesional nunca correspondería al mismo delito cometido intencionalmente, porque, no ya entre las normas penales, sino entre las reglas de moral y aún en el común pensar y sentir, se juzga al delincuente descuidado, por grave que sea su descuido y las consecuencias de su insensatez, con la severidad señalada para el malvado que se hace reo in-

tencional o doloso del mismo delito». Con lo que se confirma en esta explicación, por supuesto, la tesis decidida en el considerando transcrito en punto a que se trata de una imprudencia con negligencia profesional.

b') Además el razonamiento en la Sala confiere a la idea de la culpa un contenido correcto de actitud subjetiva, sin el cual el párrafo citado se trocaría en un tipo cualificado por el resultado, puesto que bien a las claras matiza este ingrediente, especie de clave de la sentencia y de la interpretación del tipo en cuestión: «No es en todos los casos por sí suficiente para obligar a dicha agravación cualificado», cosa que de ser una *agravación por el resultado*, de carácter distinto, cabía pensar, del cualificado por el resultado, se aplicaría inexorablemente, cada vez que se diera la profesionalidad unida a la imprudencia.

c') De otra parte, es de interés el resalte de la sentencia en punto a que la profesionalidad no se halla «a modo de elemento típico como acaece en otras figuras delictivas», cual sería, por ejemplo, la profesionalidad definitiva del delito del artículo 415 del Código penal vigente.

b) *Sentido del párrafo último del artículo 565 del Código penal.*

Así, nos hallamos con que la profesionalidad va estañada a la imprudencia, pero ésta, por tanto, no pone en juego a aquélla, sino cuando *real y positivamente* se dé *la impericia o negligencia profesional*. Veámoslo con un poco de calma.

La redacción del precepto agravatoria, del párrafo último, no se distingue por su claridad, sobre todo, en referencia con el pasaje que aquí interesa: «Cuando se produjere muerte o lesiones graves a consecuencia de impericia o negligencia profesional, se impondrán en su grado máximo las penas señaladas en este artículo, pudiéndose aumentar dichas penas en uno o dos grados, según los casos a juicio del Tribunal, cuando los daños causados fuesen de extrema gravedad, teniendo en este caso carácter definitivo la retirada del permiso de conducción. En ningún caso se impondrá pena que resultare igual o superior a la que corresponde al mismo delito cometido intencionalmente».

En una primera ojeada pudieran extraerse, salvo mejor parecer, los extremos siguientes:

a') Que se recalca, indudablemente, el vínculo causal entre la imprudencia y el resultado, cuando el legislador emplea el verbo «produjere» o la particular tan gráfica, constitutivo de la cualificación por el resultado «a consecuencia».

b') Que tampoco cabe duda alguna que se contempla *lejanamente*, podía decirse la imprudencia, por cuanto la rúbrica del artículo lo proclama y el contenido del extenso artículo 565.

c') Que tampoco se pone en tela de juicio que el legislador ha querido, habida cuenta de los precedentes extranjeros y del medio con que se perpetra la infracción («vehículos de motor») singularizar un compartamiento culposo que, de un lado, no funciona inexcusablemente por el hecho de concurrir la imprudencia, ni tampoco por sí misma, sino se haya nutrida por ésta.

d') La realización del orden punitivo, visto a través del ejercicio profesional, nos hizo caer en la cuenta—y cuyo comentario igualmente se publicó hace años en ésta Revista—cómo en verdad «la impericia o negligencia profesional» significaba la entrada en nuestro viejo y criticable artículo de imprudencia, de un *nomen iuris* culposo, en consonancia con los supuestos sociológicos del medio con que se comete el hecho.

e') Los autores italianos están contestes en cuanto a la nueva forma que implica «la impericia o negligencia profesional», puesto que basta pensar en que si la culpa es la infracción de un deber que personalmente le incumbe a una determinada persona, que dijera Mezger, nada de extraño tiene que le recoja justamente una manera de realizar actos culposos con la frecuencia con que hoy se usa los vehículos de motor.

f') El párrafo indicado del artículo 565, aparte de lo concerniente a la pena, que de momento no interesa, describe que la muerte o las lesiones habrán de producir como «efecto» de la impericia o negligencia profesional, con lo que dicho se está que no basta con que el imprudente, abundando en la correcta tesis de la sentencia actual, haya ocasionado la muerte o lesión grave, sino que éstas habrán de ser insoslayablemente consecuencias «de impericia o negligencia profesional».

g') Ahora bien: el problema en la vida práctica no resulta tan sencillo de discernir, puesto que cabe inquirir: ¿es que la imprudencia de un conductor no apareja la impericia o negligencia profesional?, ¿cómo, pues, hallaremos un criterio diferenciador en que se dé la impericia?, ¿o es que por fortuna la impericia no es una imprudencia del conductor?

h') A nuestro modo de ver, con el mayor respeto para la opinión contraria, tampoco el párrafo tantas veces citado del artículo 565 nos revela que la profesionalidad sea distinta de las de otros preceptos, o por mejor decir, que no es un elemento típico, puesto que precisamente constituye «núcleo del tipo». ¿Es que no se distingue este párrafo por el contenido típico de la profesionalidad? ¿No precisa el propio legislador los «medios» y después «la aptitud» (impericia o negligencia profesional) para remodelar una forma típica de imprudencia, distinta a la del párrafo primero y también del segundo?

i') El acierto de la sentencia comentada radica en la clara alusión al elemento subjetivo dotando con ello, de espontánea voluntariedad, pudiera decirse, a la culpa. Pero si éste constituye una dirección digna de encomio, pues libera a la culpa del reprobable fondo de la agravación por el resultado, sin embargo, por desgracia, es un remedio con el que no se resuelve la discutible redacción del precepto, puesto que *prácticamente* queda en manos del arbitrio de los Tribunales la determinación de la impericia o negligencia profesional, ya que la imprudencia del conductor, en la inmensa mayoría de los casos entraña una impericia, o ¿cuándo se da propia y sustantivamente la impericia o negligencia profesional? Cuando además de la actitud imprudente corriente se añada la proveniente del círculo profesional del conductor, problema de difícil elucidación, en buena parte de los casos, sobre todo, si ahora agregamos, para colmo de males, la presencia de la Ley penal de Automóvil, de 9 de mayo de 1950.

c) *Precisión de la impericia o negligencia profesional.*

La distinción práctica se complica, por imperativo de la redacción del párrafo del Código en que introduce además, dos vocablos, extraños a la hasta ahora hermenéutica del artículo 565, consistentes, como se sabe en: impericia o *negligencia profesional*. En atención a ellos, el segundo considerando de la presente sentencia los deslinda de los párrafos primero y segundo del artículo 565, manteniendo un punto de vista, que por nuestra parte merece más que alabanzas, puesto que concuerda no ya con la doctrina al respecto, sino con el sentido semántico de los precipitados términos.

Dice así: «Que el *quantum* de la imprudencia no prejuzga el calificativo de lo profesional, que es susceptible o no de apreciarse tanto en la temeraria como en la simple, consistiendo más bien en su comportamiento no ajustado a las ordinarias normas técnicas del arte o ciencia de que se trate, en la especie las de automovilismo y que en el resultando de hechos probados la maniobra que la propia sentencia califica de *peligrosa* consiste en virar para evitar un atropello en vez de disminuir la marcha o parar el vehículo, debe ser sin duda valorada como imprudente y aun temeraria, tal como la Sala lo hizo, pero no forzosamente como *profesional*, al modo que pretende el Fiscal en el único motivo del recurso, que en consecuencia debe ser desestimado».

De suerte que el transcrito considerando sienta las tesis siguientes: a) Que la «profesionalidad», introducida en virtud del párrafo último del artículo 565 es encajable tanto en el supuesto de la imprudencia temeraria como en la simple; b) Que en consecuencia se trata, por supuesto, de una culpa de carácter técnico, infracción de deberes profesionales que personalmente le incumbe a determinados individuos; c) Concretamente se contrae aquí, claro está, la de conductor de vehículos de motor; d) Que la autorización de comportamiento *peligroso* no apareja la estimación de la profesional, según el relato de «hechos probados», puesto que, a tenor del anterior considerando se requiere, cabría decir, una culpa calificada por la transgresión de los deberes técnicos, cosa que aquí no acontece; e) En suma, que la condición que distingue no es otra, sino una especie de actitud subjetiva, que afecta a su competencia profesional, o, por mejor decir, a su incompetencia, con lo que dicho se está que la impericia o negligencia profesional, en fin de cuentas, es una «modalidad» *culposa*, de orden profesional, al modo como se conceptúa en la doctrina y práctica de otros países, congruentes, en un todo, con la significación semántica de los mencionados vocablos; f) La presente decisión judicial, por otra parte, da un giro, digno de encomio, a la dirección jurisprudencial, por cuanto no se había planteado sistemáticamente la independencia de la «profesionalidad» como integrando una especie de culpa, ya que, por lo general, se asociaba la infracción reglamentaria con la puesta en práctica del párrafo segundo del artículo 565, como entre otras muchas, por ejemplo, en las sentencias 28 de mayo y 4 de junio de 1942, 31 de diciembre de 1949, 8 de febrero de 1950, etc., etc.; g) O bien estima la «profesionalidad» en supuestos en que concurren la simple condición de conductor, como en las sentencias de 26 de junio de 1951, pues ese riesgo debía conocerlo cualquier experto en la

materia»; o en la de 22 *de diciembre de* 1951 en que del mismo modo se aprecia impericia o negligencia profesional «al conducir a extraordinaria velocidad por calle de mucho tránsito un camión con la dirección defectuosa por falta de engrase», si bien en ésta se matiza un incumplimiento de deber profesional; ora como en la de 28 *de diciembre de* 1951 se trae a colación simplemente por ser chófer (1).

(1) Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Quintano Ripollés.

Jurisprudencia penal correspondiente al tercer cuatrimestre de 1957

JOSE MARIA GONZALEZ SERRANO

Fiscal de la Audiencia de Salamanca

CODIGO PENAL

1. Art. 1.º *Delito*.—La doctrina del delito continuado se ha ideado para favorecer al inculpaado, y descansa no sólo en la unidad de sujeto activo y pasivo, sino en la imposibilidad de individualizar cada una de las infracciones (S. 4 de noviembre).

2. Art. 8.º... *Circunstancias*.—Es necesario que las circunstancias modificativas aparezcan tan evidentes como el delito mismo (S. 19 de noviembre).

3. Art. 8.º, núm. 4.º *Legítima defensa*.—Existe legítima defensa del honor, en la mujer que hiere a quien con una navaja la amenaza de muerte si no se le entrega; y la amenaza no desaparece por el ardid de echarse la mujer en la cama y creer el agresor que había vencido su resistencia (S. 16 de octubre).

La situación de riña impide estimar la existencia de una agresión ilegítima que pudiese servir de base a la legítima defensa (S. 18 y 19 de octubre y 27 de noviembre).

4. Art. 8.º, núm. 7.º *Estado de necesidad*.—Requiere una situación angustiosa y excepcional, que no existe si sólo se declara probada una situación económica apurada que no permitía hacer frente a las demás (S. 2 de octubre). Se refiere a una situación de peligro actual o inmediato, no provocada por el agente; que no alcanza a las situaciones de agobio económico en que pueda encontrarse el titular de una industria (S. 21 de octubre).

Se aprecia la eximente, pero incompleta, por el exceso de prendas sustraídas (S. 9 de diciembre).

Esta eximente no se compagina bien con la actuación negligente del autor de un delito culposo (S. 28 de septiembre).

5. Art. 8.º, núm. 8.º *Caso fortuito*.—Siendo originariamente ilícito el acto del procesado condenado, por imprudencia, no puede aplicarse la circunstancia de caso fortuito (S.S. 25 de noviembre y 4, 21 y 23 de diciembre).

6. Art. 8.º, núm. 10. *Miedo*.—Se estima la eximente incompleta, pues, el miedo, la conciencia conturbada y disminuida, no procedían de un mal inminente y grave que no existió (S. 2 de diciembre).

7. Art. 9.º, núm. 4.º *Preterintencionalidad*.—Se aprecia la atenuante en

la complice del aborto seguido de muerte, que desconocía el peligro que podía sufrir la abortante (S. 8 de noviembre).

8. Art. 9.º, núm. 7.º *Motivación*.—La atenuante de motivación moral, altruista o patriótica, no puede ser apreciada si el delincuente obró mediante retribución (S. 9 de noviembre).

9. Art. 9.º, núm. 8.º *Arrebato*.—No existe la atenuante cuando los actos son realizados en ayuda de otra persona o en defensa de derechos propios o ajenos, pues, esos actos no son entonces fruto de un arrebato o trastorno parcial psíquico, sino de un raciocinio (S. 18 de noviembre).

10. Art. 9.º, núm. 9.º *Arrepentimiento*.—La atenuante está integrada por un elemento genérico indispensable, el arrepentimiento espontáneo; y por otros específicos, la reparación, la satisfacción al ofendido, o la confesión a las autoridades (S. 9 de octubre).

11. Art. 10, núm. 1.º *Alevosía*.—Existe en la agresión súbita e inesperada (S. 11 de diciembre). Pero hay que partir de un elemento subjetivo, que es la voluntad de asegurar la comisión del acto punible y eliminar el riesgo proveniente de la reacción defensiva; por lo que no se aprecia si el agente interviene rápida y ocasionalmente en la contienda que sostiene un hijo suyo con un extraño (S. 18 de noviembre). Y no precisa que de antemano se escojan los medios alevosos ni que el delito sea premeditado; sino que basta que al momento de realizarlo el agente sepa que la persona a quien acomete está indefensa, por lo que, cuando en la persecución de un sujeto se interpone un tercero con los brazos abiertos para impedir la agresión, y el agresor le acomete inesperadamente, lo hace alevosamente (S. 11 de diciembre).

12. Art. 10, núm. 6.º *Premeditación*.—Existe la agravante, porque la idea criminal no la apartaron del pensamiento desde los últimos días de junio hasta el 30 de julio del mismo año, tiempo más que suficiente para que la reflexión y el buen sentido se impusieran (S. 11 de diciembre).

13. Art., núm. 8.º *Abuso de superioridad*.—Existe la agravante cuando dos personas acometen a otra, aprovechando su dualidad y su vigor; aunque no existiera concierto previo, si este surge en el curso de una discusión (S. 11 de diciembre).

14. Art. 10, núm. 14. *Reiteración*.—No importa que las condenas anteriores hayan recaído en una misma sentencia (S. 9 de noviembre)

No puede apreciarse la agravante, pues, aun consignándose que el procesado ha sido condenado con anterioridad, no puede deducirse que la fecha de tal condena sea anterior al hecho de delinquir de nuevo que ha originado este proceso (S. 10 de diciembre).

No son iguales las penas de presidio y de prisión; sanción deshonrosa la primera y no deshonrosa la segunda (S. 23 de diciembre).

Necesidad de conocer los delitos cometidos con anterioridad y las penas recaídas (S. 4 de octubre y 18 de noviembre).

15. Art. 10, núm. 15. *Reincidencia*.—No concurre, si la sentencia del hecho antecedente, adquirió fuerza ejecutoria después del delito actual; pues la agravante precisa el estar ejecutoriamente condenado al delinquir de nuevo el culpable (S. 25 de noviembre).

16. Art. 10, núm. 16. *Ofensa a la Autoridad*.—Concurre la agravante en

el delito de denuncia falsa, pues esa denuncia se hizo contra el Fiscal provincial de Tasas, que tiene el carácter de Autoridad (S. 6 de diciembre).

17. Art. 14. *Autoría*.—Inducción equivale a consejo, mandato, instigación o persuasión: es inductor, porque puesto junto al agresor le decía reiteradamente «mátalo» (S. 26 de octubre).

Los dos son autores, pues, el acuerdo preestablecido les ligaba en el resultado (S. 13 de noviembre). Y el previo acuerdo puede resultar de la acción conjuntamente realizada (S. 19 de diciembre).

18. Art. 17... *Encubrimiento*.—Si hubo cinco hurtos, los traslados y compras sucesivas de lo que se hurtara cada vez, significan otros tantos encubrimientos (S. 29 de noviembre).

No era aplicable la excusa del artículo 18 del Código penal, pues la recurrente no fué condenada por encubridora de su marido, sino como autora de dos delitos de encubrimiento con receptación del artículo 546 bis (S. 30 de diciembre).

19. Art. 19... *Responsabilidad civil*.—Corresponde a la entidad aseguradora el carácter de tercero a que se refiere el artículo 104 del Código penal, y de ahí su derecho a ser reintegrada del coste de indemnizaciones que hubiese satisfecho a consecuencia del contrato de seguro (S. 25 de septiembre). Pero sólo aquellos perjuicios que son consecuencia directa y necesaria del hecho delictivo, son los que deben indemnizarse por el autor responsable; y así, aun cuando la Compañía de Seguros ha hecho entrega de 26.000 pesetas a un perjudicado, esa entrega no ha sido necesaria consecuencia de una responsabilidad civil que a la compañía alcanzase como derivada de la existencia de un delito, sino que ha obedecido al cumplimiento de una obligación libremente estipulada con anterioridad e independencia del hecho delictivo, que dicha Compañía ha creído conveniente satisfacer, con lo que se ha colocado ella misma en el terreno de perjudicada por el delito (S. 17 de octubre).

No hubo infracción de los artículos 19 y 101 del Código penal, pues la posesión de lo sustraído ha de presumirse es del propietario del local (S. 18 de diciembre).

20. Art. 76. *Multa*.—Se acoge el motivo del recurso interpuesto por el Fiscal, pues, se impuso una pena de multa de 1.000 pesetas en vez de una de 4.931,76 pesetas; porque los daños que resultaron de la imprudencia simple fueron de 9.863,52 pesetas, y siendo la pena a imponer la del tanto al triple de los daños causados, el grado inferior ha de formarse con la mitad de esa cantidad (S. 16 de diciembre).

21. Art. 112... *Prescripción*.—Es preciso que las fechas entre las que se establece el cómputo de tiempo, se estimén probadas y ciertas, y no pueden basarse en presunciones, ni siquiera ante la consideración de ser beneficiosas para el reo (S. 9 de octubre).

No interrumpe la prescripción la paralización de un procedimiento, solo susceptible de ser seguido a instancia de parte, por falta de esta instancia (S. 9 de noviembre).

Es indiferente que las causas de la inacción procesal se deban a las partes o a la incuria de los Tribunales (S. 14 de noviembre).

La prescripción del delito invocada en el acto de la vista por el recurrente,

no es posible examinarla en esta sentencia, porque siendo el recurso de casación eminentemente formal, solo cabe ventilar en él los motivos alegados en el momento procesal oportuno (S. 23 de octubre).

22. Art. 142... *Jefe del Estado*.—El delito cometido por el que pronuncia la palabra «muera» en un establecimiento de bebidas, dirigida contra el Jefe del Estado, no es el de injuria grave, como pretende el recurso con alegación del artículo 147 del Código penal, ya que su calificación jurídica debe encajarse en otro tipo delictivo que no ha sido objeto de acusación (S. 21 de octubre).

23. Art. 184. *Detención ilegal*.—No hubo al condenar, infracción del artículo 184 del Código penal, porque los Secretarios de la Justicia Municipal no son agentes de la Policía Judicial, ni pueden decretar detenciones en actuaciones de justicia (S. 8 de octubre).

24. Art. 231... *Atentado*.—Debe atenderse a si al efectuar el acto de atentado, la intención era real y preeminentemente ofender el principio de autoridad (S. 16 de diciembre).

No obsta, el que después del golpeamiento por el reo al Policía, vinieran ambos a las manos (S. 25 de noviembre).

25. Art. 237... *Desobediencia*.—La gravedad de la desobediencia prevista en el artículo 237 depende de las circunstancias, modo, lugar, ocasión, causa o motivo, efecto, intención y publicidad; y más que del origen del mandato, de su trascendencia y del desprestigio de la Autoridad (S. 2 de noviembre).

26. Art. 240... *Desacato*.—Para apreciar el delito del artículo 245 es preciso atender como siempre que se trata de una calificación de injurias, no sólo el valor gramatical de las palabras, sino a las circunstancias de lugar y tiempo y personales y propósito inspirador (S. 18 de octubre).

27. Art. 254... *Armas*.—El tener derecho al uso de armas por razón del cargo, no consiente tal uso sin la guía y licencia oportunas (S. 8 de noviembre).

28. Art. 302... *Falsedad*.—Queda consumado el delito de falsedad en el momento en que se altera el legítimo o se termina la confección del falso, con independencia de que se haya o no obtenido el lucro perseguido (S. 14 de octubre).

El falsear los distintos documentos que integran un expediente penitenciario para aticipar la fecha del cumplimiento de condena, no integra tantos delitos como documentos falsos, ni tampoco un delito continuado, sino una conducta productora de un solo delito de falsedad (S. 2 de octubre). Las alteraciones en la hoja declaratoria de cereales, requerían la solicitud complementaria también falsa; por lo que hubo una sola acción falsificadora (S. 11 de diciembre).

Hubo falsedad en documento público, pues como médico libre dió certificación de defunción en que se expresa una causa de muerte distinta de la real, y esa certificación es documento insustituible para determinar la inscripción en el Registro civil (S. 18 de diciembre). Y si el particular inscribe en el Registro civil como legítimo un hijo nacido fuera de matrimonio (S. 15 de octubre).

Son documentos oficiales los expedientes y recibos en papel timbrado del Montepío Nacional de la Construcción y Obras Públicas, que es un Organismo

mo paraestatal dependiente de la Dirección General de Previsión (S. 5 de octubre).

Es funcionario público el Oficial administrativo del Instituto de Fomento y Producción de Fibras Textiles, con arreglo a los Reglamentos del 5 de diciembre de 1942 y 4 de diciembre de 1943 (S. 21 de diciembre).

El rellenar los datos que faltaban en la letra de cambio implica responsabilidad en órdenes distintos del penal; pero no así si se borra el nombre del tenedor, pues, el que recibe una letra en blanco no tiene libertad para modificar las menciones estampadas con anterioridad al momento de recibir la letra (S. 16 de diciembre).

No puede apreciarse la atenuante de obrar por motivos morales, séptima del artículo noveno, pues ya fué tenida en cuenta al rebajar la pena en un grado, conforme al artículo 318 (S. 4 de octubre).

Hay compatibilidad de la falsedad con la estafa o la apropiación (S. 29 y 30 de octubre y 17 de diciembre).

No se incurre en delito por desfigurar la realidad de los hechos en los contratos, y solo es falsedad delictiva si la falta de verdad afecta a la esencia del documento y a los efectos que haya de producir; por lo que es indiferente que haya sido el marido o la mujer el adquirente del solar y que la declaración de obra nueva construída se haga a favor de ambos (S. 21 de diciembre).

29. Art. 341... *Salud pública*.—La creencia de que el medicamento entregado en sustitución del recetado, era igual que éste y tenía la misma utilidad, puede tenerse en cuenta a los fines de aplicar la preterintencionalidad, en el delito previsto en el artículo 343 y penado en el 348 (S. 8 de octubre).

Los hechos «vender», «despachar» y «comerciar» recogidos en el artículo 341, implican la consumación del hecho delictivo; y así, la incautación de aquellos no vendidos, no revela que el procesado únicamente haya comenzado a comerciar, sino que ha comerciado sin conseguir la colocación total de la mercancía (S. 28 de octubre).

30. Art. 385... *Cohecho*.—Es delito de cohecho del artículo 387 entregar mensualmente a un funcionario municipal una cantidad, para evitar la molestia de las inspecciones (S. 7 de octubre).

31. Art. 394... *Malversación*.—Existe malversación, pues el procesado como agente ejecutivo tuvo a su alcance los fondos de la recaudación de contribuciones y dispuso de ellos; aunque no fuese él, el recaudador, pues, incumplió el deber de integridad que vincula a todo funcionario público (S. 2 de octubre).

Incurrió en el delito del artículo 399, pues el procesado dispuso de los artículos intervenidos por los Agentes de la Fiscalía de Tasas, y había firmado las actas en que se le advertía, como depositario, de la responsabilidad en que incurría caso de disponer de esos artículos sin orden de la Fiscalía (S. 20 de diciembre). Y, aunque el depositario fuese propietario de los efectos embargados, pues la posesión dominical del dueño se cambia entonces por la de tenedor a disposición del Organó embargante (S. 21 de octubre).

32. Art. 407... *Homicidio*.—No fué un acto imprudente, sino homicidio del

artículo 407, pues, el procesado para desasirse de la mujer que le sujetaba de las solapas la dió un empujón que la hizo caer desde lo alto de la muralla que no tenía barandilla; y no se aprecia la atenuante de preterintencionalidad, porque, aunque la intención al empujar no fuese hacer caer, a la víctima, de la muralla, el empujón fué suficiente para producir ese mal y era medio inadecuado para desasirse de ella cuando le sujetaba de las solapas (S. 5 de diciembre).

Hubo homicidio frustrado, por la importancia de los órganos vitales afectados (S. 16 de octubre). Y por el cuchillo empleado, las partes del cuerpo heridas y la forma súbita de la agresión (S. 17 de diciembre). Y por la consideración de las relaciones existentes entre agresor y víctima, ocasión del delito, medio empleado, región del cuerpo lesionada y actos posteriores a la agresión (S. 14 de diciembre).

33. Art. 411... *Aborto*.—Es autor, pues, facilitó la dirección de la persona que podía provocar el aborto, acompañó a la mujer y la prestó la cantidad que había de pagar (S. 9 de octubre). Y si había concierto de voluntades entre marido y mujer, y aquél fué con ésta en busca de quien había de practicarlo y sufragó los gastos (S. 25 de noviembre).

Es cómplice, si prometió ayuda a la mujer y la acompañó a casa del médico que practicó el aborto (S. 9 de noviembre). Es cómplice, al menos, si acompañó a la mujer a casa de la comadrona (S. 2 de octubre).

Debe concretarse a qué cargos se refiere la inhabilitación especial ordenada en el artículo 417 del Código penal (S. 25 de noviembre).

Concurre la agravante de precio en el tocólogo que practicó el aborto, sin que sirva de excusa que sus servicios facultativos son remunerables (S. 21 de diciembre). Pero no concurre en quién, aun siendo el promotor del aborto, accedió a la exigencia económica del titular de una profesión, reclamada por su actividad técnica (S. 25 de noviembre).

No concurre la agravante de reincidencia, si las condenas anteriores sirvieron para determinar la habitualidad a que alude el artículo 415 del Código penal (S. 25 de noviembre).

34. Art. 418... *Lesiones*.—Hay deformidad en la pérdida del diente canino izquierdo y de otras tres piezas dentarias (S. 15 de octubre). Y en la cicatriz que queda en la cara del procesado, de ocho a nueve centímetros de larga, que afea el rostro (S. 31 de octubre).

El empujón que el reo dió al lesionado no puede estimarse hecho ilícito extrapenal, ya que el maltrato de obras sin lesión está previsto en el Código; pero puede apreciarse la preterintencionalidad (S. 13 de diciembre).

35. Art. 429. *Violación*.—Fué en grado de tentativa, pues, no llegó a ser perfecta por la resistencia y gritos de la víctima; y se aprecia la agravante de nocturnidad (S. 14 de octubre).

Hubo violación del número 2.º del artículo 429, pues la ofendida era una deficiente mental, que a sus veinticuatro años, no discernía el alcance del acto carnal, lo que la situaba al nivel racional de una niña inocente o de una mujer en edad anterior a la nubilidad (S. 23 de diciembre).

36. Art. 430. *Abusos deshonestos*.—No es preciso que en la sentencia se detallen los actos de violencia, con tal que se haga constar que medió fuerza suficiente (S. 30 de diciembre). Pero se da lugar al recurso, porque la

victima es mujer mayor de doce años y menor de dieciséis, y no se hace constar si era o no honesta (S. 11 de octubre).

No puede apreciarse la agravante de preterintencionalidad, pues en los delitos formales no hay posibilidad de que exista discrepancia entre la intención del agente y el resultado por él querido (S. 8 de noviembre).

37. Art. 431... *Escándalo público*.—Se caracteriza el delito por la impresión dolorosa de repulsa que la sociedad otorga a estos hechos; por lo que pueda estimarse tanto por la comisión de uno sólo, como por la totalidad de los producidos (S. 8 de noviembre).

Existe el delito del número 1.º del artículo 431, pues, el procesado hizo víctima del descarrilo de sus apetencias sexuales a un niño de trece años, lo que justifica la gran repercusión del hecho entre el vecindario, y marca los dos elementos del delito: el ataque a las buenas costumbres y el grave escándalo que la difusión de su noticia produjera entre las gentes del sector respectivo de la ciudad (S. 3 de diciembre).

38. Art. 434... *Estupro*. Hay domesticidad, pues se trata de una criada que convive con el procesado y sus familiares (S. 15 de octubre).

Hay engaño en la promesa de matrimonio racionalmente creíble (S. 6 de noviembre).

El estupro del número 1.º del artículo 436, no precisa en la mujer el requisito de la doncelléz (S. 16 de diciembre).

A diferencia de la violación, en el estupro cuenta el estuprador con el consentimiento de la víctima, aunque sea viciado, lo que da origen a que por representar los contactos sexuales la ofensa de un solo bien jurídico amparable, se les declare constitutivos de idéntica infracción (S. 13 de noviembre).

El pronunciamiento que prevé el número 3.º del artículo 444 debe concretarse a 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 a los preceptos del Código civil sobre alimentos (S. 22 de noviembre).

39. Art. 438... *Corrupción de menores*.—Integra corrupción de menores previstas en el número 1.º del artículo 438 del Código penal, el tener el negocio de alquilar habitaciones con camas a mujeres para mantener trato carnal con los hombres, y en las que estuvieron repetidas veces dos menores de veintitres años; pues la habitualidad resulta de la instalación y a mayor abundamiento de la explotación del negocio inmoral por un año (S. 9 de diciembre).

Integra corrupción de menores prevista en el número 2.º del artículo 438 del Código penal, quien recibe mediante remuneración como huésped a la menor para satisfacer deseos deshonestos de tercero; pero no tiene la sanción pertinente al Agente de la Autoridad, el que actúa no como vigilante municipal nocturno, sino como persona encargada de recibir huéspedes por la noche (S. 16 de octubre).

40. Art. 440... *Rapto*.—El delito de rapto del artículo 441 queda consumado desde el momento en que una mujer mayor de dieciséis años y menor de veintitres es sustraída de la casa paterna, aunque ella preste su consentimiento sin engaño (S. 23 de diciembre).

41. Art. 457... *Injurias*.—El delito de injurias es circunstancial y por ello no puede atenderse solamente al sentido gramatical de las palabras (S. 26 de noviembre).

Son gravemente injuriosas las palabras de «puta, putón», repetidas a grandes voces y oídas por varios convecinos (S. 19 de diciembre).

El ignorarse la ejecución del hecho delictivo, no significa que el plazo de prescripción haya de arrancar de su descubrimiento, y que cuantos se crean injuriados, aunque fuese en fecha remota, puedan querellarse contra los autores de sus ofensas si lo verifican dentro de los seis meses posteriores al instante de tener noticia de las injurias. (S. 28 de diciembre).

42. Art. 471... *Matrimonios ilegales*.—Existe el delito de celebración de matrimonio ilegal, si se contrae el vínculo canónico hallándose vigente un matrimonio civil, sean cualesquiera las causas de impugnación que puedan formularse contra éste; pero no es perjudicada a los efectos del artículo 104 del Código penal, la primera esposa que contrajo el matrimonio civil, sino la segunda que celebró el canónico (S. 3 de diciembre).

43. Art. 487... *Abandono de familia*.—No obsta para apreciar el delito, que el reo sea insolvente (S. 28 de octubre).

No existe el delito, pues, la separación conyugal fué convenida amistosamente, y si dejó de enviar a la hija las cien pesetas semanales a que se había comprometido, no consta que tal omisión fuese por su conducta desordenada, ni se dice si disponía de medios económicos para cumplir sus deberes legales de asistencia (S. 14 de diciembre).

44. Art. 493... *Amenazas*.—El delito se consuma no cuando se estampa el escrito, sino cuando son entregadas las expresiones intimidatorias a la persona conminada (S. 9 de octubre).

45. Art. 496. *Coacción*.—No hubo delito, pues, el requerir no es el impedir ni el compeler (S. 30 de octubre).

Son medios violentos no sólo las manifestaciones de fuerza, sino también los actos intimidatorios (S. 7 de noviembre).

46. Art. 500... *Robo*.—Es escalamiento la entrada por una vía que no sea la destinada al efecto (S. 23 de octubre). Así, si se penetró por una ventana, estuviese abierta o cerrada (S. 3 de diciembre).

Lo mismo comete robo el que usa llavés falsas para entrar, que el que las utiliza para abrir los muebles; y fué correcta la aplicación de la doctrina del delito continuado, al no precisarse el número y cuantía de los diversos ataques al patrimonio (S. 25 de septiembre). Comete robo con agravante de abuso de confianza la sirvienta que abre los armarios con sus llaves, que había cogido del bolso de su señora (S. 11 de noviembre).

47. Art. 514... *Hurto*.—Quien comete hurto de cuantía inferior a 500 pesetas, consuma el del número 4.º del artículo 515, si estaba condenado con anterioridad por apropiación indebida (S. 3 de octubre).

El hurto quedó consumado, pues, los procesados no fueron constantemente perseguidos desde el apoderamiento hasta su detención, en términos que no pudieran disponer momentáneamente de lo sustraído (S. 7 de diciembre).

No puede estimarse hurto continuado, si se determinan la fecha, cuantía, forma, objeto y perjudicado de cada sustracción (S. 9 de diciembre). Y, aun-

que no se haya podido indentificar la persona perjudicada (S. 20 de diciembre).

Su responsabilidad como autor es de carácter solidario por el resultado más grave, en virtud del acuerdo delictivo con el otro procesado (S. 16 de noviembre).

Hubo abuso de confianza: Pues se alojaba en el hotel en la misma habitación del perjudicado (S. 19 de octubre). Porque se aprovecharon de las facilidades que les deparaba su condición de obreros del transportista, para penetrar en los almacenes (S. 6 de diciembre). Porque se prevaleció del hecho de haber sido invitada a la casa del perjudicado a pasar unas horas de fiesta (S. 19 de diciembre).

Se cualifica el hurto por la multirreincidencia si el culpable es dos o más veces reincidente, pero sin limitación de número; por lo que las anteriores condenas no pueden fundamentar otra agravante, ya que la reincidencia es la que da más categoría penal al hurto (S. 23 de noviembre).

La sustracción inferior a 500 pesetas, aunque sea mera tentativa, se eleva a la categoría de hurto por razón de las condenas anteriores (S. 4 de noviembre).

En el hurto, el reo se apodera de las cosas sin la voluntad de su dueño; y en la estafa se apodera mediante engaño de lo que recibe del dueño (S. 4 de noviembre). E igual en la apropiación indebida, se reciben las cosas de su titular y se incumple la obligación de transmitir las o devolverlas (S. 4 de noviembre).

Es hurto y no apropiación indebida, si el desplazamiento de la posesión de la cosa no ha tenido lugar, aunque haya mera tenencia material (S. 3 de octubre).

48. Art. 517... *Usurpación*.—Existe el delito previsto en el artículo 517, pues intimidaron al empleado de la Sociedad, diciéndole que a pesar de su prohibición pasarían por las buenas o por las malas con los camiones por el camino particular de la empresa y romperían las cadenas, lo que, en efecto, hicieron y recorrieron el camino (S. 8 de octubre).

49. Art. 519. *Alzamiento de bienes*.—Existe cuando se tiende a eludir el pago de deudas pendientes a la sazón, nunca de las que puedan contraerse en lo sucesivo (S. 19 noviembre). Requiere el ánimo de defraudar a los acreedores y la provocación para lograrlo de un estado de insolvencia (S. 30 de diciembre).

El delito de estafa puede ir seguido de un delito posterior de alzamiento de bienes (S. 23 de diciembre).

50. Art. 520... *Insolvencia punible*.—En el delito de insolvencia culpable se juzga una conducta y no uno o varios hechos delictivos aislados; y es conciliable su punición con la de las estafas cometidas por la misma procesada y que versaren sobre la cantidad que debió existir como saldo real (S. 26 de octubre).

51. Art. 528... *Estafa*.—La especificación de vía, lugar, efectos sustraídos y perjudicado, individualiza cada una de las estafas, a pesar de la identidad de procedimiento usado en todas ellas (S. 13 de diciembre).

Es estafa del número 1.º del artículo 529: Aparentar medios económicos, en el hotel en donde se hospeda y no se paga (S. 24 de septiembre). Obtener

del vendedor aparentando solvencia económica, la venta de un producto que no se paga y que se vende seguidamente a un tercero a precio inferior (S. 15 de noviembre). Aparentar solvencia económica ante la entidad bancaria, para obtener la concesión de un crédito (S. 19 de noviembre). Tratar de cobrar en el Banco un cheque falso, cuya falsedad se conocía (S. 6 de diciembre).

La modalidad delictiva prevista en el artículo 531, por no ser un delito de estafa propiamente dicho, no precisa la existencia de un engaño previo al perjudicado, dueño de la finca (S. 5 noviembre). Y se cometió la estafa prevista en el número 2.º de dicho artículo 531, porque los defectos que se hayan cometido en la constitución de la prenda, si pueden afectar a su validez ante los Tribunales civiles, no destruyen el hecho real de haberse otorgado una escritura en la que un deudor grava sus bienes con garantía prendaria, y más tarde vende esos bienes a un tercero, haciendo ilusoria la garantía del gravamen; y nada desvirtúa el que actuase como apoderado, si le constaba la existencia de la carga (S. 4 de diciembre).

No existe engaño, pues para ser punible la entrega de cheque en descubierto, se exige que éste se de como sustitutivo del dinero, lo que no sucede cuando contra la cantidad que se recibe, se entrega un cheque con fecha de once días después, no es esto pago de presente con dinero, sino convención a término (S. 15 de noviembre).

52. Art. 535. *Apropiación indebida*.—No es sólo el apoderamiento sino que alcanza a cualesquiera actos de disponibilidad, consumo de lo fungible, aprovechamiento de las ventajas, o utilización del precio si se tramitiere a título remunerativo (S. 27 de noviembre). Pero no cabe sumar al valor de la cosa el del perjuicio causado (S. 27 septiembre).

53 Art. 539... *Maquinaciones*.—No hubo infracción por aplicación indebida de la ley de 27 de abril de 1946 y artículos 540 y 541 del Código penal, pues aún cuando el recurrente no fuese propietario ni arrendador de la vivienda, era beneficiario de la misma, e hizo cesión de sus derechos a tercero mediante el cobro de una prima; y el delito quedó consumado, aunque por la intervención de la Policía el procesado no llegase a cobrar la totalidad exigida (S. 13 diciembre).

54. Art. 542... *Usura*.—Conforme al artículo 542 del Código penal es necesaria no sólo la habitualidad, sino que las actividades que se persiguen constituyan más de un hecho, sin limitación de número, perseguidos en un solo sumario y obedeciendo a una misma conducta que se repite, por lo que no es lícito descomponerlas en varios hechos a efectos de su sanción (S. 30 de noviembre).

55. Art. 546 bis *Receptación*.—Basta con que se conozca el origen torpe o ilícito de lo que se adquiere, aunque no se sepa la naturaleza jurídica del acto ilícito de la adquisición; pero si el recurrente se limitó a auxiliar al delincuente para que se aprovechara de lo sustraído, aunque ésta su intervención sea retribuida, hay que encuadrarla en el artículo 17 del Código penal y no en el artículo 546 bis (S. 21 y 22 de octubre).

El tope marcado en el párrafo segundo del artículo 546 bis a) no puede aplicarse más que a los autores no habituales del delito de receptación; y el artículo 546 bis b) crea un tipo de habitualidad que sólo precisa del hecho

de regir uno de los comercios que se mencionan, con independencia de la realización de actos anteriores (S. 14 de octubre).

Al condenarse al procesado como encubridor de malversación, no puede considerársele, además, autor de receptación (S. 30 de diciembre).

56. Art. 565 *Imprudencia*.—Los hechos ilícitos en su iniciación, cual la violencia sobre el contrario, llevan implícita la idea de dolo, contraria a la culpa (S. 25 de noviembre).

La clase de imprudencia ha de determinarse por la mayor o menor laxitud en el incumplimiento de aquellas normas elementales de previsión y cautela que toda persona está obligada a observar (S. 25 de noviembre).

Si la imprudencia obedece no sólo a la transgresión de la ley de 9 de mayo de 1950, sino a cualquier otra causa, pueden subsistir ambas infracciones, la de la imprudencia y la de transgresión de esa ley (S. 12 de noviembre).

Fueron los dos, autores del delito el conductor del automovil y el de la camioneta, porque no sólo son autores los que realmente producen el mal, sino los que a él cooperan con un acto sin el cual no se hubiera ocasionado (S. 6 de diciembre).

En el concepto de negligencia profesional se comprende al que hace de la conducción de vehículos de motor mecánico su modo de vivir (S. 15 noviembre). Y así la imprudencia no es profesional, si no se dice que conducía habitualmente o que prestara servicios permanentes de conducción (S. 27 de septiembre). Es imprudencia profesional la cometida por el chófer (S. 27 de septiembre y 12 de noviembre).

Hubo imprudencia temeraria: Por no calcular bien la distancia con el vehículo al que adelantaba (S. 9 de octubre). Por exceso de velocidad (S. 21 de octubre, 27 de noviembre, 27 de diciembre). Por no detener el vehículo al rompersele la dirección (S. 22 de octubre). Por no estar provisto de los indispensables mecanismos de seguridad para ser en todo momento dueño de los movimientos del vehículo (S. 30 de octubre). Por conducir con deficiencia de frenos (S. 27 de noviembre 27 de diciembre).

El que se infringiese el Código de la Circulación no permite degradar a simple imprudencia la que por su forma de realización deba calificarse de temeraria (S. 30 de octubre).

Hubo imprudencia simple sancionable conforme al párrafo segundo del artículo 565, en el tocar la bocina de gran intensidad junto a las caballerías que se espantaron (S. 28 de septiembre).

En materia penal no hay compensación de culpas (S. 18 de octubre y 27 de diciembre).

LEYES PENALES ESPECIALES

57. *Automóviles*.—El delito del artículo 1.º de la ley de 9 de mayo de 1950 queda consumado por el mero hecho de conducir un vehículo de motor en estado de embriaguez, aunque no se produzcan daños, que motivarían una responsabilidad por imprudencia; pues el precepto de aquella ley, cuando puede quedar relegado, es en los casos en que la comisión del delito culposo dependa exclusivamente del hecho generador de aquella transgre-

sión específica, pero no si hay dos elementos diversos capaces de dar vida legal a dos infracciones delictivas (S. 2 diciembre).

No hubo incompatibilidad entre el delito de imprudencia con resultado y el de imprudencia sin resultado por exceso de velocidad (S. 16 de diciembre). Pero establecido el exceso de velocidad como único elemento que da vida a la imprudencia temeraria, no es posible apreciar además el delito de conducción peligrosa por exceso de velocidad (S. 28 de septiembre).

La infracción del artículo 3.º de la ley de 9 de mayo de 1950 se comete también conduciendo con permiso que no habilite para la clase de vehículo de que se trate (S. 23 de diciembre).

LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

58. *Competencia.*—Es competente la Jurisdicción militar, por los malos tratos de palabra y obra para obligar al denunciante a desalojar la vivienda; pues afecta al decoro con que las clases militares deben dar público ejemplo de moralidad, decencia y compostura (A. 7 de diciembre).

59. *Costas.*—Acusado el reo de dos delitos, condenado por uno y absuelto por otro, están bien impuestas al procesado la mitad de las costas, y la otra mitad declarada de oficio (S. 7 de noviembre).

60. *Casación.*—Ha de fundarse en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo, que no puede ser sustituido por principios jurídicos, aunque haya sido admitidos por la doctrina; pues en Derecho penal no hay más fuente de Derecho que la ley (A. 4 noviembre). Una sentencia del Tribunal Supremo no tiene el rasgo de precepto sustantivo (A. 22 octubre). Ni tampoco la Ley de Vagos y Maleantes (A. 3 de diciembre). Ni el artículo 70 del Código de la Circulación (S. 13 diciembre).

La medida judicial de la pena que autoriza el número 4.º del artículo 61 del Código penal, no tiene acceso a la casación (S. 22 octubre). Ni los meros errores materiales sin repercusión en los fundamentos legales (S. 11 de octubre).

Necesidad de especificar la clase de recurso que se interpone y de citar el precepto en que se ampara (S. o A. de 20, 23, 28 y 30 de septiembre; 8, 14, 21 de octubre; 7, 9, 19 y 21 de noviembre; 11 de diciembre).

Es documento auténtico el que contiene una verdad incontrovertible, que se imponga a todos (A. 23 de septiembre).

El Tribunal absolvió del delito de falsedad por razones de índole procesal, sin hacer discriminación sobre la naturaleza delictiva del hecho referente a la inscripción en el Registro civil como hijo legítimo del concebido en adulterio; y, por tanto, el fallo absolutorio no implica excepción de cosa juzgada para perseguir la falsedad, toda vez que el mismo recurrente al interponer la querrela por adulterio manifestó que quedaba excluido de la misma lo referente a la falsedad, y así, eliminada la intervención del Fiscal, la Sala no podía resolver sobre ella aunque en el trámite de calificación la acusación privada contrariando su anterior postura, acusara de dicha falsedad (S. 28 de noviembre).

Un error de cita, en los meses, no puede fundamentar la casación (S. 23 de diciembre).

Estuvo bien denegada la petición de suspensión del juicio oral por incomparecencia de testigos, pues la parte no consignó los extremos sobre los que habían de ser interrogados y la Sala no pudo apreciar así la importancia que pudieran tener sus declaraciones (S. 28 de septiembre y 18 de octubre).

Los conceptos jurídicos cuya inclusión en el Resultado de hechos probados motiva el quebrantamiento de forma, son aquellos con los que el legislador da nombre, individualiza y especifica el delito, y son precisos para su cabal comprensión especiales conocimientos de Derecho (S. 13 de diciembre). No entraña concepto jurídico la palabra «lesiones» (S. 31 de octubre); ni las de «ánimo de lucro» (S. 22 de noviembre); ni el vocablo «negligencia», pues si se hace caso omiso de él, subsisten los elementos precisos para la calificación jurídica (S. 30 de noviembre).

No hubo quebrantamiento de forma porque se apreciaran atenuantes o agravantes no estimadas por el Fiscal ni la acusación particular, aunque el Tribunal no haya hecho uso de la fórmula contenida en el artículo 733 de la ley rituarial (S. 5 y 31 de octubre y 5 de diciembre). Ni si el Fiscal estimaba que los hechos eran constitutivos de tres delitos y pedía para cada uno tres años de prisión y la Sala impuso cuatro años y dos meses por un delito continuado (S. 15 noviembre). Pero si hubo quebrantamiento de forma, si invocada por la acusación la agravante de reincidencia en el delito de robo, el Tribunal apreció un robo cualificado por la mulreincidencia (S. 31 de octubre). Y si frente a la calificación acusadora de un delito de estafa por el que la solicitaba la pena de presidio mayor, el Tribunal descompuso en dos el hecho, apreciando dos estafas y castigándolas una con presidio mayor y otra con presidio menor (S. 23 de noviembre).

Es de la libre facultad de la Sala acceder a la práctica de informaciones suplementarias (S. 30 de noviembre).

La ley exige que se diga la falta que se suponga cometida y la petición que se hiciere para subsanarla (A. 23 de septiembre). Pues se debió formular inmediatamente la protesta (S. 5 y 8 de octubre). Y no es lícito señalar como falta en el escrito de interposición, una distinta de la invocada en el de preparación (A. 14 de octubre).

INDICE ALFABETICO

Abandono de familia, 43.
 Aborto, 7, 33.
 Abuso de confianza, 46, 47.
 Abuso de superioridad, 13.
 Abusos deshonestos, 36.
 Alevosia, 11.
 Alzamiento de bienes, 49.
 Amenazas, 44.
 Apropiación indebida, 47, 52.
 Armas, 27.
 Arrebató, 9.
 Arrepentimiento, 10.
 Atentado, 24.
 Automóviles, 56, 57.
 Autoría, 17, 56.
 Autoridad, 16.

Casación, 60.
 Caso fortuito, 5.
 Cheque, 51.
 Circunstancias, 2.
 Coacción, 45.
 Cohecho, 30.
 Competencia, 58.
 Corrupción de menores 39.
 Cosa juzgada, 60.
 Costas, 59.
 Delito, 1.
 Desacato, 26.
 Desobediencia, 25.
 Detención ilegal, 23.
 Embriaguez, 57.
 Encubrimiento, 18, 55.

- Error, 60.
Escándalo público, 37.
Estafa, 47, 49, 50, 51.
Estupro, 38.
Falsedad, 28.
Familia, 43.
Fuentes del Derecho, 60.
Homicidio, 32.
Hurto, 47.
Imprudencia, 4, 32, 56, 57.
Inducción, 17.
Infracción de ley, 60.
Injurias, 41.
Insolvencia punible, 50.
Jefe del Estado, 22.
Legítima defensa, 3.
Lesiones, 34.
Malversación, 31.
Maquinaciones, 53.
Matrimonio ilegal, 42.
Menores, 39.
Miedo, 6.
Moral, 8.
Motivación, 8.
Multa, 20.
Necesidad, 4.
Pena, 14, 60.
Premeditación, 12.
Prescripción, 21, 41.
Preterintencionalidad, 7, 29, 32, 34, 36.
Quebrantamiento de forma, 60.
Rapto, 40.
Receptación, 55.
Reincidencia, 15.
Reiteración, 14.
Responsabilidad civil, 19.
Robo, 46.
Salud pública, 29.
Usura, 54.
Usurpación, 48.
Violación, 35.

CRONICAS EXTRANJERAS

Criminología y Derecho Penal (*)

Por JEAN PINATEL

Secretario General de la Sociedad Internacional de Criminología, Inspector General de la Administración en el Ministerio del Interior de Francia

Traducción directa del francés por

JUAN DEL ROSAL

Catedrático de Derecho Penal y Vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid

El Derecho Penal se encuentra hoy en una encrucijada. La nueva Escuela de Defensa Social fundada por GRAMÁTICA (1), y cuyo teórico más destacado es ANCEL (2), propone atrevidas y profundas reformas. Y por el contrario, la Escuela Ecléctica, fiel a los principios de la Unión Internacional de Derecho Penal (3), se muestra reservada y prudente, al contemplar con circunspección toda modificación importante a las instituciones existentes.

Lo que hay de curioso en esta situación es que la moderna Escuela de Defensa Social se refiere a los progresos de la criminología para justificar su programa, en tanto que la Escuela Ecléctica se funda sobre la insuficiencia de conocimientos criminológicos para motivar su reticencia.

Estas divergencias de interpretación sobre la extensión de los datos criminológicos conducen naturalmente a evocar el problema de la relación de la "Criminología con el Derecho Penal".

Estas relaciones son, en verdad, singularmente complicadas a causa de los problemas de metodología que ocultan las verdaderas cuestiones; problemas cen-

(*) En la presente traducción se ha manejado, exclusivamente, el texto original que utilizó el autor en las conferencias profesadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid durante el año 1955. El traductor no ha tenido en cuenta el artículo que publicó, con igual título, en 1953, puesto que ha sufrido distintas modificaciones. (Nota del traductor.)

(1) GRAMÁTICA: *La lotta contro la pena*. "Rivista di difesa Sociale", 1947, pág. 3 y s. *Tre punti di Difesa Sociale*. Ibid. 1949, pág. 61 y s.s. *Criminologia e Difesa Sociale*. Ibid. 1959, pág. 113 y s.

(2) ANCEL: *L'évolution de la Notion de Défense Sociale*, en "Feikrift Tillägnad Karl Schljter Stockholm", 1949, pág. 32 y s. *Les droits de l'homme et la défense sociale*. "Revue Internationale de Droit Penal", 1950, pág. 179 y s. *Des mesures qui seront indiquées aux lieu et place de la peine pour tenir compte des nécessités d'une défense sociale humaine*. "Revue Penitenciaire", 1951, pág. 647 y s.

(3) Ver el número especial de la "Revue Internationale de Droit Penal" consagrado a la Unión Internacional de Derecho Penal, segundo y tercer trimestre de 1951.

trales, que en cierto modo, se ordenan y se elaboran sobre el terreno de la política y de las ciencias criminales.

Conviene, pues, desbrozar el tema de todos los falsos problemas metodológicos que lo entorpecen y oscurecen.

Será preciso, por consiguiente, traer a colación las relaciones de la criminología y del Derecho Penal bajo el ángulo de la política criminal. Igualmente será necesario, en fin, situar esta relación en una perspectiva científica rigurosamente objetiva.

Tales son los tres puntos de vista que serán sucesivamente tratados en el desarrollo de la conferencia que vamos a exponer.

I

Los falsos problemas que impiden situar las relaciones de la criminología y del Derecho Penal en su verdadera perspectiva reposan sobre concepciones tradicionalistas, sobre dogmas bien establecidos, cuyos resultados liberan a los juristas de profundizar en los datos científicos de la criminología. Estos dogmas periféricos de orden metodológico se refieren a la existencia, al objeto y al alcance de la criminología.

La existencia de la criminología es negada por los juristas que no toleran más que ciencias criminológicas. Esta posición —más adelante expondremos las razones de ella— se manifiesta hoy día anacrónica. En efecto, hasta la Escuela Positiva se podía decir que no existía criminología, sino ciencias criminológicas, caracterizando el período prepositivista por tentativas esporádicas de aproximación del fenómeno criminal, efectuadas sin vínculo en el cuadro de las diversas ciencias.

Es así que una aproximación biológica del fenómeno criminal se ha manifestado a partir del siglo XVII con los estudios de la fisiognomía (della Porta 1640; Lavater, 1776), se continuaba con la frenología de Gall (fin del siglo XVIII) y con el estudio de la degeneración (A. Morel, 1856) para desarrollarse, en fin, en la obra lombrosiana (1876). Y es también durante el siglo XIX que la aproximación psiquiátrica del fenómeno criminal nacida del estudio de Cabanis, Esquirol, Pines, se concreta en los conceptos de la locura moral (Pritchard), de locura razonada (Man), de locura lúcida (Trelat) (4). Es igualmente, en esta época, cuando la aproximación sociológica del fenómeno criminal comienza con las intervenciones estadísticas de la Escuela Cartográfica o Geográfica de Quetelet y A. N. Guerry. Es a partir de 1850 cuando la Escuela Socialista de Marx y Engels sostiene que la criminalidad es función de condiciones económicas (5).

La aproximación penológica del fenómeno criminal no es menos antigua. Encuentra, después de Mabillon y Howard, Lucas y Dúcpetiaux (5), su expresión, gracias a Roeder, el cual en 1846, en su obra "La pena correccional", sostiene que el tratamiento penal, como el curativo del que se sirve el médico, no debe extenderse más allá del tiempo necesario para corregir al criminal ni ce-

(4) G. HEUYER: *Histoire des doctrines en criminologie*. "Revue de Criminologie et de Police Technique", 1950, pág. 171 y s.

(5) E. H. SUTHERLAND: *Principles of Criminology*. New Yor, 1957, págs. 51 y 52.

sar antes de que se haya obtenido la reforma del delincuente. En 1870 el Congreso de Cincinatti adopta el principio de la sentencia indeterminada (6).

Fué el honor y mérito de Enrico Ferri el intentar coordinar los datos evidenciados por estas diferentes aproximaciones y aplicar sus resultados al Derecho Penal. Publicó en 1881 "Los nuevos horizontes del Derecho Penal" (7), donde después de haber pasado revista a los datos estadísticos y científicos del problema, sacó en consecuencia que el fenómeno tenía siempre causas físicas o geográficas, antropológicas y sociológicas, las cuales se combinan y se complementan. Estas conclusiones le llevaron a presentar una clasificación de delinquentes en función de las cuales constituyó un nuevo programa de Derecho Penal, creó al mismo tiempo una nueva Escuela de Derecho Penal, la Escuela Positivista, y una nueva ciencia, cuyo nombre iba a ser encontrado en 1885 por Garofalo: la Criminología (8).

La concepción de los fundadores de la criminología es fielmente guardada por los criminólogos más auténticos de hoy día, Prof. Olof Kimberg, Benigno di Tullio, Etienne de Greeff y Georges Heuyer. El simple enunciado de estos nombres nos demuestra que los criminólogos contemporáneos son, ante todo, médicos; solamente Olof Kimberg, es a la vez médico y jurista honorario. Mientras que la criminología ha sido fundada por un jurista.

La explicación de este cambio, de esta evolución, es fácil de comprender cuando se sabe que la criminología, que no es la medicina, se organiza metodológicamente, de la misma manera que la medicina, y como ésta utiliza disciplinas fundamentales con fines clínicos experimentales, y como en medicina hay que distinguir cuidadosamente la materia criminológica o disciplinas fundamentales de la propia criminología, que es y será siempre una ciencia clínica. Es cierto que si Claude Bernard ha elevado la medicina al rango de ciencia experimental, es porque la concibe esencialmente como una disciplina activa teniendo por fin una terapéutica científica y real. Igualmente la criminología tiene por fin el tratamiento y la reintegración social de los delinquentes, y lo consigue gracias al método experimental: *observación* (es decir, recopilación de los datos mediante el examen médico psicológico y social), *interpretación* (es decir, diagnóstico, pronóstico, programa de tratamiento) y *experimentación* (a saber, tratamiento, reintegración y clasificación social).

Es probable que si los juristas no han querido seguir el camino trazado por Ferri, y lo han abandonado a los médicos, es porque no estaban preparados para comprender la diferencia esencial que debe hacerse entre las materias criminológicas y la criminología (9). No se excluye —ya se revisará más adelante a propósito de la política criminal— que ellos no han querido por otras razones poner a punto las condiciones de realización de la criminología experimental, que supone un sistema jurídico suficientemente ágil para que la observación sea con-

(6) J. PINATEL: *Traité élémentaire de science pénitentiaire et de défense sociale*. Paris, Sirey, 1950. Introducción, pág. XIV y ss.

(7) J. ASÚA: *Trabajo del Congreso Internacional Penitenciario de 1935*. Vol. II, página 231 y s.

(8) La edición francesa de esta obra lleva el título *La sociologie Criminelle* (Paris Alcan, 1905).

(9) R. GAROFALO: *La Criminologie*. Paris Alcan, 1905.

tinua, y que el programa de tratamiento y de clasificación social sea modificable a la luz de la experiencia.

Esta concepción que convierte a la criminología en una ciencia experimental, penetrando en el corazón de la práctica para elaborar los principios teóricos eficaces de una ciencia unitaria y autónoma, permite abordar fácilmente la discusión de la segunda tesis sostenida por los juristas, es decir, que es imposible definir criminológicamente el crimen. Esta tesis no tiene en realidad otro fin más que el poner en evidencia el que la criminología no tiene objeto propio, que ella no podría, de cerca ni de lejos, ser asimilada a la medicina, ni el crimen a la enfermedad, pues las enfermedades existen independientemente de toda intervención política, mientras que los crímenes y delitos son ante todo creaciones de la Ley.

La objeción sería impresionante si se quisiera hacer de la criminología una ciencia pura; no se debiera olvidar que existen tribunales, policías, prisiones. Ciertamente la criminología no es la medicina, ni el crimen es la enfermedad, pero el crimen es de todos modos una calamidad social que es prácticamente imposible considerar con una óptica que es la que el astrónomo utiliza al estudiar las estrellas. Una separación arbitraria del aspecto doctrinal y del aspecto práctico está descartada en criminología. No hay criminología sin terapéutica y profilaxis criminales. De lo que se desprende, que sin disminuir el valor de la disertación de Garofalo, de Tarde y de Lagache, sobre la definición criminológica del crimen, le es suficiente a la criminología con atenerse a la definición del Código Penal para fundar una investigación científica auténtica. Pero esta inquisición científica considerará, en el crimen así definido, no la entidad jurídica elaborada por el Derecho Penal, sino el fenómeno humano y social que ella esconde; ahora bien, este fenómeno humano y social es siempre anterior a la intervención del legislador y precisamente la suscita. "El monopolio que una tradición pretende reservar a los juristas en el estudio del fenómeno criminal" está caducado, según sostuvo con especial vivacidad el maestro Donnedieu de Vabres, con ocasión de la sesión de apertura del II Congreso Internacional de Criminología (10).

Pero si el objeto de la criminología es el mismo que el del Derecho Penal, estas dos disciplinas estudiándolo bajo perspectivas diferentes, ¿es preciso deducir de ello que se trata de dos ciencias paralelas? De ningún modo, pues lo propio de las paralelas es no encontrarse jamás, mientras que, precisamente, el fin de la criminología consiste en penetrar en el Derecho Penal, vivificarle, hacerle evolucionar. Entonces sería preciso admitir que la criminología es una ciencia accesoria, auxiliar del Derecho Penal, pues al menos esta concepción supone una cierta penetración de las dos disciplinas. No por ello deja de ocurrir que cuando unos juristas colocan la criminología en las ciencias anexas al Derecho Penal cometen un gran error. Es parejo error que el realizado cuando se dice que la economía política es una disciplina auxiliar del Derecho Mercantil. Es unánimemente admitido hoy día que la economía política es una ciencia y que el Derecho Mercantil no es más que una técnica. De la misma manera, en materia penal la criminología debe dominar la elaboración de la técnica jurídi-

(10) Sobre todos estos puntos ver a J. B. HERZOG: *La Criminologie et la Justice pénale*. "Revue de Droit Penal et de Criminologie". Dic. 1950.

ca. Estas discusiones de protocolo son, sin embargo, secundarias y se comprenden muy bien que J. B. Herzog haya tenido la idea meritoria de proponer un compromiso jerárquico (11). Deseoso de excluir una jerarquía de valores que colocara a la criminología en un lugar subalterno, ha imaginado considerarla como una ciencia auxiliar, no tanto del Derecho Penal, sino de la justicia penal, lo que constituye según él "una diferencia fundamental, pues en adelante el Derecho Penal viene a ser no el único instrumento de la justicia, sino uno de sus medios entre los que la criminología pone a su disposición." Se trata aquí de una concepción sutil, basada sobre una concepción nueva y original de la relación del Derecho y de la justicia, que desorganiza profundamente el orden tradicional de los valores en los cuales la justicia aparece como el instrumento del Derecho Penal, que es exactamente lo contrario del papel que le atribuye J. B. Herzog.

Esta concepción nueva, por discutible que sea teóricamente, al menos tiene el gran mérito de postular que "la ciencia penetre al derecho" y de implicar "si no la fusión, al menos la interacción".

Prácticamente ello nos trae al tiempo en que la Escuela Positivista formulaba un programa de política criminal cuya realización condicionaba la existencia misma de la criminología experimental.

II

La política criminal de la Escuela Positivista postula que el objeto de la reacción judicial contra el crimen (reacción que engloba tanto las penas como las medidas de seguridad) es proteger la sociedad contra el mismo. Así, como toda escuela científica que trabaja en una perspectiva científica, la Escuela Positivista es antimetafísica. Esta escuela no justifica la actividad recurriendo a conceptos filosóficos como el de responsabilidad. Le basta observar que la reacción judicial es necesaria para la existencia de la sociedad (12). Esta posición provocó en su tiempo una crisis de conciencia entre los juristas. Estuvo motivada por el hecho de que la Escuela Positivista negara la noción de responsabilidad como el fundamento de la pena y se sacaba, en consecuencia, que fundaba la criminología sobre el determinismo filosófico. La querrela metafísica fué entonces apasionada y todavía, en nuestros días, Gramática cree deber alzarse contra el determinismo positivista. La criminología, dicen, supone el determinismo, es una escuela materialista, y Carlos Severin Versele no cesa de mantener este equívoco hablando de los materialistas positivistas (13).

Sin embargo, es preciso hacer algunas distinciones. En efecto, entre el determinismo filosófico y el determinismo científico hay tanta diferencia, como entre el sentimiento de responsabilidad que existe en la mayor parte de los hombres y la noción del libre albedrío que es su traducción metafísica. Sin determinismos no hay ciencia, por tanto, no hay criminología experimental. Pero este determinismo científico no implica, de ninguna manera, la adhesión del sabio y

(11) Actas del II Congreso Internacional de Criminología. Vol. I, pág. 30.

(12) J. B. HERZOG: *Ob. cit.*

(13) OLOF, KINBERG, BASIC: *Problems of Criminology*. Copenhagen London, 1935, página 68 y s.

menos todavía del jurista al determinismo filosófico. El que Lombroso haya sido un darwinista impenitente, que Ferri haya sido un socialista militante, que Garofalo haya sido un católico convencido, todo esto no cambia nada al hecho de que la escuela italiana siga siendo una escuela estrictamente científica, deseosa únicamente de introducir el método experimental en el Derecho Penal. "Yo quisiera decir de una vez para siempre, escribía en 1900 E. Ferri (*"Sociología criminal"*, Torino 1900, pág. 20), que nosotros llamamos a nuestra escuela positivista, no porque ella se adhiriera a un sistema filosófico cualquiera —algún "Comitisme" por ejemplo— sino solamente en consideración del método observación y experimentación) que nosotros queremos aplicar al estudio del crimen y del castigo" (14).

El gran Saleilles no se engañó, cuando escribía que la era de la responsabilidad estaba cerrada y que la de la individualización comenzaba porque "el Derecho Penal no puede fundar su aplicación positiva sobre las consecuencias de una idea que escapa a la investigación científica y que queda en el dominio de la conciencia" (15). En esta perspectiva, de una política criminal sin metafísica, el programa de la Escuela Positivista, tan frecuentemente vuelto a descubrir más tarde, puede enunciarse según M. Olof Kiberg (16) de la siguiente manera:

1.º La forma de la reacción judicial deberá ser determinada, principalmente, en consideración a la temibilidad del delincuente, expresión que designa la capacidad criminal del individuo. Más tarde se ha hablado de peligrosidad, de "redoutabilité", de estado peligroso. La adopción de este criterio entraña, evidentemente, la individualización del tratamiento y por tanto de la sentencia indeterminada.

2.º La diferencia de principio entre la pena y la medida de seguridad desaparece en estas condiciones. Por eso el proyecto de Ferri de 1921 habla únicamente de sanciones.

3.º Los poderes discrecionales de las autoridades judiciales se aumentan y el Juez debe dirigir la ejecución del tratamiento. La ejecución, recomendaba Ferri, deberá ser dirigida con precisión por un trabajo ulterior, no ya atraído, como hoy, de la obra de Juez, sino que la continúe "*Sociología criminal*" (página 565).

Así, un sistema coherente estaba en vía de elaboración; las ideas nuevas que tendían a introducir el método experimental en el Derecho Penal estaban en el ambiente, cuando sobrevino Prins, que los promotores de la nueva escuela de defensa social consideraron como el fundador de lo que es para ellos la verdadera doctrina de la defensa social, pero en realidad Prins fué un ecléctico, puesto que él fundó en 1889 con Van Hamel y Von Listz la Unión Internacional de Derecho Penal, cuyo fin reconocido era encontrar una transacción honorable entre la Escuela Positivista y la Escuela Penitenciaria una transacción —(¿por qué asombrarnos de ello?)— debía ser ventajosa a esta última.

(14) C. S. VERSELE: *La observación*. "Rivista di difesa sociale", 1951, núm. 3-4.

(15) Citado por OLOF KIBERG: *Ob. cit.*, pág. 70. Ver la edición francesa de la *Sociologie Criminelle* ob. cit., pág. 18 nota 1.

(16) R. SALEILLES: *La individualización de la pena*. 3.ª ed. París P. U. F., 1927, página 167.

Lo que caracteriza la intervención de la Escuela Ecléctica y la posición de Prins respecto de la criminología ha sido aclarado, recientemente, por Paul Cornil (17). Prins después de Ducpetiaux y antes de Paul Cornil, ha sido Inspector General de Prisiones en Bélgica. Ha estado muy influido por la Escuela Positivista, de la que conocía los principios y admitía los razonamientos. Lo que esto tiene de original es que después de haber admitido todo esto Prins, según lo dice Paul Cornil, "cambia de dirección y nos introduce en el camino de los compromisos; este camino que ha suscitado el dualismo de las penas y de las medidas de seguridad y que de hecho asegura la conservación de la concepción penal clásica para la gran mayoría de los delinquentes, mientras que la noción de defensa social no es invocada más que con respecto de ciertas categorías de individuos considerados especialmente peligrosos". Prácticamente, el eclecticismo daba, en obsequio a la criminología, todos los sujetos que se presumen irrecuperables: los anormales mentales, los reincidentes empedernidos, los vagabundos impenitentes, los alcohólicos inveterados; todos aquellos de los que no se podía hacer gran cosa, y de los que a pesar del esfuerzo admirable de Vervaeck no se hizo efectivamente.

La razón que ha incitado a los eclécticos a seguir este camino es que ellos pensaban que la criminología no demostraba que la pena no tiene efecto sobre el plan de la prevención colectiva, y todavía hoy día, hablando del valor de la prevención general de la pena, Paul Cornil nota, que si "este efecto es difícil de demostrar", es también difícil de afirmar su inexistencia". Piensa que "numerosos indicios permiten creer que la importancia de este factor ha sido muy exagerado". Para él, "sería hora de proseguir su estudio para tratar de concretar este punto, pues sería lamentable conservar la pena bajo esta forma clásica, si estuviera demostrado que el efecto esperado de prevención general es en realidad ilusionario". ¿Pero a quién pertenecería demostrar que el efecto de la prevención general de la pena existe o no existe? En cuanto a ella, la criminología piensa que una tal demostración no puede ser hecha científicamente, ni en un sentido ni en otro. La creencia en la prevención general de la pena es una hipótesis, su negación es otra. Así, la criminología, no tiene en cuenta más que su efecto de prevención individual, que es científicamente demostrable. En buena lógica incumbe a los juristas que crean en el efecto de la prevención general de la pena demostrar que existe realmente.

Yo me pregunto a veces si el Derecho Penal actual no está fundado sobre un mito. Pero observo que esta inquietud apenas la comparten nuestros Magistrados, cuando yo escucho por ejemplo, a un Abogado general, proclamar: "Si nosotros debemos a veces inclinarnos delante de los sabios, es cuando nosotros no podemos hacer otra cosa" ("El mundo", 20 de junio de 1952). ¿Es ésta la vieja sabiduría del Derecho Penal que Vouin invoca reprochando a la criminología, "esta joven ciencia", de ser "a menudo ingrata e irritante en el desprecio que ella profesa" a su respecto? (18). ¿Acaso el papel de la criminología, no consiste tan sólo desde este punto de vista, el hacer compartir al Derecho Penal su inquietud?

(17) OLOF KINBERG: *Ob. cit.*, pág. 71.

(18) P. CORNIL: *Adolphe Prins y la Defense Sociale*. "Revue Internationale de Droit Penal", 1951, pág. 177 y s.

Ahora bien; esta inquietud el Derecho Penal la compartirá, tanto más, cuanto que la criminología esté en condiciones de aportar pruebas de su valor científico. Así se llega a considerar el problema de la relación de la criminología y del Derecho Penal desde el punto de vista estrictamente científico.

III

Desde el punto de vista científico, el problema central de la criminología se concreta en esto que Paul Cornil llama el conocimiento de los elementos del estado de peligro. Lo que impide a Paul Cornil abandonar el terreno de la pena clásica para seguir el de la Escuela de Defensa Social (es decir, en su idea la Escuela Criminológica), es la ignorancia de los factores reales del estado de peligro. Por tanto, precisa él, "no por ser nuestra ciencia insuficiente vamos a dar un salto en lo desconocido y sustituir la ineficaz arbitrariedad de la pena clásica con otra arbitrariedad, que encontraría su origen en la imperfección de nuestros conocimientos" (19).

¿Qué es, por tanto, este estado peligroso que la criminología quiere situar en el centro del Derecho Penal? Hay que reconocer, sin titubeos, que el concepto de estado peligroso es común en psiquiatría desde principios del siglo XIX. Así es como, por ejemplo, en el sistema francés inaugurado en 1838 el Prefecto tiene el poder de ordenar el ingreso de oficio en un establecimiento psiquiátrico—y por una duración indeterminada, puesto que su decisión deberá ser revisada cada seis meses—de toda persona cuyo estado mental comprometa el orden público y la seguridad de las personas.

La transposición de este concepto de la criminología ha sido efectuada en los alrededores de 1880 por Garofalo bajo el nombre de temibilidad.

El concepto de temibilidad, ya contenido en un artículo de Garofalo publicado en Oct. de 1878, en *La Giornale napolitano di filosofia e lettere*, bajo el título *Studi recenti sulla penalità*, ha sido precisado por este alto Magistrado en su célebre estudio *Di un criterio positivo della penalità*, Nápoles 1880, y desenvuelto en su obra fundamental "La criminologie", cuya primera edición italiana es de 1885. Enrico Ferri ha subrayado, con fuerza, que Garofalo enunció esta noción de temibilidad, "cuando apenas se entreveían los primeros albores de la nueva escuela, que no por ello dejaba de ser una intuición singularmente acertada, cada vez más confirmada desde entonces por investigaciones nuevas, la verdadera piedra angular del nuevo edificio científico" (20).

¿Qué era, pues, la temibilidad en el pensamiento del promotor de esta noción? "Yo había forjado la palabra "temibilidad"—que no tiene equivalente en francés—, nos dice Garofalo, para designar la perversidad constante y operante del delincuente y la cantidad de mal que se puede temer de su parte; en otros términos, su capacidad criminal" (21). Uno se explica, en consecuencia, por qué el término de temibilidad ha sido traducido por los de peligrosidad, de "redoutabilité", de peligro, o más bien aún, de estado peligroso.

(19) R. VOUIN: *Précis de Droit Penal Spécial*, París Dalloz, 1955, pág. 9.

(20) P. CORNIL: *Ob. cit.*

(21) E. FERRI: *Ob. cit.*, pág. 468.

Pero Garofalo no debía tardar en encontrar este concepto de temibilidad, demasiado restrictivo y demasiado negativo. Quiso elevarse a una noción más amplia, más constructiva. La nueva fórmula que ensayó fué aquella de adaptabilidad. La ha definido como "la búsqueda de la idoneidad del culpable a la vida social, en los diferentes casos de delitos". Se trata, pues, en lo sucesivo, de determinar, para cada delincuente, "el tipo de freno adaptado a la especialidad de su naturaleza", o mejor aún, "el obstáculo capaz de alejar el peligro" en función no sólo de su perversidad constante, sino del "grado de sociabilidad que le quede"; conviene buscar "la posibilidad de adaptación del delincuente", es decir, "las condiciones del medio en el cual se pueda presumir que él dejará de ser peligroso" (22).

Se ve que la nueva fórmula es más vasta y más ágil que la primera, a la cual engloba necesariamente. Se caracteriza por el hecho de que está orientada en un sentido constructivo. Aquí el descubrimiento de la temibilidad ya no es un fin en sí, no puede intervenir más sino tras de haber buscado todas las posibilidades de adaptación y tras de haber fracasado en esta búsqueda. La visión en la que uno se coloca es, pues, de todo punto diferente; es prácticamente la inversa de aquella que había sido tomada originariamente.

No hay que disimular que el diagnóstico criminológico del estado peligroso es difícil. Ciertamente, es fácil de hacer para los delincuentes profesionales, en función de elementos de orden histórico suministrados por su carrera criminal. Son, en efecto, factores sociales que explican principalmente una carrera criminal. Garofalo en su tiempo había tenido intuición de ello. "La vida anterior del delincuente—escribía—debe sernos conocida, y habrá de examinarse en lo posible sus vínculos de parentesco y sus relaciones. La edad del delincuente es la circunstancia más importante; es necesario saber luego cuál es su familia; la educación que ha recibido; cuáles han sido sus ocupaciones; cuál era el propósito que perseguía en la vida" (23). Es, pues, un criterio, o más exactamente, un elemento histórico el que nos permitirá identificar al delincuente profesional. Una carrera criminal se desenvuelve, en efecto, según ciertos procesos, pasando por diferentes etapas. Un proceso llamado "maduración", y muy bien descrito por Sutherland (24), aparece en la vida del delincuente profesional. Este momento de su vida puede ser descubierto por la simple encuesta histórica, pues él se caracteriza por una actitud general no disimulada y casi francamente afirmada hacia la criminalidad. Ella está integrada en su mentalidad y moralidad como un estado permanente durable. La criminalidad es para él una situación social que implica riesgos y ventajas, así como un código particular. Esta actitud general se completa por el dominio de las técnicas criminales, lo que, evidentemente, supone un aprendizaje severo. Hay así profesionales de la violencia, de la astucia y de la depravación.

El diagnóstico criminológico no presenta, tampoco, dificultades particulares, distintas de la que incumben a la técnica psiquiátrica corriente en relación a los inadaptados profundos, que hace falta distinguir de los sujetos atacados

(22) R. GAROFALO: *Ob. cit.*, pág. 332.

(23) R. GAROFALO: *Ob. cit.*, págs. 328-329-330.

(24) R. GAROFALO: *Ob. cit.*, pág. 329.

de estados enfermizos o semi-enfermizos. Estos inadaptados profundos son, ante todo, aquellos sujetos que O. Loudet presenta como teniendo constituciones psicopáticas.

Ellas pueden no solamente asociarse entre sí, sino, y esto es lo que no ha subrayado O. Loudet, pueden igualmente asociarse a trastornos de la inteligencia. La asociación de los trastornos de la inteligencia y del carácter constituye, y éste es el gran mérito de Erwin Frey de haberlo puesto especialmente en evidencia (24), el criterio por excelencia del estado peligroso.

En presencia de delinquentes profesionales y de inadaptados profundos, que son delinquentes crónicos, se puede afirmar la realidad permanente del estado peligroso. A la inversa, se puede afirmar que uno se encuentra en presencia de delinquentes accidentales que no presentan carácter peligroso, en lo que toca a los delinquentes de ocasión comunes, que hay que distinguir de los pseudo-delinquentes y de los delinquentes pasionales. Para distinguir estas categorías de delinquentes ocasionales deben ser utilizados diversos criterios, tales como la alteración del modo de vinculación del culpable con el ambiente; los elementos relativos a los motivos y a los procesos de la perpetración del acto, al estar combinados con el estudio de situaciones precriminales.

Pero entre los delinquentes accidentales y los delinquentes crónicos hay toda la gran masa de delinquentes marginales, que son la mayor parte inadaptados ligeros, es decir, débiles, que, cuando ellos no presentan ninguna anomalía característica, no son especialmente peligrosos, pero son susceptibles de dejarse arrastrar, porque son muy influenciables; delinquentes caracterizables desprovistos de perversidad constitucional, cuyo porvenir es incierto. Todos estos inadaptados ligeros pueden, según las circunstancias, evolucionar favorable o desfavorablemente. No es, en lo que les toca, el diagnóstico difícil, sino su pronóstico social, pues éste depende de los azares del misterio de la vida.

Casi diríamos, a propósito de estos delinquentes marginales, notado desde hace mucho tiempo, que los pronósticos emitidos en criminología son a menudo erróneos.

La necesidad de apuntalar el pronóstico social intuitivo y empírico sobre bases más sólidas y científicas no tiene, pues, necesidad de ser demostrada.

El Duodécimo Congreso Internacional y Penitenciario, que tuvo lugar en La Haya, en agosto de 1950, ha deseado "que los criminólogos de diversos países emprendan las investigaciones para desarrollar los métodos de pronóstico". Por su parte, el Segundo Congreso Internacional de Criminología ha emitido el deseo de que sea asegurada "la elaboración matemática correcta" del examen clínico (25).

Así, la elaboración estadística del pronóstico social es una de las preocupaciones esenciales de la investigación criminológica. Para lo cual es necesario, primeramente, proceder a estudios seguidos, es decir, comprobar lo que vienen a ser realmente los sujetos examinados (*follow up studies*); luego, pues, a partir de las observaciones así realizadas, elaborar ya esquemas de pronósticos, ya tablas de predicción.

(25) E. H. SUTHERLAND: *Ob. cit.*, pág. 199 y ss.

Esta predicción estadística del comportamiento antisocial está investigada por los criminólogos alemanes y de los Estados Unidos. Es obligado citar, en particular, las tablas de predicción de Sheldon Glueck, cuyo resultado concuerda, en el setenta por ciento de los casos, con la realidad, lo que autoriza concebir ciertas esperanzas (26).

Ciertamente yo no pienso que las tablas de predicción de mañana puedan suplantar el diagnóstico y pronóstico clínicos, ni siquiera la observación empírica, pero es indispensable que permitirán apoyarlas o completarlas con acierto. No conviene retroceder delante de este problema difícil o ignorarlo, sino hace falta atacarlo de frente, intentar resolverlo de una manera más completa.

Sería, en efecto, un error profundo ignorar deliberadamente la fe de un entusiasmo—simpático ciertamente—, pero no fundado sobre el estado real del conocimiento científico. Cuando, por ejemplo, Carlos Severin Versele—uno de los más afeitados iniciadores de la nueva Escuela de Defensa Social—dice que no se puede reducir el problema de la observación del delincuente anterior al juicio, “a la sola cuestión de saber si es o no socialmente peligroso”; cuando dice que reserva a la observación de defensa social el privilegio “de establecer el inventario de los datos positivos del hombre delincuente”—privilegio que niega a la “observación materialista positivista”—, ignora que el diagnóstico de estado peligroso no es nunca negativo, puesto que implica la elaboración de un programa de tratamiento. Por otra parte, al abandonar la noción concreta del estado peligroso, que no separa al individuo de su medio, y que considera que el delincuente y su mundo circundante forman una totalidad funcional, se condena a no considerar más que la personalidad de este delincuente, y, por tanto, a definir esta personalidad.

Así, pues, para Versele, es necesario admitir la dualidad psíquica; admitir que nosotros no somos este que realmente parecemos ser, es decir, admitir la aproximación psicoanalítica de la personalidad (27).

Uno puede preguntarse, entonces, ¿es oportuno orientar la justicia penal sobre la apreciación de activaciones inconscientes? ¿Es posible, dentro del estado actual de nuestros conocimientos, llevar un diagnóstico de personalidad así concebido? ¿Cuáles serían sus medios de realización aun cuando el psicoanálisis auténtico poco parece asemejarse a la filantropía?

Estos son, pues, reservas que es necesario hacer sin desligarse de la nueva Escuela de Defensa Social, que ganaría al no entorpecerse con interpretaciones aventuradas de datos científicos que todavía no están definitivamente establecidos. Es necesario ponerse en guardia contra una cierta tendencia que es la de la originalidad a cualquier precio, incluso al precio del sacrificio de esta noción de estado de peligroso, que será siempre indispensable para optar entre una cura libre y un tratamiento institucional (28).

(26) O. LOUDET: *Trabajo general del II Congreso Internacional de Criminología*. París, 1950.

(27) E. FREY: *L'avenir de mineurs delinquants*. “Cahiers de Sauvegarde”, 1947, n.º 1.

(28) Sobre el XII Congreso Penal y Penitenciario ver J. B. HERZOG. *Revue Internationale de Droit Penal*, 1950, pág. 449 y s., y sobre el II Congreso Internacional de Criminología, ver “*Revue Penitentiaire*”, 1950, pág. 825 y s.

Con esto termino. Creo haber demostrado que el papel de criminología frente a los eclécticos y a los promotores de la nueva Escuela de Defensa Social es levantar el escepticismo de los primeros y atemperar el ardor de los segundos.

Lo más difícil para ella es, sin duda, convencer a la Escuela Ecléctica. Pero probablemente la cuestión que se plantea hoy día es saber si se puede todavía no estar convencidos en presencia de los progresos de la criminología juvenil y de la reforma penitenciaria.

La criminología juvenil existe muy viva hoy, tal como se la había concebido en el Sexto Congreso de Antropología Criminal, que tuvo lugar en Turín en 1906 con motivo del jubileo científico de Lombroso (29).

Estos son, en efecto, los deseos de Turín, los cuales han definido lo que deben ser en el derecho de los menores las condiciones de realización de la criminología experimental. Y por haberse construido el derecho de menores de tal manera, es por lo que esta experimentación ha sido posible, y este derecho ha venido a ser hoy día una rama evolutiva de la criminología. Personalmente a partir de la criminología juvenil, en contacto con los métodos de educación vigilada, es como me he formado. Cuando en el mes de enero de 1947 exponía a Meridien (30), que conforme a lo que había sido entrevistado desde 1906 en Turín, debíanse transponer estos métodos, con todas las adaptaciones necesarias, al ámbito de los adultos, un alto Magistrado declaró que convenía "volver a descender sobre la tierra".

Yo no soñaba; sin embargo, pues gracias al esfuerzo admirable de Amor, primeramente, al de Germain, después, la administración penitenciaria francesa realiza concretamente cada día más el programa de la criminología experimental, así y todo, que se sepa, que nosotros tenemos hoy día en Fresnes un centro de criminología que sirve de modelo a las realizaciones que se efectúan en otros países, y que el sistema de clasificación que de él se deriva es mucho más rico y variado que aquel de Bélgica, que ha sido nuestro inspirador (31).

La conclusión que se desprende de este desarrollo es que es necesario persuadirse de que no se resolverá ningún problema sin dar a la criminología los medios de trabajo; es decir, sin edificar las condiciones jurídicas y judiciales de la criminología experimental, sin reformar el sistema penal. Este es el dilema en el cual nos encontramos: para hacer progresar más la criminología es necesario previamente modificar el sistema penal. ¿Puede negarse a la criminolo-

(29) Comp. Paul BERTRAND: *Les Tables de Prediction*. "La Revue du Commissaire de Police", dic. 1951, pág. 11 y s.

(30) Meridien es una sociedad francesa que estudia los problemas de la infancia inadaptada. Su alentador es M. Joubrel. El texto de esta conferencia aparece con el título *Science Penitentiaire et Criminologie juvenile*. "Revue Criminologie et de Police Technique", 1949, número 1, pág. 33 y s.

(31) Sobre el estado peligroso, ver en particular E. DE GREEFF: *La notion de responsabilité en anthropologie criminelle*. "Revue de droit penal et de criminologie", 1931, pág. 445. *L'état de danger avant le crime*. Ibid 1938, pág. 237 y s. *Les indices de l'état dangereux*. Conferencias del I. Curso internacional de criminología, Melún 1953, pág. 639. G. HEUYER: *Le problème du Pronostic en Criminologie*. Conferencias ob. cit. pág. 189. OLOF KNBERG: *L'étude psychiatrique des situations precriminelles*. Conferencias, ob. cit., pág. 173. J. PINATEL: *Le pronostic du comportement antisocial*. "Revue de Science Criminelle", 1952, pág. 286.

gía el que demuestre sus posibilidades en el campo judicial, después de lo que ha hecho en el dominio de los menores y en el dominio penitenciario? ¿Se puede prohibir a una hipótesis, sólidamente apoyada y prácticamente comprobable, el poder ser experimentada? ¿Se puede preferir una hipótesis, imposible de comprobar, como la de la prevención general?

Tales son los términos en los cuales es necesario plantear hoy día las relaciones de la criminología y del Derecho Penal.

REVISTA DE LIBROS

AGUNDEZ FERNANDEZ, Antonio : Segnalazione orizzontali in Spagna. (Separata de la «Rivista Giuridica della Circolazione e dei Trasporti»). Roma, 1958; 8 págs.

El autor de este artículo, que en la actualidad desempeña el cargo de juez de Primera Instancia e Instrucción de Villanueva de la Serena, examina el problema derivado del progresivo aumento de la circulación de vehículos de motor, que constituye una preocupación creciente, con relación a la señalización horizontal, especialmente circunscrita a nuestro Código de la Circulación de 26 de septiembre de 1934 y a las modificaciones introducidas en el mismo Decreto de 22 de julio de 1958, que se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* el 17 de septiembre del mismo año que concretamente modificó el artículo 174, determinando la señalización de marcas en el pavimento del modo siguiente :

1. *Línea longitudinal continua (aislada)*.—No debe ser nunca rebasada por ningún vehículo.

2. *Línea longitudinal discontinua*.—Puede ser rebasada para adelantar a otros vehículos, si la circulación lo permite. Normalmente, los vehículos deben circular por la vía situada más a la derecha de su dirección y volver a ella tan pronto como les sea posible.

3. *Líneas longitudinales adosadas*.—Conservan la significación de la más próxima al vehículo al tiempo de iniciar la maniobra. No deben ser rebasadas si la línea continua está del lado de la marcha.

4. *Líneas transversales*.—Indican la línea de parada, que no debe ser rebasada mientras dure aquélla, ya sea por detención en el cruce, señal luminosa, agente de circulación o paso de peatones.

5. *Flechas en el pavimento*.—Indican las guías que en los cruces deben tomar los vehículos antes de llegar a la intersección para facilitar la maniobra según las direcciones señaladas.

6. *Pintura de bordillos*.—El bordillo pintado con bandas alternadas, de color rojo y blanco, significa prohibición de detenerse junto a él, y cuando limita un obstáculo o construcción situado en la calzada, debe ser rodeado por los vehículos dejándolo a la izquierda de la marcha.

DIEGO MOSQUETE

BATTAGLINI, Giulio : «La querela». Roma, 1958. U. T. E. T., editor; 483 págs.

Siempre es agradable para el recensionista dar noticia de segundas o posteriores ediciones de las obras recensionales. El favor del público es garantía de que acierta al llamar la atención de los lectores sobre una deter-

minada obra, de que no la molesta con el comentario de la aparición de un libro que no merecía su llamada de atención. Esta, aunque el autor advierte que es una obra completamente nueva en relación con su *Diritto di querela*, que tuvo una primera edición en 1915 y una segunda en 1939, no es tan distinta de aquélla que no pueda considerarse como una tercera edición.

En esta tercera edición, o nueva obra, el autor respeta la sistemática anterior de dividirla en cinco capítulos, si bien haya variado la rúbrica o denominación del segundo y del tercero. Son éstos: el fundamento legislativo de la institución (I); el derecho de querrela (II); la titularidad del derecho de querrela (III); el ejercicio del derecho de querrela (IV), y extinción de este derecho (V).

En el prefacio advierte que donde mayores novedades ha de encontrar el lector ha de ser en la profundización del estudio de su naturaleza, es decir, en el capítulo I, y aunque advierte que se ha hecho, sobre todo en el aspecto legislativo, esto es cierto, pero también lo es que lo ha sido en el doctrinal, examinando los dos fundamentales criterios que inspiran las legislaciones en esta materia, pertenecer a la esfera privada y levedad del interés público. Estos motivos son de oportunidad y de conveniencia, entran, por tanto, en el campo de la política, son motivo de naturaleza política en relación con el derecho, motivos de política legislativa que pueden ser de naturaleza penal sustantiva o procesal.

El derecho de querrela, como todo derecho, tiene un significado positivo y otro negativo; la no querrela, en caso de concreta violación de la ley sustantiva, se resuelve en la no punición de la violación. En su admisión tanto la específica naturaleza de la violación como su gravedad; el peculiar carácter del bien jurídico lesionado sirve de base a la lista de los delitos que sólo por querrela pueden perseguirse; éstos son los contra el honor sexual, el orden matrimonial y familiar; sin embargo, en la mayoría de los países, la violencia es perseguible de oficio.

Agrupa, para exponer su fundamento político-legislativo, los cuatro grupos de doctrinas que tratan de explicarlo: el de los que dan una razón única, ya sea la del mayor interés social mínimo o la semejanza de ciertos delitos con los actos lícitos; el de los que ven una doble razón en la conveniencia de evitar el proceso penal y en la levedad del interés general lesionado por el delito; el de los que encuentran su fundamento en razones múltiples, especial concepción del delito en una época determinada, dificultad de establecer la línea divisoria entre la ilicitud civil y penal, consideraciones de derecho público interno o internacional, respecto al interés particular que podía herirse con la persecución y posibilidad de no poderse demostrar el carácter criminal del acto perseguido, y la teoría evolucionista de Binnding.

También llama la atención en el prefacio sobre el más detenido examen que en esta obra se hace sobre la anterior o anteriores ediciones del problema del perdón y de la revocación. Esta mayor amplitud es en las páginas del texto la consideración de que dada la naturaleza exclusivamente procesal de la querrela no puede ser el perdón y la revocación materia de de-

recho sustantivo, aunque tradicionalmente en el derecho italiano el perdón sea una causa de extinción del delito; pero esto, dice el autor, sólo es una propiedad legislativa.

Como se ve, la noticia de este libro se ha limitado por ser imposible una detallada ni aun resumida exposición de su contenido total a la consignación de las novedades y ampliaciones, que el propio autor señala, respecto a las dos ediciones de su obra anterior sobre la querrela, que habrán de ser conocidas de nuestros lectores.

DOMINGO TERUEL

BERLIN STUCHINER, Theresa: «Delitos y penas en los Estados Unidos».
Bosch, Barcelona, 1959; 205 págs.

La obra que vamos a comentar nos pone en contacto con un orbe jurídico-penal bien distinto del que conocemos y vivimos en España y, en general en el Continente europeo. Es un libro breve, pero altamente interesante que nos proporciona una imagen casi cinematográfica, principalmente descriptiva, de algunos aspectos del Derecho penal norteamericano. En breves páginas tampoco cabía intentar otra cosa, porque la primera nota a destacar es la variedad casi inabarcable de tal Derecho penal. Cada uno de los Estados tiene su propio derecho material y procesal penal. Y, por otra parte, la vigencia del sistema de casos precedentes, equivalente del «common law», hacen de consuno que la gama de delitos y sus correlativas penas tenga en los Estados Unidos cierto aspecto caótico, por lo menos para la mentalidad más rigurosa, sistemática y dogmática de los penalistas del Continente europeo.

Quizá por ello este libro atrae nuestra atención, pues a través de las dos Tablas que se acompañan (una referida al «murder» y al homicidio simple, y la otra al robo con fractura y al incendio) tenemos por lo menos un elenco bastante extenso de las valoraciones penales en todos y cada uno de los Estados de la Unión en las materias más aptas, sin duda para permitirnos formar una idea bastante exacta (págs. 143-203).

El libro comienza con la presentación de «un caso judicial» en el que la autora, descriptivamente, nos va mostrando, sin preocupaciones doctrinales, cuál es el desarrollo real del «caso» y las sucesivas formas de manifestación y ejercicio de los abogados y Tribunales (págs. 33-44). Trata a continuación de los actos delictivos en general (págs. 45-55) y entra después a considerar con más pormenores tres especies de delitos: contra las personas (págs. 55-86), contra la propiedad (págs. 87-128) y contra la morada (págs. 129-142).

Son dignas de observación las diferencias que en muchos casos se presentan en relación con nuestro señalamiento de bienes jurídicos protegidos por nuestro Código, según su sistemática. Sirvan de ejemplo que la falsedad documental es allí considerada como delito contra la propiedad (*forgery*) y que el robo con fractura es delito contra la morada (*burglary*).

La autora, que es abogado en ejercicio de la «barra» de Nueva York,

ofrece ideas personales de gran interés, sobre todo si responden, como es de suponer, a un estado de opinión generalizado en su Patria. Así, dice que el «common law» ha supuesto en Derecho penal una postura retardatriz de la evolución del Derecho penal (pág. 92); que los «statutes» han venido a completarlo y perfeccionarlo, con lo cual se reconoce la superioridad del principio legalista, que implica mayor seguridad jurídica que el derecho meramente judicial; la existencia de una cierta recepción del Derecho romano (pág. 99), etc.

No debemos terminar esta nota informativa sin hacer la debida estimación de la labor del traductor y comentarista (Fernando Díaz Palos), que hace también un prefacio introductorio y comparativo. Las notas de Díaz Palos, puestas siempre a continuación de cada uno de los párrafos o exposiciones de la autora, están redactadas, como convenía a la índole del libro, con extrema concisión, pero con todo rigor técnico y con las precisas referencias a nuestra jurisprudencia y a nuestra doctrina científica. La obra termina con un índice analítico que facilita mucho su manejo.

JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ VAL

BLAU, Gunther: «Das Cubanische Gesetzbuch der Sozialen Verteidigung», Berlín De Gruiter, 1957; XXVII-187 págs.

Prosigue la Colección de Códigos penales extranjeros del Instituto de Friburgo en Brisgovia sus traducciones, encomendándose la del Código de Derecho social cubano al hispanoamericanista doctor Blau, quien enriquece el texto de la impecable versión con un estudio introductorio pleno de interés no sólo histórico, como suele ser costumbre en la serie, sino profundamente crítico. Bien es verdad que pocos cuerpos legales son merecedores de tan acres censuras como el vigente de Cuba, harto más duras que las que el doctor Blau le dirige, entre otras razones, por sus pretensiones de progresismo traducidas las más de las veces en vana palabrería defensiva.

Si alguna vez resulta verdad el adagio francés de que *le mot ne fait pas la chose* es precisamente en este pretendido «Código de Defensa social», que bajo tal denominación y con cambiar el nombre de penas por el de «sanciones» piensa haber agotado todas las posibilidades de cientifismo y modernismo. Mas como quiera que al lado de dichas «sanciones» se admiten «medidas de seguridad», el dualismo persiste contradiciendo por ello uno de los postulados más típicos, si que también más discutibles del positivismo y defensismo: el de la unidad o sustitución de penas por medidas. No menos incongruente con sus postulados ideológicos es el expreso reconocimiento en la imputabilidad, en los artículos 34 y 35, tan inconciliable con el genuino positivismo. En otro orden de cosas censura el introductor las dimensiones verdaderamente excesivas del Código, el más copioso de toda Hispanoamérica con 594 artículos, muchos de ellos dilatadísimos, de un casuismo que recuerda los peores ejemplos de los viejos có-

digos, notablemente del español de 1928, que le sirvió de inmediata inspiración con el italiano Zanardelli de 1889.

A este respecto señala y califica de «grotesca» la prescripción del artículo 194, donde se dice que los que penetran en cafés, posadas, hoteles y cabarets, mientras están abiertos, no cometen el delito de violación de domicilio. Otras disposiciones, como la del artículo 588, haciendo depender la duración del internamiento en manicomios a los inimputables de la gravedad de la sanción prevista para el delito, constituye la más flagrante contradicción, no ya con los dogmas positivistas, sino con la más elemental lógica jurídica. En cambio, resultan sobradamente peligrosas para el dogma legalista, que el Código y la Constitución proclaman, las medidas p[re]delictuales del artículo 48. De arcaico se tacha, con razón, el artículo 37 letra B, declarando aplicables a los menores delincuentes de entre doce a dieciocho años de edad el derecho de los mayores, diferenciando tan sólo la ejecución de las sanciones. Se considera oscura la regulación de responsabilidad de las personas jurídicas (arts. 42-45), que responde a una tradición del Derecho penal cubano y constituye uno de sus rasgos específicos. Se tacha de «autoritario» el delito del artículo 217 consistente en maniobras políticas antigubernamentales de los ministros del culto, y de complicadísimas las tipologías relativas a funcionarios públicos en el Capítulo VII del Título VIII, con los alardes de puritanismo del artículo 430 —incompatibilidades de funcionarios— en que el Código cubano se ha inspirado en los españoles aumentado su ya censurable casuismo. Hace ver, a título de curiosidad, las especialidades del Código en delincuencia localista, sobre libertad de los mares, piratería y prácticas supersticiosas de los indígenas, de sabor marcadamente insular y africano.

La traducción dice inspirarse en el doble lema «tan literal como posible y tan libre como sea necesario», haciendo ver las dificultades que ofrece el estilo recargado, barroco y artificioso del texto original. Una copiosa bibliografía completa la obra, pues el Código de Defensa social cubano es uno de los que más rica literatura (en lo cuantitativo) ha determinado, y aun los comentarios más dilatados y prolijos que se conocen, los de Tabío de catorce volúmenes. En la exposición crítica e histórica el Dr. Blau se remite frecuentemente a los estudios de Jiménez de Asúa, reputado por él como «soberano conocedor del Derecho hispanoamericano».

ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS

BORREL MACIA, Antonio: «Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil». Segunda edición. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1958; 365 págs.

Aunque este interesante libro está principalmente dedicado al estudio del artículo 1.902 del Código civil y a comentar los comprendidos entre el 1.903 y el 1.910, ambos inclusive, de dicho Cuerpo legal, no por ello deja de referirse al Derecho penal, pues dada la interferencia entre las distintas

ramas del ordenamiento jurídico y en la forma exhaustiva en que son tratados todos los problemas por el autor, hace que éste entre en las materias propias de nuestro derecho.

Aconsejamos, dado su extraordinario interés, la lectura completa de la obra; pero, estando destinada esta recensión al ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, solamente nos ocuparemos de las cuestiones que encajan en el ámbito de las disciplinas comprendidas en su denominación.

Al estudiar el dolo y la culpa, trata de materia tan interesante como la referente a la distinción entre la culpa penal y la civil, diciendo:

«El Código penal español de 1944 que, para referirse a la culpa, emplea palabras de *prudencia* y *negligencia*, en el artículo 565 castiga con la pena de prisión menor al que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, de mediar malicia, constituiría delito; y con la pena de arresto mayor al que con infracción de reglamentos cometiere un delito por simple imprudencia o negligencia.»

«El artículo 585 considera falta y castiga con uno a cinco días de arresto menor o multa de 10 a 100 pesetas a los que por simple imprudencia o negligencia causaren un mal que si mediare malicia constituiría delito o falta.»

«Sólo en el caso de que con imprudencia temeraria o simple existiendo infracción de reglamentos, que de existir malicia constituiría falta, el Código penal no tiene disposición explícita aplicable. Delito no lo es; y de la calificación de falta lo excluye de una manera expresa el número 3.º del artículo 580 del Código penal; pero este criterio que surge de interpretar a la letra la ley y que debería aplicarse teniendo en cuenta el principio de que las leyes penales deben interpretarse restrictivamente, conduciría a considerar tales actos como constitutivos sólo de culpa extracontractual, civil y al absurdo de penar la imprudencia cuando es simple, y no cuando se combina con infracción de reglamentos o cuando es temeraria. En la práctica, los Juzgados municipales de Barcelona no consideran como falta y la sancionan como a tal. El Código penal se aplica también en tales casos.»

«El Código penal abarca, pues, todos los casos de culpa extracontractual en los que, a consecuencia de ella, sobrevenga un daño. Y sólo quedan para ser regulados por los artículos 1.902 y siguientes del Código civil aquellos casos excepcionales en los que se ha de exigir la responsabilidad a herederos o a personas que no han causado directamente el daño.»

«No es ese el espíritu de la ley; y, en la práctica diaria, son muchos los casos resueltos por tribunales civiles, por leyes de este orden y que de acuerdo con lo expuesto hubiere correspondido su conocimiento a los Tribunales de lo criminal. La competencia efectiva de unos y otros depende en gran parte de la jurisdicción ante la cual el actor ha planteado la demanda o querrela. Si se plantea ante los Tribunales de lo criminal, será criminal; si se plantea ante los Tribunales de lo civil, será civil.»

«Se han buscado argumentos y se han expuesto teorías para distinguir desde un punto de vista científico la culpa civil de la culpa penal, tantas y tan variadas que evidencian las grandes dificultades, por no decir la imposibilidad de establecer una verdadera distinción.»

La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta materia es examinada con gran atención, destacando las siguientes sentencias:

Sentencia de 7 de octubre de 1933, que enumera los elementos que deben concurrir para que la imprudencia sea punible y pueda calificarse de tal:

- a) Existencia de una acción u omisión voluntaria, no maliciosa.
- b) Que tal acción u omisión esté ligada por una relación natural de causalidad a un mal efectivo típicamente definido en la ley como delito.
- c) Que este mal se haya producido en condiciones tales que su realización hubiera podido estimarse *a priori* por un hombre normal de tipo medio, como posible y previsible.
- d) Que el mal, sea evitable o prevenible, mediante el empleo de una ordinaria diligencia.

La sentencia de 13 de noviembre de 1934 acomete la cuestión de una manera más decisiva: Dice que «es sabido que como consecuencia de la distinta naturaleza que tienen los delitos penales (*actos antijurídicos por su mayor gravedad y carácter antisocial se considera que violan el derecho subjetivo público del Estado*) y a los que se le impone una sanción punitiva además de la sanción civil y los delitos civiles (*actos antijurídicos que lesionan únicamente los derechos subjetivos privados* y a los que sólo se impone la sanción civil de daños y perjuicios), es el ámbito de estos últimos mucho más amplio que el de los primeros, y se da el caso de que mientras el delito civil es una *categoría abstracta y general que sólo exige la concurrencia de la antijuricidad y la culpabilidad*, unidas a la concreción del daño, los delitos penales constituyen especies *fijas y concretas*, en las que han de concurrir como elementos, además de esa *antijuricidad y esta culpabilidad, la llamada tipicidad y la punibilidad* (notas éstas mediante las cuales la doctrina científica moderna suele caracterizar la antijuricidad específica penalmente sancionada); de tal modo que mientras todo hecho doloso o culposo, aun cuando no esté previsto especialmente por la ley, puede dar lugar a una indemnización, si produce daños, y sólo pueden ser reprimidos con una pena aquellos hechos que causen o no un perjuicio a otra persona estén previstos y castigados por la ley penal; y que, si del terreno de los principios descendemos al de los textos positivos, es bien notoria la relativa independencia con que las leyes patrias regulan y disciplinan la culpa penal y la culpa civil, como lo demuestran los artículos 1.089 a 1.093 del Código civil, al deslindar y separar las obligaciones civiles que nacen de los delitos o faltas y las que se derivan de los actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penada por la ley, sobre todo los artículos 111 y 116 de la Ley de Enjuiciamiento criminal al permitir que pueda ejercitarse la acción civil después de extinguida la penal o resuelta en sentencia firme, salvo en el caso de que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia de esta clase que no existió el hecho de que la acción civil hubiera podido nacer.

En sentencia de 11 de mayo de 1940, el Tribunal Supremo ha declarado, en materia de imprudencia, que la delimitación entre culpa penal y cul-

pa de otra índole, dentro de la esfera de aplicación del derecho constituido, estriba en que aquélla se halla definida como acción u omisión voluntaria por el artículo 1.º del Código penal, del mismo modo que se hallan separados del cuadro de la penalidad las privaciones del derecho y las reparaciones que en forma penal establezcan las leyes civiles por el artículo 26-4.º del mismo Código punitivo.

Sobre materia de tan palpitante actualidad como es la referente a los accidentes de circulación causados por vehículos de motor, entiende el autor que, «teniendo en cuenta la supuesta mayor gravedad que concurre en la realización del hecho generalmente —y no decimos siempre porque se dan excepciones— acostumbra a considerarse como sujetos a las responsabilidades del Código penal los accidentes acaecidos en la vía pública, especialmente si de ellos se deriva muerte o lesiones. Y ello es debido a que, por la intervención inmediata de la autoridad o de sus agentes, se procede sin denuncia del perjudicado a la incoación de un sumario.

»De todas maneras, en tales casos, en que a primera vista aparece clara su mayor gravedad, si bien se examina, no sucede así.

»El conductor de un automóvil, el chófer, es un obrero que tiene a su cuidado una máquina complicada y peligrosa para él y para los que circulan por las vías públicas de las ciudades y de los pueblos. Se quiera o no se quiera, la precaución que en un principio utilizaba, cuando han pasado años desde que tomó el mando del primer coche (a pesar de haber adquirido más pericia y serenidad), contra su propia voluntad, porque es imposible que no suceda así, se habituará con el peligro y disminuirá las precauciones a utilizar.

»Este factor que tiene en cuenta la ley para obligar a indemnizar al obrero víctima de un accidente del trabajo, porque lo considera como imprudencia profesional, causada por el hábito y que tiene en cuenta cuando es el propio chófer, empleado de un patrono, el que sufre el daño consecuencia del accidente, con igual razón es preciso que se tenga en cuenta cuando el accidentado sea otra persona o sufra el daño una cosa.

»Naturalmente que quien por la vía pública dirige y gobierna un vehículo con el que puede ser causa de la muerte de los que transitan por ella, tiene el deber de extremar las precauciones en mayor grado que si el perjudicado pudiera ser él sólo; pero esto no deshace el argumento expuesto, porque lo que se sostiene es que queda limitada la libre actuación de su voluntad y, por consiguiente, la responsabilidad.

»Por eso muy pocas veces los accidentes de circulación deberían ser considerados como comprendidos dentro de la esfera del Código penal y ventilarse por los Tribunales de lo criminal, sino desde el punto de vista civil, por lo que hace referencia a las indemnizaciones y derechos de tercero; y desde el punto de vista administrativo, por si es preciso imponer sanciones por infracción de Reglamentos o retirar la licencia de conducción, si los que la tienen pueden constituir un peligro, ya por su falta de serenidad en momentos dados o por falta de pericia no apreciada en el momento de la expedición del oportuno carnet, o pérdida después, por múltiples circunstancias que no es preciso enumerar ahora.

»Argumentando hasta las últimas consecuencias, indudablemente que desde el punto de vista del derecho vigente, en muchos casos no procedería indemnización de clase alguna; ya, que no estando admitido el principio de la responsabilidad objetiva, ésta sólo se da cuando existe culpa, pero lo que sí hemos de consignar es que muchas veces, precisamente para dar lugar a esta indemnización, que es justa, se consideran como delitos o faltas acciones que no lo son; y es que cuando la ley no responde a su cometido de proteger a los ciudadanos cuando han de ser protegidos, se incumplen las leyes, pero se salva la justicia».

También examina las cuestiones referentes a la responsabilidad civil derivada del hecho punible, a la responsabilidad de terceros establecida por el Código penal, a la extensión de la responsabilidad entre los obligados a reparar en el orden penal, a la distinción entre las acciones civiles y penales, y a la prescripción de las acciones derivadas de delito, llegando a interesantes conclusiones.

CÉSAR CAMARGO HERNÁNDEZ

CONSTANT, Jean: «A propos de l'école franco-belge du milieu social au XIX siècle»; 58 págs.

La «colección científica» de la Facultad de Derecho de Lieja nos ofrece en forma de folleto la conferencia pronunciada, el 16 de enero de 1959, en el Instituto de Ciencias Criminales y Penitenciarias de la Universidad de Estrasburgo, por el profesor Jean Constant.

Comienza poniendo de relieve el objeto de la conferencia que es trazar los rasgos más característicos de la llamada «Escuela franco-belga del medio social», y luego de hacer las naturales reservas sobre la denominación de «Escuela» resalta el hecho de la existencia en Bélgica y Francia durante el siglo XIX de criminalistas eminentes que han proclamado en momentos diferentes, pero con idéntica convicción, el papel esencial que el medio social juega en el estudio de la etiología criminal.

En este sentido—dice—puede hablarse de una «escuela franco-belga del medio social» constituido por criminalistas que apartándose de los rígidos principios de la escuela clásica, la cual pretende resolver el problema de la responsabilidad penal de modo simplista, asimilando aquélla a la responsabilidad moral y fundamentándola únicamente sobre el hecho del libre albedrío, han seguido el camino iniciado por Guerry de Champneuf.

En realidad, el profesor Constant dedica su estudio a tres personalidades eminentes: Quetelet, Lacassegue y Tarde.

En cuanto a Adolfo Quetelet, verdadero creador del estudio sociológico de las estadísticas de criminalidad, le pueden ser atribuidos los orígenes de la Escuela franco-belga del medio social. Después de reseñar brevemente su biografía, en la cual resalta su formación netamente matemática, pasa a ocuparse de su obra científica y de la trascendencia que ha tenido, señalando dos conclusiones fundamentales en dicha obra; una la regularidad en la cantidad de crímenes cometidos cada año; otra, la influencia de cier-

tos factores sociales especialmente la edad, el sexo, el grado de educación y la miseria, en el desarrollo de la criminalidad. Estas dos conclusiones gravitan a lo largo de toda su obra, justificando las necesarias correcciones que conforme a estas tesis, respaldadas por datos experimentales, había que realizar en la doctrina clásica. Seguidamente ocupa varias páginas la refutación de la acusación de fatalismo formulada contra Quetelet. Este jamás ha combatido en pro de tesis fatalistas, pues reconoce que el hombre puede mejorar y que los crímenes disminuirán cuando varíen las circunstancias o factores sociales. Así, en su «Ensayo sobre el hombre y el desenvolvimiento de sus cualidades o de la física social», luego de reproducir un texto de Guerry, el ilustre técnico en Estadística, afirma que «cada clase de delitos tiene su distribución en variable», Quetelet asegura; «apremia observar que jamás he dicho que el número de delitos fuera invariable. Yo creo, por el contrario, en la perfectibilidad de la especie humana». Con la misma energía refuta la acusación de materialismo.

Tras demostrar que la constancia en el número anual de condenados es un fenómeno universal que ha encontrado en los documentos estadísticos de todos los países, enfoca su estudio hacia el medio social, mas no por ello niega el libre albedrío. Lo que afirma es que no se pueden reducir —so pena de desnaturalizarlos— los fenómenos sociales a elementos puramente psicológicos, mas —prosigue— los resultados del método estadístico son compatibles con la creencia en el libre albedrío.

A continuación, estudia la figura del Doctor Alexandre Lacasagne, profesor de Medicina legal en la Universidad de Lyon, considerado como el más genuino representante de la Escuela del medio social y cuyas concepciones opuestas a las de Lombroso han trazado el programa de la nueva escuela.

Durante el primer Congreso Internacional de Antropología criminal, celebrado en Roma, Lacasagne se pronunció ya contra el carácter unilateral y excesivo de las teorías lombrosianas, afirmando la importancia del medio social y sosteniendo, frente al fatalismo de Lombroso y sus discípulos la posibilidad de reforma, la cual se condiciona a un mejoramiento del medio social. Al año siguiente —prosigue exponiendo el autor— funda los «Archivos de antropología criminal». Había agrupados en torno suyo gran número de colaboradores como Audry, Brouardel, Corre, Debierre, Lauvent, Topinard y otros. Dos eminentes juristas, Tarde y Garrand le prestaron su adhesión, y bien pronto, criminalistas de Alemania, Austria, España y Bélgica siguieron su programa.

En el segundo Congreso de Antropología Criminal, que tuvo lugar en París en 1889, defendió entusiásticamente su tesis. «La educación, la buena o mala fortuna —dice— he aquí el verdadero factor de la criminalidad». Su campaña en pro de la escuela sociológica la prosiguió en todas las reuniones científicas en que tomó parte y, así, cuando se celebró el tercer Congreso internacional de Antropología Criminal, en Bruselas, el año 1892, las opiniones habían evolucionado favorablemente. Por aquella época, las tesis lombrosianas habían perdido parte de su prestigio; a partir del tercer Congreso la escuela sociológica había ganado la partida.

En el vasto dominio de las ciencias criminológicas, en plena evolución, ella había adquirido por propio derecho un lugar privilegiado. Este triunfo —prosigue el profesor Constant— se debía a la tenacidad, entusiasmo y dinamismo de Lacassagne, pero también, a la actuación más sutil pero no menos importante de Gabriel Tarde.

Termina la presente conferencia con un análisis de la vida y obra de Tarde, dedicando especial atención a sus ideas en torno a la responsabilidad penal y etiología criminal.

Durante diecinueve años fué Juez de Instrucción de Sarlat, en villa Natal, y el deseo de conseguir una mejor comprensión de la personalidad de los delincuentes le llevó a estudiar las obras de los criminalistas italianos, a los cuales consagró, en la «Revista filosófica» algunos estudios, que, ligeramente corregidos, constituyeron en 1885 su primera obra titulada: «La Criminalidad Comparada». En 1890 precisó su doctrina en la «Filosofía Penal», obra de máximo interés en estas cuestiones. Desde sus primeros estudios combatió a la vez las concepciones de la escuela clásica —para Tarde el libre albedrío era un postulado inútil— y las teorías de Lombroso. Sin negar la influencia de los factores antropológicos, acentúa la importancia de los factores sociales, defendiendo como más importante de todos la educación y el ejemplo.

Insatisfecho su espíritu filosófico con el fundamento que la escuela clásica daba a la responsabilidad penal, pretende encontrar tales fundamentos en lo que denomina «la identidad personal» y «la similitud social».

Finaliza su estudio el profesor Constant haciendo una ligera referencia al proceso intelectual, debido en gran parte a la Escuela del medio social, que lleva hasta la Escuela ecléctica, la cual fundada por Van Hamet, Von Liszt y Prins, bajo los auspicios de la Unión internacional de Derecho Penal acogió en su bandera a los criminalistas más eminentes del siglo XX, conciliando el principio de la responsabilidad moral con las aportaciones debidas al método positivo.

J. MORALES.

CUELLO CALÓN, Eugenio: «La Protección Penal del Cheque», 3.^a edición. Bosch, Barcelona, 1959; 101 págs.

Demuestra el éxito obtenido por esta monografía del Maestro Cuello Calón el hecho de haber alcanzado, en poco tiempo, su tercera edición, y este éxito se comprende fácilmente dada la importancia de la materia estudiada; pues el cheque es un instrumento de pago que, como afirma el autor, hoy día casi llega a asumir el rango de verdadera moneda, dada la difusión que ha alcanzado. «Mas para que llene satisfactoriamente su función es menester que infunda confianza, que su tomador tenga seguridad completa que será pagado a su presentación, que tenga casi la misma seguridad que la moneda.» Y a estos efectos es imprescindible una rigurosa

protección que únicamente puede proporcionar el Derecho penal con la potencia de sus sanciones.

La sistemática seguida es la misma que la adoptada en las dos primeras ediciones (1944 y 1949); esto es, dividir el trabajo en dos partes, la primera dedicada al examen de las legislaciones extranjeras y la segunda al estudio del Derecho español.

Comienza el estudio de la legislación extranjera exponiendo los acuerdos internacionales para la regulación uniforme del cheque, que culminan en la Ley uniforme de Ginebra, de 19 de marzo de 1931, para seguir examinando las legislaciones de los distintos países, según regulen la materia en leyes especiales (Francia, Bélgica, Italia, Portugal, Polonia, Grecia, Rusia, Argentina, Brasil, Chile, Méjico, Costa Rica, Cuba, Uruguay, Estados Norteamericanos, etc.) o lo hagan conforme a los preceptos generales de la legislación penal (Inglaterra, Alemania y Estados Unidos).

El estudio conjunto de estas diversas disposiciones le permite llegar a la conclusión de que las figuras delictivas referentes al cheque, comúnmente previstas, son las siguientes:

- A. Libramiento de cheques sin provisión de fondos.
- B. Libramiento de cheques sin autorización para girar, en descubierto.
- C. Retiro de la provisión de fondos por el librador.
- D. Oposición del librador al pago del cheque (bloqueo).
- E. Cheques postdatados.
- F. Cesión de cheques no provistos.

En la segunda parte se examina minuciosamente la cuestión en nuestro derecho patrio, dedicando especial atención a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y recogiendo los últimos fallos dictados sobre la materia, con posterioridad a las anteriores ediciones.

Es objeto de especial análisis el delito especial creado por el artículo 2.º de la Ley de 15 de mayo de 1939 para regular la admisión del cheque en las cajas públicas, llegando a la conclusión de que para que el pago de cheques sin provisión de fondos constituya esta especial infracción, es requisito indispensable que éste esté destinado a los pagos de las Haciendas del Estado, Provincia, Municipio y administraciones de los institutos y servicios públicos autónomos. Por tanto, la emisión de cheques sin provisión de fondos para pagos a particulares no constituye este delito.

Llega a la conclusión de que «en España se ha descuidado casi por completo de regulación legislativa del cheque, medio de pago de enorme difusión en otros países y que en el nuestro desempeña aún una función modesta, debido, quizá en gran parte, a la escasa confianza en él depositada. Por estas razones, cree conveniente que, al menos en el campo penal, se promulguen las correspondientes normas encaminadas a robustecer este medio de pago y de *lege ferenda* señalar los delitos que deberían ser previstos en una ley a tal fin encaminada. Estos son los siguientes:

- a) El hecho de dar en pago cheques sin provisión o con provisión insuficiente.
- b) El hecho de retirar el librador la provisión de fondos antes de que el cheque sea presentado al cobro.

c) La orden de no pagar el cheque o de pagarlo sólo en parte dada por el librador al librado (bloqueo del cheque).

d) La previsión de las anteriores hipótesis, en forma culposa, dada la posibilidad de su comisión.

Con relación a los supuestos de falsificación de cheques, no cree necesario ninguna modificación en los textos legales en vigor.

Felicítamos al Maestro Cuello Calón por haber alcanzado su tercera edición su profunda y documentada monografía y esperamos que por el legislador se tengan en cuenta las fundadas reformas que propone, con lo que el cheque alcanzaría la seguridad que requiere.

C. C. H.

ESTADÍSTICA DEL SUICIDO EN ESPAÑA. Madrid, 1958; 170 págs.

El Instituto Nacional de Estadística, de la Presidencia del Gobierno, en el que desempeña el cargo de Director General don Luis Ubach García-Ontiveros, acaba de publicar esta interesante monografía, en la que se recogen los datos estadísticos de suicidios en nuestra Patria, con referencia al quinquenio 1951-1955, con la que se prosigue la serie de publicaciones cuya investigación se dispuso por Real Orden de 8 de septiembre de 1906.

En la imposibilidad material de recoger con detalle la totalidad de las cifras, naturales en un estudio de este tipo, hemos de limitarnos a señalar la sistemática, que divide los resúmenes en dos grandes apartados: Nacionales y provinciales. Dentro de los primeros se comprenden los siguientes apartados: I. Clasificación de los suicidas por edad e instrucción, en combinación con sexo, estado civil y paternidad; II. Clasificación de los suicidas por profesión, en combinación con sexo, estado civil, edad e instrucción; III. Clasificación de los suicidas por medios empleados, en combinación con sexo, estado civil, edad e instrucción; IV. Clasificación de los suicidas por causa por la que atentaron contra su vida, en combinación con sexo, edad, estado civil e instrucción; V. Clasificación de los suicidas por los medios empleados, en combinación con profesión y sexo; VI. Clasificación de los suicidas por su profesión y sexo, en combinación con las causas; VII. Clasificación de los suicidas por la causa del hecho y sexo, en combinación con los medios empleados.

En los resúmenes provinciales se comprende: I. Clasificación de los suicidios consumados y tentativos, por provincias, capitales y municipios, mayores y menores de 10.000 habitantes. II. Clasificación de los suicidas por sexo y estado civil, paternidad y edad, por provincias. III. Clasificación de los suicidas por sexo y estado civil, paternidad y edad, por provincias. IV. Clasificación de los suicidas por nacionalidad, naturaleza e instrucción elemental y sexo. V. Clasificación de los suicidas por profesiones y sexo. VI. Clasificación de los suicidas por los medios empleados para llevarlos a cabo. VII. Clasificación de los suicidas por los meses en que ocurrieron los hechos.

Finaliza el trabajo con una información internacional, en la que se recogen las cifras estadísticas correspondientes al suicidio en diversos países

del mundo, con datos tomados del Anuario Demográfico de las Naciones Unidas, y la distribución de los suicidas por sexos, también en diferentes países, y todo ello con referencia al año 1955.

D. M.

GERHARD O. W., Mueller: «Criminal Law and Administration». (Separata del «New York University Law Review», 1958. Survey of American Law. January, 1950. Vol. 34; 83-116 págs.

El Ilustre Profesor Mueller nos traza con su habitual maestría un panorama de los avances jurídicos penales de los Estados Unidos durante el año 1958.

De la seguridad de 175 millones de americanos cuidan 350.000 policías mientras que 27.000 oficiales de prisiones vigilan a 200.000 presos. Los delitos aumentaron en un 9,1 por 100 y se cometieron unos tres millones de delitos y, por consecuencia de aquéllos, 12.725 personas perdieron su vida y 151 personas esperan que se cumpla la pena de muerte que sobre ellos ha recaído.

En la Parte I estudia la Parte General del Derecho penal en relación a los principales precedentes que durante el año se han fallado.

Capacidad. La principal eximente aplicada ha sido «insanity» siguiendo para su demostración, principalmente, los tres «tests» siguientes:

1.º La Regla «Durham». «Si existe una razonable duda de que el acto no fué producto de una anomalía y el encartado no estaba sufriendo ninguna enfermedad y no estaba en condiciones mentales anormales debe declararse culpable». Esta regla es una ligera modificación de la Tradicional Regla de New Hampshire.

2.º El impulso irresistible como apéndice al Test M'Naughten.

3.º M'Naughten. La incapacidad para conocer la naturaleza y consecuencia del acto, así como el no conocimiento de la maldad del acto, origina también la exclusión de la responsabilidad.

Cita los precedentes, asimismo de los casos de «partial insanity» («Mens Rea (Dolo)», error o ignorancia del hecho y del derecho, los problemas que surgen de la interpretación por parte de los Tribunales, tentativa, conspiración, concurrencia de delitos, clasificación de delitos y responsabilidad criminal de las empresas.

En la II Parte estudia la parte especial del Derecho penal, tratando, en particular, de los siguientes delitos: Crímenes contra el Estado y la Justicia (en este apartado cita el permiso otorgado al poeta Bera Pound para volver a Italia). Obstrucción de Jurisprudencia, perjurio.

Delitos contra las personas. Homicidio, delitos sexuales y escándalo público.

Delitos contra la propiedad. Hurto y receptación.

Crímenes contra las personas y la propiedad: Robo, chantaje y delitos leves: Juego.

En la tercera parte estudia los fallos recaídos sobre el Procedimiento criminal, estudiando el arresto, intrusión de morada por los oficiales de los Juzgados, búsqueda y captura, preliminares del juicio, juicio, penología, ejecución de sentencias, delincuencia juvenil y recursos contra el fallo.

Cita la principal bibliografía que sobre Derecho penal se ha publicado durante el año y concluye diciéndonos que sin desarrollos espectaculares el Derecho penal y su procedimiento han logrado un avance gradual hacia un reforzamiento moral del derecho.

TOMÁS GÓMEZ ORTIZ

GRAVEN, Jean: «Les procédés nouveaux d'investigation scientifique et la protection des droits de la défense»; 29 págs.

Constituye el presente trabajo una importantísima aportación al problema de los nuevos procedimientos de investigación científica que se reflejan en determinados medios de prueba; aportación encaminada a establecer sólidos criterios que sirvan de guía al penalista en tan espinosa cuestión, fijando los derechos de la defensa y la licitud e ilicitud de tales medios de prueba.

Se ha dicho con frecuencia —expone el profesor Graven— que el procedimiento penal es reflejo de las costumbres de un país y de una época, y se ha hecho referencia a las principales fases que Ferri, con Tarde, distinguían en la evolución histórica del problema de la prueba. Superadas las fases de la prueba religiosa, legal y sentimental, debía entronizarse la fase de la prueba científica. Siendo el objetivo del procedimiento positivista establecer la prueba irrecusable. Estas ideas que, en principio parecían utópicas y revolucionarias, han venido a ser, en verdad, realistas y proféticas, habiendo suscitado la aplicación de los nuevos procedimientos de investigación, en materia de prueba —detector de mentiras, suero de la verdad, narco-análisis, etc., una apasionada polémica.

Estos procedimientos —afirma el autor— no sólo suponen una revolución en el proceso y medios de prueba tradicionales, sino que pueden implicar un peligro evidente para los derechos del individuo y las garantías de la defensa, aparte del riesgo manifiesto de abuso si se ponen al servicio de objetivos políticos. La «lucha científica» contra el crimen y los criminales constituye un objetivo, a la vez lícito y seductor, pero se corre el peligro de que degenera, prácticamente, en una lucha contra el hombre, resucitando, en cierto modo, la odiosa tortura.

Pasados los primeros momentos de apasionamiento en el debate, los diferentes problemas suelen ser estudiados desde un plano de mayor objetividad, sea en su aspecto de aplicación concreta, o bien desde una consideración teórica de tipo general conforme a la doctrina y a la Jurisprudencia.

El profesor Graven enfoca su estudio en relación con el derecho suizo, poniendo de relieve que según resulta del artículo 46 bis de la Constitución Federal, el procedimiento es materia que se regula de modo diferente

en gran número de cantones, lo cual dificulta el examen. Con todo realiza un magistral análisis de la cuestión, partiendo de las funciones encomendadas al Juez de instrucción, y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes que reflejan el máximo respeto a los derechos del individuo, tónica general de la legislación suiza.

Sentado lo anterior, pasa a ocuparse concretamente de cada uno de los medios de prueba sobre los que versa la controversia, comenzados por los tests «psicológicos» que son un atentado a la personalidad del sujeto, y a su esfera íntima, una intrusión en su fuero interno, mas no puede decirse que sean ilegales. En segundo lugar examina el uso de micrófonos, magnetofón, etc., con estos fines, pronunciándose en pro de su uso moderado en causas de notoria gravedad. En tercer lugar se plantea el problema del detector de mentiras. Dos objeciones pueden hacerse: una de tipo práctico y otra de tipo jurídico. Prácticamente no está absolutamente demostrada su exactitud; jurídicamente se alega que el procesado no puede declarar contra sí mismo. Ambas objeciones deben ser racionalmente tamiizadas; la objeción práctica es aplicable a todos los medios de prueba; la objeción jurídica es un postulado legítimo y reacción natural contra el viejo procedimiento inquisitorial, arbitrario y secreto; más moderadamente... sentadas las necesarias garantías, no es dable renunciar a todo control, a todo examen que pueda favorecer el descubrimiento de la verdad. Para nosotros —dice— aquellos medios de investigación científica que no atentan contra la integridad y la dignidad de la persona humana y que naturalmente vienen a ser como auxiliares de la justicia, deben ser utilizados sustituyendo los rutinarios métodos actuales, debiéndose calibrar inteligentemente estas pruebas y no darles un valor total y absoluto.

Seguidamente se ocupa del llamado «suero de la verdad» y del narcoanálisis, pronunciándose en contra de tales medios, criterio que coincide con el de la mayoría y que es sostenido en Suiza por eminentes médicos y juristas.

Por último plantea el problema de la utilización de procedimientos químicos o «fármaco-dinámicos», los métodos directos de intervención médico-psíquica, como el «electro-shoc», y de intervención médico-quirúrgica como la lomotomía y la lobotomía prefrontal, que utilizadas no con fines médicos, sino inquisitoriales y judiciales permiten vencer toda resistencia.

Aquí —termina el profesor Graven— no hay problema alguno. Débesse unánimemente condenar todos los métodos de interrogatorio tendentes a «desmantelar al hombre» y obtener confesiones y condenas. Estos procedimientos coercitivos y análogos, contrarios al derecho y a la moral deben ser rechazados de plano.

Finaliza el estudio con las siguientes palabras: tal empleo —se refiere a los métodos reseñados antes— nada tienen que ver con la justicia, más aún, es la negación misma de la justicia, y, nosotros, lo repetimos de acuerdo con todos los juristas del Estado de derecho y el sentimiento unánime de nuestro país, de recours à l'iniquité ne peut jamais être un mo-

yen de droit, même lorsque l'intérêt politique, l'intérêt de l'Etat qui fait les lois, mais non le droit, se flatte de l'imposer».

J. M.

GRUTZNER-VON KIEBUSCH, Marchal: «Das belgische Strafgesetzbuch», Berlín. De Gruyter, 1958; 126 págs.

El número 75 de la Colección de Códigos extranjeros comprende un viejo cuerpo legal, el belga de 8 de junio de 1867, uno de los más antiguos de los aún vigentes en Europa, si bien remozado por diversas reformas que se acogen en la traducción, rigurosamente al día hasta 1 de enero de 1957. De líneas clásicas como directamente inspirado en el napoleónico, es sobradamente conocido, anunciándose su probable próxima jubilación, ya que desde 1952 existen trabajos de reforma en una comisión presidida por León Cornil. Entre las modificaciones sufridas últimamente por el Código son de señalar las en materia de delitos contra la seguridad exterior del Estado de la Primera parte del Libro II, notablemente el artículo 120 g. (introducido por ley de 19-III-1956) que extiende las principales modalidades a los actos perpetrados contra Estados extranjeros con los que Bélgica hubiere pactado acuerdos regionales o de mutua defensa. Interesante precepto de solidaridad internacional concebido en el espíritu de cooperación del Benelux. Otras modificaciones de los últimos años se refieren a una mayor vigorización de la protección estatal en lo exterior, si bien con buen acuerdo se prescindió de incorporar al Código los múltiples y pasajeros preceptos sobre colaboracionismo e incivismo, legislación de excepción que fué Bélgica de las primeras naciones en abolir.

Al texto del Código penal se añade el de la traducción de la famosa «Ley de Defensa Social contra delincuentes anormales y habituales», de 9 de abril de 1930, que durante tanto tiempo se ha considerado como modelo de las nuevas direcciones preventivistas, pero cuya reforma asimismo se anuncia como inminente. Claro es el principal mérito de la ley belga se halla en su exacto cumplimiento, y en ella efectiva existencia de las medidas de seguridad y establecimientos que en ella se consignan, no siendo un mero desahogo literario como en otras legislaciones suele suceder.

La Introducción histórica la firma el Consejero de Justicia belga J. Marchal, que se limita a señalar las principales diferencias del Código en relación con el de Alemania.

A. Q. R.

LORENZ, Max: «Die Regelung der Verjährung im Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuches». Beck, München y Berlín, 1959; 30 págs.

En realidad, este trabajo es complemento a la obra fundamental del autor titulada «Die Verjährung in der deutschen Strafgesetzgebung» aparecida en la misma editorial de 1955 y recensionada en el núm. 2 del año año 1955 en este mismo ANUARIO.

El autor, especialista en esta materia de la prescripción a la que viene dedicándole trabajos desde 1934, vuelve a ocuparse del tema con motivo de la aprobación del texto del «Proyecto» de 1958 que regula la prescripción en los párrafos 133 a 140.

Lorenz toma posición crítica frente a la regulación de que es objeto la prescripción en dicho «Proyecto». Preciso es recordar que el autor, dentro de la teoría jurídico-material de la prescripción, representa una postura extrema, no estando, por tanto, de acuerdo con lo manifestado en la exposición de motivos del «Proyecto» que se manifiesta en pro de la teoría mixta, es decir, de aquella que ve en la prescripción una doble naturaleza: procesal y material. Crítica esta confesión de la exposición de motivos poniendo de manifiesto (pág. 20) la contradicción que entraña el que por una parte se declare que la principal justificación de la prescripción estriba en que el transcurso del tiempo haga desaparecer la necesidad de la pena, lo cual viene a constituir la base de la teoría jurídico-material de la prescripción, y que por otra quiera verse en la prescripción una naturaleza procesal.

Respecto a los plazos de la prescripción, se muestra partidario de que se haya fijado una escala que oscila entre tres y treinta años para la prescripción del delito, pero no cree acertado el que se mantengan los mismos plazos para la prescripción de la pena, plazos que deben ser mayores en este caso, como ocurre en el Código penal español al que el autor se refiere concretamente. Según su opinión, los límites de la escala para la prescripción de la pena deberían elevarse a cuatro el límite mínimo y a treinta y cinco el máximo. La existencia de una sentencia firme anterior autoriza a establecer esta diferencia.

Se muestra partidario de la solución dada para señalar el comienzo de la prescripción. En relación con la interrupción de la prescripción cree que no sólo debe regularse la interrupción de la prescripción del delito, sino también la interrupción de la prescripción de la pena, cosa que, a su parecer, omite el «Proyecto» de modo injustificado. En el mismo párrafo 135 se expresan taxativamente cuáles son los actos que interrumpen la prescripción. Contra esta regulación legal se manifiesta el autor creyendo que esta cuestión debe relegarse a la Jurisprudencia.

El que la prescripción de las medidas de seguridad y mejora estén reguladas en el capítulo de la prescripción y no en el correspondiente a estas medidas, cree Lorenz que constituye un acierto, ya que el transcurso del tiempo es el denominador común de ambas prescripciones. No se muestra de acuerdo con el párrafo 3.º del párrafo 138 donde se establece que las medidas prescriben a los diez años y en casos especiales a los cinco, remitiendo a sus propuestas en la obra ya citada de 1955 donde propone el término de cinco años, en general, aunque admite algunas excepciones.

El autor critica también el que no figure en el «Proyecto» la prescripción de las consecuencias o secuelas de la pena, ni del que se considere el transcurso de una parte del plazo fijado para la prescripción como causa de atenuación de la pena, ya que la exposición de motivos se contenta con referirla a los fundamentos para la determinación de la pena.

También critica al «Proyecto» por no haber dado entrada a la prescripción de las sanciones gubernativas.

MARTINEZ VAL, José María: EL DELITO DE CONDUCCION SIN PERMISO. (Separata del «Foro Manchego»). Ciudad Real, 1959; 8 págs.

Comentario a la Ley penal del Automóvil de 9 de mayo de 1950, con referencia especial a su artículo 3.º, que castiga con la pena de arresto o multa de 1.000 a 10.000 pesetas al que condujere un vehículo de motor sin estar legalmente habilitado para ello.

La concesión del permiso de conducción en España depende de dos Organismos diferentes: Las Jefaturas de Industria, en cuanto concierne a la comprobación de la aptitud física o psicotécnica, y a la aptitud de conocimientos legales y mecánicos. Y la Jefatura de Obras Públicas en el trámite relativo a preparar el expediente y extender o diligenciar el permiso, cuando la Delegación de Industria lo ha verificado, previos los ejercicios correspondientes que demuestren la aptitud del solicitante.

En el trabajo en cuestión se hace un detallado estudio de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, y de las disposiciones legislativas que guardan relación con el mismo, y muy especialmente del Decreto de la Presidencia del Gobierno de 29 de diciembre de 1957, que establece la obligatoriedad de someter periódicamente a revisión los permisos de circulación de vehículos de motor, en cumplimiento de lo que ya se había dispuesto en Decreto de la misma Presidencia de 12 de septiembre de 1957, que determina que «sin cuyo requisito (revisión) perderán automáticamente su validez todos los permisos», estableciéndose imperativamente que «a partir del vencimiento de los plazos señalados anteriormente, se consideran nulos los respectivos permisos de conducción que carezcan de dicho requisito». Estima con acierto Martínez Val que si sigue aplicándose con rigor literalista la letra del artículo 3.º de la Ley del Automóvil, que aborda la prevención de un peligro abstracto por falta de aptitud, se vendrá a la excesiva consecuencia atendida la finalidad de la Ley, de condenar, por ejecución de un acto de peligro abstracto derivado de su ineptitud o falta de competencia para conducir, a quien lleve tres o más años conduciendo con un permiso que por la mera inejecución de una formalidad administrativa de revisión periódica ha quedado nulo y sin valor.

D. M.

MATEO LAGE, Fernando de, Juez de Primera Instancia e Instrucción
«¿Existe el llamado Fuero Universitario?» (Separata de la Revista de la Facultad de Derecho de Madrid, C. Bermejo, Madrid, 1958; 27 págs.

Comienza el autor diciendo en la *Introducción* de su estudio que «está cuestión, en cuyo estudio voy a entrar, de la posible subsistencia del fuero universitario en nuestros días, es, creo, de relevante interés, aunque no lo sea tanto como lo fué en tiempos anteriores, todavía no muy alejados de los nuestros, no ya por el tema en sí sino por el matiz político que se le

dió, principalmente, en el pasado siglo y principios de éste. Ya que el fantasma del fuero universitario, agitado como banderín por distintos partidos políticos a través de la historia constitucional de España, llegó a ser la pesadilla de los gobiernos de nuestra nación, tanto en su consideración estrictamente jurídico-procesal, como tal fuero, de independencia más o menos amplia respecto de la jurisdicción ordinaria, cuanto en la de autonomía frente al poder ejecutivo, debido a la parte activa que la Universidad ha tomado en las continuas revueltas que se han sucedido a través de nuestro agitado siglo XIX y principios del XX».

El fuero universitario nace, como los demás privilegios académicos por razones de protección y estímulo, las mismas que en otro aspecto hacen surgir los fueros, cartas pueblas y demás privilegios otorgados por los reyes a los nuevos municipios que se van formando en territorios reconquistados a los musulmanes. Con el fin de proteger la cultura, para que escolares y maestros acudan a las nuevas universidades, los reyes, al fundarlas, les conceden numerosos privilegios, siendo también frecuente que lo hagan los Papas, movidos por el afán de que la luz del espíritu se extienda entre los pueblos que, descendientes de los antiguos bárbaros, todavía en la Edad Media, si bien cristianizados, conservan restos de su primitivismo originario, permaneciendo los Pontífices, al hacer esto, fieles al espíritu de la Iglesia que en estos siglos es la depositaria de la cultura, máxime cuando se advierte que varias de las Universidades son de creación pontificia, y otras proceden de los estudios eclesiásticos que existían en las catedrales, y buena parte de los que a ellas acuden, escolares y maestros, son eclesiásticos.

Merece especial interés la parte dedicada al estudio del fuero universitario a través de la Historia de nuestras universidades, fijando el autor principalmente su atención en las de Salamanca, Valladolid, Alcalá, Zaragoza y Sevilla.

Cita, como anécdota, los sucesos acaecidos en la Facultad de Medicina de San Carlos, en la Universidad de Madrid, el 25 de mayo del año 1931, matizados por la actitud de protesta, frente a la Monarquía, de los estudiantes republicanos, ante la respuesta de la fuerza pública a sus agresiones, cuando estaban, estudiantes y no estudiantes, atrincherados en la expresada Facultad, que dieron motivo a las consiguientes protestas por la violación del supuesto Fuero Universitario, lo que contrasta con lo después legislado por los disconformes, que en el artículo 95 de la Constitución de la República no reconocen dicho fuero, al disponer que no se podrá establecer fuero alguno por razón de las personas ni de los lugares».

Con relación a la vigente legislación dice :

«El 29 de julio de 1943 se dicta la Ley de Ordenación Universitaria que, en sus disposiciones transitorias, derogada el Real Decreto de 12 de enero de 1906 y los de 18 de enero de 1907, 3 de junio de 1909, 27 de noviembre de 1913, 16 de julio de 1917 y todos los demás dictados en esta materia, constituyendo, por tanto, la vigente ordenación en materia universitaria, y no haciéndose ninguna referencia en esta ley al objeto de nuestro tema. Pero

el Decreto de 8 de septiembre de 1954, por el que se dicta el Reglamento de Disciplina Universitaria, en su artículo 17, nos dice que «en el caso de que las faltas de disciplina universitaria presentasen caracteres de delito, el Juez instructor académico dará parte a la Superioridad y a los Tribunales, y enviará los certificados de los documentos y diligencias que se consideren necesarios para la incoación». Y en el artículo 34 expresa: «Que si en un centro docente se cometiera un hecho que, sin caer bajo la acción académica, esté sujeto a la judicial, se deberá dar parte al Juzgado» que corresponde a la obligación impuesta en los artículos 259, 262 y 264 de la vigente Ley de Enjuiciamiento criminal. En el artículo 33 se dice, aproximadamente, si bien de forma más atenuada, lo mismo que en el artículo 20 del Real Decreto de 1906, ya que se dispone: «que si en algún centro docente ocurriese desorden grave en el que tomare parte la generalidad de los alumnos y no fueren bastante los esfuerzos del jefe del Centro... el jefe del establecimiento... previa suspensión de los actos académicos, propondrá a la Superioridad las medidas que estime necesarias... sin perjuicio de imponer a los responsables las oportunas correcciones»; decimos más atenuadamente, porque no se impone terminantemente, como en el artículo 20, antes citado, la obligación de reclamar el auxilio de la fuerza pública, pero sin que este artículo, que hace referencia únicamente a las obligaciones del jefe del Centro universitario, implique una situación especial de inmunidad con relación a las medidas gubernativas».

Como resumen de su interesante y documentado estudio, termina Mateo Sage diciendo que «se puede afirmar que no existe ninguna base legal para poder mantener la existencia del fuero universitario, ni en materia civil ni en materia criminal, tanto en la legislación especial universitaria, como en las leyes de procedimiento civil y criminal actualmente vigentes, por razón de las personas y de los lugares. Aplicándose, en el caso de que por razón de delito hubiera de procederse a la entrada o registro en los establecimientos universitarios el artículo 564 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, en relación con los artículos 546 y 547 del mismo cuerpo legal, por tratarse de edificios públicos, habiendo sido éste de entrada o registro en las universidades, con el consiguiente pretendido derecho de asilo inherente a éstas, el verdadero tema que se discutía, cuando en las algaradas estudiantiles, antes referidas, se defendía el fuero universitario».

C. C. H.

NÚÑEZ LAGOS, Rafael: Doctor en Derecho y Notario de Madrid: «Perfiles acerca del concepto y clases de documentos». (Separata de la «Revista Notarial», publicada por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires); 30 págs.

Uno de los conceptos más interesantes para el penalista es el de *documento*, pues ya sea público, oficial, de comercio o privado, constituye el objeto material de una gran parte, quizá la más importante y dificultosa, de los delitos de falsedad. Por esta razón, damos cuenta de este interesante trabajo debido a la pluma del ilustre jurista Sr. Núñez Lagos.

Empieza el trabajo estudiando el concepto de documento; el documento es una cosa *corporal* que *docuit*, que enseña, que muestra algo, y de esta premisa saca la consecuencia de que, generalmente, son dos términos los que hay que examinar: la *corporalidad* y la *docencia*.

La corporalidad se compone de dos elementos:

- a) La cosa en sí misma, como *corpus*; y
- b) La *grafia*.

Con relación al primer elemento, dice el autor que hay muchas cosas expresivas; por ejemplo, las pisadas en barro, la bala en la pared, los carteles que rotulan las calles, los nombres de las tiendas, etc.; pero estas cosas no son documentos, ya que les falta una condición esencial, que es la de ser muebles.

«El documento es móvil y manejable, pasa de mano en mano. Esto le diferencia del monumento, que es fijo, inmueble, estático. Entre documento y monumento hay la misma diferencia que entre piedra inmóvil y papel ligero. El monumento origina movimientos epicéntricos: *se va a él*. El documento, por el contrario, no se va a él, *se lleva consigo*, donde haga falta.»

Seguidamente, se ocupa de la historia de la *corporalidad* del documento, y dice que las primeras señales gráficas de comunicación las hicieron los hombres en el suelo, sobre la madre tierra o en el tronco de los árboles. La necesidad de movilizar, de hacer cosa mueble esas señales, llevó a emanciparlas, a segregarlas, resultando así: de la tierra, el ladrillo o *briqueta caldea*; del árbol, el *liber* o *biblos*, del cercano Oriente.

La *grafia* es el medio de expresión, que por su autor se incorpora a la cosa, para que ésta pase a adquirir la condición de *documento*; «es un puente entre el espíritu humano y la cosa; el enlace entre una realidad del espíritu y una realidad de la naturaleza».

Distingue en la *grafia* dos aspectos: uno, estático, físico, que adhiere a la cosa; otro, «dinámico, vital; la circulación a dos manos, desde el autor a la cosa y desde la cosa al destinatario».

Dice que, en su aspecto físico, «la *grafia* está unida a la historia de los elementos empleados para escribir, lo que en términos medievales del arte se decía *calamus et incausto*.

«*Calamus*. Antes que la generalización de la pluma de ave, fueron usados:

a) El punzón cuneiforme. Acabado en forma de cuña, estampaba en bajo relieve, en el barro fresco, la serie de cuñas que constituía, según su colocación el alfabeto caldeo.

b) El punzón puntiagudo que, a manera de buril, grababa las letras en madera o metal.

c) El *stilus*, de hueso o metal, para grabar sobre la cera en las *tabulas* romanas. Una punta afilada servía para escribir; la otra, plana o roma, para borrar.

d) El *calamus* propiamente dicho, o caña afilada, flexible y resistente que se hacía importar de Guido, en Asia Menor, y de Egipto.

e) La pluma de ave. Aparece usada en Roma en el siglo II d. J. C., y ha perdurado hasta nuestros días.

f) La pluma de metal. No aparece en Europa hasta el siglo XVI.»

Se sabe—dice Pérez Calín—que en 1531, Pierre de Sanís se sirvió de una pluma de bronce; que en 1658 se vendían en París, de plata, y en 1692, de acero, fabricadas por André Delesme; que Joe Jannssen las hizo en Aquisgrán, en 1748; que Harrison las fabricó en Birmingham, en 1780; que en 1808 Buerger las fabricó en Königsberg, de acero; que James Perry las hizo en 1820, siendo las primeras que dieron resultado práctico, y que José Masson estableció la fabricación en gran escala en 1825, en Londres.»

g) Imprenta, máquina de escribir máquina de fotografiar, etc., *Incausto*. La tinta no se usó hasta el advenimiento del papiro y del pergamino.

«El documento hoy puede ser: impreso, mecanografiado, fotografiado, etc. En esto, como veremos después, no hay gran dificultad con tal que sus respectivas grafías reúnan los mismos requisitos que se han exigido siempre al documento manuscrito, porque tampoco todo escrito, incluso autógrafo, es documento.

Quedan aparte la fotografía y el sistema Braille, para los ciegos.»

Pero la grafía tiene, además, un aspecto dinámico en el que la cosa comunicada con el hombre en una doble dirección. En una, «el pensamiento humano va a la grafía del documento. El pensamiento del autor se hace grafía sensible. En la dirección contraria, «el documento devuelve, *tractus temporis*, el mismo pensamiento; pero a no a su autor, sino al destinatario», y añade: «El documento ha de expresar el pensamiento de su autor; la grafía ha de estar preñada de significaciones tanto para el autor del documento—que no hay que confundir con el autor del hecho jurídico—como para sus destinatarios. No basta con la grafía; hace falta su significación inteligente y transitiva. No hay documento por azar. El documento es hijo, si no de la premeditación, al menos de la conciencia.» Por eso «la piedra de toque para saber si una grafía es o no documento, en sentido jurídico, está en las dos fases vitales del documento, formación e interpretación; esto es, forma o momento de autor, y prueba o momento de destinatario.

«A los signos, señas, señales, huellas dactilares, fotografías, etc., ordinariamente les falta:

a) *En el momento de su formación*, que su autor tenga conciencia o intención de expresar algo significativamente relevante.

b) *En el momento de su interpretación*, que *objetivamente* explique lo que el autor ha querido explicar al destinatario, es decir, en frase de Maurach, el documento *explica*, mientras el signo o la huella viene explicado, o, como expresa Welzel, *el documento contiene un pensamiento al paso que el signo lo estimula.*»

«Con esto quedan rechazadas todas aquellas definiciones que, más o menos, vienen a decir que *el documento representa un hecho que esté fuera de él*. Ni lo uno ni lo otro.

a) El documento no representa, al menos *directamente*, el hecho. El documento expresa un pensamiento de su autor. Lo que supone... un autor, un pensamiento y un contenido de este pensamiento. El hecho es el contenido del pensamiento.

b) El hecho no está siempre ni necesariamente fuera del documento.

«No lo está de modo total, por ejemplo, en las injurias por escrito privado o carta. El hecho jurídico está dentro del papel.

No lo está, también de modo total, en el contrato *litteris romano*, en la suscripción de una letra de cambio, etc., en la que falta la «dimensión acto» y todo el hecho jurídico se engendra y termina en la dimensión del papel.

Tampoco lo está, aunque de modo parcial, en las escrituras públicas en las que la lectura solemne y la firma del documento integran al mismo tiempo—unidad de acto—la dimensión acto y la dimensión papel.»

La que pudiéramos denominar segunda parte del trabajo está dedicada a la clasificación de los documentos que efectúa, desde un punto de vista propio en atención al tiempo, a la estructura textual, al autor, a su forma, a su autonomía, a su objeto, a su colección y conservación, a su situación en el proceso y a su eficacia.

Por las razones al principio indicadas recomendamos la lectura de este documentado y exhaustivo trabajo, y en números sucesivos del ANUARIO seguiremos dando cuenta de otros trabajos sobre la materia de este ilustre y prestigioso jurista.

C. C. H.

ORTEGO COSTALES, José: Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de La Laguna: «Ensayo sobre la Parte Especial del Derecho penal». Publicaciones de la Universidad de La Laguna, 1959; 157 págs.

Desde hace mucho tiempo se venía sintiendo la necesidad en la literatura jurídico-penal española de un trabajo de tipo monográfico que se ocupara de tema tan interesante como es el referente a la elaboración de una teoría general de la parte especial del Derecho penal, problema que tanto preocupa a los especialistas alemanes. El profesor Ortego Costales, creemos, ha conseguido llenar plenamente este vacío con un magnífico y documentado trabajo.

Dice, en la Introducción de su estudio, que desde hace muchos años se preocupa de la constante crítica de la ligereza con que se estudia, interpreta y aplica la Parte especial del Derecho penal y señala su propósito, plenamente conseguido a nuestro parecer, de iniciar la construcción de una teoría jurídica de la parte especial del Derecho penal.

Considera la parte especial en un triple aspecto: como puro comentario, como sistema doctrinal y como capítulo o secuencia de la Parte general.

Surgen tres capítulos de cuyo contenido y sistemática daremos cuenta, para mejor interpretar su pensamiento, con las mismas palabras del autor:

«La parte especial debe ser concebida como una continuación o un capítulo de la parte general y no como algo opuesto a ella. Hoy parece que ésta contiene todo lo común y abstracto que integró la teoría del delito, mientras que aquélla se refiere a lo particular y descriptivo, reducida a

ser una lista de conductas tipo en las que hay que subsumir la concreta conducta del sujeto e irreductible, por tanto, a principios generales.

En este ensayo invitamos a los estudiosos del Derecho penal a dar una significación nueva a la parte especial. También ella tiene principios generales y abstractos sistematizables científicamente. Cumple la principal misión de esta rama jurídica y merece una investigación que coopere a la recta administración de la justicia penal.

Nuestro método pretende ser sencillo. Procedemos primero a un estudio analítico de los tipos penales. Descompuestos en sus elementos constitutivos se puede apreciar minuciosamente cada uno de éstos y su significación y sentido en la técnica penal, determinando los requisitos exigibles para su relevancia jurídica y sus posibles formas de manifestación. Es esta la materia del primer capítulo: *el tipo y sus elementos*.

Es preciso después un trabajo de síntesis, reconstruir el tipo penal con unos elementos individualmente bien conocidos, pero que, al unirse para dar vida a una figura jurídica determinada, precisa de una columna vertebral y un orden que vitalice y enriquezca su valor primario. En torno a cada verbo o conducta se constituye un esquema, producto de un equilibrio de elementos que vienen a formar un todo, materia de estudio del capítulo segundo: *el tipo y su estructura*.

Por último, todos estos tipos pertenecen a un sistema jurídico único del cual son parte integrante, cuyo sistema impone una serie de vinculaciones más operantes cuando proceden del propio campo penal, y que se hacen íntimas en el concurso de tipos y en los tipos complementarios seriados. Forman así auténticas familias que dan origen a una interdependencia productora de importantes consecuencias jurídicas. Todo ello hace que se establezcan unos lazos y unos contactos que forman el contenido del capítulo tercero: *el tipo y sus relaciones*.

Para una mejor comprensión de las ideas que expone, las representa en una serie de gráficos que ilustran este magnífico y documentado trabajo.

Después de haber tenido la satisfacción de dar cuenta a los lectores del ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES de esta importante aportación de nuestro buen amigo el profesor Ortego Cortales al progreso de la ciencia penal no nos queda más que recomendar su lectura, pues de ella sacarán más fruto que de la de algunos voluminosos tratados.

C. C. H.

PRECEDO LAFUENTE, Jesús: «La pena de muerte en el Pentateuco». (Separata de «Compostellanum»). Vol. I, n.º 3 y Vol. II, n.º 1; 1956-57. Santiago de Compostela, 1957.

El interés que ofrece esta aportación para el esclarecimiento del problema histórico que supone la legislación penal hebrea es apreciable. A través de la exposición se trasluce que el autor se encuentra equipado con conocimientos y medios técnicos adecuados para poder entrar en el estudio de los problemas jurídicos relacionados con el Antiguo Testamento. El texto abunda en análisis filológicos gracias a los cuales es posible arrojar luz

sobre algunos problemas como el referente por ejemplo a la pena de empalamiento.

Aunque el título hace mención solamente a la pena de muerte, sin embargo, nos ofrece un cuadro bastante amplio del Derecho penal hebraico, ya que partiendo del estudio de la pena salta al de algunos delitos como, por ejemplo la blasfemia, el homicidio, el adulterio, etc. En general se tratan todos aquellos delitos que se castigaban con la pena de muerte.

Interesante es la parte dedicada al estudio de las formas de ejecución de la pena de muerte sin caer en concesiones a lo anecdótico a que tanto se prestan tales exposiciones. Lleno de sugerencias—que muy bien podrían constituir el tema de futuros trabajos—es el capítulo V y último: «Características de la legislación penal y consecuencias de la pena de muerte en el Pentateuco». El sentido religioso no sólo del castigo, sino de toda la legislación penal mosaica, con su concepto del pecado en el que queda integrado el de delito, la finalidad de la pena de muerte y el carácter «colectivista» de la legislación penal del Pentateuco están brevemente, pero clarísimamente tratados, así como las relaciones del Derecho hebreo con el de otros pueblos orientales.

Solamente habría que objetar que se observa un poco de desequilibrio entre la naturaleza de las obras consultadas. En realidad, lo que el autor se propone—y debe seguir haciendo—es hacer historia del Derecho penal, por eso sería conveniente que junto a obras de exégesis bíblica de que se muestra tan buen conocedor, consultase también alguna obra de historia jurídica que le ayudaría a perfilar con un poco más de exactitud algunos conceptos puramente jurídicos.

J. M.* N.

SCHONKE-SCHRODER: «Strafgesetzbuch Kommentar», 9.^a edición. C. H. Beck, Munich-Berlín, 1959; XVI-1.319 págs.

Continúa la halagüeña vida científica y editorial de los ya clásicos «Comentarios» de Schönke, que a partir de la séptima edición de 1954 llevan adiciones de Schröder, Profesor de la Universidad Tubinga, llamado a continuar la obra emprendida por el malogrado maestro de Friburgo. El escaso tiempo transcurrido desde la edición anterior, la octava de 1957, y la ausencia de innovaciones legislativas, priva a la novena que hoy se reseña de grandes novedades, por decir así sensacionales. Lo que no quiere decir que esta edición sea una mera reproducción de la anterior, ya que como es norma general en todas ellas, el enriquecimiento es constante, sobre todo en materia jurisprudencial y bibliográfica, como la prueba que el nuevo volumen, de idénticas características tipográficas, consta de 1.319 páginas, frente a las 1.269 del precedente.

Los párrafos que han sido objeto, no ya de ediciones, sino de una reelaboración más a fondo por Schröder, son: el 142, relativo al delito de fuga del participante en un accidente de tráfico; el 170, sobre abandono

del deber de asistencia familiar; el 330 a), sobre embriaguez dolosa o culposa determinante de acto criminal, y 330 c), referente a omisión de socorro.

Inútil reseñar una vez más los méritos del «Schönve-Schröder», sobradamente conocidos por los penalistas de todo el mundo interesados por la ciencia y el derecho alemanes, en los que precisamente la forma de comentarios fué tradicionalmente rica en nombres que cuentan entre los más insignes del Derecho penal. A sus filas quedan ya definitivamente incorporados los de Adolfo Schönke y Horst Schröder, así como el de la editorial Beck que de forma tan bella e impecable ha sabido transmitirnos su pensamiento.

A. Q. R.

SPASARI, Mario : «L'Omisione nella teoria della fattispecie penale». A. Giuffré, editore. Milano, 1957; 229 págs.

En el año 1950 publica Dall'Ora una excelente monografía sobre la conducta omisiva (A. Dall'Ora, *Condotta omissiva e condotta permanente nella teoria generale del reato*) en la que se propugna una doctrina naturalística de la omisión que entre nosotros recoge y avala, en líneas generales, el Profesor Del Rosal. Desde entonces la doctrina normativa de la omisión, que puede decirse dominante en la dogmática italiana, venía necesitando un examen profundo que le permitiese reforzar aquellos puntos que preferentemente se habían hecho blanco de las críticas y exponer, en definitiva, cuál era su actitud ante la remozada doctrina naturalística. A esta finalidad, aunque nada diga al respecto el autor, creemos que tiende, al menos en parte, el presente libro de Spasari.

La monografía pretende contestar a tres interrogantes: ¿Los delitos de omisión carecen de una conducta en sentido objetivo? ¿Es configurable un concepto unitario de conducta? ¿Cómo explicar sistemáticamente la omisión en la teoría del tipo penal? Para contestar a las dos primeras considera oportuno Spasari operar metodológicamente con la antítesis conceptual forma-sustancia. Se evita con ello, en su opinión, el riesgo de caer tanto en puro nominalismo como en un puro ontologismo.

La investigación se abre con un análisis de las doctrinas antinormativas de la omisión, que acaban siendo rechazadas después de recoger los argumentos que con anterioridad han sido dirigidos contra cada una de ellas y de añadir algunas interrogantes críticas de innegable agudeza, aunque no todas nos parecen fáciles de compartir. Así, por ejemplo, creemos difícil que se pueda reprochar a la teoría que tiene en Petrocelli su principal representante, la posibilidad de terminar confundiendo el delito con el pecado (página 16), si no se olvida que esa teoría exige insistentemente para que un acto de voluntad adquiera el rango de conducta que se haya manifestado (B. Petrocelli, *Principi di Diritto Penale*, Napoli, 1955, especialmente págs. 252 y 258). Y tampoco puede preguntarse a la doctrina expuesta por Dall'Ora, cómo es posible que el que actúa no se mueva y cómo puede

afirmarse que el moverse constituya un *non facere* (pág. 20), si no es olvidando previamente que esa teoría considera indiferente que el sujeto esté o no en estado de quietud corpórea, y que reconoce, de un modo expreso, que mientras el sujeto hace algo deja de hacer infinitas cosas otras cosas (A. Dall'Orta, *Condotta omissiva* cit., págs. 12 y sigs.).

De acuerdo con las premisas metodológicas se contempla, en un primer momento, la omisión en su aspecto formal. Se afirma que la omisión es un concepto normativo, un juicio. En la naturaleza no existe, pues, la omisión, sino solamente aquello que representa su base. Y se concluye que la forma lógica del concepto de omisión se resuelve, sin más, en la antijuricidad penal de un tipo de comportamiento. Abandonado el prisma formal y enderezada la investigación hacia el momento de contenido, el autor encuentra el contenido de la omisión de un dato naturalístico y en un dato de valor. Un dato naturalístico comprensivo de un aspecto físico (actividad=movimiento o inercia=inmovilidad corpórea) de un aspecto psíquico (consciencia y voluntad). Un dato de valor consistente en el sello de la personalidad espiritual que va impreso en una conducta humana. Ahora bien, el hecho de que el elemento físico de la omisión pueda resolverse en un actividad le conduce a proponer una nueva terminología: comportamiento en sentido estricto y positivo=acción; comportamiento en sentido estricto y negativo (que comprende tanto la actividad como la inercia) =omisión. A la primera pregunta se responde, pues, en el sentido de afirmar la existencia de una conducta objetiva en los delitos de omisión.

Para construir un concepto unitario de conducta, el autor estima necesario, previamente, ajustar la terminología y rendirla adecuada. Como la omisión es de naturaleza sintética—y es en sí un juicio—y se comprende sólo desde el terreno normativo, y, por el contrario, la acción representa una realidad más limitada, representa únicamente uno de los términos del juicio, se concluye que al término omisión corresponde propiamente el de *acción antijurídica* (contraria al deber). Con esta precisión terminológica se adelanta ya cómo el aspecto formal de un concepto unitario de conducta se encuentra en el plano de la antijuricidad. El momento de contenido de este concepto unitario viene representado por la existencia de un comportamiento que está siempre a la base tanto de la acción (*comportamiento en sentido estricto y positivo*) como de la omisión (*comportamiento en sentido estricto y negativo*). De ese modo se responde afirmativamente a la segunda interrogante.

La explicación sistemática de la conducta omisiva en la teoría del delito viene condicionada por el concepto de omisión a que se llega en la primera parte de la obra. El autor no puede aceptar las doctrinas del delito que él encuadra bajo los epígrafes de bipartita y tripartita, porque resulta imposible, tal como esas doctrinas exigen, insertar lógicamente la omisión—entidad normativa—en un elemento objetivo del delito entendido como puro dato naturalístico. Consecuentemente, para Spasari sólo existe una solución dogmática para encuadrar la conducta omisiva en la estructura del delito: acoger la concepción normativa del tipo legal. Desde este plano nos brinda la respuesta a la tercera y última pregunta formulada al comienzo de su estudio.

Se trata, como revela el planteamiento de los problemas e incluso, a veces, la misma terminología utilizada, de una doctrina compleja. Spasari ofrece una doctrina normativa integradora. Para él la doctrina normativa, tal como suele exponerse, tiene el mérito de destacar el lado formal del concepto de omisión; a la naturalística corresponde el honor de haber cargado el acento sobre el contenido y, en consecuencia, ella es la llamada a suministrar los datos de contenido, sin los cuales aquélla resulta incomprendible. De ahí la necesidad de integrarlas. Entendida la doctrina normativa unilateralmente se corre el riesgo de quedarse detenidos en la pura forma del concepto de omisión y perder de vista su contenido sustancial; pero atender de un modo exclusivo a una doctrina naturalística es, para el autor, igualmente vicioso, porque supone el aferrarse al contenido y el no elevarse hasta el momento formal, sin el que no cabe concebir la omisión.

Constituyen méritos indiscutibles del presente estudio el llamar la atención sobre la insuprimible necesidad de tomar en cuenta un momento de contenido naturalístico en el concepto de conducta omisiva y el haberse preocupado, de una manera especial, de la problemática que entraña el encuadre sistemático de la omisión en la teoría general del delito. Ciertamente algunas conclusiones a que llega el autor serán, de hecho, muy controvertidas. Pero ella no merma el interés del libro que, en definitiva, puede considerarse una importante aportación a la ya rica bibliografía italiana en torno al tema.

GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO

DEL VECCHIO, Giorgio: «Sul fondamento della giustizia penale e sulla riparazione del torto». (Nuova edizione). Ed. A. Giuffré. Milano, 1958. (1).

Es misión del científico del Derecho la búsqueda del *por qué* y del *cómo* de frente a una institución jurídica. La pregunta adquiere suma trascendencia en casos como el presente en el que se trae a colación la razón de ser de la Justicia, y de modo especial de la penal. Es lo es, en definitiva, lo que plantea el profesor Del Vecchio en el presente ensayo y cuyo esquema ofrezcemos a continuación.

Califica el autor de discutible el *ius talionis*—*Wiedervergeltungsrecht*—, tal como fué formulado, sobre todo por Kant, como fundamento universalmente válido de la justicia penal. Este principio de equivalencia, si bien jurídicamente *posible*; no es *necesario*, en razón a la inexistencia del exclusivo deber de emplearlo. Caben otras posibilidades jurídicas con un contenido más ético, como son el perdón y la reparación.

La justificación intrínseca de la pena está en su función reparadora y reintegradora del derecho lesionado (2), y en ello encuentra también su

(1) El presente escrito fué publicado en Italia, en el *Archivio Penale*, A. I, Fasc. III-IV, 1945, y más tarde reimpresso, unido como Apéndice al volumen *La Giustizia* (4.ª ed., Roma, 1951). En la edición presente ha estado nuevamente revisado.

(2) "Il male fatto dev'essere, per quanto possibile, riparato da chi se ne é reso colpevole: questa é, senza dubbio, l'esigenza prima ed elementare della giustizia" (pág. 29).

límite racional. Responder al mal con mal no es en verdad la forma más cierta de establecer el quebrantado equilibrio: el mal se repara sólo con el bien. De aquí que más adelante nos diga: «Al *malum actionis*, costituito dal delitto, deve opporre come esigenza della giustizia non tanto un *malum passionis*, secondo l'antica formula, quanto un *bonum actionis*, ossia un'attività in senso contrario dell'autore del delitto medesimo, la quale ne annulli o riduca gli effetti fino a che cio' sia possibile» (pág. 10).

A continuación señala los límites que han de servir en torno a la justicia penal. Proclama abiertamente la inadmisión de la finalidad intimidatoria de la pena, siempre que sea aplicada, por este motivo, con exceso en el caso individual: la persona humana tan sólo tendría el valor de una simple cosa, de un medio para la consecuencia de un fin extrínseco a ella. De aquí que con este mismo prisma no justifique la denominada «razón de estado», a la que califica de «tanto inganevole quanto vile» (pág. 12). No participa tampoco, en consecuencia, del pensamiento del tirano, que ya el poeta cristalizó: «Pur che il reo non si salvi, il giusto pera». Más bien debiera invertirse: «Pur che il giusto si salvi, il ero non pera». En modo alguno debe afectar la pena a las personas inocentes; deben mitigarse los efectos indirectos que ocasiona; cuestión ésta que, por entenderla inevitable, no ha sido planteada y estudiada en toda su dimensión.

Ahora bien; todos estos principios, e incluso los más elementales soportes de la Justicia, han sido, en múltiples ocasiones y de forma constante completamente pisoteados por razones de todos bien conocidas (3). La actualidad de este hecho lleva al profesor Del Vecchio a sentir, como agudizada exigencia, la modificación de la justicia penal. Como eje central de tal reforma debiera adoptarse el respeto, por ser sagrada, de la persona humana y, en concreto del que delinque. No se la puede manchar ni negar sin que también disminuya la de aquellos que la manchan y niegan.

El delito no es sólo un hecho individual—apunta el ilustre filósofo—, sino un hecho social, especialmente en sus formas más graves y constantes que indica deficiencia y desequilibrio en la estructura de la sociedad donde ha tenido origen. Por tanto, su lucha suscita otros problemas además de la pena y la reparación: morales, políticos, pedagógicos y económicos que la sociedad entera debe ayudar a resolver. El cuadro de penas es, por estos motivos, insuficiente y ha de acompañarse necesariamente de otros medios de protección y seguridad.

Título aparte dedica a la «giustizia premiativa o premiale», con la que, en opinión del autor, puede verificarse también la Justicia sin especiales órganos de legislación y jurisdicción. Comprendida según la partición tradicional en la *distributiva*—aunque considerada otras veces de diverso modo—, es la enfitéusis de la justicia penal, y ya fué utilizada por Platón y Aristóteles. Actualmente, salvo genéricos requisitos, apenas si se tiene en cuenta, y cuando así ocurre se deja al arbitrio discrecional.

(3) «Chiunque consideri senza preconcetti, nella sua tragica realtà, la serie delle aberrazioni succedutesi in tal materia durante i secoli, deve confessare che la storia delle pene, in molte delle sue pagine, non é meno disonorevole per l'umanità che quella dei delitti» (pág. 14).

En la rúbrica final de la obra recapitula su pensamiento en orden a la reparación del daño, y de forma concreta, propugnando un mayor vigor en la tutela de créditos, aludiendo al «arresto personal por débitos», si bien con las reservas naturales y de forma y espíritu distinto a como ha tiempo se entendió.

Como idea fundamental, que se repite a lo largo del ensayo y de la que deduce consecuencias de modo constante, es la íntima vinculación de la Justicia y la Ética, siendo la primera parte de la segunda de la que obtiene plena y concreta vida (4).

Estas son, en breve compendio, algunas de las ideas que explaya el profesor Del Vecchio sobre tema tan trascendental y delicado. En verdad sólo hemos hecho resumen del pensamiento, más que la crítica, del que con decidida vocación ha dedicado su entera vida al estudio de la Filosofía del Derecho.

MANUEL COBO

(4) "La giustizia in ogni sua forma, en el suo principio fondamentale, é, giova ricordarlo, una parte dell'Etica; e solo in armonia coll'Etica in generale può realmente vivere di una piena e concreta vita" (pág. 28).

REVISTA DE REVISTAS

A L E M A N I A

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Berlin, De Gruyter, 70 Band, Heft 2

MAIHOFFER, Werner: «Zur Systematik der Fahrlässigkeit» («Sobre la sistemática de la imprudencia»).

La doctrina de la culpa ha sufrido en los últimos tiempos en la ciencia y *praxis* alemanas una constante revisión, determinada, de un lado por la irrupción de los puntos de vista del finalismo, y del otro por el alcance que la jurisprudencia del *Bundesgericht* viene prestando a la trascendencia del error, tan íntimamente relacionado con el problema de lo culposo. A la luz de ambos fenómenos, el profesor de Sarrebruck Werner Maihofer reconsidera la sistemática de la imprudencia en un tono más bien conciliador frente al finalismo, dirección a la que antaño asestara algunos de los más ciertos golpes dialécticos, en su monografía *Der Handlungsbegriff*, de 1953. De entonces acá el finalismo ha sufrido no pocos avatares, precisamente en el terreno de la culpa los más significativos, y Maihofer, por su parte, ha ido ganando elasticidad en sus ideas unitarias entre lo formal y lo material que se acoplan en la estructura del concepto social de la acción. Un aspecto sumamente sugestivo, aunque excesivamente sutil, de esta doble evolución en el concreto terreno de la culpa, nos lo ofrece el actual estudio monográfico, de exposición en su primera parte, y de construcción dogmático-sistemática en la segunda.

Comienza Maihofer su trabajo exponiendo el estado actual de la cuestión de la culpa en la doctrina científica y jurisprudencial, sistematiza un tanto esquemáticamente en cuatro elementos, dos de naturaleza subjetiva y otros dos objetiva, a saber: I. El «antideber» (*Pflichtwidrigkeit*) objetivo de la actividad voluntaria. II. El antideber subjetivo de la actividad voluntaria. III. La previsibilidad objetiva de la realización típica, y IV. La previsibilidad subjetiva de la realización típica. Como se ve quedan coordinados los elementos subjetivos y objetivos, respectivamente, con los conceptos básicos del «antideber», de indubitada progenie normativista, y de la realización típica, más afín con las construcciones clásicas (belingenianas) del delito. En esta concepción el clasicismo, según el autor, situó los elementos en una perspectiva pura o predominantemente naturalista de la acción, pero siempre del lado de la culpabilidad como grados o formas de la misma (una forma o grado inferior o en todo caso diverso del dolo). Fué Engisch, en sus *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit* (de 1930), quien corrigió el uniteralismo naturalista incrustando los elementos de la culpa, como los de la culpabilidad en general, en la idea del injusto, sin por ello sacar todas las consecuencias sistemáticas de la innovación.

Expónese a continuación la variada evolución sufrida por la noción de la culpa en el finalismo de Welzel, y luego de Niese, Maurach y Welzel otra vez, que únicamente respetó la situación en el campo de la acción a la que se desplazó la culpa como el dolo abandonando su tradicional solar de la culpabilidad. En ello estriba, sin duda, la más profunda ortodoxia del finalismo, en la que Maihofer no llega a atacar, puesto que conviene, asimismo, a su sistemática de hipertrofia de la acción a costa de los demás elementos del delito. De ahí su mayor afinidad con las ideas de Maurach y últimamente de Boldt (en *ZeitStW*, 68, pág. 335, v. mi recensión en ANUARIO, 1957, página 211) que con las del propio Welzel, si bien la conciliación con éste sea posible vista la equivalencia de la teoría de la adecuación y de la llamada «finalidad objetiva» (o previsibilidad objetiva). Saluda Maihofer tales cambios en el seno del finalismo ortodoxo como otros tantos pronuncios de reconocimiento de su propia doctrina de la acción e injusto socialmente relevante, llegando a afirmar que, en lo que atañe a la imprudencia no existe actualmente otra divergencia entre su tesis y la finalista que la derivada del orden sistemático de sus elementos, singularmente los de la previsibilidad subjetiva. La plena ortodoxia welzeliana que ve en la previsión del resultado solo un momento del injusto como parte constitutiva del desvalor de la acción, vale únicamente, según el autor, para la denominada culpa inconsciente, pero no para la consciente como Welzel pretendiera, en base al «poder prever» y al «haber previsto», coordinados a la «previsibilidad subjetiva» y a la «previsión subjetiva», que Maihofer rechaza como artificios carentes de fundamento dogmático.

Para la propia construcción de la culpa en el marco del concepto social de la acción, que es objeto de la tercera parte del trabajo de Maihofer, apela éste a su fusión con la doctrina del injusto personal, quizá viendo en ello una nueva posibilidad de conciliación con el finalismo. Sin descuidar, sin embargo, el campo que posiblemente es el más fértil para tales propósitos conciliatorios, que es el del normativismo, que ya sirvió para otras aproximaciones aún más difíciles, entre las tesis de Welzel y Mezger. En él halla Maihofer nuevas ocasiones de aplicación a la culpa distinguiendo entre el desvalor social del evento procedente de las dos especies de imprudencia, de hecho y de derecho, que se corresponden con la duplicidad del *error facti* y *iuris*, con su diverso reflejo en el Derecho penal criminal y en el administrativo, al modo como lo entendiera la teoría dualista de Richard Lange.

WIMMER, August: «Die Fahrlässigkeit beim Verletzungsdelikt» («La imprudencia en el delito de resultado lesivo»).

Nuevamente la culpa o imprudencia sirve de tema para explicar una sedicente o real sistemática analítica del delito, que ya intentara el autor en trabajo anterior dedicado a la tipicidad del encubrimiento (en *NJW* 1955, página 321). Consiste tal sistemática, en gran parte nominalista, en hacer resaltar la relevancia de los denominados «factores reales del delito», que no son otra

cosa que los elementos fácticos constatables en el hecho delictivo y coordinados con los de la correlativa figura típica. De este modo el denominado «método de los factores reales» constituiría una especie de fusión de la tipicidad legal y la realización fenoménica de la acción delictiva, algo así como la confusión del tipo y el *corpus* o *actus delicti*. Abunda el artículo en la terminología a base del vocablo «real» («análisis real», «factores reales», «estructura real»), sin que parezca del todo convincente su trascendencia, al menos a los efectos allí perseguidos, que son los de la culpa. Se limita a glosar el texto de su definición en el párrafo 19 del Proyecto de Código penal alemán de la Gran Comisión de Reforma («obra imprudentemente quien deja sin tomar en consideración el cuidado a que sus condiciones personales le obligan»), sin que en verdad se desprenda el valor ni siquiera conveniencia de la nueva terminología. El «factor real» no es en definitiva otro que la lesión o daño, pero puede serlo, asimismo, el riesgo o peligro, con lo que la sedicente «realidad» queda algo malparada, a no pretender dar a los vocablos otro valor por encima del que normalmente tienen. Más sentido tiene, sin duda, la acepción realista de las valoraciones de conductas, ya que en la culpa se estima un desvalor del comportamiento productor de un resultado dañoso y típico, pero dicha valoración se lleva a cabo de modo más adecuado por el camino axiológico propio del normativismo, sin que proceda el rodeo ingenioso, pero intrascendente del realismo.

KOHLHAAS, Max: «Der Irrtum über das Vorliegen oder Nichtvorliegen von persönlichen Strafausschlussgründen» («El error sobre la procedencia o improcedencia de las excusas personales»).

Se trata en este artículo de un agudo estudio dogmático sobre el error en torno a la excusa absolutoria contenida en el párrafo 274 del Código alemán, semejante aunque no idéntica, por su mayor complicación, a la del artículo 564 del Código español (hurtos, robos o estafas a parientes en determinados grados o condiciones). Plantea el autor la hipótesis de un marido que vive en distinta habitación que la esposa y que sustrae de ella, creyendo que la pertenece, objetos que una amiga le había encargado guardar. El hurto se consuma, pues, objetivamente sobre cosa de extraño, es decir, con todos los requisitos típicos, pero viciado el acto por el error de creer que la cosa era propiedad de la esposa y por lo tanto salvaguardado su acto por la excusa absolutoria del parentesco. Acto, por lo demás, no solamente típico sino antijurídico y culpable, pero de dudosa punibilidad, lo que sirve al autor del trabajo para extremar las sutilezas en torno a tales conceptos y pasar en revista la doctrina científica y jurisprudencial, notablemente la tan reciente y revolucionaria sobre el error de prohibición, qué soluciones persigue, problemas y dificultades, algunos de los cuales servirían igualmente para nuestro derecho, pero otros nos son ajenos. Es evidente en esta construcción, como en muchas otras, el divorcio entre los elementos subjetivos y los objetivos del tipo, pues objetivamente el hurto aparece perfecto, siendo sustracción de

cosa ajena de extraño, pero en lo subjetivo hay una creencia errónea en lo tocante precisamente a esa ajenidad extraña. Ahora bien, es duro sostener que la excusa se extiende hasta el punto de conceder al pariente un «derecho a hurtar a los parientes», por lo que con todas reservas parece inaplicable al caso la doctrina de la relevancia del error, ni siquiera en los amplios límites que la nueva jurisprudencia del BGH le otorga. Por lo cual el autor cree preferible que el texto de la ley se pronuncie inequívocamente sobre el alcance del error.

BAUMANN, Jürgen: «Kritische Gedanken zur Beseitigung der erfolgsqualifizierten Delikte» («Ideas críticas sobre la abolición de los delitos calificados por el resultado»).

La ley tercera de reforma de 1953 que dió al traste con el vestigio de responsabilidad objetiva, encerrado en los repliegues de los llamados delitos calificativos por el resultado, al exigir en ellos una mínima culpabilidad de previsión e imprudencia en el agente, fué un resultado tardío de una larga campaña abolicionista cuya traza estudia este trabajo. Según su autor, docente de Münster, la enemiga contra los tales delitos comenzó sistemáticamente con Von Liszt apenas promulgado el Código imperial de 1871, y en dicho maestro, como en general en la Escuela moderna, se fundamentaba en la intrascendencia del resultado y en la creciente preocupación por la personalidad del autor. El clasicismo mostróse, asimismo, opuesto a la calificación por el resultado, si bien desde otro punto de vista más espiritual, el de la culpabilidad estrictamente personal, por entender que un Derecho penal moderno debe ser antes que nada culpabilista y no atenerse a la materialidad de un resultado («Derecho penal de culpabilidad, frente a Derecho penal de resultado»). Debe contarse también entre los enemigos manifiestos los campeones de la dirección sintomática Tesar y Kollmann, y más cerca de nosotros los de la llamada «culpabilidad de autor» Mezger y Bockelmann. En estas condiciones y ante ataques provenientes de campos científicos tan diversos e influyentes no puede por menos de extrañar que la desaparición de los delitos calificados por el resultado haya perdurado hasta 1953, en vísperas de la reforma total del Código. Se interpreta por el autor tan dilatada tardanza como un triunfo de las ideas político-criminales de reacción ante el aumento de la criminalidad, así como a la ausencia de otros medios más eficaces de lucha contra el crimen. El que se haya podido llegar a la abolición, *eadem ratio*, ha sido la consecuencia del incremento tomado, de un lado, por las medidas de seguridad, singularmente en el campo de los habituales, y del otro por lo dilatado del arbitrio judicial, que permite tomar en consideración el resultado entre otros factores sin necesidad de una pre-determinación legal agravatoria de sabor objetivo. Es dicho arbitrio y la confianza en el juzgador el complemento necesario de la reforma legislativa

en este orden de cosas, por ser la dirección culpabilista inseparable del juicio de valor judicial.

Continúa en este número la detallada comunicación del doctor Dreher sobre los trabajos y acuerdos de la Gran Comisión de reforma, comprendiendo las sesiones del 2 al 8 de diciembre de 1956, que versaron sobre penas pecuniarias, irresponsabilidad de los parlamentarios, aplicación de las penas y tratamiento penal de las personas jurídicas.

En la sección comparatista se incluyen tres trabajos: de Philippides, sobre la influencia de la ciencia penal alemana en Grecia, de Oender, sobre la recepción del Derecho penal en Turquía, y la acostumbrada reseña de publicaciones.

ZEITSCHRIFT... 40 Band, Heft 3

Comienza el fascículo con un extenso artículo del profesor Werner Niese, de Maguncia, sobre Derecho procesal fiscal que no estimo de demasiado interés para el penalista español.

HELLMER, Joachin: «Kriminalpolitik und Sittenstrafrecht» («Política criminal y Derecho penal moralizante»).

Se ocupa este trabajo de los aspectos criminológicos y éticos de los llamados «Delitos contra el matrimonio y la familia», del título XII, libro II del Código penal alemán, tan intensamente reformado por la Ordenanza de 18 de marzo de 1943 que, pese a su origen nacionalsocialista, permanece en vigor en la Alemania federal. Es esta consideración la que presta singular interés al trabajo en vísperas de una radical reforma del Código.

La primera cuestión que se plantea es sistemática, pues en el título subsisten, asimismo, figuras delictivas que atañen exclusivamente al estado civil de las personas, sin inmediato contenido familiar o moral, muchas de las cuales figuraron en la redacción originaria de 1871. Su indiscriminado tratamiento no es aconsejable vista la diversa entidad de bienes jurídicos e intereses que vulneran o arriesgan, asunto singularmente complejo tratándose, sobre todo, de un delito tan típicamente pluriobjetivo como es el de bigamia del párrafo 171. El de mayor novedad es el de abandono de familia, de los párrafos 170 en sus variedades de las letras *a*), *b*), *c*) y *d*), que comprende desde los malos tratos familiares al abandono de la mujer embarazada fuera de las relaciones estrictamente conyugales. El tema sirve al autor para señalar los límites precisos a que debe llegar el propósito moralizador del Derecho penal en un sistema de Estado de derecho, aludiendo a los graves peligros que finalidades demasiado ambiciosas pueden ocasionar, precisamente en el terreno de la moral que se pretende proteger. Hace suyo y de nuestro tiempo el pensamiento de Feuerbach sobre la necesidad de una esfera de libertad

individual, legalmente garantizada, en la que pueda desenvolverse un actuar libre y, por tanto, moral. Y hace ver cómo, so pretexto de tutelarse penalmente la moralidad, lo que se consigue es vulnerar la libertad sin beneficio para aquélla, máxime que la libertad es, asimismo, una fracción capitalísima de lo moral.

SCHWEIKERT, Heinrich: «*Strafrechtliche Haftung für riskantes Verhalten?*» («¿Cabe una responsabilidad penal por conducta arriesgada?»).

La III ley de reforma de 1953, exigiendo en la nueva redacción del párrafo 56 del Código penal alemán una mínima previsibilidad culposa para la imputación de un resultado lesivo, da lugar a dificultades prácticas que la jurisprudencia ulterior a dicha disposición trata de orillar con diversa fortuna. Comentando a este respecto una sentencia del Tribunal Federal, de 8-IV-1957 (cuyo texto no reproduce, con lo cual es difícil comprender el alcance de sus argumentos) el autor ve en la decisión judicial ciertas concomitancias con la doctrina del *versari in re illicita*. Para salvaguardar a la vez las esencias de la culpabilidad y los de la seguridad jurídica, considera Schweikert que es insuficiente la clásica dualidad de conductas de dolo y culpa, proponiendo una tercera que denomina «conducta arriesgada» o *riskante Verhalten*. Los esfuerzos dialécticos del articulista no llegan a ser lo suficientemente convincentes para probar que dicha «tercera forma de conducta» es diversa de las tradicionales figuras de delitos de peligro o riesgo.

GRUNWALD, Gerald: «*Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte*» («Sobre la regulación legal de los delitos de comisión por omisión»).

El tema de los delitos de comisión por omisión, o como en léxico alemán se denominan «de falsa omisión», no son tratados ni comprendidos en el Código vigente. Sí, en cambio, en algunos de los antiguos proyectos y también en el actualmente elaborado por la Gran Comisión, donde el párrafo 13 limita la incriminación omisiva únicamente a los casos en que el resultado motivado por el no hacer dependiese de una obligación legal de actuar (inciso primero) o bien que el no actuante hubiere ocasionado la situación de riesgo (inciso segundo). Comenta y coteja estos textos el autor con los de proyectos anteriores y con la situación actual de la jurisprudencia, que pese a la inexistencia de un precepto positivo ha encontrado a veces medios para incriminar conductas comisivo omisivas.

El acostumbrado *Bericht* del doctor Dreher registra las discusiones y acuerdos de la Comisión de reforma del 2 al 8 de diciembre de 1956, com-

prendiendo las cuestiones relativas a la querrela y a la sistemática de la Parte general.

El repertorio bibliográfico, por Karl Peters, se refiere al Derecho penal de menores.

En la sección del grupo comparatista se inserta un estudio de Jiménez de Asús sobre «El pensamiento jurídico español y su influjo en Europa», fruto de una conferencia pronunciada por el autor como apertura de la reunión de la «Sociedad criminológica» en Friburgo i Br. No se limita al pensamiento jurídico penal sino que se extiende al internacional filosófico, político, militar y canónico. Es de destacar la toma de posición en favor de la tesis del hispanismo de Séneca y los hispanorromanos, prefiriendo el punto de vista de Sánchez Albornoz al de su extranjería de Américo Castro.

Se publican, asimismo, un estudio del doctor Heldmann sobre el Homosexualismo en el Derecho penal inglés, otro de Grunau sobre el control jurídico de la ejecución de las penas, y uno final de Catsantonis sobre las novedades penales en Grecia entre 1953 y 1957.

ANTONIO QUINTANO RIPOLLES

ARGENTINA

Revista del Instituto de Investigaciones y Docencia Criminológicas

La Plata (Argentina). Año II. Núm. II. 1958.

LUDER, Italo A.: «La ley penitenciaria nacional complementaria del Código penal»; págs. 9 a 23.

El autor estudia y expone a grandes rasgos el Decreto-ley de 14 de enero de 1958, que lleva el título que rubrica su artículo, última realización de la reforma penitenciaria argentina, que continúa en pleno desenvolvimiento

El primer problema que se plantea es el de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del Decreto-ley, el de si dada la naturaleza del derecho ejecutivo penal que para el autor es el de una rama del Derecho Administrativo, puede tener la consideración de ley suprema y entrar por ello en las que considera el artículo 31 de la Constitución, creyendo, tras el recuerdo de la enmienda Avedaño al proyecto Herrera que resolvía de otro modo más constitucional en problema del ambito territorial que habia de tener su proyecto, que no basta para ello el artículo 131 del Decreto-ley y su título diga que es complementaria del Código penal, pues para tener tal carácter ha de versar sobre la misma materia que un código fundamental, que para el autor ya hemos dicho que es distinta a la del Código penal.

Salvado este reparo del presupuesto político, al articulista alaba sin reservas sus aciertos en lo que respecta a su orientación criminológica y a los me-

dios técnicos señalados para cumplir su objetivo. La orientación se muestra al señalar como objeto de las penas privativas de libertad «la readaptación social» del penado, que para él es la recuperación del hombre por la sociedad, el retorno a ella convertido en hombre sano y capaz, capacidad que ha de ser profesional, intelectual y moral, para lo que el Decreto-ley establece como medios la individualización administrativa de la pena, la asistencia social y la orientación postpenitenciaria.

MALDONADO, Miguel Angel: «Las escuelas penales: Escuela pragmática»; págs. 25 a 33.

Tras de una rápida exposición del movimiento y desarrollo de la Antropología Criminal, de la tendencia sociológica, del positivismo, con el nacimiento de la Sociología Criminal, llega a la aparición de la Criminología apuntalada, según el autor, por estas ciencias, con su gran problema del hombre que delinque, visto en todos sus aspectos.

Saldaña, posterior al positivismo, injerta en el Derecho penal la doctrina de la acción y con ella aparece el pragmatismo jurídico-penal, suponiendo como base previa aquella doctrina y su método experimental. Para el pragmatismo no existe el Derecho, sino la Justicia, que es el derecho en acción y que se justifica por sus resultados. La concepción pragmática introduce, además, la prevención social penal como fin condicional al resultado obtenido.

El pragmatismo crea la Antropología integral, que le sirve de base oponiéndose al clasicismo, socialmente inoperante con su idea de justicia absoluta y al positivismo, que se funda en la observación, en la búsqueda de caracteres somáticos, en la de los estigmas degenerativos, para encontrar al hombre delincuente, pero toma de él la responsabilidad social, no porque el hombre viva en sociedad, sino porque es sociable; de aquí que esta doctrina haya sido considerada por unos como una forma de neopositivismo y por otros como un aspecto de política criminal.

CABELLO, Vicente P.: «Estados psicopáticos, post-encefálicos e inimputabilidad»; págs. 35 a 48.

El autor toma como base el hurto realizado por un post-encefálico de buenos antecedentes y sin causa aparente para ello, para concluir que estos individuos si no son alienados en el sentido de haber perdido la inteligencia, si son enfermos mentales, por haber perdido la dirección de su voluntad, por lo que estas manifestaciones post-encefálicas van a moverse en el plano de los trastornos psicopáticos, el que la sufre llega a inimputable, cuando a raíz de una alteración morbosa de su psiquismo no haya podido, mientras realizaba el hecho, comprender lo que hacía o dirigir voluntariamente sus acciones.

Estudios Penitenciarios

1957

DICHIO, Juan José: «Historia del Penal de Sierra Chica»; pág. 5.

Se trata de un extenso trabajo, de cerca de un centenar de páginas, con el que se abre esta nueva Revista, que es publicación oficial de la Dirección General de Establecimientos penales de la provincia de Buenos Aires.

El autor, don Juan José Dichio, ocupa, actualmente, el cargo de director del Instituto de Clasificación de la citada Dirección General, y es profesor de Pedagogía Correctiva del Instituto de Investigaciones y Docencia Criminológicas.

Comienza su estudio con el examen de los antecedentes sobre la creación de la Penitenciaría de Sierra Chica, que actualmente se le designa como Unidad 2, poniendo de manifiesto que falta una «Historia de los Institutos Penitenciarios de la República Argentina», por lo que, de momento, se hace la «Historia Penitenciaria de la provincia de Buenos Aires», limitada preferentemente al penal de Sierra Chica, que ofrece una serie de elementos característicos que lo hacen único en aquel país, que se remonta al año 1869, en el que se convocó un concurso para la presentación de planos y presupuestos a fin de construir una cárcel de detenidos y penitenciaría. Fracasaron, en principio, los proyectos que se presentaron, y en 28 de junio del año siguiente, se designó una Comisión compuesta por los arquitectos Benoit, Bunge y Burgos, que hicieron los planos del nuevo edificio, cuya construcción comenzó en agosto de 1872, para terminar en el año 1877. Con todo lujo de detalles se reproducen, en el artículo que anotamos, las distintas disposiciones que se promulgaron con dicho objeto.

El establecimiento penal de Sierra Chica comprende una superficie de 144 hectáreas, a doce kilómetros de Olavarría, una de las ciudades más importantes de la provincia de Buenos Aires, que dista 340 kilómetros de la capital federal. En la parte sur del Establecimiento, donde se halla situada su entrada y colindante con él, se ha formado, en el correr de los años, un pequeño pueblo llamado Sierra China, de 1.956 habitantes, íntimamente vinculado al desarrollo del Penal.

El Establecimiento puede ser dividido en dos partes concéntricas: la parte amurallada, es decir, el Penal propiamente dicho y la extensión que lo rodea, donde se realizan trabajos que por sus características o por razones de seguridad, necesitan campo de dispersión, como así también las viviendas para el personal. Seguidamente se hace la descripción general de extramuros, y se dan datos precisos sobre la dirección y dependencias administrativas, labores agropecuarias, canteras y sus derivados, así como la descripción intramuros. Y se describen los pabellones, centro de control, celdas comunes, celdas de disciplina, Sección de Sanidad y Educación y Deportes.

En el apartado 3.º, que se titula «Funcionalismo», se hace constar que este Establecimiento responde a conceptos modernos en la materia, con un sistema

mixto, abierto y cerrado al mismo tiempo, apto para la reclusión de varios upos de internados. La clasificación de éstos, para la división de grandes Grupos, es la de: «fácilmente adaptable», «adaptable» y «difícilmente adaptable». El sistema implantado actualmente se efectúa sobre la base de lo prescrito por el Código de Ejecución penal y su Reglamentación. El castigo máximo es de quince días de aislamiento en celda disciplinaria, y noventa días de privación de beneficios. La escala de sanciones es la siguiente: a) amonestación; b) supresión del recreo hasta noventa días; c) privación de correspondencia hasta noventa días; d) supresión de visitas hasta noventa días; e) privación de concesiones, franquicias y prácticas deportivas hasta ciento ochenta días f) aislamiento en celda propia hasta treinta días; g) aislamiento en celda disciplinaria hasta quince días. Asimismo, se detallan los beneficios de conductas, en los diferentes casos de «ejemplar», «muy buena», «buena y regular».

Como anexos se añaden el Reglamento provisorio de la Penitenciaría de Sierra Chica, corregido con arreglo al Decreto de su aprobación, del año 1888, y el Reglamento del Penal de Sierra China, del año 1941. Gran cantidad de fotografías ilustran el estudio que acabamos de examinar.

GARCIA BASALO, Carlos: «Las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos»; pág. 99.

Contiene el siguiente sumario: I. *Versión ratificada por la Sociedad de las Naciones* (1934). 1. Origen de la iniciativa. 2. El texto de 1929. 3. La revisión de 1933. 4. Adopción por la Sociedad de las Naciones. II. *Preparación del texto auspiciado por las Naciones Unidas* (1955). 1. Revisión del texto de 1933. 2. Proyecto de la C. I. P. P. (1951). 3. Examen regional del proyecto. 4. Decisión del Congreso Mundial de la U. N. (Ginebra 1955). III. *Breves consideraciones*. 1. La versión en español de las reglas. 2. El tratamiento de los delincuentes políticos. 3. Futuro de las reglas mínimas. IV. *Texto del «Conjunto de reglas mínimas para el Tratamiento de los Reclusos»*.

El inspector general de Instituto Penales y corresponsal nacional de la Secretaría de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y tratamiento del delincuente, desarrolla ampliamente su trabajo, sobre uno de los temas que se trataron, en el I Congreso de las Naciones Unidas celebrado en Ginebra, en los meses de agosto y septiembre de 1955, al que asistió el autor.

1958

En este Segundo Cuaderno se divide la materia en la forma siguiente: Temas penitenciarios; Temas criminológicos; Temas bibliográficos y Temas de actualidad.

En los primeros se inserta un trabajo de Carlos J. García Basalo, sobre el IX Congreso Penitenciario Internacional, celebrado en Londres en 1925.

Seguidamente, se reproduce, con la debida autorización de su autor, el artículo que nuestro director, don Eugenio Cuelló Calón publicó en este ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, con el título «¿Debe suprimirse la pena de prisión?». Finaliza este parte penitenciaria con un artículo de don Juan José Dichio, con el título de «Itinerario de la Penología».

En la Sección criminológica, encontramos un estudio de don Eugenio López de Gomara, sobre los aspectos psicopatológicos, sociales y criminológicos de los vagabundos y mendigos, que el autor elaboró durante el curso 1951-1952, en el Servicio de Neuropsiquiatría del Hospital Provincial de Madrid. Su autor, médico argentino, especializado en psiquiatría y criminología, realizó cursos de perfeccionamiento en España, y también en Francia, Alemania y Estados Unidos.

En «Temas bibliográficos» se hacen amplias reseñas de la «Criminología», de Stephan Hurwitz, sobre la traducción española publicada por la Escuela de Criminología, de la Universidad de Barcelona. Otra, de «Fundamentos del Trabajo Penitenciario», del Profesor de la Escuela de Estudios Penitenciarios e Inspector Nacional de Prisiones, de nuestra Patria, don Calixto Belaústegui Mas; y finalmente, se publica una nota sobre el Libro «Historia de la Criminalidad», de Gustavo Radbruch y Enrique Gwinner, sobre la traducción española de la Editorial Bosch, de Barcelona.

Por último, en los «Temas de actualidad» se hace reseña de los acontecimientos más importantes, dentro de la materia específica de que se ocupa esta Revista, y una nota necrológica dedicada a la Memoria del Profesor Eusebio Gómez.

DIEGO MOSQUETE

Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios

DIRECCIÓN GENERAL DE PRISIONES.—MADRID

Número 37. Noviembre-diciembre 1958

LLOPIS SANCHEZ, Jesús, maestro de la Prisión provincial de Castellón: «Psicología, Ética y Delincuencia»; págs. 820 a 832.

El avance de la Psicología ha producido como consecuencia que se considere al delincuente «no como perturbador del orden social establecido, sino como un hombre anormal, la etiología de cuya conducta hay que desentrañar».

En los apartados siguientes se refiere al determinismo y la libertad y a las relaciones entre la Ética y el Código, finalizando con un examen estadístico de la delincuencia en los últimos años, llegando a las siguientes conclusiones:

a) Que hay más delincuentes varones (83,4 por 100), que mujeres (67,2 por 100).

b) Que los delitos más frecuentes son los llamados comunes (67,2 por 100), y

c) Que las edades con mayores porcentajes son las comprendidas entre los veintidós y los cuarenta años (46,9 por 100).

RICO LARA, Manuel, Juez de Instrucción: «La inseminación artificial»; páginas 833 a 846.

Enfoca el autor el problema desde un doble punto de vista: El moral y el jurídico.

Considerado el tema en el primer aspecto, dedica especial atención a la posición de la Iglesia Católica. «Pío XII, de feliz recordación, dijo ante médicos de treinta países, reunidos en Roma en el año 1949, que la cuestión de la fecundidad artificial se plantea con gran urgencia, y ha precisado en diversos momentos en juicio moral sobre la misma, llegando a las siguientes conclusiones: 1) La fecundación artificial fuera del matrimonio ha de considerarse pura y simplemente como inmoral y el niño concebido en estas condiciones sería, por este hecho, ilegítimo, dado que la procreación para ser calificada de lícita ha de realizarse dentro del matrimonio. 2) La fecundidad artificial en el matrimonio, pero producida por el activo de un tercero, es igualmente inmoral y como tal debe reprobarse sin apelación.»

A veces también los esposos ante la ausencia de descendientes dudan cuál de ambos cónyuges sea realmente el estéril y para esclarecerlo acuden al adulterio voluntario. Son estos procedimientos inmorales, capaces de llevar la tragedia al seno del matrimonio. Se puede decir que el marido estéril que consiente sea fecundada artificialmente su mujer, no sólo tolera un acto incalificable sino que no legitima en conciencia el fruto de una concepción a la que ha sido ajeno, sin que pueda traerse el argumento jurídico de que allí donde se consiente no hay injuria. Mas queda pendiente una incógnita: ¿cuál debe ser la conducta del esposo estéril si se niega la posibilidad de que su esposa sea fecundada por procedimientos médicos? Su Santidad Pío XII da la solución: Se puede sugerir el sistema de adopción entendiéndose por tal la clásica institución de tomar sobre sí la carga y cuidado de un niño ajeno a la intervención de ambos esposos.»

Desde el punto de vista jurídico distingue entre el aspecto penal y el civil del problema.

Al estudiar el tema dentro del ámbito de nuestro derecho, comienza exponiendo las opiniones de Batle, Martínez del Val, Cuello Calón, Savatier, Ivar Strahl y Telho Collignon, llegando a la conclusión de que se podría proponer «la tipificación de una nueva figura de delito, dentro de los que denominaríamos clínicos: delito de inseminación artificial sin consentimiento del marido y con espermia proveniente de un tercero. En su sanción y configuración habría un gran paralelismo con el adulterio, pero dando cabida a una atenuación de la pena en el supuesto normal de que la mujer quisiese realizar el acto, o mejor, receptáculo del mismo, conducida por el noble deseo de la maternidad. Pero mientras esta materia no sea recogida por la ley penal, con

el debido casuismo, no debemos forzar el articulado del Código, ajeno a una realidad científica aún incipiente en nuestra patria».

En el campo del Derecho civil, estima el autor que la inseminación artificial puede tener amplias repercusiones. Examina con especial atención la realizada en mujer casada, distinguiendo entre la inseminación *homóloga* y la *heteróloga*.

En la inseminación homóloga «aparece en primer plano la calificación del hijo, desde el punto de vista de su posible legitimidad. No hay duda de que el fruto de esa inseminación tiene definidos a sus progenitores en el ámbito biológico y social, ya que están unidos en matrimonio. Es el supuesto, nada infrecuente, de soldados americanos enviados a Corea y cuya semilla fué transportada en avión, con las naturales garantías de identidad e inseminada la esposa del soldado ausente. El hijo fecundado por este procedimiento tiene en el derecho positivo español la calidad de legítimo, al haber sido procreado dentro del marco lícito del matrimonio; si bien haya que poner serios reparos desde el punto de vista moral y religioso».

La *heteróloga* es el supuesto más penoso, pues el donador de esperma no es el esposo, sino un tercero.

En este supuesto la cuestión se presenta más confusa. Para el autor «los hijos procedentes de la inseminación artificial de la esposa sin consentimiento del marido y con activa intervención de tercero, serían denominados jurídicamente como *hijos adulterinos inseminados*, denominación harto artificiosa, pero imprescindible para precisar su verdadero origen. Respecto a los derechos de estos hijos no hay inconveniente en reclamar para ellos los mismos que disfrutaban los hijos ilegítimos no naturales; es decir, la posibilidad de reclamar alimentos».

Finaliza el autor afirmando que el hombre camina por derroteros que cada vez con mayor intensidad le apartan de Dios, y que, por ello, frente al coloso edificio de la Ciencia, deben emerger las palabras del Kempis «que nos recuerdan la vanidad de lo perecedero, invitando al hombre a desviar su corazón de lo visible y traspasarlo a lo invisible porque los que siguen su sensualidad manchan su conciencia y pierden la gracia de Dios».

VILLAGOMEZ RODEL, Alfonso, Juez de primera instancia e instrucción:
«*Delitos deportivos*»; págs. 947 a 861.

El actual e interesante tema de los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los deportes es estudiado en un doble aspecto: el penal y el procesal. Con relación al delito deportivo distingue entre las teorías positivas y las negativas.

La primera son las que admiten la persecución de estos delitos, bien a título de dolo directo o eventual, de culpa o preterintencionalidad.

Las negativas tienen de común el sostener que estos hechos caen fuera del ámbito del derecho penal y señalan como causa de justificación:

1. El consentimiento de la víctima.

2. La ausencia de móvil antijurídico.
3. La inexistencia de dolo.
4. El fin recaudado por el Estado.
5. La costumbre contra ley, etc.

Después de examinar estas teorías, fija el autor su postura manteniendo una posición ecléctica y distingue entre los delitos deportivos dolosos y los culposos.

Los primeros «son aquellos en que el jugador, violando o aprovechándose astutamente de las reglas del juego sin infringirlas, comete un hecho delictivo que imputará a título de dolo directo cuando se produce el resultado previsto, y título de dolo eventual cuando hay posibilidades de previsión partiendo de un acto ilícito, cual es la infracción de los reglamentos del juego. Del Vechio cita un caso típico del boxeador Kid Sullivan, que un combate, boxeando con guantes preparados, dejó ciego a su adversario.

«Se imputarán estos hechos a título de culpa cuando el resultado delictivo no se ha previsto, pero hubo posibilidades de prever (previsibilidad en su sentido amplio).

«Teniendo en cuenta lo establecido en nuestro artículo 565, pueden castigarse dichos hechos partiendo de la imprudencia o negligencia.»

Desde el punto de vista del derecho procesal distingue los siguientes supuestos:

- 1.º Delitos cometidos por un jugador contra otro.
- 2.º Delitos cometidos por los jugadores contra los espectadores.
- 3.º Delitos cometidos por los espectadores contra los jugadores.
- 4.º Delitos cometidos por los espectadores entre sí.
- 5.º Delitos cometidos contra las autoridades que presencian las competiciones.

Seguidamente, determina cómo ha de procederse en cada uno de ellos, con un acertado criterio.

CÉSAR CAMARGO HERNÁNDEZ.

Revista Española de Derecho Militar

Número 6. Julio-diciembre 1958

De los tres artículos que componen la sección doctrinal o «estudios» de este número dos están dedicados a materia penal.

CASTEJON, Federico: «La disciplina y el valor y sus opuestos delictivos» (Esbozo de una psicología militar); págs. 9 a 22.

Como el autor advierte por nota, el artículo es un remozamiento de una conferencia que con el mismo título y sobre la misma materia pronunció en 1921.

Con bellas palabras empieza destacando las dos características esenciales de la psiquis marcial, la disciplina como elemento cohesivo y el valor como elemento específico.

Tras la evocación de ejemplos históricos de exaltación de la disciplina y recordar la desaparición en los tiempos actuales de los crueles castigos para mantenerla, destaca la insubordinación, como su aspecto negativo, insubordinación que en el hombre sano no puede tener más motivo que le impulse a la comisión de tal delito que la protesta contra una injusticia, y el criminalista encuentra su remedio, más que en castigar al insubordinado en evitar la que dió motivo a su actividad de rebeldía como protesta contra ella. Cuando la insubordinación la comete un perturbado no puede haber más solución que su apartamiento del Ejército.

Reflexiona después, con esmalte de gráficas anécdotas, sobre el valor, elemento característico del Ejército y esencial al ejercicio de la profesión militar. Es una cualidad antinatural, lo natural es el instinto de conservación; en la lucha que se entabla entre este instinto que manda huir y el valor que manda quedar, la resultante ha de ser el triunfo, la afirmación del deber militar. Frente al valor está el miedo, la más poderosa de las emociones, como producido por el impulso natural y una educación de siglos en la que para dominarlos se asusta a los niños. El valor consiste en conocer el miedo y dominarlo.

En nuestras leyes penales se ha castigado siempre duramente el miedo, aunque no lo ha de vencer la dureza de las penas, sino una educación adecuada. La desertión es un caso intermedio entre la indisciplina y la cobardía. El desertor se sustrae del régimen del Ejército y por ello del peligro que no le amenaza ya después de abandonar las filas en que militó.

Un ameno artículo que debió ser una hermosa conferencia.

LANDIN CARRASCA, Amancio: «La regulación de las faltas leves militares y sus posibles reformas»; págs. 57 a 68.

De lo que se trata en este artículo, a pesar e la confusión a que induce su título, es de tras una crítica de la regulación de la sanción de las faltas leves militares, proponer remedio para la corrección de los defectos que en ella se nota. Son éstos, a juicio del autor: la inclusión en el artículo 443 del Código de Justicia Militar de faltas que sólo pueden cometer los militares y de las que pueden ser cometidas también por los que no lo son; el «embrollo» legislativo respecto a la competencia para sancionarlás al establecerse un correctivo demasado rígido para determinadas faltas; no establecerse procedimiento alguno para la exigencia de responsabilidades civiles por estas transgresiones, e indeterminación en la manera de cumplirse la sanción de recargo de servicio mecánico, etc.

En el procedimiento para corregirlas encuentra, entre otros, los siguientes defectos. no fijar un procedimiento para ello, po lo que puede imponerse el correctivo sin haber sido oído el sancionado; poderse sancionar la misma

falta en la misma unidad con sanciones distintas; la frecuencia con que se omite la anotación de la corrección en el expediente personal, lo que el trato es desigual para los miembros de distintas unidades; la diferencia de procedimientos en la sanción de las faltas cometidas en los buques de la Armada y las cometidas en otros lugares; la posibilidad de ser impuesto el correctivo por el mismo Oficial que fué sujeto pasivo de la falta que lo originó; y no admitirse contra el acuerdo sancionatorio más recurso que el extraordinario de revisión.

Después de la crítica en labor constructiva, propone las bases para una futura reforma. Estas son: atribución de la facultad de corregir las faltas leves a los jefes de Unidad, sin perjuicio de que sus subordinados puedan acordar el inmediato arresto; cuando la falta sea conocida por Oficial de distinto Ejército o Unidad éste acordará el arresto preventivo y pondrá el hecho en conocimiento del superior del arrestado; creación de un libro de correcciones, que se llevará en buques o unidades independientes, en el que sólo dejarán de anotarse las que hubiesen sido sancionadas con represión, arresto de menos de veinticuatro horas y recargo de servicios mecánicos; recurso de apelación y de suplica, según la autoridad que las impusiese, por las sanciones por estas faltas.

En la sección de «Notas», que es la dedicada a la legislación extranjera, destacamos por tener relación con nuestra materia:

TEJADA GONZALEZ, Luis: «Los Tribunales Militares en Italia»; págs. 95 a 107.

Tras de recordar la evolución en el pasado siglo de los Tribunales Militares en Italia, el articulista describe su organización actual, que es distinta en tiempo de paz y de guerra. En tiempo de paz pueden ser estos Tribunales territoriales, 13 en la actualidad, o de a bordo. En tiempo de guerra pueden ser ordinarios extraordinarios y de a bordo y de Ejército, de cuerpo de Ejército y de plaza fuerte o territoriales. Cuando entran en funciones cesa la jurisdicción de los Tribunales de tiempo de paz. El elemento técnico de la justicia castrense está formado por las dos categorías de magistrados y cilleres, seleccionados entre licenciados en derecho por el sistema de oposición.

También se transcribe en esta sección la Ley inglesa de 31 de julio de 1957 sobre los Convenios de Ginebra con una introducción de De No Louis.

Después las acostumbradas secciones de «Recensiones y noticias de libros», «Información» y «Legislación y Jurisprudencia» de las mismas características y extensión que los números anteriores.

D. T. C.

Revista de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Segundo semestre de 1958.

CASTEJON, Federico: «El recidivismo en materia de moneda falsa»; pág. 5.

El autor de este trabajo, magistrado del Tribunal Supremo y catedrático jubilado de Derecho penal, fué encargado por el Centro Internacional de Estudios sobre Moneda Falsa, de redactar el informe solicitado por el Comité de Organización del III Congreso Internacional de Criminología (Londres, 1955), cuyo objeto principal de estudio era el recidivismo, que se concretó en un aspecto que reviste particular peligrosidad, cual es el del monedero falso reincidente.

Se define el recidivismo como el pase de la situación de proclividad al delito a la constitución en estado permanente de delincuencia, convirtiendo la infracción criminal en género constante de vida, y elevándola, en ciertos casos, a la categoría de profesionalismo criminal. El delito de falsificación de moneda exige el previo dominio de una técnica acusada, y el estudio estadístico del recidivismo, en materia de moneda falsa, revela que el falsificador de moneda rara vez se aparta del camino de la delincuencia una vez emprendido.

La consideración internacional de la falsificación de moneda fué declarada por el Congreso de Juristas Americanos de Lima, de diciembre de 1877, cuyas conclusiones se insertaron en el Tratado de 9 de diciembre de 1878, y la consagración de la reincidencia internacional tuvo lugar en el Convenio de Ginebra de 20 de abril de 1929.

Entre las causas del recidivismo, en la falsificación de moneda, unas son de orden material: progreso de la fotografía, perfeccionamiento de las artes gráficas y especialmente del fotograbado, paro forzoso de obreros gráficos especializados, falsificación frecuente de guías, vales, cartillas, cupones, etcétera, y otras espirituales o psicológicas: afán de lucro de individuos que pretenden alcanzar su fin con el medio más fácil y productivo y menos arriesgado para el delincuente de la falsificación de moneda, y, en último término, las organizaciones clandestinas, que, a veces, con propósitos políticos lanzan a la circulación monedas falsificadas del propio país o de una nación extranjera.

El tratamiento del recidivismo ha de ser preferentemente penal, apartado de su ambiente, a ser posible en colonia penal alejada de la metrópoli y sometido a una discreta vigilancia.

Se acompaña al presente estudio la estadística del delito de moneda falsa en España, durante el trienio 1950-52, en la que se hace, con cifras, la relación de esta clase de delitos en las diferentes provincias.

TERUEL CARRALERO, Domingo: «El desarrollo penal del Fuero de los Españoles»; pág. 26.

El Fuero de los Españoles constituye la piedra fundamental de nuestro edificio político; es una proclamación de principios, con precedentes históricos, que son examinados detalladamente por el autor del trabajo que anotamos.

El estudio del magistrado señor Teruel Carralero se divide en los siguientes epígrafes: I. Perenne actualidad de la cuestión. II. El constitucionalismo. III. Las constituciones abiertas. IV. La denominación de Fuero. V. La materia del tema. VI. Los derechos individuales. VII. Los derechos políticos: A) Evolución doctrinal. B) Evolución legislativa. VIII. Los derechos individuales y el delito político. IX. La protección de los derechos individuales en nuestro Código penal de 1870. X. La protección de los derechos individuales en el vigente Código penal español. XI. Las declaraciones del Fuero subrayadas por el Código penal: A) Respecto a la Religión católica. B) Respecto a los derechos por primera vez declarados en el Fuero. C) Respecto a los derechos declarados con anterioridad y por el Fuero. XII. Recapitulación y esperanza. XIII. Bibliografía.

Después de examinarlas con todo detalle, el autor llega a la conclusión de que hay declaraciones nuevas en el Fuero, y que si unas han sido desarrolladas por el Código penal, otras están carentes de subrayado penal; que las declaraciones ya hechas en las Constituciones y repetidas por el Fuero, están protegidas por preceptos del Código, transcritos de los anteriores; que estas normas penales, las nuevas y las nuevamente transcritas, están unas agrupadas en el capítulo II, del título II del libro II dedicado a la enumeración de los delitos cometidos contra el ejercicio de los derechos de la persona, por influencia francesa; otros, por la de los Código germánicos, entre los delitos de oficio, esto es, de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, y otros, como herencia de nuestro Derecho histórico, en diversos lugares del Código, preferentemente entre los delitos contra la libertad.

Un detallado aparato bibliográfico acompaña al interesante estudio del Colaborador de esta Sección de Derecho penal del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

D. M.

ESTADOS UNIDOS

The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science

Publicación bimensual de la «Northwestern University School of Law»

Chicago. Vol. 49. Núm. 1. Mayo-junio 1958

A. LUNDEN, Walter: «Pioneers in criminology: Emile Durkheim (1858-1917); págs. 2 a 9.

En esta décimosexta publicación dedicada a los «Adelantados de la criminología», el «Journal of Criminal Law» norteamericano ha querido rendir tributo a la figura de Durkheim por sus aportaciones al estudio de la conducta antisocial, coincidiendo con el centenario del natalicio del célebre publicista.

Aquí se comienza recordando el nacimiento de Durkheim en Epinal (Vosgos), el 15 de abril de 1858, miembro de una familia de rabinos cultos largo tiempo residentes en dicha parte de la Francia oriental. Se señala como significativo en la vida juvenil de Durkheim el que su ciudad natal fuese ocupada por el ejército teutón en 12 de octubre de 1870, por cuanto ello pudo hacer al biografiado ahora conocer los desastres y consecuencias de una guerra, al propio tiempo que fermentaba su acusado nacionalismo, como acusadamente demostró al comienzo de la primera guerra mundial.

Se consigna seguidamente que a los veinticuatro años de edad fué ya profesor de Filosofía y de varias instituciones académicas francesas. Que a los veintinueve años se hizo cargo de la cátedra de Sociología en la Universidad de Burdeos, desempeñando el profesorado de Filosofía y Educación en la Universidad de París a los cuarenta y cuatro años, Universidad en la que obtuvo el doctorado diez años después, estribando su tesis en la «División del Trabajo», una de sus más célebres obras.

También se consigna la circunstancia de que su contemporáneo Tarde, el autor de las «Leyes de imitación», al igual que ocupó sedes de oposición a Durkheim en cuantas reuniones académicas reunieron, llegó a decir de este último, como expresión de sus irreconciliables puntos de vista acerca de la Sociedad y sus conceptos fundamentales, que era un «ontológico», «escolástico» y un «realista medioeval».

Como antecedentes intelectuales en que se formó la personalidad de Durkheim, se registra el hecho de que nació al año de haber fallecido A. Comte, el fundador de la Sociología y cuyo «Positivismo» es el punto de partida en la evolución del ideario o pensamiento de Durkheim. También que fué contemporáneo de sus paisanos el conocido Le Bon (Gustavo), el autor de «La Multitud», así como del ya citado Tarde (autor de la «Filosofía penal»). Antes también fué el precedente, por tanto, de F. Le Play, que ya había publicado su obra «Los trabajadores europeos» y la «Reforma social» en el que propugnaba la solidaridad de dicho orden. Cruzando los Alpes, tenemos influyendo en mayor o menor grado, pero influyendo, a Lombroso; tras el

Rin, a los llamados «socialistas de cátedra», como George Simmel, autor de «Ueber Soziale Differenzierung», y a F. Tonnies, con su «Gemeinschaft und Gesellschaft». Al propio tiempo, Wundt, que ya había abordado su «Folk Psychology» antes de la guerra franco-prusiana. Más allá del Oder se hallaban los sociólogos rusos como P. Lilienfeld, terminando sus «Gedanken Ueber Die Social Wissenschaft Der Zukunft» en cinco volúmenes; el profesor E. de Roberty redactando su «Sociologia», seguidamente traducida al francés. En Inglaterra a Spencer, ya enfrascado en sus «Sociologia» y «Psicología»; mientras que B. Kidd había publicado ya su «Evolución social», publicando después Frazer sus conocidos trabajos acerca del «totemismo» y las religiones de los pueblos primitivos. En América H. C. Carey había concluido sus «Principles of Social Science», precisamente el año del nacimiento de Durkheim, y L. F. Ward había dado fin a su «Sociologia Dinámica» y a su «Outline of Sociology».

Dando por sentado que Durkheim conoció a estos autores a través de los trabajos referenciados de los mismos, prosigue el artículo extrayendo de frase propio biografiado («L'Année Sociologique», número XII), la base para el concepto que habremos de formar a cerca de la originalidad del mismo, pues, en efecto, en dicha publicación niega tal originalidad en cuanto a sus ideas, reservándose sólo el mérito de haber sido el introductor de las mismas en Francia.

En el campo de la Criminología adquiere papel eminente la figura de Durkheim a propósito, cual ya se ha indicado, del concepto de lo «antisocial» en la conducta humana: compartiendo hasta cierto punto la tesis de Lacassagne, Durkheim, en síntesis, aprecia que es en la misma índole o naturaleza de la Sociedad donde debe hallarse la explicación del crimen, y de ahí que para él sea «normal» el fenómeno delictivo, en vez de «patológico».

Su criterio penológico se resume asimismo en el concepto de que el castigo, en su fundamento y grado, debe hallarse condicionado por la estructura orgánica de la sociedad de que se trate: metodológicamente es la medida para lograr la consolidación de la conciencia colectiva, la solidaridad, en suma. A este respecto, ha de concluirse recordando que para Durkheim los factores elementales de la cohesión o solidaridad sociales son lo exterior y el contraste que brota de la fuerza compulsiva de la conciencia común.

REY, M. L. «Some considerations on the character and organization of prison Labour»; págs. 10 a 28.

Se inicia el artículo manifestando que todavía el trabajo del recluso se viene considerando, muy generalmente, como una actividad aislada establecida por los regímenes penitenciarios con vistas al mantenimiento del orden y de la disciplina dentro de los respectivos establecimientos. Igualmente se reconoce luego que, al propio tiempo, bajo el influjo de la penología

moderna dicha clase de trabajo va siendo ya reputada tanto como un derecho del recluso como método integrante del tratamiento que al mismo se le ha de dispensar en la prisión. Ambos puntos de vista orientan de modo también distinto la cuestión relativa a la rehabilitación del penado. Y, antes de abordar con carácter de conclusiones la cuestión de hasta qué punto dichos sistemas o criterios cumplen ese finalidad rehabilitativa, el articulista va examinando relativamente lo relativo a la evolución experimentada, aisladamente, por el trabajo penitenciario, los caracteres del mismo, los elementos básicos en la organización del trabajo del recluso; el trabajo penitenciario como integrante de la economía general; como implicado en la estructura del sistema penitenciario. Concluye el artículo con unos pronósticos de su autor quien, respecto a la «futura penología», sienta que no ha de estribar en considerar al delincuente penado como un «enfermo», sino como un ser normal, y que no obstante las obligadas restricciones que todo régimen penitenciario ha de entrañar, por liberal que sea, ha de verse en dichos reclusos seres humanos, con sus correspondientes derechos fundamentales; mas, para que toda tentativa de progreso en este campo no sea pura ficción, en lo que al trabajo penitenciario respecta, afirma también que ha de procurarse equipararse al trabajo en la comunidad libre, ya que, en resumidas cuentas, la rehabilitación no implica más que la reintegración a la vida normal.

S. FRUM, Harold: «Adult criminal trends following juvenile delinquency»;
páginas 29 a 49.

Este artículo pone de relieve la importancia que desempeña una juventud proclive al delito en la pertinaz conducta criminal, cuando ya adulto.

Tras muchos resúmenes y comparaciones de índole estadística, el autor establece, por ejemplo, que casi la mitad (en rigor es el 46 por 100) de 319 casos de reincidentes, seleccionados para el trabajo, de edad adulta, internados en establecimientos penales del Estado de Indiana, registran antecedentes de delincuencia perpetrada en edades anteriores a los dieciocho años; que casi dos tercios de 148 hojas de condena acusaron también antecedentes penales juveniles iniciados con hechos contra la propiedad, mientras el tercio restante se componía de casos de vagabundaje, incorregibilidad doméstica u otros hechos concretos de menor importancia.

Como deducción, la más importante que el autor extrae de su trabajo, figura la de que, casi constantemente, la propensión delictiva advertida en la edad infantil evoluciona progresivamente hasta incidir en hechos sensacionables cada vez de mayor gravedad, advirtiendo que, si alguna vez en esta clase de trabajos, siguiendo el derrotero de esas historias penales, suele advertirse algún cambio inexplicado *prima facie*, esa explicación se encuentra más bien fuera del penado que se estudia, muchas veces, precisamente, en medidas de carácter procesal o penitenciario, aplicaciones de indultos o beneficios, sin mayor trascendencia desde el punto de vista de la Criminología.

ZEMANS, Eugene y SHONLE CAVAN, Ruth: «Marital relationships of prisoners»; págs. 50 a 57.

Este artículo trata de averiguar hasta qué punto las relaciones conyugales de los reclusos abonan el éxito en el propósito penitenciario de la readaptación de aquéllos.

Sin dejar de discernir que, en todos los casos, precisamente la familia del excarcelado no ha de brindar a éste ese medio institucional generalmente más adecuado al efecto, por cuanto, quizá, su familia y más concretamente la esposa son quienes han contribuido, consciente o inconscientemente en su camino hacia el delito, se sigue en el trabajo haciendo un examen estadístico del estado civil de cierto número de reclusos, de ambos sexos; un examen, luego, comparativo de los diferentes regímenes carcelarios de visitas a los reclusos por parte de los familiares de los mismos; se registra la excepción en algunos de los Estados de la Unión, por lo que se refiere a permitir un régimen de periodicidad en las visitas de los reclusos a sus hogares respectivos, así como los muy diversos modos y circunstancias en que los reclusos pueden ser visitados por sus parientes; se aborda el delicado tema de la visita propiamente conyugal, para aseverar que, contra lo que se invoca en su favor, tratándose de reclusos de personalidad normal y, sobre todo, adultos, tales visitas no han de variar las situaciones de «tensión y de homosexualidad» en los establecimientos penales. También se considera el régimen de visitas, en general, como una posible medida de restricción disciplinaria, los casos en que se autorizan matrimonios durante la reclusión, si bien más con miras a la legitimación de prole que a la estabilización de lazos afectivos entre los consortes. Se concluye destacando como el más importante en ese propósito fundamental de rehabilitación del recluso, el programa ofrecido por el Federal Bureau of Prisons norteamericano, y, principalmente, el interés que a dicha institución merece, ante todo la ayuda efectiva moral y material a la familia del penado.

MURRAY, J. G. E.: «Some aspects of fraud, control and investigation»; páginas 78 a 88.

Aunque circunscritos los antecedentes y datos que el artículo recoge al Canadá, pues el autor es inspector económico de la Royal Canadian Mounted Police, con sede en la plana mayor del Instituto referido en Ottawa, no deja de ofrecer interés alguna de las sugerencias que en el trabajo se formulan en cuanto a la discriminación de algunos conceptos legales en la técnica penal, tales como la definición del «fraude», sus matices criminales y civiles, su diferencia respecto a la figura de *abolengo* inglés, cual es la *misrepresentation* o las *false pretences*, de análogo origen, para concluir abordando lo relativo a la intensidad adquirida en los tiempos modernos por las prácticas fraudulentas, su etiología, sus métodos y sistemas a emplear para contrarrestar tales actividades delictivas de acusada frecuencia en

los países modernos y, muy especialmente, como del Canadá se dice, que atraviesan por fases de evolución de un estado determinado de prosperidad económica a otro más elevado.

Volumen 49. Número 2. Julio-agosto 1958

O. W. MUELLER, Gerhard: «The teaching of comparative law in the course on criminal law»; págs. 101 a 109.

En este trabajo, el articulista formula su criterio propicio a que se estimule el estudio del derecho extranjero, como método comparativo, en los cursos que se sigan sobre Derecho penal. Fundamentos de tal opinión son los que radican en la convicción de que es torpe, tanto desde el punto de vista político como económico y moral, no aprovechar las experiencias logradas por otros a costa de muchos ensayos y meditaciones y reformas de sus sistemas iniciales; el que hay muchos países extraños a la Unión Americana que, a entender del articulista, se hallan muy por encima de los Estados Unidos en el campo del Derecho penal, los cuales países, a su vez, no han llegado a ese grado de madurez en la técnica legislativa penal sin antes haber considerado los avances al respecto ofrecidos por otras naciones extranjeras; que, incluso, mientras esos países no yanquis se puede decir que aprenden cuanto los Estados Unidos tienen, estos últimos, en cambio han aprendido muy poco de lo que aquéllos saben. Y, aún llega a más Mr. Mueller, pues añade que la preservación de la cultura y libertad occidentales en el mundo se halla íntimamente ligada al prestigio que en el mundo dice gozar Norteamérica; que lo que, en definitiva, necesitan los Estados Unidos es tener, con carácter permanente, un Instituto Americano de Derecho comparado, que funcione bajo los auspicios de las facultades yanquis de Derecho con el sistema de enseñanza e investigación de una Facultad superior, debiendo ser el papel de dicho Instituto el enseñar a las profesiones jurídicas americanas los adelantos y experiencias extranjeros de un modo profesional, por medio de conferencias, monografías, etc., debiendo también descollar como principal actividad de referido Instituto la publicación de trabajos en los que se expliquen los principios legales extranjeros con sus antecedentes culturales y sus caracteres institucionales.

GIBBENS, T. C. N.: «Sane and Insane homicide»; págs. 110 a 115,

Verdaderamente, como Mr. Gibbens comienza afirmando, de todos los numerosos estudios sobre el homicidio, pocos, por no decir ninguno, se ha verificado comparando tal crimen como resultado de un reo demente con el análogo realizado o perpetrado por una persona normal desde ese aspecto.

La mayor parte de tales trabajos se han concentrado o bien al análisis estadístico de gran número de homicidios, que necesariamente implicaban ignorancia en lo relativo a diferencias de personalidad y estado mental, o a la observación psiquiátrica de determinados grupos de asesinos, cuya relación con el total número de homicidios deja mucho lugar a dudas.

En este trabajo se resumen los estudios llevados a cabo entre dos grupos de homicidas, sanos y dementes, del Estado norteamericano de New Jersey. No dejan de ser conclusiones curiosas a las que el articulista llega, por ejemplo: que no hay una gran diferencia entre el sano o normal y el anormal mental en cuanto «a los días en que más se perpetran esta clase de delitos (sábados y domingos)»; tanto uno como otro realizan su crimen preferentemente entre las seis de la tarde y la una de la madrugada, «si bien los normales depresivos, que intentan luego el suicidio, muestran una notoria tendencia a realizar el delito entre seis y ocho de la mañana»; en suma, asevera Mr. Gibbens, que, exceptuando casos de alcoholismo o encuentros fortuitos con agentes del orden, «el asesinato del demente tiene lugar casi siempre a la hora del desayuno».

CHWAST, Jacob: «*Perceived parental attitudes and predelinquency*»; páginas 116 a 126.

Tras un detenido estudio acerca de los caracteres y circunstancias familiares de ciertos grupos de delinquentes jóvenes, llega Mr. Chwast a la firme convicción de que las relaciones paterno-filiales ejercen una poderosa influencia en la formación de la personalidad del menor, y, por tanto, en su conducta; que el concepto de la predelinuencia, funcionalmente entendido, es aplicable a un conjunto grande de menores de circunstancias muy diversas en lo que atañe a la actitud de los mismos hacia sus padres; que, incluso, los menores catalogados como «no predelinquentes» acusan una convicción más profunda respecto al interés y afecto que sus respectivos padres muestran hacia lo mismo.

J. NEWMAN, Donald: «*Research interviewing in prison*»; págs. 127 a 132.

Reputa el autor evidente la necesidad de una investigación intensa y efectiva en los ámbitos de la conducta delictiva, en los de la delincuencia juvenil y en la administración y sistemas correccionales, pues, estima que el progreso en cualquier orden cesa cuando la investigación no es cordial o se verifica de modo superficial.

Añade que por una serie de razones, algunas de tipo represivo, de vigilancia o custodia, otras de índole burocrática, la investigación criminológica referida a la población penitenciaria no ha sido lo frecuente que

era necesario para suministrar datos precisos en el problema complejo de la conducta criminosa.

La investigación criminológica entraña muchas perspectivas y muchas técnicas; gran número de datos o elementos de juicio pueden obtenerse a través de los registros forenses y de la policía, así como pueden lograrse resultados psicoanalíticos y de tipo correccional; mas es necesario además que se lleve a cabo una investigación que entraña, entre otros elementos, el examen de delinquentes notorios reclusos en las prisiones. Muchos factores de significación sociológica tanto como el autoconcepto, niveles medios de aspiraciones personales, actitudes y etiología de conducta respectiva sólo pueden ser ponderados debidamente mediante dicho examen en los establecimientos penales. Si bien es verdad que la población penitenciaria no es el tipo de la delincuencia general, por lo menos, como punto de partida en la tan repetida como necesaria investigación criminológica, es ineludible desarrollar allí, en esas instituciones, los estudios aludidos.

SHONLE CAVAN, Ruth y S. ZEMANS, Eugene: «Marital Relationships of prisoners in twenty-eight countries»; págs. 133 a 139.

Como resultado de las respuestas obtenidas a un cuestionario ofrecido a las representaciones de 53 países representados en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento de los Delinquentes, los autores ofrecen las siguientes conclusiones:

La impresión general de las contestaciones aludidas es para los articulistas la de que muchos países distintos observan oficialmente una actitud mucho más humanitaria respecto a las relaciones de los reclusos con sus familiares, hijos y otros parientes, de los Estados Unidos. Se reconoce en aquéllos tanto la necesidad como el derecho del recluso a casarse mientras que la privación de ello parece parte integrante del régimen penitenciario norteamericano.

En unos cuantos países, mediante licencias para visitar los hogares respectivos, o autorizando la instalación de los mismos en el área de colonias penitenciarias, existe un régimen de facilidad matrimonial integrado en el peculiar de la prisión, que sólo establece como excepciones aquellos casos de reclusos peligrosos. A veces, también tales facilidades vienen establecidas como un plan de recompensas para la buena conducta o rehabilitación del penado.

Es de advertir que, con excepción de Méjico, de los países consultados no hay ninguno que admita la entrevista conyugal en la prisión.

Salvo casos de práctica algo antigua, como al parecer acontece en las Islas Filipinas, casi todos aquellos países se encuentran actualmente en régimen de comprobar los resultados de la tolerancia que admiten en tales aspectos, si bien los autores creen hallar resultados individualizados de satisfacción personal de los reclusos y estrechamiento o mantenimiento de los lazos familiares.

Concluye el artículo invitando a que en los Estados Unidos se fomente paulatinamente esa tolerancia referida, pues se reconoce que cualquier práctica o institución extranjera no deben adoptarse repentinamente; pero, en todo caso, llamando la atención sobre la circunstancia de que mucho más interés y beneficio inspiran las relaciones familiares, en general, del recluso con sus respectivos hogares fuera de la prisión, que la visita conyugal en ésta, que sólo tiene el fundamento de índole sexual.

ROSENTHAL, Vin y SHIMBERG, Ejlmund: «A program of group therapy incarcerated narcotic addicts»; págs. 140 a 144.

Un programa de índole terapéutica por grupos fué iniciado en el Condado de Cook, concretamente en la Prisión del mismo en Chicago, en diciembre de 1953, después de una reunión en la que se trazaron los planes de rehabilitación de reclusos toximómanos, en combinación con diversas clínicas de índole general que proporcionaron útiles datos de programas psicoterapéuticos con miras a la regeneración de los habituados a los narcóticos.

Este artículo contiene un informe acerca de los resultados logrados en la aplicación del programa de rehabilitación aludido, que fué llevado a cabo en los períodos comprendidos entre diciembre de 1953 a noviembre de 1954 y desde mayo a octubre de 1955.

En dicho informe se señala que muchos pacientes han sido examinados en momentos diversos de habituación, al propio tiempo que las facilidades con que contaron muchos de ellos en el tratamiento regenerador no fueron tan asequibles a los restantes, y ello, unas veces debido a diferencias de posición social, otras, a mera razón de idiosincrasia personal del tratado. Como logro general se registra el haber conseguido, cuando menos, una mayor propensión entre los pacientes a ser sometidos al tratamiento rehabilitador.

Volumen 49. Número 3. Septiembre a octubre de 1958

ROSE GARDNER. Edith: «Military Justice in the German Air Force during World War II» (La Justicia militar en las Fuerzas aéreas germánicas durante la segunda guerra mundial); págs. 195 a 217.

Rasgos clásicos en la Justicia militar alemana fueron los caracterizados por el criterio de que los delitos debían juzgarse por compañeros de armas y de la disciplina, incumbía exclusivamente al respectivo oficial superior. Ese concepto de que los soldados habían de ser juzgados por soldados data al parecer de los primeros ejércitos permanentes teutones. Concretamente en lo que a las fuerzas aéreas alemanas respecta, puede decirse que la jurisdicción civil, tanto en el orden judicial como en el policial, cesaba en

los linderos de los aeródromos o acuartelamientos de dichas fuerzas. Podía recurrirse a la ayuda de la policía gubernativa, pero aunque un aviador hubiese sido detenido fuera de los lugares o zonas indicados, había de ser entregado a sus respectivas autoridades.

Abolida esta Jurisdicción especial tras la primera guerra mundial, el gobierno socialdemócrata remitió a las autoridades civiles el conocimiento de las causas contra militares, reservándose el derecho a ser dirigidos en su defensa por jurídicos militares. El gobierno nacionalsocialista por un decreto de 1 de enero de 1934, abolió ese régimen precedente, tornando al régimen de jurisdicción especial y resucitando virtualmente el viejo Código penal militar de 1898, creándose para las fuerzas aéreas un régimen a su vez propio en octubre de 1935, a base de dos tribunales, el Kriegesgericht y el Oberkriegesgericht; en 1936 se instaura el Tribunal Supremo de las Fuerzas Armadas, como tribunal general de apelación y como de Primera Instancia para los delitos de alta traición y otros delitos graves.

El resto del artículo describe la organización y facultades del Departamento alemán de Justicia de las Fuerzas Aéreas durante la segunda guerra mundial, las clases de tribunales y jurisdicción respectiva durante dicho período, la composición de aquéllos, procedimientos, penas establecidas en esa jurisdicción especial, etc.

J. WILLIAMS, Roger: «Identifying and treating potential alcoholics»; páginas 218 a 221.

Muéstrase en este trabajo muy convencido el articulista de que es muy posible y fácil la apreciación oportuna de los propensos al alcoholismo, oportunidad, claro está, referida a las posibilidades de su tratamiento. Técnicamente aprecia que tal rehabilitación ha de descansar en un completo conocimiento de la bioquímica de la nutrición, con su complemento de genética. En suma, reputa que cuando el alcoholismo pueda ser atajado en todos sus grados es cuando se habrá dado también un gran paso para la prevención del delito.

REIFEN, David: «Protection of children involved in sexual offences: A new method of investigation in Israel» (Protección de menores incurso en delitos sexuales: Un nuevo método de investigación en el Estado de Israel); págs. 222 a 229.

Trátase de un ensayo breve acerca de diversos métodos empleados, más para prevenir que para descubrir delitos de la clase indicada, cuando se trata de delitos que entrañan atentados a la moral, o buenas costumbres que añadiríamos nosotros. Se lamenta el autor de que hasta la fecha los métodos empleados han atendido preferentemente a garantizar la defensa

de los inculpados, desde el punto de vista judicial, pero hasta cierto extremo ello añade que ha sido con olvido de la significación de las víctimas.

Una nueva Ley israelita, cuya finalidad es la doble de mantener las garantías procesales para los acusados, pero al mismo tiempo proteger a los menores afectados por los delitos de la clase expuesta, prevé la formación de una plantilla de investigadores y ayudantes técnicos especializados para hacer frente a los delicados problemas que entraña la delincuencia sexual, debiendo ser oídos aquéllos funcionarios ante los tribunales en su papel primordial de defensores de los menores.

La peculiaridad de tales delitos, entre cuyos caracteres es de destacar la poca ayuda familiar que, por razones de estimación, se brinda a los organismos competentes, así como otras circunstancias similares, son las que aconsejan para el articulista la formación de un cuerpo probo de especialistas a quienes compete exclusivamente la labor de investigación que, a la vez, ha de ser utilizada para preparar oportunamente el tratamiento que en su día y caso haya de ser dispensado al menor.

La Ley israelita referida se registra como la «Law of Evidence Revision (Protection of Children) 5715-1955», aprobada por el Knesset israelí.

DINITZ, Simon; C. RECKLESS, Walter y KEY, Barbara: «A self gradient among potential delinquents» (Una predisposición entre los delincuentes en potencia); págs. 230 a 236.

Este trabajo ofrece el resultado del análisis efectuado entre 101 muchachos de raza blanca, de doce años de edad, seleccionados en los sectores más notorios por su delincuencia en Columbus (Ohio); verificándose dicho análisis mediante la comparación de aquéllos con un grupo de 125 muchachos procedentes de ambientes menos contaminados por el delito.

Aunque no de una manera muy explícita, parece ser que el criterio aplicado en tal investigación comparativa se ha basado en el grado más o menos de estimación del propio «yo», tanto entre los muchachos investigados como en sus familiares, principalmente las madres, estableciéndose la conclusión de que, en lo que a propensión delictual atañe, eran de advertir predominantes conceptos de sociabilidad entre los menos pronos que los más inclinados al delito.

N. DOWNEY, Richard y SIGNORI, E. I.: «The selection of prison guards» (La selección del personal penitenciario); págs. 234 a 237.

Trátase en rigor de un informe sobre el estudio realizado en la Granja Prisión de Oakalla en el período comprendido entre los años 1954 a 1956. y, como resultado de aquél, se afirma que se registró un porcentaje mayor de aptitud entre el personal mejor remunerado que el retribuido escasa-

mente, destacando el de la primera clase por su mayor personalidad, mejores condiciones de sociabilidad y hasta altruismo.

EGLASH, Albert: «A mutual help program for inmates and ex-inmates» (Un programa de ayuda mutua para reclusos y licenciados de prisión); páginas 237 y siguientes.

Inspirándose en programas de ayuda mutua para la regeneración, ya implantados en los Estados Unidos, como el conocido de los «Alcoholic Anonymous», versa este artículo sobre la posibilidad de ampliación de los métodos aludidos a otros afectados por su conducta desviada, concretamente los delincuentes.

Aun admitiendo que es pronto para apreciar la efectividad de resultados, procura el articulista inspirar interés por la puesta en práctica de tales programas como susceptibles para lograr la rehabilitación de los que han incidido en el delito.

Volumen 49. Número 4. Noviembre a diciembre de 1958.

F. SHORT, James y IVAN NYE, F.: «Extent of unrecorded juvenile delinquency» (Amplitud de la delincuencia juvenil no registrada); págs. 296 a 202.

Admitiendo las limitaciones que exige el concepto «conducta delincuente», así como la de los casos estudiados previamente, establecen aquí los autores unas a modo de conclusiones acerca de la extensión de la delincuencia juvenil en la población no reclusa que han investigado.

Así, afirman que la conducta delictiva en la población no reclusa o internada es grande y variada; que dicha conducta es similar en caracteres entre los reclusos y los que se hallan en libertad, y que aquélla también es similar entre unos grupos y otros, comparados a su vez con las notas prevalentes de la delincuencia registrada oficialmente, similitud que se afirma tanto respecto al sexo, delitos más frecuentes, grado de instrucción, etc.

A. BLOCH, Herbert: «Juvenile delinquency: Myth or threat» (La delincuencia juvenil: Mito o amenaza); págs. 303 a 309.

Procurando determinar el concepto de delincuencia juvenil, comentando o analizando acerca del valor de las estadísticas que se confeccionan al

respecto, la significación que debe darse a las mismas, la heterogeneidad de los hechos sometidos a procesos judiciales, el ámbito de la actividad de los delinquentes jóvenes, las «motivaciones» de los adolescentes, y el aspecto ecológico, concluye el articulista diciendo que es indudable el incremento delictivo entre jóvenes comprendidos en edades de 16 a 21 años por lo que se refiere a figuras como el hurto de vehículos, y atentados diversos a la propiedad; que, en cuanto a la conducta de jóvenes que, sin ser propiamente delictiva, denota una predisposición o, en definitiva, «aproximación» al delito, casos de intransigencias juveniles u otras infracciones de índole más bien moral, la causa debe ser atribuida a las modernas condiciones de la vida familiar, sobre todo la característica carencia de vigilancia paterna impuesta por la dedicación al trabajo, así como, desde otro punto de vista, por el incremento de la vigilancia policial. Que, en general, las anomalías hoy tan notorias en la juventud, que pueden atribuirse a la prolongación de la vida escolar, así como a la decadencia del respeto a la libertad individual de los adultos, merecen designarse como fenómeno de «prolongación de la adolescencia»; y que, así como en el pasado siglo la delincuencia era función de actitudes y criterios sociales variables, modernamente, por «una creciente tendencia a un sentido de la normalidad propio de la clase media, nos hemos vuelto más sensibles a las manifestaciones de los desórdenes de la juventud».

M. MACDONLD. John: «*The Teachin of Psychiatry in Law Schools*» (*La enseñanza de la Psiquiatría en las Facultades de Derecho*); págs. 310 a 315.

Como esencia de la tesis en este artículo sustentada por su autor, puede recogerse el criterio de que la Psicología no debe limitarse a un estudio preparatorio de los estudios superiores jurídicos, ya que la realidad que esta clase de profesiones ha de afrontar requiere precisamente unos profundos conocimientos de psiquiatría aplicada o experimental.

M. COE, Rodney y J. SHAFER, Albert: «*Survey of classification systems in the United States*» (*Reseña de los sistemas de clasificación de correccionales en las instituciones penitenciarias norteamericanas*); págs. 316 a 329.

Teniendo en cuenta la complejidad de aspectos que, con vistas a la rehabilitación de los reclusos, ha de considerar un Director de Prisiones, los autores propugnan un sistema-tipo de clasificación de aquéllos, a base de intensificar la creación de más establecimientos, dotados de personal también cada vez más entrenado y todo el programa dirigido por los resultados de un continuo estudio en los problemas penológicos.

FOX, Vernon: «Analysis of prison disciplinary problems» (Estudio de los problemas disciplinarios en las prisiones); págs. 321 a 326.

Se comienza analizando el concepto de «disciplina penitenciaria», se siguen considerando los diversos sistemas americanos para la custodia de los reclusos, deteniéndose en la eficacia e índole cualitativa de los mismos, reseñando los casos más frecuentes de alteraciones en el régimen carcelario, poniéndolos en relación con los casos de reincidencia o habitualidad y, tras abordar finalmente los aspectos que plantea la elaboración de un programa disciplinario, se concluye afirmando que tales problemas entrañan aspectos de índole psicológica que afectan tanto a reclusos como a guardianes y que, al establecer las sanciones para el quebrantamiento del orden dentro de los establecimientos penales, no se ha de pensar sólo en el rigor objetivo de los mismos, sino principalmente en los efectos psicológicos, «grado de aceptación», en los internados.

WATT, Norman y A. MAHER, Brendan: «Prisoner attitudes toward home and the judicial system» (Actitudes de los reclusos hacia el hogar y el sistema judicial); págs. 327 a 330.

La investigación de 74 delincuentes adultos varones cumpliendo diversas penas de reclusión no ofrece a los autores base suficiente para fundamentar la hipótesis de que las actitudes de dichos sujetos hacia el público en general, hacia la Ley o hacia la Moral se hallan en función de los sentimientos de animadversión o propensión de los mismos respecto a determinados familiares respectivos. Asevérase que la actitud de los investigados respecto a la Ley y a la Moral requiere, para mejor comprensión técnica, un análisis más detenido y comprensivo de otra clase de factores distintos a los puramente familiares.

C. SCHNUR, Alfred: «The new Penology: Fact or fiction?» (La nueva Penología: Hecho o ficción); págs. 331 a 337.

Determina la formulación del interrogante que sirve de título al artículo el examen, breve, pero metódico y sesudo, que el autor realiza respecto a la competencia de los encargados de los servicios de correccionales norteamericanos, respecto al carácter ya arcaico que atribuye a la estructura legislativa penal, a la no utilización, en la administración penal o penitenciaria de los avances, mayores o menores, logrados a través de tantas investigaciones sobre la etiología de la conducta humana.

D. SAVITZ, Leonard: «Capital punishment» (La penal capital); págs. 338 a 342.

Advertiendo que el relativamente corto período de tiempo dentro del que se hallan comprendidos los casos por él estudiados y los datos sobre comisión de asesinatos en igual lapso, no deben permitir se llegue a conclusiones rotundas, el autor afirma en este trabajo no pudo apreciar un aumento o elevación sensibles de dicha clase de delitos en relación con la frecuencia de penas de muerte dictadas o impuestas con ocasión de los mismos.

THOMPSON, Jim: «The role of common law concepts in modern criminal jurisprudence» (El papel que juegan los conceptos del «common-law» en la jurisprudencia penal moderna); págs. 350 a 356.

Aunque el tema debe contemplarse ceñidos al ámbito estricto de la peculiar fuente legal inglesa del «common law», ha de recogerse del artículo en que aquél se aborda el concepto o, más bien, aserto, de que la decisión judicial definidora de figuras delictivas es susceptible de engendrar incertidumbre jurídica y, por otra parte, la ley penal, por la que tan fácilmente puede perder la libertad el individuo, ha de ser una ley cierta y conocida.

Complétase lo que precede con la sugerencia de que, por muy precisa y urgente que sea la protección social al delito o al delincuente, tan embarazoso debe ser un proceso de promulgación legislativa como uno estrictamente de enjuiciamiento criminal, en definitiva casuístico y, como tal, falto de la difusión de toda norma general.

JOSÉ SÁNCHEZ OSÉS

FRANCIA

Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique

Julio-septiembre 1958

El volumen XII, número 3, de esta prestigiosa revista nos ofrece en su parte científica varios artículos, algunos de ellos de gran interés, que resumimos a continuación.

CORNIL, P.: «Le régime de la détention préventive»; pág. 161.

El profesor Cornil traza, primeramente, en este artículo una panorámica histórica de la pena de prisión, considerada primitivamente como medida de aseguramiento, como detención preventiva, hasta llegar a nuestros

días, pasando por el siglo XIX durante el cual la privación de libertad se conviene en la pena más comúnmente aplicada, para estudiar en el apartado tercero el régimen de la detención, al cual los autores clásicos atribuían dos fines primordiales: impedir las fugas y prevenir la corrupción mutua. Cita la legislación de Yugoslavia, Inglaterra, Bélgica y otros países, marcando diferencias y caracteres comunes, y trazando las líneas generales que deben orientar tal régimen. Por último, y como cuestión importantísima analiza un aspecto del régimen de detención preventiva: el examen de la personalidad del detenido, señalando la evolución caecida en este terreno.

GRESSOT, M.: «Valeur psychologique de la peine»; pág. 172.

Comienza el autor, con gran humildad, haciendo saber los modestos títulos que le autorizan para tratar tema de tanto interés. Sigue, exponiendo la necesidad de una íntima relación entre penología y psicopatología, entre el personal encargado de la aplicación de la pena y el psiquiatra, y resaltando las dificultades que entraña conseguir esta última colaboración. Después distingue entre efecto, objeto y función de la pena, aclarando estos términos y precisado su significado, pasando luego a estudiar los efectos positivos y negativos de la pena, en el plano concreto de la delincuencia juvenil. Enlaza todas estas consideraciones con el objeto propio de este artículo, «valor psicológico de la pena», terminando con la precisión de las dos causas que disminuyen dicho valor: primera, la ausencia de una formación psicológica apropiada en el personal de los establecimientos especializados; segundo; la ausencia de un examen médico-psicológico aplicable a todos los delinquentes.

ZUMBACH, P.: «Adolescente et protection sociale en general»; pág. 177.

Bajo el subtítulo «el médico y el trabajador social» se trata en el presente artículo el tema expuesto del modo que sigue: un preámbulo o introducción de tipo general al tema: reseña de datos histórico-estadísticos y conclusiones, que constituye la parte de mayor interés doctrinal, relativas a la formación de grupos de trabajo social subordinados al tutor general, coordinación entre los diversos grupos, estudios y labor de seminario; todo ello tendente a conseguir una mayor protección social de la adolescencia, resaltando la necesaria coordinación que debe existir entre el médico y el trabajador social.

DELAY, Jean: «Etude médico-légale et psychiatrique sur la delinquance épileptique»; pág. 182.

El estudio médico-legal que se nos ofrece, debido a la pluma del doctor J. Delay, en colaboración con los doctores P. Deniker y R. Baranbe,

implica un análisis del tanto por ciento de delincuentes epilépticos en relación con el total de delincuentes, de la diferencia entre epilépticos «detenidos» y epilépticos «internados». Contiene el artículo abundantes datos estadísticos en orden al tema desarrollado que permiten, a la postre, fijar algunas características de la llamada «peligrosidad epiléptica».

A continuación inserta la revista Internacional de Criminología y Policía técnica varios artículos cuyo contenido, más que jurídicopenal puede calificarse de policial, aunque íntimamente relacionado con problemas cuya órbita puede situarse en zona de interés común para todos aquellos que de un modo u otro se interesan por el crimen y los medios para su represión. Así, «La guerra del opio» por Daniell Orr, quien divide su trabajo en un cuadro histórico y social, contactos con Occidente y fuerzas de divergencia, orígenes del conflicto producido por el opio, régimen de los tratados y conclusiones. Acompañan a este estudio interesantes grabados y fotografías; *l'usage des derives barbituriques à des fins policières ou medico-legales est-il admissible?*, artículo escrito por L. Cappuyns, doctor en Derecho, sustituto del Procurador general cerca de la Corte de apelación de Lieja; S. Pougheon, y Z. Moloster, *Contribution à l'étude des encres des documents manuscrits par la chromatographie sur papier*; E. Heiby, publica a continuación un trabajo sobre el modo de constatar si una pistola automática ha servido o no para un suicidio, ilustrando sus admiraciones con abundante fotografías.

Luego de un editorial sobre el Instituto de Policía Técnica de San Pablo, se insertan dos artículos: el primero de ellos escrito por G. Dosi, sobre *L'action de la police évoquée par les timbres-poste*, y el segundo debido a la pluma del eminente profesor Jean Graven, curiosísimo artículo sobre *Tableau de l'argot criminel*, en el que examina diversas significaciones clasificadas por orden alfabético.

Septiembre-diciembre 1958

GLUECK, Sheldon: «Techniques de prévision dans la prévention et le traitement de la délinquance»; pág. 241.

Versa este artículo sobre las posibilidades de hacer pronósticos en cuanto a la previsión como instrumento eficaz al servicio de la Justicia. Se reseñan seguidamente diferentes tablas estadísticas relativas a edad, profesión, etc., en que se apoyan cualesquiera intentos de previsión. Se pregunta a continuación el autor cómo puede el juez ayudarse de las oportunas tablas de previsión para elegir la medida que se habrá de imponer, analizando los factores que integran las tablas de más reconocido prestigio, contestando y refutando algunas de las objeciones que se suelen hacer a las tablas de previsión. Tales objeciones son, principalmente, las siguientes: 1.º Que la aplicación de las técnicas de previsión corresponde a una concepción determinista; 2.º Que no tienen en cuenta los cambios que inter-

vienen en las condiciones personales y sociales; 3.º Que el comportamiento humano es tan complejo que escapa a las tablas de previsión, las cuales sólo pueden recoger determinados aspectos de la personalidad y sus factores.

El autor va, como dejamos expuesto, refutando una por una estas y otras objeciones, para terminar afirmando el valor innegable de las tablas de previsión en materia criminal.

CHESNI, Yves: «A propos des limites d'âge dans le Code Pénal Suisse»; página 248.

El fin de toda pena en Derecho suizo es la reeducación y reintegración del individuo delincuente en la sociedad. Esta tendencia la hallamos aún más acentuada en la Legislación penal de menores, en la cual, medidas y penas pueden considerarse, en sentido general, como «tratamientos». El presente trabajo estudia un factor importantísimo que determina, en gran parte, la personalidad del delincuente menor: la edad.

El ritmo de desarrollo psicológico—dice el autor—es diferente de un individuo a otro y de ahí que, frente a la edad legal se haya de tener en cuenta la edad mental. Plantea, seguidamente, la cuestión sobre los límites de edad, preguntándose si acaso sean excesivamente estrechos y rígidos los fijados por el Código, y si será posible que el juez, en ciertos casos, adopte medidas teniendo en cuenta la personalidad concreta del delincuente joven, personalidad donde la edad mental constituye un aspecto muy importante.

Seguidamente contempla las discordancias que pueden existir entre la edad legal y la mental, examinando a continuación, en función de estos precedentes, el problema de las categorías de edad en el Código penal suizo.

PAILLARD, René: «Le témoignage de l'enfant et de l'adolescent»; pág. 261.

Este interesantísimo estudio versa sobre el valor del testimonio de niños y adolescentes, y constituye una aportación verdaderamente lúcida por el minucioso análisis del alma infantil. La afirmación de Rousseau «la verdad sale de la boca de los niños», es puesta en tela de juicio por psicólogos y psiquiatras. Partiendo de este hecho, realiza René Paillard una delicada investigación sobre la personalidad de los niños y adolescentes, poniendo de relieve las características especiales de tal personalidad que deben ser tenidas en cuenta a la hora de valorar sus testimonios.

El esfuerzo que ha de realizar el niño para transformar la imagen en idea y la idea en lenguaje, puede desvirtuar aún involuntariamente la verdad de los hechos. Los deseos, las afecciones de los niños e incluso de los adolescentes, su simpatía, influyen extraordinariamente en sus manifestaciones, lo cual, implica la necesidad de un previo examen psiquiátrico.

JACONELLA, Sergio: «La valeur psychologique de la peine»; pág. 270.

El autor de este artículo, director de la penitenciaría cantonal de Lugano (Suiza), pone toda su experiencia al servicio de este problema. Estudia minuciosamente el sentir del delincuente desde que es apresado hasta que es condenado y cumple la condena. La sociedad—dice—piensa al adoptar los medios represivos tradicionales que todo aquello que es delito debe ser eliminado, que todo lo malo debe ser perseguido con los medios al uso. Peligrosa ilusión. En la cárcel, fuera de ella—de modo ignorado—abunda el crimen, la corrupción, la degeneración. Nada positivo se consigue si no se acude a estos problemas con verdadero amor hacia los semejantes, deseando su reforma, y no pidiendo sólo el castigo. Termina este artículo con una anécdota sobre San Francisco y unos ladrones, verdaderamente edificante. Trae gran número de grabados sobre diversos aspectos de su contenido.

A continuación se insertan en la Revista artículos debidos a las plumas de E. Maurel, P. Callet, J. Mathyer, M. Bachet, S. Poughein y R. Berger, que tratan cuestiones especiales relativas unas a temas de carácter policial, aun cuando interesen al jurista, en general, por el entronque que con los temas generales y los fines perseguidos por la función penal tienen las citadas cuestiones, y, otras, aunque de tipo jurídico, de interés más limitado. Así, *Consecuencias de la evolución social sobre la práctica judicial*, *Estudio de los colorantes del lápiz de labios por la cromatografía sobre el papel*, *Empiezo de la selección mecanográfica en los archivos de la policía judicial de París*, notas de policía científica, *Argot y tatuaje en París* e *Informe sobre la actividad de la Cámara penal de la infancia en 1957*.

Después de las notas biográficas y apuntes bibliográficos, aparecen con el título de *Ecos y variedades* las conocidas secciones de crónica de films policíacos, *A través del mundo*, y crónica del automóvil.

Finaliza el presente número de la Revista con un comentario sobre la controversia originada en Inglaterra por la inseminación artificial, escrito por J. Vermont.

JOAQUÍN MORALES

Revista Internacional de Policía Criminal

(Edición española)

Octubre 1958

TIEELE, Roland: «Psicología del conductor que huye»; pág. 226.

El autor de este trabajo, encargado de curso, en la Escuela de Criminología de Bruselas, se refiere al hecho que plantean los accidentes de tránsito, por la dificultad que supone para la policía el problema de la identidad de los vehículos, cuando el autor del accidente o del crimen huye, lo que

sucede muy a menudo. Y por todo se condena el delito de huida por la cobardía que este acto encierra.

Sin embargo, el que huye no es necesariamente «culpable». Un examen ulterior de los hechos puede revelar que no ha incurrido sino en una responsabilidad parcial, porque a veces se tiene un miedo inmenso e impreciso, un pánico que le impulsa a alejarse del sitio del incidente, o del drama, según se trate de un simple tropiezo con un coche estacionado o de la muerte de una persona.

Aunque también existe el caso del individuo sin conciencia, que hará uso de un máximo de ingeniosidad para escapar «por todos los medios», a la obligación de rendir cuentas de una acción en la que es claramente deudor.

El autor de este artículo ofrece a la reflexión de todos los diferentes problemas que suscita la huida, que no sólo preocupan a la policía, sino que conmueven también la propia conciencia de los autores. Este aspecto subjetivo del problema es el que más especialmente se examina en el presente artículo.

BEDEL, Ch.: «La protección contra los medicamentos homicidas»; pág. 232.

La palabra medicamento implica la idea de una sustancia destinada a combatir la enfermedad, y, sin embargo, existen medicamentos que ocasionan la muerte. Toda la protección contra semejantes accidentes reposa sobre el cuidado y vigilancia del farmacéutico, pero es preciso distinguir entre los medicamentos magistrales y los específicos.

Los primeros, son los que prepara el farmacéutico por prescripción facultativa. El autor del trabajo que comentamos, profesor de la Facultad de Farmacia de París, hace un examen de las causas que pueden dar lugar a un error de este tipo, y de la legislación farmacéutica, señalando algunos casos que tuvieron realidad en la práctica.

Se hace a continuación el examen de los específicos, con un estudio de los antecedentes históricos, que nos enseñan que los primeros específicos fueron vendidos en las Ferias y Mercados, y correspondían a una fórmula guardada en secreto, con grave peligro porque muchos de los preparadores de esos remedios no eran ni farmacéuticos ni médicos, lo cual no impedía que su número fuera creciente, sobre todo en el siglo XVIII, por lo que fué necesario poner un freno a su multiplicación.

Después de examinar la función del Comité técnico específico, y el problema de la responsabilidad, se llega a la conclusión de que en los medicamentos homicidas ha de intervenir, en todo momento, la función vigilante del farmacéutico. Desde su fabricación, hasta su entrega al enfermo, el remedio se halla bajo la vigilancia de un farmacéutico, pero la más insignificante falta de atención, el menor descuido por parte de éste, puede ser fatal. Por ello, en cada fase, se le atribuye una gran responsabilidad que se traduce, caso de cometerse una falta, en sanciones que a la vez tienen carácter penal, pecuniario, y disciplinario. La seguridad de

los enfermos, reposa enteramente sobre el farmacéutico. Pese a algunos asuntos que produjeron un gran revuelo entre el público, pero que no constituyen sino excepción, puede decirse que el farmacéutico cumple debidamente su misión.

DEB, R.: «Cómo interrogar a los presuntos culpables»; pág. 239.

El autor de este trabajo es profesor de Derecho en la Escuela de Policía de Mt. Abu (India), y lo dedica al interrogatorio de los presuntos culpables —de los «sospechosos» en el sentido que tiene esta palabra (*suspects*), en la terminología jurídica anglosajona—. Hemos de resaltar la preocupación laudable del autor de este artículo, de aconsejar a la policía, en materia tan importante como es el interrogatorio de los presuntos culpables, especialmente manifestado desde el punto de vista del lugar en que ejerce sus funciones.

Limitándonos exclusivamente a recoger los diferentes epígrafes en que el trabajo está dividido, subrayamos los siguientes: 1.º Los «sospechosos» deben ser interrogados por policías de experiencia. 2.º No debe procederse al interrogatorio sino después de las investigaciones preliminares. 3.º Hay que interrogar al sospechoso lejos de su hogar y de su familia. 4.º Hay que dejar mentir al interrogado si tal es su gusto. 5.º Ganarse la confianza del interrogado o confundirlo con ayuda de las pruebas que ya se poseen. 6.º El investigador debe saber leer los pensamientos. 7.º El investigador no debe ser demasiado crédulo. 8.º El investigador debe saberse dominar. 9.º Sospechosos que tienen o que no tienen remordimientos. 10. El interrogatorio de personas en estado hipnótico. 11. Declaraciones hechas durante el sueño. 12. No debe criticarse al delincuente. 13. El investigador debe iniciar el interrogatorio sin ideas preconcebidas; y 14. ¿Cómo debe levantarse el acta de la declaración?

El simple enunciado de los epígrafes anteriores, ya pone de manifiesto la importancia que, sobre todo para los policías, pueden tener los consejos dictados por el que une indiscutibles conocimientos una gran experiencia sobre la cuestión planteada.

D. M.

Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal

Octubre-diciembre 1958

Lo que es

BOLETIN DE LA SOCIEDAD GENERAL DE PRISIONES Y DE LEGISLACION CRIMINAL

Empieza con la noticia de las sesiones de 31 de mayo y 28 de junio de 1958, de dicha sociedad dedicada a las penas cortas de privación de

libertad, a la dificultad de utilizar en Derecho penal las prestaciones personales del Derecho fiscal, es decir, a su sustitución por el trabajo coaccionado, pero sin prisión, que como sustitutivo del incumplimiento de la pena de multa se emplea en aquel Derecho en el país vecino.

La discusión se hizo sobre la ponencia del Juez del Tribunal del Sena Me Maurel, que no es partidario de esta forma de cumplimiento de las penas cortas de privación de libertad, y en dicha ponencia se examinaron los diversos aspectos de la cuestión, sin llegar en la discusión de ella a un acuerdo definitivo, pero sí a fijar la consideración de tales penas en las que no excedan de cuatro meses, y al deseo de llegar en sesiones posteriores a la redacción de un texto sobre su cumplimiento que coordinase los diversos pareceres expuestos.

Después el

Extracto del informe general de M. R. Lhez, Director de la Administración penitenciaria del año 1957; pág. 816 a 893.

Este informe que se corresponde con nuestras Memorias de la Dirección General de Prisiones, no consigue sostener el tono optimista propio de esta clase de documentos y empieza advirtiendo, y a través de sus largas páginas se sigue trasluciendo, la preocupación por los problemas creados por la situación en el Norte de Africa a la que la Administración ha tenido que hacer frente.

A nosotros nos interesa destacar de ella la creación, o establecimiento de un centro de cura antialcohólica en Lyon (pág. 832), las consideraciones que, como continuación del informe anterior hace sobre el funcionamiento del Centro Nacional de Orientación de Fresnes (pág. 838) de reciente creación, que es la esperanza del penitenciarismo francés; y en materia de personal las medidas tomadas para la absorción de los cuadros metropolitanos del personal de Túnez y Marruecos (pág. 865).

CANNAT, Pierre: «Le Traitement des Multirécidivistes en Angleterre»; página 894 a 901.

El Presidente del Tribunal de Apelación de Mónaco y Secretario General de la Sociedad General de Prisiones y de Legislación Criminal de Francia, como una conmemoración o recuerdo de la aprobación—diez años ha—de la Criminal Justice Act en Inglaterra, dedica su habitual crónica al estudio del tratamiento de los multireincidentes en aquel país después de la *corrective training* creada por aquella ley.

Explica que todo el mecanismo de la institución se funda en el destino, después de la observación realizada en las casas de detención, a establecimientos de cuatro clases distintas: prisión abierta, prisión regional, prisión de seguridad media y prisiones de gran seguridad, con la ventaja de que, destinado a éstas a los peores, los que no lo son pueden serlo a prisiones abiertas y cumplir el final de su pena en libertad vigilada.

La antigua «preventive detention» de 1908 ha cambiado de aspecto completamente. Uno de los fundamentos del régimen actual es un régimen progresivo, una especie de decantación a través de filtros sucesivos. La primera fase o etapa se realiza en la casa de detención en que se encontraba el recluso al ser condenado; allí pueden estar dos años o salir a los nueve meses, y son examinados desde el punto de vista de su buena voluntad. De ella son trasladados al centro de observación de Wandsworth por unas cuatro semanas. Los mejores, si son ya de una cierta edad (de 40 a 45 años), son enviados a Eastchurch, los jóvenes a Nottingham, los de edad media a Chelmsford y los peores y los anormales son destinados a Farkhurst. Los centros donde transcurre la segunda etapa están concebidos para que los reclusos trabajen y aprendan un oficio en un ambiente de la mínima rigidez carcelaria. La tercera etapa, hasta su liberación condicional, transcurre en un «hotel» de unas doce plazas, en el que reciben el trato de trabajadores libres.

El articulista describe dos de estos establecimientos: Chelmsford y Eastchurch y del régimen en ellos seguidos.

En el primero, los reclusos se levantan a las 6,30 horas, desayunan y hacen media hora de gimnasia en el local que sirve también de sala de espectáculos, trabajan hasta medio día en los talleres y de las catorce a las veinte horas, después toman el té y pueden asistir cuatro días a la semana hasta las veinte horas a cursos escolares, que no obligatorios, son, sin embargo, frecuentados por la mayor parte de los reclusos, o dedicarse al descanso. La tarde de los sábados y los domingos pueden utilizar un buen campo de deportes o cuidar un pequeño jardín individual. Doce meses antes de que termine los dos tercios de su pena es examinada su conducta por una junta, que determina si han de pasar al tercer período o continuar en el segundo.

En Eastchurch los reclusos se levantan a las siete, los que quieren practican gimnasia, y de ocho a doce y de trece a diecisiete, trabajan obligatoriamente en los talleres del establecimiento, de doce a trece comen en régimen de autoservicio, estilo cafetería americana, y están en libertad de discurrir por el establecimiento, ir al patio o jugar al billar, a las diecisiete horas se reúnen en el club o tienen lectura en la biblioteca y, a las diecinueve horas, sesión de televisión. La tarde del sábado y el domingo deportes, cinema o cuidado de su jardín individual.

Después un estudio del

Doctor GABY sobre «Les etapes du developpement des mineurs»; páginas 902 a 905.

Y en «Crónicas extranjeras» la Argentina, a cargo de

GARCIA BASALO, sobre «La nueva Ley Penitencia Nacional complementaria del Código Penal»; pág. 906 a 911.

Y la Filandesa, a cargo de

SOINE, Valentín, sobre «*Compte rendu periodique des evenements survenus pendant la periode juillet-decembre 1957*»; pág. 912 a 917.

En lo que es

BOULLETIN DE L'UNION DES SOCIETES DE PATRONAGE DE FRANCE

CHEVANNE M^{llo} T.: «*Les bibliothéques pénitentiaires*»; págs. 937 a 944.

La autora discurre sobre un tema de su especial conocimiento por ser bibliotecaria de los establecimientos penitenciarios y es el fruto de sus observaciones.

Las bibliotecas de las prisiones no se componen exclusivamente de obras moralizadoras o confesionales con la lógica prohibición de obras pornográficas, policíacas y de carácter político; llegan a ella obras de todas clases, predominantemente reportajes, tienen analogía con la de los hospitales.

Formadas sobre el fondo de un donativo hecho por la Cruz Roja, se han aumentado por los de los particulares, estimulados por diversos organismos penales y por un pequeño crédito otorgado por la Administración. Estos donativos se reciben en la biblioteca de la Prisión de Melun, de donde son distribuidas a las demás.

Los reclusos prefieren las obras recreativas, como ocurre entre los lectores de cualquier biblioteca, obras recientes, sobre todo en materia de viajes o relatos de guerra; son los lectores difíciles y exigentes por estar mal informados de las adquisiciones recientes y temerosos de recibir, eligiendo por la sugestión del título, obras poco interesantes.

La riqueza de la biblioteca está calculada en diez volúmenes por recluso en las prisiones centrales, y de cinco en las preventivas, en las que la población se renueva más frecuentemente. Las dos terceras partes de sus libros son novelas, y la tercera parte restante historia, viajes, biografías, técnicas, ciencias naturales y deportes.

Están a cargo de un educador auxiliado por algunos reclusos, y la inspección se ejerce por un bibliotecario que visita periódicamente las prisiones y elimina los libros inconvenientes o muy deteriorados.

Termina repitiendo las palabras de un médico, respecto a las bibliotecas de los hospitales, que deben diferenciarse de las públicas en que así como éstas han de tratar de instruir, las hospitalarias han de tender, sobre todo, a estimular la curación de los pacientes, y el primer criterio de selección de sus libros debe ser el de sus efectos terapéuticos. Las de las prisiones, añade la autora, han de tender a elevar el nivel moral de los lectores y a darles una visión nueva sobre su situación, sus deberes y su porvenir.

D. T. C.

Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé

Julio-septiembre 1958

FAIVRE, Pierre: «La responsabilité pénale des personnes morales»; pág. 547.

Este trabajo sobre la responsabilidad penal de las personas morales se nos ofrece dividido en cuatro apartados. El primero de ellos, con el título «Los principios de derecho penal justifican la irresponsabilidad», parte del llamado elemento moral que implica o supone una voluntad, una conciencia, para defender la tesis de que conforme a los principios concretos con arreglo a los cuales se ha construido el derecho penal de nuestros días, ofrece muchas dificultades la exigencia de responsabilidad penal a las personas morales. Únicamente cuando la pena pierda su carácter retributivo y evolucione hacia la medida de seguridad será posible elaborar consecuentemente el principio de responsabilidad de las colectividades.

El segundo apartado, «La jurisprudencia contemporánea defiende el principio de irresponsabilidad», contiene un preciso estudio de la posición de la jurisprudencia en orden a estos problemas, mateniéndose la tesis de que conforme a la jurisprudencia contemporánea, es totalmente contrario a las prescripciones actuales del derecho intentar buscar resquicios que sirvan de base para fundamentar la responsabilidad. La jurisprudencia es opuesta a aquellos intérpretes que habían encontrado, o creído encontrar, en las infracciones no intencionales y en la responsabilidad por el hecho de otro, excepciones al principio de la irresponsabilidad.

El apartado tercero trata de las «excepciones legislativas», estudiándose en él la medida de seguridad consistente en la disolución decretada por vía administrativa o judicial, de pleno derecho. En este apartado el autor señala los criterios legales que determinan la competencia de la autoridad judicial y la competencia que, en los respectivos casos, tienen el Ministerio del Interior, el Ministerio de Educación Nacional y el Presidente de la República. La materia es tratada de modo que suscita el máximo interés ya que se llega con todo rigor a un análisis muy minucioso de los más diversos casos.

El cuarto apartado, bajo el título «Personas morales y defensa social», pone de relieve la «fuerza social» del ente colectivo y la necesidad de atender con toda eficacia a los postulados de la defensa social. A primera vista —dice el autor— el ente colectivo parece extraño al dominio de una idea que se propone originariamente estudiar los problemas de la criminalidad, cuya raíz es individual, en la perspectiva de un sistema de reacción anti-criminal que teniendo en cuenta el acto antisocial y las posibilidades de reasocialización de su autor, tiene a la vez a proteger la sociedad contra los delincuentes y a impedir que los individuos caigan o recaigan en la delincuencia; en este sentido, pena y medida de seguridad se unen para formar la «medida de defensa social». En definitiva, estas medidas pueden y deben aplicarse, para cumplir su fin, a los entes colectivos que violen la ley penal.

Los autores—sigue exponiendo P. Faivre—proponen una larga lista de

medidas de defensa: castigo directo al autor personal de la infracción, limitación de la esfera de actividad propia de la persona moral de que se trate, suspensión temporal, multa y disolución definitiva con liquidación del activo. A continuación se estudia el problema relativo a qué grupos concretos son de aplicar las normas y principios sentados en el presente trabajo, así como el problema relativo al «substratum» humano que responde en nombre de la sociedad, con referencia especial a Francia, cuya legislación y doctrina estudia para resolver problemas concretos surgidos allí, haciendo algunas consideraciones sobre el llamado derecho penal económico.

Termina este trabajo con la afirmación de que una organización esporádica disimula la urgencia de una protección penal consecuyente y armónica; la presión de los acontecimientos conducirá sin duda—dice—una extensión del campo de acción de la responsabilidad. El legislador dispondrá ahora—continúa—de precedentes susceptibles de guiar su actuación dictando las normas precisas que corresponden a nuevas exigencias.

En resumen, el trabajo de P. Faivre sobre la responsabilidad de las personas morales supone un fecundo estudio de la cuestión en Francia y contiene ideas y directrices, cuya aplicación es perfectamente factible a los mismos problemas planteados en otros países. Implica, por tanto, una interesante aportación doctrinal.

GIBBENS, T. C. N.: «Les problèmes posés par le traitement psychiatrique des délinquants»; pág. 575.

El presente trabajo, traducido del inglés por P. Chabrand, versa sobre diversos problemas que plantea el tratamiento psiquiátrico de los delincuentes. Su autor, encargado del curso de psiquiatría legal en el Instituto de Psiquiatría del Hospital de Mandsley, considera primeramente el lugar que dentro de la medicina ocupa la psiquiatría y cómo, luego de la segunda guerra mundial, se acentuó la importancia de esta rama de la medicina, para, seguidamente, las últimas concepciones vigentes en la materia desde el punto de vista de su aplicación a los delincuentes. Uno de los problemas más importantes en este orden de cuestiones es el relativo a la conciliación entre las necesidades del tratamiento psiquiátrico y el sistema penal en vigor, que es relativamente rígido, así como también la importancia que tiene la opinión pública que, sin matizar, exige la imposición de las sanciones tradicionales.

Existe—prosigue el profesor Gibbens—naturalmente numerosa variedad de anomalías que necesitan, al darse en los individuos, diferentes métodos de tratamiento, que van desde el internamiento en un Hospital, hasta la presentación en establecimientos especializados para sufrir periódicos reconocimientos médicos. Desde un punto de vista jurídico, la dificultad mayor surge cuando se ha de tratar a un individuo en libertad, debido a los escasos medios de control. Los detenidos pueden, contrariamente, ser sometidos a un tratamiento con más probabilidades de éxito

mediante un régimen de psicoterapia individual; pero en este punto surge un cúmulo de problemas que son consecuencia del trato, por parte del sometido a tratamiento, con los otros detenidos. El medio penitenciario es muy diferente del de vida libre y, en ciertos casos—por ejemplo delincuencia sexual—es verdaderamente imposible constatar la realidad de mejoras.

La psicoterapia de «grupo»—expone luego—supera alguna de estas dificultades, porque la conducta de un delincuente dentro de un grupo es constantemente observada, viniendo a ser la base misma del tratamiento. La mayor dificultad en este tipo de tratamiento es la necesidad de contar con un mínimo de tiempo necesario para que pueda producir efecto. Las penas de prisión inferiores a un año son, por ejemplo, consideradas como demasiado breves para que se produzca en dicho período de tiempo cambio alguno de importancia. Mas algunas de estas dificultades no son insuperables, gracias a la preparación especial del personal penitenciario, los establecimientos especializados, sentencia indeterminada, etc.

A continuación estudia el autor lo relativo al tipo de delincuente anormal sobre el que los psiquiatras pueden, con provecho, concentrar su esfuerzo. Desde el punto de vista de la psiquiatría general—dice—, los tratamientos posibles producirán resultados más beneficiosos en los menores delincuentes y en los delincuentes peligrosos más primarios.

Desde el punto de vista de la Administración penitenciaria, el tratamiento psiquiátrico puede aplicarse con éxito a los reincidentes. La experiencia demuestra que las sentencias indeterminadas para el tratamiento de este tipo de delincuentes ha sido muy útil, pero obliga al psiquiatra, consciente de su responsabilidad, a intensificar su trabajo, ya que sabe que la libertad de un hombre depende de la eficacia, sobre él, de los tratamientos aplicados. Los estudios sobre los reincidentes inveterados han establecido que no es en general aconsejable hacer distinciones entre aquél y el delincuente anormal; el primero revela en un examen profundo numerosas anomalías que permanecían ocultas a primera vista.

En otro orden de ideas, es muy importante determinar desde el punto de vista psicológico si una sentencia completamente indeterminada es indispensable para persuadir al delincuente anormal de la necesidad de un esfuerzo por su parte para, que dando resultado el tratamiento, pueda ser puesto en libertad; pronúncianse en pro de una respuesta afirmativa gran número de especialistas.

Luego de tratar algunos problemas de menor importancia relacionados todos ellos con la materia que es objeto de su trabajo, el profesor Gibbons vuelve a plantearse la cuestión de la superación de las dificultades que ofrece el tratamiento psiquiátrico de los delincuentes, remarcando que la práctica del mismo va solucionando sobre la marcha aquellas dificultades aparentemente irresolubles. Termina haciendo ver la importancia que tiene la psiquiatría en la solución de problemas que no pueden ser resueltos únicamente por el sistema penal. En definitiva se pone de manifiesto la necesidad de cooperación entre la autoridad judicial y los especialistas en la materia, supeditando siempre su actuación al superior criterio rector de los Tribunales.

Octubre-diciembre 1958

DONNIEP, Mar: «Les infractions continues»; pág. 750.

Comienza este trabajo poniendo de relieve la importancia de fijar y explicar con toda precisión el concepto de infracción «continua»—que en francés cabe oponer, como luego se verá, a otros tipos de infracciones continuadas—; concepto cuyo análisis requiere diferenciarlo de las infracciones sucesivas, permanentes, etc. Examina seguidamente el profesor Donnier diversos casos que se dan en el derecho penal francés, por ejemplo: el robo, precisando el criterio existente durante el siglo XVI, según el cual era «per se» infracción «continua», la bigamia, uso indebido de uniforme y otros. Distingue también la infracción objeto de este estudio de la habitual, caracterizada por la repetición.

A continuación—nos dice—puede presentarse bajo dos aspectos diferentes: según se trate de un «estado», esto es, de una manera peligrosa de vivir para la sociedad—por ejemplo el «estado» de vagabundo—, o de una situación que implique una proyección en el tiempo. Cualquiera que sea el aspecto puesto de relieve la infracción continua se caracteriza por un régimen jurídico propio más represivo que el de las infracciones instantáneas, cuyo régimen expone con toda precisión el autor.

Después nos ofrece una proyección histórica de este tipo de infracciones, haciendo una referencia a Ortolan que fué el que introdujo en Francia la moderna doctrina. También hace alusión a la legislación de Bélgica, Italia y otros países.

En el examen de la infracción continua encontramos—sigue exponiendo—dos elementos: el elemento material y el elemento moral. Según se insista sobre uno u otro de dichos elementos se restringe o amplía el concepto de infracción de que se trata. Estudia, luego, el tema en esta perspectiva, distinguiendo dos secciones: la primera trata de «le rétrécissement du champ d'application des infractions continues par la primauté de l'élément matériel», y la segunda, «l'élargissement du champ d'application des infractions continues par la primauté de l'élément moral» se dedica al elemento moral.

En la primera sección, que versa sobre el elemento material, la infracción se caracteriza por la continuidad de la acción u omisión culpables. Se define este elemento y se distingue entre infracción continua e infracción permanente y sucesiva con ejemplos prácticos y cita de textos legales. Analiza los problemas que plantean los delitos por omisión y aquellos otros planteados por las llamadas infracciones «continuadas» caracterizadas por muchos actos instantáneos unidos por unidad de resolución y de fin.

En la segunda sección se estudia, como hemos dicho, el elemento moral, resaltando la tendencia de la jurisprudencia a ampliar por medio de este elemento el concepto. Tal interpretación permite aplicar a infracciones instantáneas el régimen más severo de las infracciones continuas. Pone ejemplos relativos al derecho francés, textos legales y jurisprudencia. Señala varios delitos en los que con base en el elemento moral han venido a ser considerados como infracciones continuas, así el abuso de confianza.

Expone algunos problemas de procedimiento que se podrían haber resuelto de haberse aceptado el proyecto de código de instrucción criminal de Donnedieu de Vabres.

Concluye afirmando que la continuidad es una calificación de la máxima importancia, no sólo desde el punto de vista de la teoría del Derecho penal, sino desde el de la práctica represiva, hasta el punto de que este aspecto llega a deformar a veces el problema y señala, finalmente, que de los dos elementos citados, las últimas tendencias afirman el predominio del llamado elemento moral sobre el material.

GERMANN, O. A.: «La révision actuelle du Code pénal suisse en matière de sanctions et en particulier de «mesures» privatives de liberté»; pág. 769.

Divide el profesor Germann su trabajo en cuatro puntos cuyo desarrollo permite estudiar más claramente la materia. El primero de ellos con el título «fin y objeto de la revisión» sirve de introducción y explica la actitud de los magistrados cantonales y directores de establecimientos penitenciarios ante la reforma impuesta por el Código suizo en orden a las diversas categorías de establecimientos especializados y otros temas de interés. Seguidamente trata del problema de la «pena única» por la que se ha abogado en Suiza desde diversos sectores. Concentra luego su estudio en las «medidas» previstas por el Código penal para determinadas categorías de delincuentes en razón de su «estado» personal

El segundo punto, «los menores delincuentes» desarrolla armónicamente las medidas aplicables a los menores, los cuales se clasifican en tres categorías: niños—seis a catorce años—; adolescentes—catorce a dieciocho años—; menores de edad—dieciocho a veinte años—. Este segundo punto analiza los aspectos que deben revisarse en orden a las diversas medidas y expone su naturaleza y caracteres. Analiza a continuación las principales innovaciones propuestas por la subcomisión que se ocupó del derecho de los menores delincuentes: cambios en los topes de edad; inversión del orden de las medidas; combinación del llamado «tratamiento especial» con las medidas educativas; disposición relativa a que cuando no sea posible juzgar si el estado del adolescente requiere una «medida» o es bastante una simple pena, el juez pueda imponer una especie de «patronato» especial que no es medida ni pena.

En el tercer punto de este trabajo «los delincuentes adultos», se estudia la medida consistente en internar a los adolescentes en casas de educación o trabajo y los problemas relativos a la misma, así como también las aplicables a los delincuentes jóvenes. Plantéase toda una gama de cuestiones en orden a la limitación de edad, carácter predominante de esta medida, duración mínima y máxima, etc.

Otra medida de gran importancia—señala el autor— es el envío de los alcohólicos a establecimientos adecuados, precisándose todo lo relacionado con la misma, como por ejemplo, su duración, que será indeterminada

según criterio general aplicable a todas las medidas establecidas en el Código suizo.

Concluye el trabajo con la afirmación de que el fin último de toda medida es la reintegración del delincuente a la vida de libertad y a este fin deben dirigirse todos los esfuerzos.

J. M.

G R E C I A

Revue Pénitentiaire

Julio-agosto 1958

Se trata del número 4.º correspondiente al año 1958, de esta Revista mensual, escrita en griego, que contiene, como siempre, un interesante Sumario, y comienza con un trabajo de redacción que lleva el siguiente título: «La importancia del internamiento de los toxicómanos en establecimientos especiales, y su tratamiento».

En la Sección de Estudios doctrinales se recogen los siguientes: «Proyecto de reforma del sistema penitenciario de Noruega», de Joahannes Halvorsen; «Las prisiones para menores de Plotensee, en Berlín, y de Hannoverland, en Hamburgo», por Dimitrios Karanikas. Y hay también un tercer trabajo del Grupo Consultivo Europeo de las Naciones Unidas, que se intitula: «Tratamiento de los delincuentes anormales».

En la Sección de Congresos Internacionales se inserta una reseña de la IV Sesión del V Congreso Internacional de Defensa Social, y un cuadro estadístico del movimiento de las prisiones. Asimismo contiene su acostumbrada Sección bibliográfica.

Finalmente, bajo el título de Diario de las Prisiones, se insertan los siguientes trabajos: «El nuevo Ministro de Justicia, M. Constantin Kallias y las cuestiones de las prisiones»; El movimiento de la Unión de Funcionarios de Prisiones y de las Escuelas de Educación; «La acción penitenciaria belga en la Exposición Universal de Bruselas»; «Los Talleres de las Prisiones Centrales para Mujeres»; «Nuestra Revista»; «El Hospital para presos *Saint-Paul*»; «Una audaz reforma en las prisiones de la Argentina. Las prisiones de América»; «Modificaciones de personal».

Resaltemos también que en la Sección de Bibliografía se hace referencia al fascículo 1.º del pasado año, de este ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, lo que nos es grato resaltar, a la vez que significamos nuestro reconocimiento a esta singular Revista que dirige, con todo acierto, el Director General de la Administración Penitenciaria y de la Justicia Penal, Char. Triantaphyllidis.

D. M.

ITALIA

Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale

Julio-septiembre 1958

BETTIOL, G.: «Sulla rieducazione del condannatto»; págs. 633 a 644.

El precepto contenido en la vigente Constitución de la República italiana que proclama que *las penas deben tender a la reeducación del condenado*, ha originado amplias discusiones y una opinión, infundada a juicio de Bettiol y demasiado generalizada, incluso entre penalistas católicos, como Gallo, que sacrifica el carácter retributivo de la pena al utilitarista —*ne peccetur*— por medio de la enmienda del reo, llegando a afirmar que las exigencias de la justicia humana discrepan frecuentemente de las de la justicia divina, en cuanto aquéllas no pueden prescindir de una consideración utilitaria que falta por completo en el castigo divino; afirmación grave, según Bettiol, porque lleva fatalmente a desarraigar a la justicia estatal de su fundamento metafísico para abandonarla a las fluctuaciones del arbitrio del poder político. Una cosa es reconocer la incidencia de influjos histórico-utilitarios, y otra, bien distinta, someter el principio mismo de la penalidad a contingencias históricas y relativas, ya que el criterio retributivo no es un *precipitado histórico*, sino *la razón misma del Derecho penal*; ni la reeducación del culpable es el problema central del Derecho punitivo ni puede ser una especie de *ídolo*, sino uno de tantos problemas o puntos de vista de nuestra disciplina. El contraste que separa en el campo penal a *retribucionistas* y *defensistas* no es superficial ni susceptible de ser superado mediante una *tercera fuerza* neutral, ecléctica y agnóstica; es, por el contrario, *antagonismo inconciliable*, por tratarse de concepciones antológicamente contrapuestas. Sin duda alguna, el Derecho penal se halla hoy en crisis: crisis de orientación política y falta de firmeza en sus realizaciones. Se ha perdido la fe en el concepto de culpabilidad moral, siendo así que, eliminada la culpabilidad, carece de todo fundamento legítimo la sanción, que es fin absoluto en sí misma y no puede ser alegrada a simple medio, como pretenden los *neutralistas* actuales, herederos de los *técnicos* de ayer, conforme a una misión práctica y antiespiritualista, que no logra salvar la contradicción que supone compaginar la libertad moral del hombre con un verdadero determinismo psicológico, acentuado a través de esta mira reeducadora del condenado, como si el hombre perteneciera en cuerpo y alma al Estado y éste pudiese conformar a su arbitrio su conciencia moral y su carácter, de acuerdo con la concepción política, ideológica, imperante en cada momento. Esta *recuperación social*, deducida de un texto constitucional que no habla de *culpable*, sino de *condenado*, muestra identificable eco materialista y marxista y no se adapta en absoluto a determinadas categorías de delincuentes, como son los políticos, cuyas comunicaciones no podrán ser destruidas ni alteradas por la pena, sino tan sólo disimuladas por la *hipocresía* que reina intramuros de las cárceles.

CONSO, G.: «Le disposizioni processuali del Codice della Strada»; páginas 645 a 676.

Con destino al Curso de Derecho de la circulación, celebrado en Mantua durante el mes de marzo de 1958 y en el que participaron magistrados y funcionarios de Policía italianos y extranjeros, fué compuesto el presente estudio, de alcance procesal, que comienza lamentando que una vez más no haya obtenido su logro la actividad parlamentaria dirigida a sustituir por un nuevo texto en la materia el viejo texto único fascista de 8 de diciembre de 1933: Son objeto de especial atención por parte de Conso los problemas de procedimiento a que dan lugar características institucionales italianas de composición o conciliación, que evitan o ponen fin a la actividad procesal por razón de transgresiones viarias: La *oblación*, en sus tres formas (inmediata; anterior al transcurso de las cuarenta y ocho horas consecutivas a la notificación del proceso verbal y, finalmente, la realizable antes del decreto de condena o de la apertura del debate).

MASSA, Carlo. Profesor encargado del Derecho procesal penal en la Universidad de Urbino.: «El problema della contestazione suppletiva nel dibattimento susseguente ad opposizione a decreto penale di condanna»; páginas 677 a 696.

Se plantea la cuestión—también de orden profesal y referida al Derecho positivo italiano—de si en el debate abierto como consecuencia de decreto penal de condena, puede el pretor apreciar un delito concurrente, una circunstancia agravante o un delito continuado, a tenor del artículo 445, parte 1.^a del Código procesal penal o, por el contrario, la calificación contenida en el decreto de condena combatido por el imputado es ya fija e inmutable, en favor del mismo; esto es, si el pretor puede extender su examen a nuevos hechos no contemplados por el decreto de condena ulteriormente impugnado. Problema emparentado con el de la *reformatio in pejus*, aunque no deba ser confundido con él, y cuya solución dependerá de la naturaleza jurídica que se atribuya a este disentimiento del condenado respecto del decreto penal contra él emitido por el pretor (medio de impugnación, gravamen o reintroducción de la acción penal); peculiarísima institución—ésta del juicio por decreto—entendida, generalmente, por la doctrina como proceso sumario, esencialmente escrito, sin debate, de que son susceptibles infracciones penales de escasa entidad. De acuerdo con el recto sentido del Derecho legislado y con el criterio jurisprudencial de la corte italiana de Casación, Massa sostiene que el pretor, en tal caso de oposición al decreto penal de condena recobra y queda investido, a tenor de los artículos 445 y concordantes del c. p. p., de todos los poderes que competen, por ley, al juez de primer grado y puede dar, por lo tanto, al hecho una definición jurídica diversa de la pronunciada en el decreto de citación; tesis elástica favorecida, además, por motivos de economía procesal.

LOZZI, G. Profesor Asistente de Derecho penal en la Universidad de Turín: «L'appartenenza (pertenencia) nel Diritto penale»; págs. 697 a 721.

Contraído en especial a las apropiaciones llevadas a cabo por los funcionarios en el ejercicio de sus cargos públicos—en cuya materia distingue el vigente Código italiano de 1930 entre *proculado* y malversación, en sentido estricto se plantea el tema de la precisa significación del concepto legal de *pertenencia* empleado en los artículos 314 y 315 y del tratamiento que deba seguirse en los supuestos de peculado con dolo de malversación y viceversa, por error en cuanto a la pertenencia de los fondos sustraídos: fondos públicos, en el peculado y fondos particulares, confiados al funcionamiento, en la malversión. También cobra relieve la noción de *pertenencia* en la interpretación correcta de los artículos 638 y 2440 que conciernen, respectivamente, a muerte o daños en animales ajenos (*che appartengono ad altri*) y a la exención de comiso en cuanto a ciertos efectos del delito, *pertenecientes* a tercero ajeno a la infracción.

Fluctúan las opiniones entre quienes, como Antolisei, acogen el concepto dado por el Derecho civil («relaciones que implican un derecho de aprovechamiento o de goce autónomo de la cosa o de parte de ella»), y quienes propugnan una valoración exclusivamente penal; criterio éste al que se inclina la jurisprudencia, tomando en cuenta aspectos de *posesión*, de *responsabilidad* asumida por la Administración pública, de *titularidad*, en general, y en casos particulares, etc., y no sólo como sinónimo de propiedad; si bien tampoco pueda ser entendida la *pertenencia* en acepción tan amplia y vaga que equivalga a un derecho de cualquier naturaleza sobre la cosa, o sea, como *dependencia*. Lozza cree, no obstante, que *pertenencia*, en el sentido de los artículos 314 y 315, significa propiedad; la apropiación será peculado o malversión, según los bienes sean, o no, *propiedad* de la Administración pública. En cuanto a la interpretación del artículo 240 (comiso), contra la opinión de Chiarotti, partidario de la acepción más amplia de pertenencia, Lozza sigue adscribiéndose al criterio de propiedad; aunque sobre la cosa propia del reo tuviese un tercero, por ejemplo, un derecho de usufructo, la cosa sería confiscable por el Estado, si bien con el gravamen usufructuario reconocido a su titular. Solamente el derecho de propiedad es, por lo demás y de acuerdo también con el artículo 622, susceptible de comiso. No se trata de la titularidad de cualquier derecho sino sólo del de propiedad.

Octubre-diciembre 1958

BOBIO, Norberto. Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Turín: «Sul formalismo giuridico»; págs. 977 a 988.

Si hubiera de escribirse un estudio—dice el autor—sobre las orientaciones de la teoría del Derecho en la Italia de la postguerra, sería difícil resistir la tentación de hacer propio el afortunado título del libro de Morton

Whiete sobre la cultura americana de la era rooseveltiana: «*la revuelta contra el formalismo*». Así, Arturo Carlo Jemolo, en un estudio titulado «*confesiones de un jurista*», escribía en 1947: «juristas y no juristas, sobre todo en las partes de Italia que han sufrido la ocupación alemana, nos hemos dado cuenta de que la vida moral no se puede reducir a fórmulas, por seguras y omnicomprendidas que aspiren a ser». Y Calamandrei, en la inauguración, en 1950, en Florencia, del Congreso Internacional de Derecho procesal civil, combatía la excesiva fe en las construcciones lógico-jurídicas, por encima de la realidad práctica que vive en las Salas de Justicia.

La historia se repite: formalismo y antiformalismo son las posiciones extremas entre las que oscila el péndulo de la jurisprudencia, como, en estética, claricismo y romanticismo y, en política, conservadurismo y radicalismo. No hace mucho tiempo, el *tecnicismo jurídico*—como era llamada aquella reencarnación del formalismo—celebraba su triunfo sobre las tendencias sociológicas, sobre la escuela del derecho libre, sobre la libre investigación científica. Era una verdadera revuelta contra el antiformalismo. La actual es, pues, una revuelta contra la revuelta, después de que dos sucesivas generaciones han podido contemplar los días fastos y nefastos del tecnicismo y ya no se sorprenden por las más violentas fluctuaciones ideológicas ni por los más apasionados oradores iconoclastas, ya que la historia—incluso la del pensamiento jurídico—a diferencia de la naturaleza, si camina a saltos.

Esta expresión, «*formalismo jurídico*» no es unitaria e inequívoca sino que puede significar cosas diversas, a veces buenas, en ocasiones malas, pero, sobre todo, inevitables, con la consecuencia de que toda polémica general contra el formalismo acaba por ser una fuente de confusiones, ya que no puede desconocerse que «*formalismo jurídico*» tiene, por lo menos, cuatro significaciones, bien diferenciadas, que no pueden ser reducidas a una sola; por lo que los ataques al formalismo suelen apuntar a blancos diferentes, a un solo nombre, pero no a una misma cosa.

Por lo pronto, «*formalismo jurídico*» no siempre coincide con *positivismo jurídico*, en cuanto supone exclusividad del Derecho positivo, con prescripción del Natural.

La polémica antipositivista ha tomado, en los últimos años, en Italia, dos derroteros: 1) dirección *iusnaturalista*, que contrapone al positivo un Derecho superior, que escapa al criterio valorativo del Derecho estatal; 2) dirección *realística*, en el sentido de Derecho vivo y espontáneo, socialmente vigente, pese a las formales apariencias de la legalidad oficial, a mando de crítica demoledora de la teoría formal de las fuentes del Derecho.

Las cuatro aludidas acepciones de «*formalismo jurídico*» son las siguientes y sobre ellas discurre Bobbio, con clara agudeza y ponderado juicio:

1) Concepción que podría ser llamada «*formalismo ético*» y que sólo consideraba justo lo conforme a la ley e injusto lo que de ella se aparta; la justicia de la acción depende de la adecuación a los modelos establecidos. Ahora bien, el dogma de la legalidad al que los juristas permanecen es cosa distinta de esta concepción de la justicia, o sea, del legalismo y, por lo demás no supone la reducción de validez a justicia o viceversa, sino la distinción entre ambas, según la fórmula: «una norma puede ser justa

sin ser válida y válida sin ser justa». Esta *legalidad* (que no equivale a «legalismo») toma en cuenta los dos importantes valores de *orden e igualdad* y a ella responde, en definitiva, en el ámbito contractual, el principio «*pacta sunt servandā*». Es obediencia o *sujeción a la regla*, pese a íntimas disconformidades con la misma.

2) Posición *jurídica*, diferenciadora de lo *jurídico* frente a la esfera de la moral, de las costumbres, de la economía, etc. Este formalismo se cifra en un escrupuloso deslinde, como *teoría del Derecho como forma*, de que encontramos ejemplo en la doctrina jurídica de Kant, que considera como Derecho la relación intersubjetiva caracterizada por tres notas: externa, recíproca y *formal*. Así Kant es formalista en la definición del Derecho, pero no en su definición de la justicia. Kelsen parte ya de la coacción como elemento constitutivo del Derecho y de la definición del ordenamiento jurídico como ordenamiento coercitivo. Dirección conocida, más propiamente bajo el nombre de *normativismo*. Todo ello responde a la pregunta: «¿cómo se distinguen los hechos jurídicamente relevantes de los jurídicamente irrelevantes? Se trata de una consideración o experiencia del mundo. «*sub specie legis*».

3) El normativismo abre camino a un tercer significado o, mejor dicho, grupo de significados conexos a la expresión «formalismo jurídico»: Concepción de la ciencia jurídica como *ciencia formal*. Junto al formalismo jurídico, hace su aparición entre los juristas un *formalismo científico*, identificado con la construcción dogmática tendente a una doble finalidad: construir un determinado instituto, de cuya constitución dependerán las adecuadas consecuencias jurídicas y, también lograr la formación del sistema jurídico. Es una posición caracterizada por la pureza metodológica, aliada con un rigorismo anti-teológico, como garantía de juricidad.

4) Formalismo como *teoría de interpretación jurídica* y aplicación de la ley así interpretada, sin que, por ello, llegue a creerse por nadie que la actividad del juez se reduzca, exclusivamente a operaciones lógicas, automáticas; sobre esto, valga para todos la palinodia de Calamandrei sobre la famosa teoría de la sentencia como silogismo.

Por tanto, no cabe englobar, en igual medida, dentro de una concepción simplista, en una común condenación, a las cuatro diversas teorías recién enunciadas: concepción legalista de la justicia (o *legalismo*), teoría normativa del Derecho (o *normativismo*), *concepción dogmática* de la ciencia de los conceptos, o *conceptualismo jurídico*, teorías que no son inseparables ni se implican necesariamente. Los juristas italianos son fieles, por lo general, a una teoría formal del Derecho (imperatividad, estatalidad, coactividad, independencia de toda consideración material) sin que por ello predomine el formalismo en el sentido peyorativo del término. Entre los alemanes, Kelsen, no por concebir el Derecho como forma, profesa una concepción legalista de la justicia; en tanto que Jhering—pese a corresponderle la paternidad de la jurisprudencia de interés—proclama explícitamente una concepción formal del Derecho.

A la concepción de la Ciencia del Derecho como dogmática sólo se contraponen su consideración como ciencia empírica, «naturalística», pero no, precisamente, «jurnaturalista». La palabra «*forma*» es clave de nues-

tro lenguaje filosófico y, en Derecho, en garantía de estabilidad y certeza.

Bobbio—autor de una obra sobre *«Limiti fra formalismo e dogmaticas»*, 1936—concluye diciendo que el formalismo sigue al Derecho como la sombra al cuerpo y que querer eliminarlo sería como tratar de destruir el propio cuerpo por terror a la propia sombra.

RANIERI, S.: «Corte di cassazione legislatrice»; págs. 999 a 1019.

Ranieri comienza su artículo con la afirmación de que, *desde hace algún tiempo, la Corte Suprema se complace en legislar*. Y critica ciertas decisiones recientes—que a su juicio representan intromisiones jurisdiccionales en el orden legislativo, en materia procesal: *Reformatio in pejus* en caso de apelación; poderes del Ministerio Público en la instrucción y otras manifestaciones que, en opinión del autor implican extralimitación en que no debiera perseverar el Alto Tribunal ni sentar precedentes peligrosos ya que, para honor del juez, hay que decir con Cicerón: *vere dicit Magistratum legem esse loquentem*.

Los dos últimos artículos doctrinales insertos en este mismo número están estrictamente contraindidos a la vigente legalidad italiana:

CONSO, G.: «Inapplicabilità degli artt. 136, 137, 784 c. p. p. in materia di denuncia e di querela»; págs. 1039 a 1047.

LOZZI, G.: «Incapacità elettorale e sospensione condizionale della pena...»; páginas 1048 a 1061.

Entre las noticias (págs. 1.063 a 1.132) se recoge la aprobación del nuevo texto del *Código de la Circulación* (*«Codice della Strada»*), por Decreto de 27 de octubre de 1958, y una iniciativa parlamentaria para *«Adecuación de la Ley de Seguridad Pública a las normas de la Constitución»*, debida a propuesta de los Diputados Lurzato y otros.

ADOLFO DE MIGUEL GARCILÓPEZ

PORTUGAL

Boletim da Administração Penitenciária e dos Institutos de Criminologia

Número 2.—1958

CANNAT, Pierre.: «As Ralações entre o pessoal de vigilância e os detidos»; págs. 5 a 13.

Este número de la Revista abre sus páginas con la traducción de este artículo del primer Presidente del Tribunal de Apelación de Mónaco, Secretario general de la Sociedad General de Prisiones y de Legislación

Criminal y ex subdirector de la Administración Penitenciaria francesa, que apareció en el *Bulletin de l'Administration Penitentiaire* de Bélgica.

El tema, no por repetido menos interesante, está visto no sólo a través de sus conocimientos científicos, sino de sus recuerdos de dirigente de la Administración Penitenciaria. Empieza preguntándose la manera de analizar las relaciones entre el personal penitenciario y los detenidos en esta situación de hecho tan especial, en la que de un lado están los vencidos por la vida, por el peso de sus propias faltas, por la sociedad que fué más fuertes que ellos, y de otra, los funcionarios con su uniforme de soldados de una legalidad triunfante.

Para comprender la actitud del vigilante es preciso comprender la mentalidad del detenido. La situación de desconfianza ante sus jefes se rompe tratando de llamar su atención, para merecer un mejor trato, por la sagacidad, la lisonja, los progresos en su instrucción, etc. La Administración sabe que para atraerlo debe liberarle de sus preocupaciones inmediatas. El vigilante debe contrariar sus defectos, no considerar como buen detenido al más sumiso, que no por eso ha de considerarse mejor. Debe hacer cesar la hostilidad entre los dos bandos, en esto está en juego su propia vida, que transcurre entre presos que puedan quitársela si lo desean.

Una disciplina como la militar que se impusiese en las prisiones podría evitar los incidentes o tumultos, pero mientras el soldado encuentra satisfacción en obedecer, el recluso sólo lo hace por la coacción. El personal de prisiones debe ganarse el efecto de los reclusos, tener siempre para ellos un rostro benevolente, ser algo así como los gigantes americanos que el autor vió en su visita a las prisiones de aquel país y del que pueden dar idea los que hoy discurren por toda Europa.

ANES DE AZEVEDO, Amandio: «Assistência social das prisões»; págs. 15 a 84.

Este trabajo es el resultado o informe que un becario del Instituto de Alta Cultura hace después de estudiar el problema en Francia, Bélgica, Suiza y España.

Lo extenso y detallado de él sigue el orden de enunciación de naciones visitadas que hemos hecho. Así se detiene particularmente en las instituciones francesas relatando la manera de reclutar los asistentes sociales, práctica del *curso* que los habilita para asistentes penitenciarios, siendo la mayoría mujeres, admitiéndose sólo las de porte digno mayores de veinticinco años, que sean sensatas, optimistas y entusiastas; informa sobre el modo de prestarse esta asistencia social en la Santé, igual a la que se presta en todas las *Maison d'arret*, en el Centro Nacional de Observación de Fresnes, cuyo emplazamiento y características describe; en la Prisión Central de Melun, sobre la formación y funcionamiento de los comités de asistencia a los liberados; sobre el de la oficina de *Reclassement des carcériers*, que dependiente del Ministerio del Trabajo contribuye extraordinariamente a la regeneración de los liberados; del «Hogar Estrella de la Mañana» como típica institución postcarcelaria, para terminar con la des-

cripción de la asistencia social a los menores delincuentes, indisciplinados o en peligro moral.

En el estudio de estas instituciones, en Bélgica, señala la existencia de un servicio central y varios regionales a cargo de un asistente por cada región penitenciaria. A estos servicios pueden pedir informes diferentes autoridades y organismos sobre situación familiar de los reclusos, peticiones de indulto, concesión de libertad vigilada, de correspondencia, visitas y matrimonios durante su prisión y sobre todo ejercer la tutela sobre los liberados en «probation». Estudia la organización y funcionamiento de los «Comités de patronato», de las oficinas de readaptación social y expone por último la prestación de la asistencia social a los menores delincuentes, indisciplinados o en peligro moral.

La exposición del funcionamiento de estas instituciones en Suiza se limita, aunque con todo detenimiento, al de la organización y funcionamiento del Servicio de Patronato del cantón de Berna.

Respecto a España hace notar que no existen asistentes sociales penitenciarios, realizándose dicho servicio, sin embargo, con claro conocimiento de todos los problemas ligados con ellos por el Patronato de Nuestra Señora de la Merced para la Redención de Penas por el Trabajo y por el Patronato Nacional de San Pablo, cuyas organizaciones, atribuciones y funcionamiento expone con claridad y comprensión. En la asistencia social a los menores expone la organización, atribuciones y funcionamiento de los Tribunales Tutelares de Menores.

Aún contiene este segundo número, primero que ha llegado a vuestras manos, de esta revista magníficamente editada por el Ministerio de Justicia de Portugal, secciones de información extranjera y nacional, jurisprudencia, legislación, estadística, histórica y bibliográfica, que han de ser de gran interés para los lectores portugueses.

Número 3, julio 1958

Tras los discursos pronunciados en Oporto en 23 de julio de 1958, por el Ministro de Justicia y el Director General de Prisiones al clausurar la segunda reunión de trabajos del servicio de prisiones, publica los siguientes artículos:

CANNAT, Pierre: «La liberté en tant que facteur de rééducation pénale»; páginas 17 a 22 y 23 a 29.

Este trabajo del gran penitenciarista francés merece los honores de ser publicado en el idioma del autor e inmediatamente después en portugués.

El articulista empieza recordando la gran transformación habida en todo el mundo en el tratamiento de los presos, y evoca su estancia en Portugal hace varios años y afirma que esta transformación se ha realizado también en dicho país.

Se ha visto, continúa, que en el tratamiento de los reclusos se logran mejores resultados por el régimen de libertad. Los términos contrapuestos de cumplimiento de pena de prisión y tratamiento en libertad, se armonizan en el sistema de libertad condicional como final de un sistema progresivo. Esto se ha logrado en la mayoría de los países y se llegaría a un logro mayor si los gobernantes y legisladores estuvieren imbuídos de esta verdad.

El tiempo de esta libertad debía ser alargado, en el sentido de que si el liberado, una vez cumplida su condena quedase durante un largo período sujeto a observación, sabiendo que si durante él no mereciese la libertad, el tiempo en que la ha disfrutado condicionado sólo se perdería en una mínima proporción, contando diez días, por ejemplo, de libertad por uno de prisión, cumpliendo en esta diferencia. Con ello cree que los reclusos, ante tan larga prueba, no tendrían tanta impaciencia por su liberación, que no llegaría hasta que estuviesen seguros de superar la prueba.

MATEUS, P. Carlos: «*A assistência religiosa nos serviços prisionais*»; páginas 29 a 40.

Tras el recuerdo del discurso de S. S. Pío XII a los juristas italianos, y una referencia histórica a la preocupación de la Iglesia por los penados y su corrección por la penitencia interior, y por el estado de las prisiones, a la nueva concepción de la pena en el siglo XVIII, a la adopción en Portugal del sistema penitenciario en el siglo XIX y a la anulación del influjo de la Iglesia en las prisiones como consecuencia de la Revolución Francesa, entra el autor en materia y ésta es la situación actual de la asistencia religiosa en las prisiones

El Decreto-Ley de reforma penitenciaria de 8 de mayo de 1936, sienta los principios básicos de las instituciones penitenciarias dentro de las tendencias modernas de individualización de la pena, régimen celular y progresivo, implantación del trabajo y regeneración del delincuente. ¿Qué papel desempeña la Asistencia Religiosa en esta obra? Se pregunta y se contesta que el resurgimiento moral del delincuente los asistentes religiosos pueden conseguirlo mejor que los funcionarios y visitadores, por ello, el Decreto de 8 de agosto de 1951 creó capellanes en los principales establecimientos penitenciarios, y desde entonces, cuando se crea un establecimiento nuevo figura en el cuadro del personal que ha de regirlo, teniendo así existencia oficial, la Asistencia Religiosa en los establecimientos penitenciarios.

CAEIRO, Antonio Miguel: «*A preparação e formação do pessoal dos serviços prisionais, dos serviços jurisdicionais de menores, e da policia judiciária em alguns países da Europa*»; págs. 41 a 121.

Otra relación o informe de otro becario del Instituto de Alta Cultura a su vuelta del extranjero, donde estudió las materias referidas en el título de este trabajo

En Francia, el funcionamiento de la Escuela Penitenciaria que funciona en la prisión de Fresnes desde que fué creada en 1946. En Inglaterra, la de la Imperial Training School de Wakefield, creada también en 1946. En Holanda, la de la Central Opleiding van het Gevangeniswezen (Escuela Central de Formación de los funcionarios de prisiones), que funciona en La Haya desde 1955. Esto en cuanto a la formación del personal de prisiones, sin referencia siquiera a nuestra Escuela de Estudios Penitenciarios de tan antigua solera.

En cuanto a la formación del personal del servicio de menores, estudia en Francia el «Centro de formación y estudios» de Vaucresson, dependiente de la Dirección de Educación Vigilada, que creado en 1951 no empezó a funcionar hasta 1955. En Suiza, el «Centro de formación de educadores para la infancia inadaptada» de Lausana. En Bélgica, la de las dos escuelas particulares, por no existir oficiales, de Amberes y Abbaye d'Aulnes, en las que se expiden diplomas que no dan a los que los obtienen preferencia alguna para ser nombrados funcionarios.

Termina su relación o memoria informando sobre la manera de reclutarse, formación y actuación de los Agentes del Servicio Social en Francia y Suiza, y de la policía judicial en Francia, Inglaterra, Alemania e Italia, del funcionamiento de la Escuela de Criminología de Bruselas y de la Escuela de Criminología Clínica que dependiente del Instituto de Antropología Criminal de la Universidad de Roma funciona en la penitenciaría de Rebibbia dirigida por di Tulio.

Completan el número las mismas secciones que hemos mencionado al dar noticia del anterior. En la información del extranjero transcribe las resoluciones adoptadas por el VII Congreso Internacional de Derecho Penal (Atenas, 1957) y las recomendaciones aprobadas por el Congreso de las Naciones Unidas para la persecución del crimen y tratamiento de los delincuentes (Ginebra, 1955).

D. T. C.

NOTICIARIO

IN MEMORIAM

ISAIAS S. SANCHEZ-TEJERINA

El 13 de enero último falleció en Madrid el catedrático titular de Derecho penal de su Universidad, don Isaias S. Sánchez-Tejerina, a quien una larga enfermedad le tenía prácticamente alejado de sus funciones docentes y científicas. Esto no obstante, su labor pretérita y sus dotes de bondad y caballerosidad, siempre presentes, no podían ser olvidadas, menos aún por quienes tuvieron el placer de ser sus discípulos, como quien tiene el triste privilegio de redactar esta breve nota necrológica. Fué ya en los lejanos años veintes, cuando en 1923 ganó el Prof. Tejerina su primera cátedra, la de la Universidad de Oviedo, en plena juventud, ya que había nacido en Villarramiel de Campos, provincia de Palencia, el 1893. Pletórico de entusiasmo y de amor hacia la ciencia de los delitos y las penas, de una amenidad llena de elocuencia, supo despertar inquietudes y aficiones entre sus discípulos, que es quizá el galardón máximo a que ha de aspirar un auténtico maestro. Lo fué, al menos en aquella época, en el más alto sentido de la palabra, aunando la teoría a la práctica y el sentido de la tradición a las preocupaciones por las novedades, condiciones sincréticas más raras de lo que parecen. Quizá las debió a haberse forjado en el contacto de los "tres grandes" de tal generación: el P. Montes, con quien estudió en el Real Colegio María Cristina de El Escorial; Quintiliano Saldaña y Jiménez de Asúa, en la Universidad de Madrid, que traían a España las últimas adquisiciones de la ciencia penal europea. Fruto de aquellos años fué la obra *Teoría de los delitos de omisión* (1918), que antes le sirvió de tesis doctoral (con nota de sobresaliente), y *Lo que castiga la ley* (1917), delicada labor de exégesis, prologadas, respectivamente, por Asúa y Saldaña.

Ya catedrático, en Salamanca a partir de 1936 y en Madrid desde 1941, son de señalar las dos magistrales lecciones de apertura de curso: la de Oviedo, en 1934, versando sobre *Los delitos religiosos en España*, y la de Salamanca, en 1940, tratando de *Un caso de legítima defensa colectiva*. Merece destacarse en la primera, aparte de sus méritos propios, el de su valiente "inoportunidad", ya que osó hacer la apología de la Inquisición en plena euforia revolucionaria de Asturias, ¡en 1934! No he de citar otros trabajos de revistas y periódicos, algunos de carácter literario, pero siempre presididos por su afición a los estudios penales, ni la bien conocida obra didáctica del *Derecho penal español*, en dos volúmenes, de la que van publicadas cinco ediciones.

No es lugar oportuno, ciertamente una necrología, para aquilatar méritos ni discutir ideas científicas, sino para recordar con cariño al maestro desaparecido y agradecer con nostalgias de más de un cuarto de siglo sus lecciones. Que es lo que hace, por encargo y en nombre de la Redacción del ANUARIO, en el que también colaboró el extinto, uno de sus más viejos alumnos.

ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS

CONFERENCIA DE DON MIGUEL PEYDRO CARO EN LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION

El día 6 de marzo de 1959, pronunció una conferencia en dicha Real Academia don Miguel Peydro Caro sobre "El pensamiento jurídico penal en Camus", estudiando en todos los aspectos la obra de dicho autor, con especial detenimiento en la adaptación de *Los endemoniados* en su drama *El malentendido* y en su novela *El extranjero*, y dentro de ella su idea de la culpabilidad y la punibilidad, poniendo de relieve el enlace de lo jurídico-penal y lo psiquiátrico en su obra, en la que, afirma, pese a lo que se viene asegurando, encarna en alguna de sus manifestaciones un innegable sentimiento cristiano. Presidió el acto el secretario de dicha Corporación, don José Antonio Ubierna y Euso.

CONFERENCIA DEL PROFESOR J. DEL ROSAL EN EL FORO DE DERECHO

En el ciclo de conferencias que, bajo el nombre de "Foro Extraordinario de Derecho", organizan el Colegio Mayor de San Pablo y el CEU, disertó, el 22 de abril, nuestro subdirector y vicedecano de la Facultad de Derecho de Madrid, profesor J. del Rosal, sobre "Grandeza y miserias de la Justicia penal". Hizo ver cómo nuestra disciplina se mueve entre constantes antinomias, tales como la idea de Justicia, en sí axiológica y absoluta, y la utilidad, la valoración del acto objetivo y la del autor; antinomias que constituyen a la vez la grandeza y miserias de lo penal, que, por ser el más humano de los derechos y el en más íntimo contacto con la vida, requiere constante armonización entre los valores. Unas veces, ya en el terreno de la dogmática, son unos los que priman, en perjuicio de los otros, sacrificándose en no escasos aspectos incluso el dogma de la culpabilidad en situaciones de responsabilidad objetiva con razón estigmatizada de supervivencia de barbarie.

CURSO DE CONFERENCIAS SOBRE CUESTIONES ORGANICO-PROCESALES

El Instituto de Estudios Jurídicos ha organizado en el Curso 1958-1959 un vasto programa de conferencias sobre los temas aludidos, en que ha habido ocasión de tocar más o menos directamente los penales materiales o adjetivos. Inauguró el Curso el fiscal excedente y ex decano del Colegio de Abogados de Barcelona, F. de A. Condomines, con el tema de "Necesarias y urgentes reformas en la Administración de Justicia", disertando ulteriormente Hijas Palacios sobre "La Justicia y los jueces en la Sagrada Escritura"; Adolfo de Miguel, sobre "Tutela penal de la vida humana"; Carlos Viada, sobre "Los jueces de lo penal", y Bonet-Román, sobre "La equidad".

CICLO DE CONFERENCIAS DE LA I CATEDRA DE DERECHO PENAL DE MADRID

Bajo el epígrafe común de "La interpretación jurisprudencial del Código penal de 1944", se han desarrollado, a lo largo de los meses de marzo y abril, unas veces en la Facultad y otras en el INEJ, una serie de conferencias de colaboradores de la cátedra, en que se trataron de los temas siguientes: "Delito imposible", por A. Alonso Cortés; "Atenuantes", por Soria Sáiz; "La recepción", por Román Vidal; "Realización arbitraria del propio derecho y simulación del delito", por Gallardo Rueda; "Defraudación de fluido", por Ortiz Cañabate; "Novedad del artículo 68", por Boto Escamilla; "Aborto", por Fenollosa; "Delitos contra la honestidad", por Ansted Rojas; "Ley penal de automóvil", por la señorita Yubero Canepa; "La redención de penas por el trabajo", por Dudley Armstrong, y "Omisión del deber de socorro", por Navarrete Urieta. Cerró el ciclo su organizador, titular de la cátedra, J. del Rosal.

CURSO SOBRE ACCIDENTES DE CIRCULACION

Organizado por la Escuela de Medicina Legal (Facultad de Medicina de Madrid) y patrocinado por el excelentísimo Ayuntamiento de Madrid, se ha celebrado dicho Curso durante los días 4 al 12 de mayo, con arreglo al siguiente orden de las conferencias:

Primera. Día 4, a las doce de la mañana: "Hacia una pedagogía de la circulación", por don Maximino Sanz Pérez.

Segunda. Día 4, a las siete de la tarde: "Ni ruidos ni gases, ni humos. ¿Por qué?", por el doctor Piñerúa.

Tercera. Día 5, a las doce de la mañana: "Problemas de asistencia médica: primeros auxilios", por el doctor don Pedro Gómez.

Cuarta. Día 5, a las siete de la tarde: "Progresivo aumento de la circulación urbana: problemas que plantea", por don José María Cano.

Sexta. Día 6, a las doce de la mañana: "Problemas de prevención: publicidad y propaganda de la prudencia", por don Jesús Luque.

Sexta. Día 8, a las doce de la mañana: "Problemas de toxicología", por el doctor Laves, de Muninch.

Séptima. Día 8, a las siete de la tarde: "El problema psicotécnico de la selección de conductores", por el doctor Germain.

Octava. Día 9, a las doce de la mañana: "Psicología y psicopatología del conductor", por el doctor López Ibor.

Novena. Día 9, a las siete de la tarde: "Problemas deontológicos de accidentes de circulación", por el reverendo Padre Peiró.

Décima. Día 11, a las doce de la mañana: "El informe médico-forense; lesiones y motivos de producción", por el doctor Pérez de Petinto.

Undécima. Día 11, a las siete de la tarde: "Problemas jurídicopenales que presenta la práctica de la Ley penal del automóvil de 9 de mayo de 1950", por el doctor Del Rosal.

Duodécima. Día 12, a las doce de la mañana: "Problemas de la circulación urbana", por don Manuel Arias Paz.

Décimotercera. Día 12, a las siete de la tarde: "El conflicto del hombre y el automóvil", por el doctor Royo Villanova.

Las conferencias se han celebrado en el salón de actos de Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Duque de Medinaceli, 4. Se proyectaron películas relativas al tema del conferenciante, y algunas gentilmente cedidas por las diversas Embajadas acreditadas en Madrid, avisándose oportunamente el día y lugar de la proyección.

GRUPO ESPAÑOL DE LA ASOCIACION HENRI CAPITANT

Ha quedado constituido en Madrid, bajo la presidencia del profesor Castán y la secretaría general de nuestro director don Isidro de Arcenegui, el Grupo español de la Asociación Henri Capitant, que tiene por finalidad promover los estudios jurídicos, singularmente de derecho privado, dentro del ámbito de los países influenciados por los códigos franceses clásicos. Con este motivo se ha señalado para los días del 4 al 10 del mes de junio la reunión anual de la Asociación internacional, jornadas franco-españolas que han de tener lugar en los locales del Instituto, hogar del Grupo. El tema a tratar es el de "Protección de la personalidad", bajo el triple aspecto: *a)* del Derecho privado; *b)* del penal, y *c)* del internacional, bajo sendas ponencias nacionales confiadas, respectivamente, a los doctores Federico de Castro, Quintano Ripollés y Antonio de Luna.

INDICE GENERAL

Fascículo I

Páginas

SECCION DOCTRINAL

Penas y medidas de corrección y de seguridad en el Proyecto de Código penal alemán de 1958, por EUGENIO CUELLO CALÓN	11
La imputabilidad en el pensamiento de Edmundo Mezger, por JOSÉ MARÍA NAVARRETE URIETA	39
Estudio sobre las fuentes mediatas o indirectas del Derecho penal y su eficacia, por CÉSAR CAMARGO HERNÁNDEZ	63

SECCION LEGISLATIVA

Estudio crítico de la reforma de 24 de abril de 1958, en materia de matrimonios ilegales, por CÁNDIDO CONCE-PUMPIDO FERREIRO	75
---	----

SECCION DE JURISPRUDENCIA

La profesionalidad en la culpa penal, por JUAN DEL ROSAL	101
Jurisprudencia penal correspondiente al tercer cuatrimestre de 1957, por JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ SERRANO	108

CRONICAS EXTRANJERAS

Criminología y Derecho Penal, por JEAN PINATEL (Traducción por Juan del Rosal)	125
---	-----

REVISTAS DE LIBROS

AGUNDEZ FERNÁNDEZ, Antonio: "Segnalazione orizzontali in Spagna", por <i>Diego Mosquete</i>	141
BATTAGLINI, Giulio: "La querela", por <i>Domingo Teruel</i>	141
BERLÍN STUCHINER, Theresa: "Delitos y penas en los Estados Unidos", por <i>José M.^a Martínez Val</i>	143
BLAU, Gunther: "Das Cubanische Gesetzbuch der Sozialen Verteidigung", por <i>Antonio Quintano Ripollés</i>	144
BORREL MACÍA, Antonio: "Responsabilidades derivadas de la culpa extracontractual civil", por <i>César Camargo</i>	145
CONSTANT, Jean: "A propos de l'école franco-belge du milieu social au XIX siècle", por <i>Joaquín Morales</i>	149
CUELLO CALÓN, Eugenio: "La protección Penal del Cheque", por <i>César Camargo</i>	151
ESTADÍSTICA DEL SUICIDIO EN ESPAÑA, 1958, por <i>Diego Mosquete</i>	153
GERHARD, O. W., Mueller: "Criminal Law and Administration", por <i>Tomás Gómez Ortiz</i>	154
GRAVEN, Jean: "Les procédés nouveaux d'investigation scientifique et la protection des droits de la défense", por <i>Joaquín Morales</i>	155

GRUTZNER-VON KIEBUSCH, Marchal: "Das belgische Strafgesetzbuch", por Antonio Quintano Ripollés	157
LORENZ, Max: "Die Regelung der Verjährung im Entwurf des Allge- meinen Teils eines Strafgesetzbuches", por José M. ^a Navarrete	157
MARTÍNEZ VAL, José M. ^a : "El delito de conducción sin permiso", por Diego Mosquete	159
MATEO LAGE, Fernando de: "¿Existe el llamado Fuero Universitario?", por César Camargo	159
NÚÑEZ LAGOS, Rafael: "Perfiles acerca del concepto y clases de docu- mentos", por César Camargo	161
ORTEGO COSTALES, José: "Ensayo sobre la Parte Especial del Derecho penal", por César Camargo	164
PRECEDO LAFUENTE, Jesús: "La pena de muerte en el pentateuco", por José M. ^a Navarrete	165
SCHONKE-SCHRODER: "Strafgesetzbuch Kommentar", por Antonio Qui- ntano Ripollés	166
SPASARI, Mario: "L'Omissione nella teoria della fattispecie penale", por Gonzalo Rodríguez Mourullo	167
DEL VECCHIO, Giorgio: "Sul fondamento della giustizia penale e sulla riparazione del torto", por Manuel Cobo	169

REVISTA DE REVISTAS

Alemania

ZEITSCHRIFT FÜR DIE GESAMTE STRAFRECHTSWISSEN- CHAFT.—Hef. 2, 3 1958, por Antonio Quintano Ripollés	175
---	-----

Argentina

REVISTA DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES Y DOCEN- CIA CRIMINOLOGICAS, núm. II 1958, por Domingo Teruel Car- rallero	181
ESTUDIOS PENITENCIARIOS, 1957, 1958, por Diego Mosquete	183

España

REVISTA DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS PENITENCIARIOS: noviembre-diciembre 1959, por César Camargo	185
REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR.—Julio-diciembre 1958, por Domingo Teruel Carralero	188
REVISTA DE LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION.—2.º semestre 1958, por Diego Mosquete	191

Estados Unidos

THE JOURNAL OF CRIMINAL LAW, CRIMINOLOGY AND PO- LICE SCIENCE—Mayo-junio, julio-agosto, septiembre-octubre, no- viembre-diciembre, 1958, por José Sánchez Osés	193
---	-----

Francia

REVUE INTERNATIONALE DE CRIMINOLOGIE ET DE POLI- CE TECHNIQUE.—Julio-septiembre, septiembre-diciembre, 1958, por Joaquín Morales	206
REVISTA INTERNACIONAL DE POLICIA CRIMINAL.—Octubre, 1958, por Diego Mosquete	210
REVUE PENITENTIAIRE ET DE DROIT PENAL.—Octubre-di- cembre, 1958, por Domingo Teruel Carralero	212
REVUE DE SCIENCE CRIMINELLE ET DE DROIT PENAL COM-	

Indice general

	Páginas
PARE.—Julio-septiembre, octubre-diciembre, 1958, por <i>Joaquín Morales</i>	216
Grecia	
REVUE PENITENTIAIRE.—Julio-agosto, 1958, por <i>Diego Mosquete</i> .	221
Italia	
RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE.— Julio-septiembre, octubre-diciembre, 1958, por <i>Adolfo de Miguel</i> ...	222
Portugal	
BOLETIN DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIARIA E DOS INSTITUTOS DE CRIMINOLOGIA.—Núm. 2, 1958, núm. 3 julio, 1958, por <i>Domingo Teruel Carralero</i>	227
NOTICIARIO	235