

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XII
FASCICULO II



MAYO-AGOSTO
MCMLIX

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Director:
EUGENIO CUELLO CALÓN
Catedrático de Derecho penal

Subdirector:
JUAN DEL ROSAL
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Madrid

Redactor-Jefe
ANTONIO QUINTANO RIPOLLES
Magistrado de la Sala de lo Criminal del
Tribunal Supremo

Secretario:
DIEGO MOSQUETE
Profesor Encargado de Cátedra de Dere-
cho penal de la Universidad de Madrid

INDICE

Sección Doctrinal	Páginas
<i>La protección de la personalidad en el orden criminal, por Eugenio Cuello Calón..</i>	247
<i>Proyectos del Tribunal Penal Internacional, por Federico Castejón</i>	255
<i>El artículo 3.º de la Ley penal del automóvil en la Jurisprudencia, por Fernando Alamillo Canillas </i>	305
Sección Legislativa	
<i>Ley de Orden Público de 30 de julio.....</i>	345
Sección de Jurisprudencia	
<i>De la responsabilidad médica, por Juan del Rosal</i>	365
<i>Jurisprudencia penal correspondiente al primer cuatrimestre de 1958, por José María González Serrano</i>	373
Crónicas extranjeras	
<i>El juez de aplicación de las penas en Francia, por Alberto Lagúa Arrazola</i>	389
<i>Aspectos penales de la declaración de Delhi, por José María Martínez Val</i>	398
Revista de libros	405

ANCEL, Marc, con la colaboración de MARX, Ivonne: "Les Codes Pénaux Européens, por Eugenio Cuello Calón; ANTOLISEI, Francesco: "Manuale di Diritto Penale. Leggi complementari", por Manuel Cobo; BERSEZIO, Vittorio: "Il Problema della delinquenza minorile nella legislazione dei paesi civili ed in relazione all'O. N. U., por Domingo Teruel Carralero; CAMBRIDGE DEPARTMENT OF CRIMINAL SCIENCE: "The results of probation", por José Sánchez Osés; CLARK, ANN, M. & CLARKE, A. D. B.: "Mental deficiency", por José Sánchez Osés; CLEMER, Donald: "The prison community", por José Sánchez Osés; GILES, F. T.: "Children and the Law", por José Sánchez Osés; HENTIG, Hans von: "Zur Psychologie der Einzeidelikte. I. Diebstahl. Einbruch. Raub", por José M.º Rodríguez

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: enero abril 1959.

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 II**



**MAYO - AGOSTO
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.

SECCION DOCTRINAL

EUGENIO CUELLO CALON

LA PROTECCION DE LA PERSONALIDAD EN EL
ORDEN CRIMINAL

FEDERICO CASTEJON

PROYECTOS DE TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

FERNANDO ALAMILLO CANILLAS

EL ARTICULO 3.º DE LA LEY PENAL DEL AUTOMO-
VIL EN LA JURISPRUDENCIA

La protección de la personalidad en el orden criminal (*)

EUGENIO CUELLO CALON
Catedrático de Derecho penal

Este tema, de muy amplio contenido, comprende, entre sus varios aspectos, el trascendental problema de la protección de la personalidad del delincuente, materia que a su vez presenta diversas facetas: su protección en el ámbito del derecho penal, en el de la ejecución de las penas y en el campo del derecho procesal penal. Dado el escaso tiempo de que dispongo para la redacción de esta ponencia, limito mi trabajo: a) a la protección de la personalidad del delincuente en el derecho penal; b) a la protección de la misma en la ejecución penal.

a) Montesquieu, Voltaire, Rousseau, y con más penetrante eficacia César Beccaria, inician la campaña contra la desmedida crueldad del sistema penal del Antiguo Régimen y propugnan con ardor una penalidad más humana y el establecimiento de garantías para el inculpado. Aquí comienza la campaña de protección de la personalidad del delincuente. Mas el desarrollo legislativo es lento, aún existen, sin contar las abolidas durante nuestro siglo, penas de extrema dureza que degradan y envilecen al delincuente. La evolución de las ideas penales las rechaza, la ideología moderna propugna que el sistema penal sea organizado sobre una amplia base humana, no olvidando nunca al hombre que hay en todo delincuente. El verdadero jurista debe siempre ver en él, decía Su Santidad Pío XII, en el discurso pronunciado el 6 de noviembre de 1949 ante los Juristas Católicos, «aquel fondo humano del cual la culpa y el delito no llegan nunca a destruir el sello en él impreso por la mano del Creador».

Por gravísimo que sea su delito, aún los criminales más endurecidos, son seres creados a imagen y semejanza de Dios, hombres como los demás, e igual que éstos miembros de la vida colectiva. «El delincuente, manifestaba el Profesor Pompe, en el 2.º Congreso Internacional de Juristas Católicos (Roma, 1957), no

(*) Ponencia presentada a las *Journées* de Madrid del Grupo español de la *Association Henri Capitant pour la Culture Juridique Française* (junio 1959).

puede ser rechazado de modo definitivo de la comunidad humana». Merced a estas ideas van siendo abandonadas las penas duras y crueles, los castigos corporales, y, asimismo, se muestran aspiraciones, ya logradas en algún país, a la desaparición de las privaciones de derechos e interdicciones que imponen al condenado una nota de infamia.

Y tanta importancia se concede a este sentido humano característico de las modernas leyes penales, que no obstante hallarse acogido como garantía de la persona en no escaso número de Constituciones políticas anteriores a la segunda guerra mundial, época en la que ya se estimaba como adquisición definitiva e inatacable la humanidad de las penas, surge de nuevo en las leyes fundamentales de ciertos países (Constituciones de Italia, estado alemán de Hesse-Nassau, Argentina, Filipinas). Las penas bárbaras, deshonrosas e incompatibles con el espíritu del derecho penal moderno se declaran suprimidas (en la Constitución del Brasil, la confiscación, las penas perpetuas; en la boliviana la confiscación para los delitos políticos, la pena de infamia y la muerte civil; en la cubana la confiscación).

Las aspiraciones del derecho penal en nuestros días no se limitan a asegurar la protección de la personalidad física del delincuente, sino también la de su dignidad humana. En el momento presente se intensifica con fuerza creciente una justa reacción contra las penas privativas de derechos que con mácula afrentosa infaman al penado. En vez de reforzar su moralidad y punto de honor, le envilecen ante sí mismo y ante la comunidad. Este es juego arriesgado. «La infamia y el deshonor, escribía Prins, provienen del delito y no de la pena con que se les castiga; pueden nacer de la opinión, pero no de un texto legal. La infamia proclamada por el legislador es cosa peligrosa e inmoral, no es prudente excitar de modo oficial a las muchedumbres, al desprecio de los condenados».

Estas penas deben perder el sentido aflictivo e infamante que aún poseen en muchas legislaciones y asumir el carácter de medidas preventivas para evitar que derechos de carácter público sean ejercitados por personas indignas, o que derechos de familia lo sean por sujetos depravados, o que ciertas profesiones sean practicadas por individuos ineptos o inmórales. En este sentido se ha inspirado el VII Congreso de la Asociación Internacional de Derecho penal (Atenas, 1957), en el que al estudiar «Las consecuencias legales, administrativas y sociales de la condena» (Sección 3.^a) después de destacar que el fin de readaptación del delincuente se ve comprometido a causa de estas prohibiciones e incapacidades, se acordó que las consecuencias legales de una condena, y de modo especial las interdicciones cuya finalidad sea infamante, deben ser abolidas, a no ser que se justifiquen por la protección de los intereses del condenado o de las personas que se hallaren bajo su guarda, así como las incapacidades encaminadas a prevenir la rein-

cidencia. En cuanto a la interdicción del ejercicio de profesión merece recordarse que el Congreso Penal y Penitenciario Internacional de Berlín de 1935 (Sec. III, 2.^a cuestión) tomó el acuerdo de que solamente podía ser impuesta cuando el hecho punible fuese cometido abusando de la profesión o del oficio o violando gravemente los deberes que estos imponen.

Ya algún Código elimina estas incapacidades y afrentosas interdicciones, como el Código penal danés que sólo contiene como consecuencia legal del hecho punible la privación del ejercicio de profesión cuando exista peligro de abuso de la misma (art. 79); asimismo el reciente proyecto de Código penal alemán de 1958 no contiene penas privativas del honor, estas «no son adecuadas a nuestros tiempos» declara su exposición de motivos (*Be gründung*, pág. 49).

Con la desaparición en las legislaciones penales de las privaciones e interdicciones de derechos que imponen al condenado una mancha de no fácil rehabilitación, se habrá dado un gran paso en el camino de la protección de la dignidad humana del delincuente.

b) Con mayor fuerza que en el campo estricto del derecho penal el respeto a la persona y a la dignidad humana del penado, destaca en el ámbito de la ejecución penal, y de modo singular, en el de las penas privativas de libertad en el que ha realizado grandes progresos.

Lentamente, pero de modo incesante, se han transformado los duros y degradantes regímenes carcelarios, han desaparecido los hierros y cadenas cuyo porte obligatorio constituía parte integrante de ciertas penas; el régimen disciplinario de las prisiones se ha suavizado en gran medida, el envilecedor castigo corporal, la más grave de las medidas de disciplina en tiempos pasados, se aplica escasamente; la celda oscura y otros medios utilizados para el mantenimiento del orden, que poseían un íntimo espíritu de tortura, han sido eliminados en gran número de países. «Los castigos, corporales, el encierro en calabozo oscuro, así como toda sanción cruel, inhumana o degradante, deben ser prohibidos por completo como sanciones disciplinarias» declara la regla 31A del Conjunto de reglas mínimas para el trato de los presos (redacción de Ginebra de 1955). La integridad corporal del preso está hoy a salvo.

Por otra parte, se afianza el respeto a su dignidad humana. Gran número de ordenamientos penitenciarios han abandonado imposiciones afrentosas para el recluso. Ya no se les obliga a llevar la cabeza rapada, ni son designados por un número, sino por su nombre, desaparece el infamante uniforme penal de anchas rayas y chillones colores que ponía de manifiesto la mísera condición del penado, los trabajos degradantes, improductivos, que le rebajaban a la condición de animal de fatiga, como los repugnantes o ignominiosos, desaparecen casi en todas partes. Se han realizado, sin duda, grandes progresos en el reconocimiento y respeto

de la dignidad humana del preso, pero aún se aspira a mayores avances.

El régimen penitenciario que regula en todo momento las actividades del delincuente (hora de levantarse, de comer, de trabajo, etc.), mata su personalidad y le convierte en un autómatas movido por el complicado engranaje de las múltiples reglas del establecimiento penal. Tales restricciones de su actividad no le son impuestas de modo caprichoso, unas son consecuencia del carácter aflictivo de la pena, otras responden a exigencias prácticas de la vida del establecimiento, pero todas ellas conducen a convertir al penado en un siervo de la pena, en un hombre de condición diversa de los otros hombres. Por esta causa, en la ejecución de la pena de privación de libertad, ha de inculcarse en el recluso, la idea de que por el hecho de la condena no se convierte en un ser extrasocial, sino que continúa formando parte de la comunidad y en la plena posesión de los derechos que como hombre y ciudadano le pertenecen, salvo los perdidos o disminuidos como consecuencia de su condena. «El tratamiento no debe acentuar la exclusión de los reclusos de la sociedad, sino, por el contrario, el hecho de que continúan formando parte de ella», declara la regla 61 del Conjunto de reglas mínimas para el tratamiento de los presos. Pero además de inculcar en el recluso semejante convicción, ha de encenderse y fortificarse en él el sentimiento de la propia responsabilidades y del propio respeto a la dignidad de su persona por lo que debe ser tratado con la consideración debida a su condición de hombre.

Semejante sentido de respeto ha de estar presente en la ejecución de todo género de penas y medidas, en especial en las privativas de libertad, en las más severas aplicadas a los criminales endurecidos y peligrosos, como en las más suaves impuestas a los culpables de infracciones leves, y no sólo en los tratamientos encaminados a lograr la rehabilitación del condenado, sino también en las penas ejecutadas con sentido retributivo o aspiración intimidadora.

Aun cuando el respeto a la persona del penado posee un importante antecedente en el principio de la legalidad de la pena (*nulla poena sine lege*) consignado en numerosos códigos penales y constituciones políticas, sólo cuando en el trato penal surge el sentido humano, solamente entonces aparece el acatamiento de la dignidad de la persona del condenado, pues la humanidad en este ámbito consiste en la ejecución de la pena respetando la condición humana del penado y sus atributos y entre ellos, en lugar destacado, su dignidad de hombre. Estas ideas se hallan, en el momento presente, entre las más trascendentales aspiraciones de la doctrina penitenciaria. El 2.º Congreso Internacional de Juristas Católicos, más arriba citado, que abordó el tema del respeto a la persona en el campo de la ejecución de las penas (relación del Profesor Delitala) entre sus diversas e importantes conclu-

siones acordó que la ejecución de la pena debe ser humanizada e individualizada en lo posible, que el respeto a la persona debe inspirar no sólo el modo concreto de aplicación de la pena y de la medida sino también la elección y el carácter propio de ambas. El mismo espíritu de respeto a la persona del recluso rebosa en el Conjunto de reglas mínimas para el tratamiento de los presos. Esta es hoy aspiración universal.

Semejante ideología no se halla confinada dentro de tendencias de escuela o de doctrina, sino que ya inspira leyes y disposiciones que regulan la ejecución de las penas privativas de libertad. La ley sueca de 21 de diciembre de 1945, relativa a la regulación ejecutiva de estas penas, establece en su Sección 24: «El preso será tratado con severidad y firmeza, pero con la consideración debida a su dignidad humana». En Inglaterra en las reglas para la ejecución de las mismas penas, publicadas de acuerdo con el *Criminal Justice Act 1948*, en su regla 29 c, declara: «Los presos siempre serán tratados de modo que se estimule en ellos el respeto de sí mismos, y el sentido de su responsabilidad personal». El artículo 32 del Código penal brasileño dispone: «Los reglamentos de las prisiones nunca podrán autorizar medida que exponga a peligro la salud del condenado u ofenda la dignidad humana». Finalmente, en España, el Reglamento de los Servicios de Prisiones preceptúa en su artículo 1.º: «La misión penitenciaria se ejercerá respetando la personalidad humana de los reclusos, así como los derechos e intereses jurídicos no afectados por la condena».

El sentimiento de respeto a la persona, que adquiere cada día mayor arraigo, es uno de los principios fundamentales de la penología moderna.

Consecuencia del respeto a la personalidad humana del recluso surge la proclamación de sus derechos que son parte sustancial de su personalidad.

El condenado, que recluso en la prisión, cumple la pena impuesta, no sólo tiene deberes que cumplir, es también sujeto de derechos que han de ser reconocidos y amparados por el Estado. El recluso no es un *alieni juris*, no está fuera del derecho, se halla en una relación de derecho público con el Estado y descontados los derechos perdidos o limitados por la condena, su condición jurídica es igual a la de las personas no condenadas. Los derechos que posee como hombre, el derecho a su seguridad, a su salud, sus derechos de familia, etc., deben ser respetados en la ejecución de la pena, excepto en el caso de que su condena le prive o limite su disfrute. El recluso no podrá ser privado de estos derechos sino por causa legítima establecida en la ley o en los reglamentos. Sus derechos no son solamente derechos de personalidad, posee también derechos patrimoniales, los penados trabajadores, además de los antes señalados, poseen también el derecho de percibir por su trabajo la remuneración fijada en la reglamentación penitenciaria.

El reconocimiento de estos derechos es casi de nuestros días. Al finalizar la segunda mitad del pasado siglo, según la concepción del renombrado penitenciario alemán Kröhne (*Lehrbuch des Gefängnisweseus*, Stuttgart, 1889, pág. 2), el condenado para la obtención de los fines de la pena estaba en su persona y en su patrimonio sometido de modo incondicional al poder del Estado; pocos años después Mentachaninov en el Congreso Penitenciario Internacional de París, de 1895, aún proclamaba: *le détenu est soumis d'une manière absolue aux pouvoirs publics*, mientras que hoy, medio siglo más tarde, el recluso posee una condición jurídica claramente definida.

La idea del reconocimiento de los derechos del penado sigue un rumbo de incesante progreso. Recientemente se ha planteado también la cuestión de la integración del trabajo penal en la economía nacional. El problema ha sido estudiado por la 4.ª Sesión del Grupo consultivo europeo para la prevención del delito y tratamiento de los delincuentes (Ginebra, agosto de 1958). El Grupo estima que el trabajo penitenciario no debe ser considerado como un trabajo aparte sin relación con el trabajo nacional; y desde el punto de vista de su remuneración, ha recomendado a los gobiernos la práctica de ensayos para equipararla a la percibida por los trabajadores libres.

En el estatuto jurídico del penado trabajador se han realizado importantes progresos; sin embargo, en no escaso número de países en materia de remuneración, jornada de trabajo, accidentes de trabajo, y, en general, en la concesión del beneficio de los seguros sociales, los avances han sido muy limitados (vid. E. Cuello Calón, *La Moderna Penología*, Barcelona, 1958, págs. 434-448). No obstante, la doctrina es favorable a la asimilación del estatuto jurídico del penado trabajador al del trabajador libre. En las recomendaciones adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas (Ginebra, 1955), se acordó que «los reclusos deben beneficiarse en la más amplia medida posible del régimen de seguridad social en vigor en su país». En España este es problema hace tiempo resuelto. El artículo 134 del Reglamento de los Servicios de Prisiones asegura a los penados trabajadores idéntica protección de las leyes sociales que a los trabajadores libres.

En el constante progreso del respeto a los derechos de los reclusos, se ha planteado últimamente en la primera reunión de la Comisión europea para los problemas criminales (Estrasburgo, junio-julio 1958), el problema de sus derechos políticos y civiles. La Comisión adoptó dos acuerdos: a) Los reclusos no deben ser privados del derecho de voto y su participación en las votaciones debe ser organizada por correspondencia o de otra manera (se invocaba el ejemplo de Alemania donde en 1957 se había autorizado a los reclusos a votar en las elecciones del Bundestag). b) Reconocimiento del derecho del recluso a contraer matrimonio.

En cuanto a la primera cuestión, es preciso señalar que en al-

gunos países el Código penal o las leyes electorales, privan del ejercicio del derecho de voto a los condenados a ciertas penas. En España, por ejemplo, numerosas penas privativas de libertad y algunas de otro género excluyen al condenado de este derecho. Pero aquellos penados no privados por la ley del derecho de sufragio, ¿podrán ejercitarlo?. Cornil, en un reciente estudio sobre este tema (*Revue Pénale Suisse*, 1959, fase I, pág. 1 y sigs.), se muestra inclinado a confiar la solución al Magistrado que imponga la condena, y si en su decisión no priva al condenado del derecho de voto, podría serle otorgado su ejercicio. La solución parece, en principio, aceptable. Pero este es un problema nuevo del que, con la limitada excepción de Alemania, no poseemos experiencia alguna. El momento me parece aún prematuro para dar una opinión terminante.

El derecho del recluso a contraer matrimonio, parece indudable en cuanto es un derecho humano. En Francia, como en España, el recluso contrae matrimonio sin dificultad alguna, sin embargo, en algunos países, aún cuando el penado no se halle privado de este derecho por una condena, existen obstáculos para su celebración provenientes de un derecho, sin fundamento legal, que se atribuye la Administración penitenciaria (Vid. Cornil, lugar citado, página 9 y sigs.). Pero ¿puede la Administración penitenciaria arrogarse este derecho?. Por el contrario, en los países cuya legislación prohíbe el matrimonio á ciertas personas y de modo especial a las afectas de taras hereditarias, en este caso, no hay problema, el recluso no podrá contraer matrimonio. La Ordenanza alemana de ejecución de penas de 1940, inspirada en este sentido, declaraba que los reclusos podrían contraer matrimonio, si no tenían taras hereditarias; o existían otras causas que lo hicieran indeseable.

No quiero terminar estas líneas sin una prudente advertencia. Este sentido de protección de la personalidad del delincuente, del que soy firme defensor, que constituye una de las más relevantes consignas de la política penal contemporánea, no puede alcanzar un tono desmedido, sino mantenerse dentro de límites mesurados. Ya se ha desatado la protesta de los que recelan que la pena deje de ser temida para ser deseada. No olvidemos las palabras de Bettiol: «El Derecho penal debe continuar siendo el mismo, «Derecho penal» y no «Derecho premial».

Proyectos de Tribunal Penal Internacional

FEDERICO CASTEJON

Co-Presidente del Comité de Derecho Penal Internacional del IV Congreso Internacional de Abogados (Madrid, 1952) (con V. V. Pella), Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático jubilado de Derecho Penal

SUMARIO

Capítulo I. *Planteamiento de la cuestión.*—1. Referencia a mi estudio sobre «Proyecto de Código penal internacional».—2. Panorama de los órganos de justicia internacional.—3. Exposición del tema.

Capítulo II. *Formas de realización practicadas hasta ahora para establecimiento del Tribunal penal internacional.*—4. Tribunal internacional de presas marítimas (1907, 1909); Organismo interaliado (1919); Alta Corte de justicia (1937); Tribunales militares internacionales (1945); Tribunal penal internacional (1948); Tribunal europeo de derechos humanos (1950).

Capítulo III. *Proyectos y criterios formulados para establecimiento en lo futuro del Tribunal penal internacional.*—A) Proyectos de Gobiernos y entidades intergubernamentales para establecimiento del Tribunal penal internacional.—5. Jurisdicción represiva internacional (1919); Haute Cour de Justice internationale (1920); Tribunal penal internacional permanente (1951); Corte penal internacional (1953); aplazamiento del asunto (1957).—6. Actuación de la Comisión de Derecho internacional de las Naciones Unidas.—7. Actuación de la Comisión de Jurisdicción penal internacional de las Naciones Unidas. Informes de 1951 y 1953.—8. Texto concordado y comentado del Proyecto de Estatuto revisado para una Corte penal internacional (1953).

Capítulo IV. B) Proyectos de colectividades no gubernamentales para establecimiento del Tribunal penal internacional.—8. International Criminal Court (1922); Jurisdicción criminal (Unión Interparlamentaria, 1925); Jurisdicción represiva del Tribunal permanente de Justicia internacional (Asociación internacional de Derecho penal, 1926) (proyecto Pella); Proyecto de la International Law Association (1926); Corte penal internacional (1946); Jurisdicción internacional (1947); Comité internacional para el estudio de la punición de los crímenes contra las leyes de las Naciones (1947); Autoridad judicial internacional para los crímenes internacionales (1947); Bureau international pour l'unification du Droit penal (1947); Instituto de Derecho internacional (1948); Conferencia internacional de la Cruz Roja (1948); Proyecto de Tribunal y proyecto de Código de crímenes

contra la paz y la seguridad de la humanidad; ponente, Pella (1949).—10. Recomendaciones y votos de Congresos y reuniones científicas: Congreso de la paz universal (Roma, 1891); World Federation of U. N. Association (1948); International Bar Association (La Haya, 1948, y Madrid, 1952); Asociación de Abogados norteamericanos (Londres, 1957).

Capítulo V. C) Proyectos y criterios de escritores y tratadistas para establecimiento del Tribunal penal internacional.—11. Proyectos concretados al establecimiento de dicho Tribunal.—12. Proyectos sobre organización del mismo Tribunal.—13. Proyectos relacionados con el Derecho interestatal.

Capítulo VI. *Perspectivas y conclusiones sobre la creación y funcionamiento del Tribunal penal internacional.*—14. Criterios sobre necesidad, posibilidad y oportunidad de su creación y de su funcionamiento.—15. Conclusiones.

Bibliografía.

CAPITULO PRIMERO

PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

1.—En el sumario de mi estudio sobre «Proyecto de Código Internacional» (1) marcaba tres apartados, el I, dedicado a Introducción; el II, al Código referido, y el III, a «El Tribunal Penal Internacional», que esperanzadamente anunciaba «de próxima publicación» y que hoy entrego a la benévola censura de quien leyere estas líneas.

En el antecedente de dicho estudio, que fué mi ponencia sobre «Código Penal Internacional» a la IV Conferencia de la International Bar Association (Madrid, 1952) (2), establecía que: «12. En lo que afecta al Tribunal Penal Internacional, como cultivador del Derecho penal material, sólo puedo opinar con visión de no especialista, y, por ello, adhiero a la opinión de mi colega Quintano, ex Magistrado en los Tribunales internacionales del Sarre y El Cairo, que resumo así:

«Desde la realidad jurisdiccional de los Tribunales internacionales de Nüremberg y de Tokio, y, sobre todo, desde la aprobación de los dos textos legislativos capitales de la «Convención sobre el

(1) Publicado en este ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, tomo VI (1953), fascículo II, págs. 231-251.

(2) *International Bar Association. Fourth International Conference of the Legal Profession.* Madrid, July, 16-23, 1952. La Haya, 1954, págs. 48-79. Véase *Plenary Session III. International Penal Law. Chairman H. E. FEDERICO CASTEJÓN. Adresses and Papers.—Proyecto de Código Penal Internacional y Proyecto de Tribunal Penal Internacional.* FEDERICO CASTEJÓN, Spain.—*Le projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité devant les organes des Nations Unies.* IVÁN S. KERNO, Assistant Secretary General for Legal Affairs of the United Nations.—*Rapport general sur le Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et le Statut d'une Cour criminelle internationale.* VESPASIEŃ V. PELLA: Rumania. *The Draft Statute of an international criminal Court.* MAX SORENSEN, Denmark.

genocidio» y la «Declaración universal de los derechos del hombre» en 9 y 10 de diciembre de 1948, se ha creado un efectivo Derecho internacional penal, que exige ser complementada, en lo adjetivo, en lo procesal y en lo institucional orgánico, mediante la realidad de un Alto Tribunal internacional, de carácter permanente, con jurisdicción en lo penal y que, con la aspiración de acercar en lo posible el justiciable al juez y para facilitar el acceso al Tribunal de la persona lesionada por el delito, que no siempre podrá acudir a La Haya, Ginebra o Lake Success, propone que, en cada Embajada o Legación exista un Magistrado, en calidad de *attaché* judicial, llamado a formar parte de una Sala o Corte mixta que se reúna en la capital de cada nación cuando se presenten asuntos sometidos a su competencia».

También recordaba, como antecedente de utilidad inapreciable en este campo, la Convención de la Sociedad de Naciones, suscrita en Ginebra, en abril de 1938, para la institución de una alta corte de justicia en materia penal y, como una conclusión de dicha ponencia, proponía lo siguiente: «2.ª En lo que se refiere al Tribunal penal internacional señalo el precedente de la Convención de Ginebra de abril de 1938, sobre creación de la Corte Internacional Penal y suscribo el criterio de Quintano sobre establecimiento de Organismos locales, encomendados a un Magistrado o *attaché* judicial de cada Embajada, que daría realidad al acercamiento de la justicia al justiciable».

2.—Para centrar el tema de estudio conviene exponer el panorama de los órganos de justicia internacional que Lacconia, en su artículo titulado «Organos de justicia internacional» (3), siguiendo a Perassi (4), formula en la siguiente tripartición, habida cuenta de la actividad que desarrollan.

A) Legislativos o creadores de normas.

B) Jurisdiccionales o aplicadores del Derecho, tales como Comisiones de investigación, colegios con funciones jurisdiccionales y cortes de justicia; y

C) Comisiones de conciliación, de tipo equitativo o arbitral, con carácter heterogéneo, tales como la Comisión de los Estrechos, instituida en 23 de julio de 1923, por la Convención de Lausana para controlar el paso a través de los Dardanelos y del Bósforo, las comisiones de encuesta, previstas en la Convención de La Haya y las comisiones constituidas por los tratados Bryan (5).

Entre los del segundo grupo u órganos judiciales verdaderos y propios, estudia:

(3) ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, tomo III (1950), pág. 556.

(4) *Lezioni di diritto internazionale*. Roma, 1942, págs. 188-193.

(5) BOSCO: *Rapporti e conflitti fra giurisdizioni internazionali*. Roma, 1932, págs. 13-19.

a) La Corte de presas, creada en la segunda conferencia de La Haya;

b) los Tribunales arbitrales mixtos establecidos por el párrafo 2.º del artículo 246 del Tratado de San Germán, con potestad decisoria en materia de controversias sobre el pago por parte de súbditos enemigos y de entidades, de las deudas contraídas antes de la guerra y sobre cuestiones concernientes a negocios privados en territorio enemigo entre súbditos de los Estados (art. 256, b);

c) lo que debe considerarse comisión de tipo judicial más que órgano judicial, denominado *United Nations Commissions for the investigation of war crimes*, instituido a fines de 1941 para la averiguación y el castigo de los crímenes de guerra;

d) la Comisión de un *agreement establishing an International Military Tribunal*, creada para juzgar a los mayores criminales y los delitos que, no localizándose geográficamente, son generales;

e) los diversos tipos de tribunales vigentes cerca de países extranjeros, entre ellos el Tribunal Militar Internacional, constituido en Berlín por acuerdo de 8 de agosto de 1945, firmado entre Rusia y Francia;

f) como actividad jurisdiccional en las varias formas existentes en Europa, Jannaccone (6) señala Corte permanente de justicia internacional, con sede en la Haya, que constituye el más alto órgano en materia de jurisprudencia internacional europea distribuida en tres misiones principales, que son de actividad consultiva, de actividad arbitral y de función jurisdiccional, concretada en una sentencia irrecurrible, cuya ejecución se remite a los órganos actuantes, por obra de tratados o acuerdos.

A estos órganos de jurisdicción, debe agregarse:

g) el Tribunal penal internacional, en formación.

3.—La exposición de este tema exige considerar:

I. Las formas de realización que el Tribunal penal internacional ha tenido hasta ahora en la práctica.

II. Los proyectos y criterios formulados para su establecimiento en lo futuro:

a) Por Gobiernos y entidades gubernamentales.

b) Por colectividades no gubernamentales.

c) Por escritores y tratadistas.

III. Perspectivas y conclusiones sobre la creación y el funcionamiento del Tribunal penal internacional.

IV. Bibliografía.

(6) *Le fonti del diritto internazionale*. Portomaggiore, 1925, págs. 154-159.

CAPITULO SEGUNDO

FORMAS DE REALIZACIÓN PRACTICADAS HASTA AHORA PARA ESTABLECIMIENTO DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.

4.—En orden cronológico y en el campo internacional, los sucesivos avances de la creación de un Tribunal penal internacional se pueden jalonar así:

1.º Tribunal internacional de presas marítimas (Convención XII de la II Conferencia de la Paz (La Haya, 1907) y Conferencia naval de Londres (1909) (7).

2.º Organismo interaliado, regulado por el art. 227 del Tratado de Versalles de 1919 y constituido por veintidós jueces, para juzgar los crímenes y los presuntos responsables de la guerra de 1914-1918.

El enjuiciamiento de los vencidos aparece por primera vez, en documentos escritos, en la oración de Cicerón *Pro Dejotarius*, rey de Armenia, adicto de Pompeyo, luego amigo de César, acusado de haber pretendido asesinar a éste, que cité en mi *Proyecto de Código Penal Internacional*, Separata, pág. 6, con referencia a *Auteurs latins de Nisard*, III, 260.

Los precedentes de la idea de un Tribunal Penal Internacional han sido recogidos por Saldaña en su obra *La justice penale internationale* (págs. 360 y sigs.), y, como resultado de sus estudios, expone el progreso de dicha idea desde los precursores, cual el Rey Jorge de Podriabad, en su *De unione Christianorum contra Turcas* (1463), hasta el artículo 227 del tratado de Versalles de 1919, que dispone:

«Un tribunal especial será instituido para juzgar al acusado —Guillermo II—, asegurándole las garantías esenciales del derecho de defensa. Se compondrá de cinco jueces, nombrados por cada una de las potencias siguientes: Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón. El Tribunal juzgará sobre motivos inspirados en los más elevados principios de la política entre las naciones, con el cuidado de asegurar el respeto de las obligaciones solemnes y de los compromisos internacionales, así como de la moral internacional. Le corresponderá determinar la pena que estime deba ser aplicada.» Y en sus artículos 228 y 220 se obliga al Gobierno alemán a hacer comparecer ante los tribunales militares de las potencias aliadas o asociadas a las personas acusadas de haber cometido actos contrarios a las leyes y usos de la guerra o cometidos contra ciudadanos de varias potencias, los que serán juzgados por Tribunales militares compues-

(7) AZCÁRRAGA Y GUTIÉRREZ DE LA CÁMARA, en el IV Congreso de la International Bar Association (Madrid, 1952), propugnaron una jurisdicción especial autónoma, independiente de los Gobiernos, para evitar toda confusión entre juez y parte.

tos de miembros pertenecientes a los Tribunales militares de las potencias interesadas (8).

3.ª. Alta Corte de justicia en materia penal, instituída por una Convención de la Conferencia de la Sociedad de Naciones (16 de octubre de 1937), que en la misma reunión, aprobó otra Convención de igual fecha sobre represión del terrorismo, iniciada, para esta última finalidad, por petición de Francia, a consecuencia de los asesinatos del Rey Alejandro de Yugoslavia y de Barthou, Presidente del Gobierno francés, en Marsella, el 9 de octubre de 1934.

A este Tribunal Penal Internacional podrían ser deferidos los crímenes internacionales de terrorismo, en espera de que su competencia sea ampliada (art. 2.º) (9).

4.º Tribunales militares internacionales, nacidos de la Carta de Londres, suscrita en 8 de agosto de 1945 por los Gobiernos de Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña y Unión Soviética, sobre el establecimiento, después de consultar con la Comisión de Control para Alemania, de un Tribunal Militar internacional para el juicio de los criminales de guerra del Eje europeo, cuyos delitos no tienen una particular localización geográfica.

Estas previsiones se aplicaron a los criminales de guerra japoneses por la declaración de Postdam de 26 de julio de 1945.

En su consecuencia, se crearon y actuaron los Tribunales militares internacionales de Nüremberg y Tokio, que Quintano calificó de forma superior y *sui generis* de justicia mixta o integrada por miembros de nacionalidades diversas, no obstante las censuras que se le han dirigido y cuya jurisprudencia se ha erigido en principios de Derecho, por resolución de la Asamblea general de la O. N. U. de 11 de diciembre de 1946 (10).

Estos principios derivan de los siguientes documentos:

1.º «Acta concerniente a la persecución y el castigo de los grandes criminales de guerra de las potencias europeas del Eje», de 8 de agosto de 1945, y Declaración de Postdam, de 26 de julio de 1945;

2.º Sentencias del Tribunal de Nüremberg (30 de septiembre de octubre de 1946) y del Tribunal de Tokio (19 de enero de 1946); y

3.º La resolución de 11 de diciembre de 1946, que dice: «La Asamblea general: Reconoce la obligación que le impone el artículo 13.º párrafo 1.º, subpárrafo a), de la Carta, para iniciar estudios y hacer recomendaciones con la finalidad de fomentar el

(8) Recuérdese la actuación del Tribunal marcial de Colmar, a este propósito.

(9) GRAVEN: *Principes Fondamentaux*, pág. 59. PELLA: *Vers une juridiction criminelle internationale*, pág. 4. SOTTILE: *Le terrorisme international. Recueil des Cours de l'Academie de Droit international de La Haye*. París, 1939.

(10) *Tratado de Derecho penal internacional*, II, 354.

progresivo desarrollo del Derecho internacional y su codificación;

Anota el acuerdo para el establecimiento de un Tribunal militar internacional para la persecución y castigo de los grandes criminales de guerra del Eje europeo, suscrito en Londres, en 8 de agosto (1945), y de la Carta aneja al mismo, así como de la Carta del Tribunal militar internacional para el enjuiciamiento de los grandes criminales de guerra del Extremo Oriente, proclamada en Tokio el 19 de enero de 1946;

Afirma los principios de Derecho internacional reconocidos por la Carta del Tribunal de Nüremberg y la sentencia de este Tribunal;

Invita al Comité encargado de la codificación del Derecho internacional establecido por resolución de la Asamblea general de 11 de diciembre de 1946, a considerar, como materia de primaria importancia, planes para la formulación, en el cuadro de una codificación general de los delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad o en el de un Código criminal internacional, de los principios reconocidos en la Carta del Tribunal de Nüremberg y en la sentencia de dicho Tribunal.»

Dichos «principios de Nüremberg» han sido enviados por la Secretaría de la O. N. U. a los Gobiernos, a fin de que éstos hagan conocer sus observaciones. (11).

Según Graven (12), los Tribunales de Nüremberg y de Tokio han traducido imperfectamente la idea de la jurisdicción internacional, porque era una jurisdicción unilateral y ocasional de vencedores sobre vencidos.

5.º Tribunal Penal Internacional, cuya creación prevé la Convención sobre el genocidio (9 de diciembre de 1948), obra de las Naciones Unidas, y que, en su artículo 6.º, reconoce como competente a este Tribunal Penal Internacional, al igual del Tribunal del Estado en cuyo territorio se cometió el hecho, siempre que las partes contratantes, por Convención *ad hoc*, hayan aceptado la jurisdicción de aquel Tribunal Internacional.

6.º Tribunal Europeo de Derechos humanos, creado por la Comunidad Europea en la «Convención para la protección de Derechos humanos y libertades fundamentales» (Roma, 4 de noviembre de 1950), formando una jurisdicción unida los dichos Tribunales y Comunidad con la Convención del carbón y el acero, para conocer inapelablemente los litigios sobre interpretación del Estatuto y demás normas dimanantes de los organismos comunitarios y de los recursos de apelación y casación contra fallos de jurisdicciones subordinadas que se establezcan. Se compone de quince jueces como máximo, uno por cada miembro de la Comu-

(11) FERNÁNDEZ DE LA MORA: *Las aporías de Nüremberg*. Separata de «Arbor». Madrid, 1952.

(12) *Principes*, cit., pág. 61.

nidad, elegidos por el Consejo Ejecutivo entre tres candidatos presentados por cada Estado. No funcionará hasta que ocho Estados signatarios declaren que se someten a su jurisdicción, lo que sólo han hecho Alemania federal, Francia, Italia, Gran Bretaña, Luxemburgo y Holanda (13).

La Corte de Justicia de la Comunidad Europea del carbón y del acero—ha dicho Monnet, presidente saliente de la alta autoridad de esta Comunidad, por primera vez, en las relaciones entre nuestros países—asegura a cada uno, sin discriminaciones, el respeto de sus derechos (14).

CAPITULO TERCERO

PROYECTOS Y CRITERIOS FORMULADOS PARA ESTABLECIMIENTO EN LO FUTURO DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

A) *Proyectos de Gobiernos y entidades intergubernamentales para establecimiento del Tribunal penal internacional.*

5.—Los proyectos que deben denominarse «oficiales», por haber sido redactados en virtud de acuerdos de Gobiernos u organismos intergubernamentales o por haberse debatido en reuniones de los mismos, son los siguientes:

1.º Jurisdicción represiva internacional, creada por la Conferencia preliminar de la Paz (1919) y cuyos principios fundamentales redactó una Comisión de juristas, sin resultado práctico ulterior pues sus recomendaciones no fueron adoptadas por la Conferencia referida (15).

2.º *Haute Cour de Justice internationale* (1920), de la Sociedad de Naciones, según proyecto de Estatuto del *Comité consultatif* de juristas; ponente, Barón Descamps, belga, rechazado por la Asamblea general como superfluo, al no existir un Derecho Internacional Penal sustantivo (Lafontaine) (16).

El Comité consultivo fue encargado de preparar el proyecto de Tribunal, prescrito en el artículo 14 del Tratado de Paz, y su proyecto decía así:

«Art. 1.º Se instituye una Alta Corte de Justicia Internacional Penal.

Art. 2.º Esta Corte se compone de un miembro por cada Estado, elegido por el grupo de los delegados de cada uno en la Corte de Arbitraje.

Art. 3.º La Alta Corte será competente para juzgar los cri-

(13) RICHEMONT: *Communauté Européen du Charbon et de l'Acier. La Cour de Justice. Code annoté. Guide pratique.* Paris, 1954.

(14) Prensa del 6 de diciembre de 1954.

(15) *Historical Survey*, págs. 7 y 47.

(16) *Actes de la I Assemblée*, pág. 481. *Seances plenières*, pág. 747.

menes contra el orden público internacional y el Derecho de gentes universal, que le sean atribuidos por la Asamblea en pleno de la Sociedad de las Naciones o por el Consejo de la misma.

Art. 4.º La Corte podrá calificar el delito, fijar la pena y determinará asimismo el procedimiento a seguir por su reglamento de orden interno.»

3.º Proyecto de Estatuto del Tribunal Penal Internacional permanente, redactado por la Comisión de jurisdicción criminal internacional compuesta de los miembros nombrados al constituir la y designado tanto aquel proyecto como esta Comisión con los diferentes nombres de Primero, de Ginebra, de 1951, o de los Diecisiete.

A este proyecto se alude frecuentemente a continuación, pero no se inserta en el presente trabajo. Solamente se copia más adelante el siguiente núm. 4.º.

4.º Proyecto de Estatuto revisado para una Corte Penal Internacional, redactado por la misma Comisión de jurisdicción criminal internacional, pero reconstituida por renovación de algunos miembros. Por ello, el proyecto se designa con el nombre de «Revisado», y tanto éste como la Comisión con los de «Segundo», «de 1953» o «de los Diecisiete».

Para la mejor comprensión de la exposición que sigue, advertirán los menos versados en la Organización de las Naciones Unidas, a qué se alude en el resumen de la tramitación del asunto desde su iniciación hasta hoy, que se habla de tres Comisiones, la VI o Legal, creada con la O. N. U. y de carácter amplio, la de Derecho internacional, constituida en 1948, de cometido especial, y la de Jurisdicción criminal internacional, fundada en 1951 y limitada al objeto que expresa su título.

Como resumen de la tramitación del proyecto de Tribunal desde su iniciativa hasta hoy, puede darse el siguiente:

1.º La constitución de una Comisión de Derecho internacional, en 1948, por la Asamblea de las Naciones Unidas, compuesta de quince especialistas, y con la misión de: ... c) Examinar si la creación de una jurisdicción criminal internacional es deseable y apetecible.

2.º El acuerdo de la Comisión de Derecho internacional de las Naciones Unidas, en su III sesión (Ginebra, mayo-junio de 1951), que declara que la creación de un Tribunal penal internacional es no sólo deseable, sino útil y necesaria.

3.º La constitución de la «Comisión de la jurisdicción criminal internacional», compuesta de representantes de diecisiete Gobiernos, reunida en Primera Sesión en Ginebra (1-31 de agosto de 1951), que ha elaborado un primer proyecto de Estatuto del Tribunal penal internacional permanente.

4.º La adopción por el VI Comité de la O. N. U. del proyec-

to de Jurisdicción criminal internacional (Sesiones de 10 a 17 de noviembre de 1952).

5.º La adopción por la Asamblea general de la O. N. U. del «Report» del VI Comité sobre el proyecto de diciembre de 1950 y la entrega del mismo y de los comentarios que presenten los Estados miembros a estudio de un Comité de diecisiete representantes (Sesión plenaria del 5 de diciembre de 1952).

6.º La reunión de la Comisión sobre jurisdicción criminal internacional, de 27 de julio de 1953, que presentó un interesante informe, que se estudia a continuación, y un segundo proyecto de Estatuto revisado para una Corte penal internacional, que se inserta con breve comentario.

7.º El aplazamiento indefinido del asunto hasta que se defina lo que sea guerra de agresión, a partir del 6 de diciembre de 1957. En esta fecha la Comisión Jurídica de la Asamblea General de la O. N. U. terminó su trabajo para esta sesión, recomendando el aplazamiento indefinido del estudio de la última propuesta en el orden del día: la creación de un Tribunal Internacional para crímenes de guerra. Por 54 votos a favor contra dos (Holanda y Haití) fué aprobada una resolución para aplazar la cuestión hasta que la Asamblea reanude sus negociaciones para definir la agresión. Se abstuvieron de votar Afganistán e Israel. La resolución fué presentada por España, Filipinas y Chile, y Egipto introdujo una enmienda.

El motivo no es nuevo. Baste recordar que la Asamblea general, en 20 de diciembre de 1952, después de rechazar en votaciones parciales los parágrafos, resolvió constituir una comisión de quince miembros para poner en su sede central, en 1953, a estudio todas las fases del problema de «Definición de la agresión» (17) y presentarlo a la Asamblea en su IX Sesión. La Asamblea rechazó una propuesta de Polonia para considerar la ponencia del Comité en la VIII Sesión (Véase *UN. Bulletin*, 1 de enero de 1953, pág. 62.) (17 a).

(17) El problema ha sido objeto de importantes estudios, como subraya GUALLART, al sostener que la guerra debe incriminarse, con cita de la primera sentencia del Tribunal de Nüremberg, que dice:

«Desencadenar una guerra de agresión no es solamente un crimen internacional, es el crimen internacional supremo, no diferenciándose de los otros crímenes de guerra sino en el hecho de que aquél los contiene a todos.» (*La guerra, crimen*, Zaragoza, 1956, pág. 371-411).

(17 a) Según comunicación de 15 de julio de 1959 del doctor YUEN-LI LIANG, director de la División de Codificación en las Naciones Unidas, la Comisión establecida por la Asamblea General en 1957 con el fin de determinar cuándo será conveniente que la Asamblea examine de nuevo la cuestión de la definición de la agresión, se reunió en la sede de las Naciones Unidas durante el pasado mes de abril y decidió aplazar hasta el mes de abril de 1962 la continuación de sus labores a menos que la mayoría absoluta de sus miembros considere aconsejable la reunión en una fecha anterior. En consecuencia desde el aplazamiento acordado en 1957 no se ha registrado ningún progreso en materia de jurisdicción criminal internacional.

6.—La Comisión de Derecho internacional, en relación con los números 1.º y 2.º del resumen que antecede, desarrolló la actuación siguiente:

J. Spiropoulos, nombrado relator por la Comisión de Derecho internacional de las Naciones Unidas, en su 33.ª Sesión (3 de junio de 1949), para preparar un documento de trabajo sobre el proyecto de un Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, ha redactado tres informes, en los que alude al Tribunal Penal Internacional del siguiente modo:

En el primer informe (Documento A/ CN. 4/25, de 26 de abril de 1950) dice que se presentan tres formas para aplicar las disposiciones del Código (páginas 60-65), que son: A) Tribunal internacional especial, como el de Nüremberg, al que los abogados defensores objetaron legitimidad, alegando que los actos inculcados no eran punibles con arreglo al Derecho internacional «existente» (*Nullum crimen sine lege*); lo que «ha impresionado grandemente a la opinión pública»;

B) Tribunal Penal Internacional, tema de otro informe especial, que presupone, en caso de Estado culpable, la derrota del mismo y la captura de los autores, y en caso de particulares culpables, que su Gobierno desapruébe la conducta de los mismos y conceda su extradición, lo que no es seguro si se trata de sus nacionales, aparte de que la opinión pública pueda considerarlos como héroes. En todo caso, la creación de este Tribunal puede tener efectos *preventivos*, y la condena en rebeldía tiene el valor práctico derivado del temor al juicio ante un órgano internacional.

C) Tribunales nacionales, como establece el artículo VI de la Convención sobre genocidio, sistema que sigue Spiropoulos (base de discusión, núm. 5), sin desconocer las dificultades que entraña en caso de Estado culpable o de particular súbdito del mismo, como se ha dicho antes.

En el segundo informe de Spiropoulos (Documentos A/CN. 4/44, de 12 de abril de 1951), redactado con vista de un anteproyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, que preparó una Comisión integrada por el mismo y por Alfaro y Hudson, teniendo en cuenta las deliberaciones de la Comisión de Derecho internacional, en su segundo período de sesiones, se inserta el texto de Código que aprobó dicha Comisión para ser presentado a observaciones de los Gobiernos. El artículo III del citado texto dice: «Hasta que se establezca un Tribunal penal internacional competente, los Estados que adopten este Código se comprometerán a promulgar la legislación necesaria para el enjuiciamiento y sanción de las personas acusadas de haber cometido cualquiera de los delitos contra el Derecho internacional definidos en el Código» (pág. 53). La Comisión añade que aun no siendo la solución ideal los Tribunales nacionales, es por ahora

la única posible en la práctica, al no existir un órgano judicial internacional (pág. 54).

En el tercer informe del mismo relator (documento A/CN.4/85, de 30 de abril de 1954), se hace cargo de las observaciones recibidas de los Gobiernos, que deberá tomar en cuenta la Comisión de Derecho internacional al examinar nuevamente el anteproyecto de Código y preparar luego un proyecto definitivo (pág. 5), y, por su parte, apunta que el ambiente de la Asamblea general no es tan favorable al Código como cuando encomendó a la Comisión elaborar el proyecto (pág. 7). El artículo 5.º (antes artículo III) del proyecto aprobado por la Comisión dice: «La pena que haya de imponerse por cualquier delito definido en el presente Código será determinada por el Tribunal que ejerza jurisdicción sobre el acusado, tomando en cuenta la gravedad del delito.» El relator Spiropoulos, en vista de las observaciones de los Gobiernos de desatender el principio *nulla poena sine lege*, y hallarse fuera de lugar en el contexto, propuso la supresión de este artículo.

7.—La Comisión de Jurisdicción Penal internacional, en relación con los números 3.º a 6.º del resumen que antecede, desarrolló la actuación que expone en su Informe de 1953 y que culmina en su proyecto segundo o de 1953, como se consigna a continuación.

La Comisión de Jurisdicción penal internacional (II Comisión de los Diecisiete 1953, con ponencia de Röling, redactó un informe (Documento A/ AC.65/ L.13, de 24 de agosto de 1953) que consigna que nada demostraba que los Estados quisieran crear el Tribunal o apoyar y colaborar para su funcionamiento, si se crease, y que no era comparable el ejemplo aducido de la Comunidad Europea del carbón y el acero, pues el único análogo era el del Tribunal del *malogrado* convenio de 1937 sobre terrorismo, y termina estableciendo la conclusión siguiente: «Las opiniones de los miembros de la Comisión estaban divididas en cuanto a la posibilidad, la practicabilidad y la conveniencia de crear una jurisdicción penal internacional organizada. Convinieron, sin embargo, en que partiendo de los estudios preparatorios efectuados por la Asamblea general y por las dos Comisiones especiales de jurisdicción penal internacional, había llegado el momento de tomar una decisión política, que incumbía a la Asamblea general (18).

Este informe, consta a más de la conclusión citada en el párrafo anterior, de una introducción, de unos principios generales y de la fundamentación y debate sobre los artículos del «Proyecto de Estatuto revisado para la Corte», cuyos extremos principa-

(18) Pág. 69. Las dos Comisiones a que se refiere son la presente, II de 1953, y la anterior, I de 1951, llamadas ambas «de los Diecisiete». La I, de 1951, redactó el «Informe (a la Asamblea general) de la Comisión de Jurisdicción Penal internacional sobre el período de sesiones celebrado entre el 1 y el 31 de agosto de 1951» (documento A/2136).

les con inserción de este proyecto como «Anexo», se copiará a continuación.

La introducción del Informe de 1953 recuerda las tres resoluciones de la Asamblea general sobre el tema, la composición y funcionamiento de la Comisión de 1953 y la opinión de algunos miembros de ésta sobre «obstáculos infranqueables» para la creación del Tribunal, «objetivo final deseable, pero que en el momento actual acarrearía más daño que beneficio», agregando que «el mantenimiento riguroso de la justicia penal podría poner en peligro el mantenimiento de la paz», y termina con la decisión de redactar un solo Estatuto, según el cual la Corte funcionaría con independencia casi total de las Naciones Unidas, pero con textos alternativos que ligasen aquella a éstas con vínculos más estrechos, juntamente con la decisión de realizar un nuevo estudio del proyecto de Estatuto de Ginebra 1951, que se basaba en la creación de una Corte por una convención concluida bajo los auspicios de las Naciones Unidas (págs. 5-12).

Las mencionadas tres resoluciones de la Asamblea general son:

La resolución 260 B(III) de 9 de diciembre 1948, que consideró «que, en el curso de la evolución de la comunidad internacional, se hará sentir cada vez más la necesidad de un órgano internacional encargado de juzgar ciertos delitos de Derecho internacional», y que, por la misma resolución, invitó a la Comisión de Derecho internacional «a examinar si es conveniente y posible crear un órgano judicial internacional encargado de juzgar a las personas acusadas de genocidio o de otros delitos que fuesen de la competencia de ese órgano en virtud de convenciones internacionales».

La resolución 489. (V) de 12 diciembre 1950, que decidió la reunión el 1.º de agosto 1951, en Ginebra, de una Comisión compuesta de representantes de los 17 Estados miembros siguientes: Australia, Brasil, Cuba, China, Dinamarca, Egipto, Estados Unidos de América, Francia, India, Irán, Israel, Países Bajos, Pakistán, Perú, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Siria y Uruguay, con el fin de preparar uno o más anteproyectos de convención y propuestas referentes a la creación y al estatuto de una corte penal internacional; y encomendó al Secretario general preparar y someter a la mencionada Comisión los referidos anteproyectos y propuestas y (en su día) «transmitir el informe de dicha Comisión a los Gobiernos de los Estados miembros de modo que puedan comunicar sus observaciones a más tardar el 1.º de junio de 1952 e incluir el tema en el programa del VII período de sesiones de la Asamblea general». Esta Comisión, denominada «de los Diecisiete» y también «de Ginebra», redactó el llamado «Informe de Ginebra», con propuestas relativas a algunas de las cuestiones más importantes que plantea la creación de una Corte

Penal internacional. (documento A/ 2136),- que en esencia son las mismas del «Informe de 1953», seguidas del proyecto de un Estatuto que fué reformado por el que se inserta más adelante redactado en 1953. En aquel «Informe de los Diecisiete» se consignaron, de manera general, las opiniones expresadas por sus miembros y el deseo de la Comisión de no dar a estas propuestas ninguna apariencia de cosa definitiva, sino ofrecerlas como contribución a un estudio que, a su juicio, debía avanzar aún bastantes pasos antes de que pudiera resolverse el problema de una jurisdicción penal internacional con todas sus consecuencias jurídicas y políticas.

Y la resolución 687 (VII), de 5 de diciembre de 1952, adoptada con vista de las observaciones de los Gobiernos (Documentos A/ 2186 y A/ 2186 Add. 1) y de un completo informe de la Sexta Comisión. (Documento A/ 2275) (19), considera «que es necesario seguir estudiando los problemas referentes a la jurisdicción penal internacional», insta a los Estados miembros que no lo hayan hecho todavía a que transmitan sus observaciones y sugerencias respecto al proyecto de Estatuto, particularmente si consideran que la Asamblea general debe proseguir sus esfuerzos para crear una corte penal internacional» y «decide designar una Comisión compuesta de un representante de cada uno de los diecisiete Estados miembros que sean designados por el Presidente de la Asamblea general en consulta con el Presidente de la Sexta Comisión, y dispone: 1.º, que dicha Comisión se reúna en la sede de las Naciones Unidas en 1953; 2.º, que presente un informe a la asamblea general para su examen por ésta en su IX periodo de sesiones; y 3.º, que habida cuenta de los observaciones y sugerencias formuladas por los Gobiernos sobre el proyecto de Estatuto, así como las hechas en los debates de la Sexta Comisión, tenga las atribuciones siguientes: a) examinar las derivaciones y consecuencias de la creación de una corte penal internacional, y de los diversos procedimientos mediante los cuales pudiera establecerse; b) estu-

(19) Véase este informe, inserto en anexos del VII período de sesiones de la Asamblea general 1952-53 (Documento «Anexos VII (52)», Tema 52, núm. 1, pág. 19), que expone los acuerdos ya extractados, las cuestiones examinadas en el seno de la misma Comisión Sexta, sobre modo de creación de la Corte (resolución de la Asamblea general, convención entre Estados u otro), la conveniencia y factibilidad de crearla, según unos representantes, así como el criterio contrario (su inconveniencia, ser irrealizable tal medida, su no necesidad, ser más eficaces los tribunales *ad hoc*, ser prematura, por no haberse acordado qué derecho aplicaría la Corte, ni haber declarado ningún delegado que su Gobierno reconocería por el momento la jurisdicción de aquélla y la falta de resolución de la Comisión de los Diecisiete sobre muchas cuestiones), la propuesta de resolución de Suecia (Documento A/C. 6/L. 261) y la enmienda de los Países Bajos (Documento A/ L. 119).

Las deliberaciones de la Sexta Comisión del 7 al 14 de noviembre de 1952, sesiones 321.ª a 328.ª, se han publicado en Documentos A/C. 6/SR. 321 hasta el A/C. 6/SR. 328.

diar las relaciones de tal corte con las Naciones Unidas y sus órganos; y c) volver a examinar el proyecto de Estatuto.

Esta II Comisión de los Diecisiete (1953) se constituyó con 11 representantes de los Estados miembros de la I Comisión de los Diecisiete (1951), cesando los de Brasil, Cuba, India, Irán, Siria y Uruguay, y nombrándose para sustituirlos los de Argentina, Bélgica, Filipinas, Panamá, Venezuela y Yugoslavia.

La II Comisión (1953) consigna en su aludido Informe de 1953 (págs. 13 a 27) cuestiones en su mayoría análogas, si bien ampliadas y precisadas en muchos de sus aspectos, a las del Informe de Ginebra 1951, bajo las rúbricas siguientes: a) La jurisdicción penal internacional y el estado actual del Derecho internacional y de las relaciones internacionales; b) características esenciales de la Corte penal internacional (20); c) relaciones entre la Corte y las Naciones Unidas; d) relaciones entre el mantenimiento de la justicia penal internacional y la preservación de la paz; e) métodos que podrían emplearse para crear una Corte penal internacional, que señala tres principales, y un cuarto, de combinación de dos anteriores, y que son: una enmienda a la Carta de las Naciones Unidas (21); una convención multilateral, recomendada por el Informe de 1951; una resolución de la Asamblea general (22); y por último, una resolución de la Asamblea general, seguida de convenciones.

El referido II Informe de 1953 consigna los acuerdos de la II Comisión de los Diecisiete, redactora del mismo, que son los siguientes (pág. 27):

1.º Método para crear la Corte Penal internacional: una convención elaborada por una conferencia diplomática internacional, convocada bajo los auspicios de las Naciones Unidas. (Por 8 votos contra 2 y 3 abstenciones, acordó esta decisión).

(20) Algunos miembros de la Comisión señalaron las de estabilidad, permanencia, independencia y universalidad (pág. 14 del Informe 1953).

(21) Para este método de modificación de la Carta se consideraron cuatro procedimientos posibles: 1.º Crear una Sala penal en el Tribunal permanente de Justicia internacional. 2.º Crear la Corte como nuevo órgano principal, constituyendo su Estatuto un anexo a la Carta. 3.º Redactar la Asamblea general el Estatuto de la Corte, incluyendo en la Carta un artículo análogo al 14 del Pacto de la Sociedad de las Naciones, facultando a la Asamblea para someterlo a los Estados para su ratificación y para la aceptación de su jurisdicción; y 4.º Enmienda de la Carta solamente para suprimir ciertas dificultades constitucionales que, a juicio de ciertos representantes, impiden actualmente que la Corte sea creada por la Asamblea general (págs. 18 y 19 del II Informe de 1953).

(22) No se estimaron precedentes adecuados los Tribunales creados anteriormente por la Asamblea General, como el Tribunal Administrativo y los Tribunales de las Naciones Unidas para Libia y Eritrea, porque su creación se fundó, respectivamente, en las facultades de la Asamblea en virtud de la Carta, respecto al personal de la Secretaría, y en los poderes amplios y excepcionalísimos conferidos a la Asamblea por el Tratado de paz con Italia (pág. 23 del II Informe de 1953).

2.º Iniciación de la existencia de la Corte: Cuando un cierto número de Estados (que se fijaría más tarde con precisión) hubiera ratificado la convención que contuviera el Estatuto de la Corte. (Por 5 votos contra 4 y 6 abstenciones, acordó esta recomendación a la Asamblea general).

3.º Comienzo de actuación de la Corte: cuando un cierto número de Estados le hubieran atribuido competencia (el número exacto sería fijado más tarde). (Por 6 votos contra 1 y 8 abstenciones, acordó esta recomendación a la Asamblea general).

8.—A base de estas decisiones, la II Comisión de 1953 redactó el proyecto de Estatuto, que se inserta a continuación, anotado con los datos más importantes de la fundamentación y del debate sobre los artículos.

ANEXO AL DOCUMENTO A/AC.65/L.13

PROYECTO DE ESTATUTO REVISADO PARA UNA CORTE PENAL INTERNACIONAL

CAPÍTULO I.—PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 1.—FINALIDAD DE LA CORTE.—Se crea una Corte Penal Internacional para juzgar a las personas naturales (art. 25) acusadas de delitos (1-1) generalmente reconocidos (1-2) como tales por el Derecho internacional (1-3).

Art. 2.—DERECHO QUE HABRÁ DE APLICAR LA CORTE.—La Corte aplicará el Derecho internacional, inclusive el Derecho penal internacional y, cuando sea procedente, el Derecho nacional (2-1).

Art. 3. CARÁCTER PERMANENTE DE LA CORTE.—La Corte será un cuerpo permanente. Sólo será convocada a un período de sesiones cuando haya asuntos que exijan su examen (3-1).

CAPÍTULO II.—ORGANIZACIÓN DE LA CORTE

Art. 4.—CONDICIONES QUE DEBERÁN REUNIR LOS MAGISTRADOS.—La Corte será un cuerpo de magistrados independientes,

(1-1) No se comprenden los «delitos de derecho interno que sean de interés internacional».

(1-2) Esta expresión debe interpretarse en el sentido que actualmente tiene en Derecho internacional, que distingue entre reglas «generalmente» reconocidas y reglas reconocidas «universalmente».

(1-3) La fórmula «delitos de derecho internacional», tachada de vaga, se aclara por la atribución de competencia del artículo 26 de este Proyecto.

(2-1) El Derecho penal nacional se aplica, porque, en convención (como la de genocidio) o por declaración unilateral de los Estados, se puede aplicar la sanción o el derecho interno.

(3-1) Se entiende que la permanencia de la Corte será orgánica y funcional.

elegidos, sin tener en cuenta la nacionalidad (4-1), de entre personas que gocen de alta consideración moral y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus respectivos países, o que sean jurisconsultos de reconocida competencia en materia de derecho internacional, especialmente en materia de Derecho penal internacional.

Art. 5.—NÚMERO DE MAGISTRADOS.—La Corte se compondrá de 15 magistrados (5-1).

Art. 6.—NACIONALIDAD DE LOS MAGISTRADOS.—1. Los magistrados podrán ser elegidos entre personas de cualquier nacionalidad o que no posean ninguna (6-1).

2. No podrá haber dos magistrados nacionales del mismo Estado. Toda persona que para ser elegida magistrado pudiera ser tenida por nacional de más de un Estado será considerada nacional del Estado donde ejerza ordinariamente sus derechos civiles y políticos. (Vease art. 4).

Art. 7.—PRESENTACIÓN DE CANDIDATURAS.

1. Variante A.—Los magistrados serán elegidos de entre los candidatos propuestos por los Estados que hayan atribuido competencia a la Corte (7-1).

1. Variante B.—Los magistrados serán elegidos de entre los candidatos propuestos por los Estados Miembros de las Naciones Unidas y por los Estados no miembros que hayan atribuido competencia a la Corte (art. 53-1, variante B).

2. Cada Estado podrá presentar cuatro candidatos como máximo.

Art. 8.—INVITACIÓN A PRESENTAR CANDIDATURAS.—1. El Secretario General de las Naciones Unidas fijará la fecha de cada elección.

(4-1) No podrá haber más de un Magistrado de cada nacionalidad. Véase artículo 6, 2.º, de este proyecto. La Comisión sigue en este punto el Estatuto de la Corte internacional de Justicia.

(5-1) Se indicó que era reducido el número de nueve Magistrados del Proyecto de Ginebra de 1951, y se justificó el aumento con el *quorum* de siete Magistrados (art. 45) y la Sala de Instrucción de cinco Magistrados (art. 33 del Proyecto). (Véase nota 12-1).

Sobre Magistrados *ad hoc*, como los del artículo 31 del Estatuto del Tribunal de Justicia Internacional, no se adoptó acuerdo por no haberse formulado propuesta oficialmente.

(6-1) Se ha mantenido este párrafo 1.º, aunque algunos miembros creían que resolvía la cuestión de los apátridas el artículo 4, al no tener en cuenta la nacionalidad.

(7-1) Esta variante es modificación de la fórmula «los Estados que son partes en el presente Estatuto», propuesta para este párrafo y para los artículos 8, 2.º; 9 y 11, 1.º, con objeto de que se aplicase lo mismo si la Corte se creaba por una convención que por una resolución de la Asamblea general o por resolución seguida de convención. (Véase nota 23-1).

2. *Variante A.*—Tres meses, por lo menos, antes de esa fecha, el Secretario General invitará por escrito a los Estados que hayan atribuido competencia a la Corte (8-1) a que, dentro de un plazo determinado propongan como candidatos a personas calificadas para desempeñar las funciones de magistrados y que estén en condiciones de hacerlo (V. art. 19).

2. *Variante B.*—Tres meses antes, por lo menos, de esa fecha, el Secretario General invita por escrito a los Estados a que se refiere el artículo 7 (Variante B) a que, dentro de un plazo determinado, propongan como candidatos a personas calificadas para desempeñar las funciones de magistrados y que estén en condiciones de hacerlo (V. arts. 19 y 53).

Art. 9.—LISTA DE CANDIDATOS.

Variante A.—El Secretario General de las Naciones Unidas preparará una lista, por orden alfabético de todos los candidatos. Comunicará esa lista a los Estados que hayan atribuido competencia a la Corte (9-1).

Variante B.—El Secretario General de las Naciones Unidas preparará una lista, por orden alfabético, de todos los candidatos. Comunicará dicha lista a los Estados a que se refiere el artículo 7 (Variante B).

Art. 10.—CARÁCTER REPRESENTATIVO DE LA CORTE.—Los electores tendrán en cuenta que, hasta donde sea posible (10-1), las personas que han de elegirse deben representar, en conjunto, las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo.

Art. 11.—ELECCIÓN DE LOS MAGISTRADOS (art. 53).

1. *Variante A.*—Los magistrados serán elegidos en reuniones de representantes de los Estados que hayan atribuido competencia a la Corte (11-1) por mayoría absoluta de los presentes y votantes. El Secretario General de las Naciones Unidas convocará a esas reuniones previa notificación en debida forma a cada uno de tales Estados.

1. *Variante B.*—Los magistrados serán elegidos en reuniones de los Estados a que se refiere el artículo 7 (Variante B) por mayoría absoluta de los presentes y votantes. El Secretario General de las Naciones Unidas convocará a esas reuniones, previa notificación en debida forma a cada uno de dichos Estados.

(8-1) Véase nota 7-1.

(9-1) Véase nota 7-1.

(10-1) Se mantuvo «hasta donde sea posible», aunque algún delegado temió que la defensa pretextase que la Corte no estaba debidamente constituida por faltar representante de algún sistema jurídico o civilización.

(11-1) Véase nota 7-1.

2. En caso de que varios nacionales de un mismo Estado obtengan el número de votos suficientes para ser elegidos se considerará electo el candidato que hubiere obtenido el mayor número de votos y, en caso de empate, al de mayor edad.

Art. 12.—DURACIÓN DE LAS FUNCIONES DE LOS MAGISTRADOS.—

1. Los magistrados desempeñarán sus cargos por nueve años y podrán ser reelectos. Sin embargo, el período de funciones de cinco de los magistrados electos en la primera elección expirará a los tres años, y el período de otros cinco magistrados expirará a los seis años (12-1).

2. Los magistrados cuyos períodos de funciones hayan de expirar al cumplirse los períodos iniciales de tres a seis años, serán designados mediante sorteo que efectuará el Secretario General de las Naciones Unidas inmediatamente después de terminada la primera elección.

3. Todo magistrado cuyo período de funciones haya expirado continuará (12-2) desempeñando las funciones de su cargo hasta que tome posesión su sucesor. Después de reemplazado, continuará (12-3) conociendo de los casos en que hubiere comenzado a actuar hasta su terminación.

4. Si renunciase un magistrado, dirigirá la renuncia al Presidente de la Corte, quien la transmitirá al Secretario General de las Naciones Unidas. Esta notificación determinará la vacante del cargo.

*Art. 13.—DECLARACIÓN SOLEMNE.—*Antes de asumir las obligaciones del cargo, cada magistrado declarará solemnemente, en sesión pública, que ejercerá sus funciones con toda imparcialidad (13-1) y conciencia.

(12-1) Este párrafo se modificó como consecuencia de aumento de Magistrados de nueve a quince, reduciendo el período de funciones de los de la primera elección. Véase nota 5-1.

(12-2) Se modificó este párrafo, así como el artículo 18, para evitar conflicto entre la obligación de continuar actuando y la destitución.

(12-3) Véase nota 12-2.

(13-1) WERNER GOLDSCHMIDT, en su discurso de recepción en el Instituto Español de Derecho procesal sobre «La imparcialidad como principio básico del proceso» (Madrid, 1950, págs. 15, 30 y sigs.), habla de la imparcialidad del príncipe-víctima que se convierte en juez del príncipe ofensor, según la concepción medieval de la guerra justa, y de la neutralidad de los Estados no partes en la guerra legal, principio que triunfa en la época del positivismo. Y menciona los numerosos casos en que en Derecho internacional público el juez es parte en sentido material y que no obstante el ser parte no es obstáculo a que se le exija la más estricta imparcialidad, citando, en apoyo, los artículos 2 y 3 de la Carta de 8 de agosto de 1945 del Tribunal militar internacional, formado por representantes de las cuatro potencias principalmente afectadas (Inglaterra, Estados Unidos, Rusia y Francia), la cual excluye expresamente la recusación de los magistrados; el artículo 31 del Estatuto de la actual Corte internacional de Justicia, reproducción del artículo 31 del anterior Tribunal permanente de Justicia internacional, previsto en el artículo 14 del Pacto de la Sociedad de Naciones de 13 de diciembre de

Art. 14.—PRIVILEGIOS E INMUNIDADES.—En el ejercicio de las funciones del cargo, los magistrados (14-1) gozarán de privilegios e inmunidades diplomáticos (14-2).

Art. 15.—OCUPACIONES DE LOS MAGISTRADOS.—1. Ningún magistrado podrá dedicarse a ninguna ocupación que entorpezca el ejercicio de sus funciones judiciales durante los períodos de sesiones de la Corte. Tampoco podrá dedicarse a ninguna ocupación incompatible con sus funciones de magistrado (15-1).

2. En caso de duda, la Corte decidirá.

Art. 16.—PROHIBICIONES IMPUESTAS A LOS MAGISTRADOS.—1. Ningún magistrado podrá actuar en un asunto en que hubiere intervenido (16-1) anteriormente, en cualquier concepto.

2. En caso de duda, la Corte decidirá.

Art. 17.—EXCUSACIONES Y RECUSACIONES.—1. Si, por alguna razón especial, uno de los magistrados considerare que no debe participar en determinada actuación, lo hará saber así al Presidente.

2. Toda parte en un asunto podrá alegar que uno de los magistrados no debe participar en el conocimiento de tal asunto. A este efecto, dirigirá una demanda al Presidente.

3. Si, al serle comunicada la demanda, o *motu proprio*, el Presidente considerase que uno de los magistrados no debe conocer de un determinado asunto, así se lo hará saber.

4. Si hubiere desacuerdo, sobre este punto, entre el Presidente y el magistrado, la Corte resolverá (17-1).

1920, que declara que los jueces de la nacionalidad de cada una de las partes litigantes conservan el derecho de actuar en el asunto confiado al Tribunal y que si en el Tribunal no actúa ningún juez de la nacionalidad de las partes, cada una de ellas puede proceder a la designación o a la elección de un juez nacional; el artículo 5 del Reglamento del antiguo Tribunal permanente ya citado que obligaba a los magistrados a prestar juramento de que prometen «absoluta imparcialidad» y el arbitraje internacional que ofrece nuevos casos en los que un sujeto de Derecho internacional público funciona a la vez como juez y parte y frecuentemente exceptúa de la jurisdicción de los árbitros diferencias que afectan a los intereses vitales, la independencia o el honor de las partes, juzgando cada parte por sí misma si uno de estos casos se da en el que se tiene en consideración.

(14-1) Se rechazó la inclusión de este goce del Secretario y del personal de Secretaría. Véase resolución de la Asamblea general, 90 (I), párrafo 4, inciso a) de 11 de diciembre de 1946.

Se propuso incluir al acusador, pero se decidió no ser conveniente otorgar derechos a esta parte y no a la otra, y que se llamase la atención sobre la materia.

(14-2) Se mantuvo esta fórmula frente a la propuesta de «privilegios e inmunidades reconocidos a los diplomáticos».

(15-1) Véase nota 22-1.

(16-1) Se estimó ser suficiente los artículos 16, 2.º y 17, 4.º, sin necesidad de mayor aclaración, sobre la clase de actuación previa a que alude este primer párrafo.

(17-1) Véase nota 16-1.

Art. 18.—DESTITUCIÓN DE UN MAGISTRADO.—1. No será separado del cargo ningún magistrado a menos que, a juicio unánime de los demás magistrados, haya dejado de satisfacer las condiciones requeridas para continuar desempeñándolo.

2. El Secretario de la Corte comunicará oficialmente dicho juicio unánime al Secretario General de las Naciones Unidas.

3. Esta comunicación determinará la vacante del cargo y, en consecuencia, el magistrado destituido cesará inmediatamente (18-1) en el ejercicio de todas sus funciones.

Art. 19.—VACANTES.—1. Las vacantes se cubrirán por el mismo procedimiento prescrito para la primera elección, con la salvedad de que, dentro de un mes de ocurrida una vacante, el Secretario General de las Naciones Unidas extenderá las invitaciones que dispone el artículo 8.

2. Todo magistrado electo para reemplazar a otro que no hubiere terminado su mandato desempeñará el cargo hasta el fin del mandato de su predecesor.

Art. 20.—PRESIDENCIA Y SECRETARIA.—1. La Corte elegirá por tres años a su presidente y a su vicepresidente; uno y otro serán reelegibles.

2. La Corte nombrará a su secretario y dispondrá el nombramiento de los demás funcionarios que fueren menester (20-1).

*Art. 21.—SEDE DE LA CORTE.—*La sede permanente de la Corte será... La Corte podrá, sin embargo, reunirse y funcionar en cualquier otro lugar cuando lo considere conveniente.

*Art. 22.—EMOLUMENTOS.—*Se satisfarán a cada uno de los magistrados gastos de viaje y dietas durante los períodos de sesiones de la Corte en que participen. Cada magistrado percibirá una remuneración anual (22-1).

*Art. 23.—DISPOSICIONES FINANCIERAS.—*Los Estados que hayan atribuido competencia a la Corte (23-1) crearán y mantendrán un fondo, alimentado y administrado de conformidad con un reglamento aprobado por las partes. Se sufragarán con cargo a dicho fondo los gastos de mantenimiento y funcionamiento de la Corte, y de la Junta de Gracia y de Remisión Condicional de la

(18-1) Véase notas 12-2 y 12-3.

(20-1) Véase nota 14-1.

(22-1) Se mantuvo esta remuneración anual que se había entendido fuese una cantidad más o menos anual, pues sería posible que la elección obligase al magistrado a sacrificar otras actividades, según el artículo 15, y además podría facilitar la colaboración de candidatos calificados.

(23-1) Véase nota 7-1.

Se rechazó la propuesta de que las Naciones Unidas sufragaran los gastos de la Corte, aunque se dijo serían reducidos, porque era justo que corriesen a cargo de los Estados interesados en crearla y recurrir a ella y podría suscitarse un obstáculo fatal para su creación si se imponía esta carga financiera a los Estados no partidarios o indiferentes.

Pena, así como los de la defensa en el caso previsto en el inciso c) del párrafo 2 del artículo 38, aprobados por la Corte.

Art. 24.—**REGLAMENTOS DE LA CORTE.**—1. La Corte aprobará un reglamento mediante el cual determinará la manera de ejercer sus funciones. Establecerá, en particular, sus reglas de procedimiento y los principios generales que hayan de regir la práctica de la prueba.

2. Dicho reglamento, y todas las modificaciones al mismo, serán publicados sin demora y no podrán ser modificados de modo que afecten las actuaciones en un asunto pendiente.

Art. 25.—**COMPETENCIA EN CUANTO A LAS PERSONAS.**—La Corte (25-1) sólo tendrá competencia para juzgar a las personas naturales (25-2), ya sean gobernantes constitucionalmente responsables (25-3), funcionarios o particulares (25-4).

Art. 26.—**ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA (26-1).**—1. La competencia de la Corte no se presume (26-2).

2. Un Estado podrá atribuir competencia a la Corte mediante convención, acuerdo especial o declaración unilateral (26-3).

(25-1) Se rechazó añadir al comienzo de este artículo «sin perjuicio de las demandas civiles que puedan entablarse eventualmente, tanto contra los individuos como contra las colectividades responsables», por estimarlo innecesario, ya que un asunto penal planteado ante la Corte no debe afectar a la responsabilidad civil de cualquier persona, colectividad o Estado, según los principios clásicos del Derecho internacional.

(25-2) Se rechazó «el principio tan nuevo de la responsabilidad criminal corporativa», que su proponente basó en que no la excluyen la doctrina ni la jurisprudencia, ni deba negarse por el mero hecho de que no sea enteramente clara la responsabilidad penal de las sociedades, conforme al actual Derecho penal internacional. Este rechazamiento se fundó en que la había negado la Comisión de Ginebra en 1951 (§§ 88 y 89 en Informe de 1951), así como en las experiencias de Nüremberg y de Tokio. Véase artículo 1 de este proyecto.

(25-3) Se aprobó esta fórmula al discutirse la responsabilidad de los Jefes de Estado, especialmente en las monarquías constitucionales, por el principio «The King can do no wrong» (el Rey no puede obrar mal). Frente a esta redacción se había propuesto incluir «las personas que hubieran actuado como Jefe de Estado». «Todas las personas naturales sin excepción» y «las personas hubieran actuado como gobernantes constitucional o efectivamente responsables».

(25-4) Sobre los dictadores, la Comisión opinó que, se les considere o no como gobernantes constitucionalmente responsables, deben estar sujetos a la competencia de la Corte, ya como funcionarios, ya como particulares. Suscitóse esta cuestión con vista del artículo 4 de la convención sobre genocidio.

(26-1) Este artículo marca los modos de atribuir competencia por los Estados que así quieran hacerlo, dentro de los límites generales establecidos en el artículo 1. Véase nota 28-1 sobre aprobación de competencia por las Naciones Unidas.

(26-2) Este precepto obedece al principio de que ningún Estado puede quedar obligado sin su consentimiento, expresado conforme al párrafo 2 del presente artículo.

(26-3) Véase nota anterior 26-2.

La Comisión entendió, después de amplio debate, que este párrafo 2

3. La atribución de competencia supone el derecho de recurrir a la Corte y el deber de aceptar su jurisdicción, con arreglo a las estipulaciones que el Estado o los Estados hayan establecido (26-4).

4. Salvo que el instrumento que atribuya competencia a la Corte disponga otra cosa, las leyes de un Estado que fijan la competencia penal nacional no quedarán afectadas por esa atribución (26-5).

Art. 27.—RECONOCIMIENTO DE COMPETENCIA (27-1).—La Corte no enjuiciará a ninguna persona a menos que el Estado o los Estados de los cuales sea nacional (27-2) y el Estado o los Estados en los que se alegue se ha cometido el delito hayan atribuido competencia a la Corte (27-3).

Art. 28 (28-1).—FACULTAD DE RETIRAR LA COMPETENCIA (28-2).—

se refería sólo a convenciones, acuerdos o declaraciones que se celebren o formulen en lo futuro. Se aludió en el debate al artículo 36 del Estatuto del Tribunal de Justicia internacional.

(26-4) Se consideró necesario insertar este párrafo 3 para evitar la interpretación errónea de lo que significa la atribución de competencia, que es concomitante y no exclusiva, porque el Estado que atribuya competencia a la Corte no queda obligado a llevar determinados asuntos ante ella. Tiene el derecho de hacerlo, a menos que disponga el instrumento de ratificación que atribuye a la Corte competencia sobre un tipo particular de delito. Puede un Estado preferir someter un determinado asunto a sus propios Tribunales nacionales, conforme al párrafo 4 de este artículo 26, o a Tribunales internacionales especiales, según el artículo 54. La única obligación resultante de la atribución de competencia es permitir pasivamente el enjuiciamiento de las personas.

(26-5) Es decir, la jurisdicción penal nacional permanece intacta. Véase nota anterior 26-4.

(27-1) Se rechazó agregar al comienzo de este artículo «con sujeción al Derecho internacional de guerra».

(27-2) Este primer problema, de los dos que enfocó este artículo en el Proyecto de Ginebra 1951, constituye una protección a la soberanía de los Estados y una garantía para éstos de que sin su consentimiento no tendría lugar ningún proceso que pudiera entranar la discusión de sus normas nacionales. Véase nota 26-4 *in fine*. Sobre acceso a la Corte, véase artículo 29.

(27-3) Este segundo problema se resolvió tendiendo a evitar conflictos entre la Corte penal internacional y los tribunales nacionales del lugar del delito. Se mantuvo este inciso contra la propuesta de su supresión, porque el Estado en que se comete el delito tiene interés fundamental en que se sancione, pues viola la tranquilidad y el orden de dicho Estado y, desde un punto de vista práctico, su consentimiento constituye una condición necesaria para que la Corte penal internacional pueda juzgar a un acusado.

(28-1) Se ha suprimido el artículo 28 del Proyecto 1951 que disponía no podría atribuirse competencia a la Corte sin la aprobación de la Asamblea general de las Naciones Unidas, por entender innecesario ese control, que introduciría un elemento de incertidumbre a la vez que político, incompatible con el espíritu de la Carta, ya que se trata de decidir sobre personas naturales y que perjudicaría la libertad de acción soberana de los Estados. Sin ese control ha funcionado con éxito el Tribunal de Justicia internacional (Informe de la II Comisión, 1953, pág. 48).

Los Estados podrán retirar la competencia que hayan atribuido a la Corte. El retiro será efectivo una vez transcurrido un año desde la entrega de la notificación correspondiente al Secretario General de las Naciones Unidas.

Art. 29.—ACCESO A LA CORTE (29-1).

Variante A.—Podrá entablar una acción ante la Corte el Estado que le haya atribuido competencia para los delitos (29-2) a que se refiera la acción.

Variante B.—1. Podrá entablar una acción ante la Corte el Estado que le haya atribuido competencia para los delitos a que se refiere la acción.

2. En interés del mantenimiento de la paz, un órgano de las Naciones Unidas (29-3).

Art. 30.—EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA.—1. Podrán alegar la excepción de incompetencia de la Corte las partes en un proceso o cualquiera de los Estados mencionados en el artículo 27.

2. Cuando la excepción de incompetencia se formule antes de que se inicie el juicio, la Corte la resolverá inmediatamente (30-1).

3. Cuando la excepción de incompetencia se formule una vez iniciado el juicio, la Corte la examinará en el momento que estime oportuno.

Art. 31.—ASISTENCIA DE LOS ESTADOS.—1. La Corte, incluida la Sala de Instrucción, podrá solicitar de las autoridades nacionales que la asistan en el desempeño de sus funciones (31-1).

2. Los Estados sólo estarán obligados a prestar esa asistencia con arreglo a la convención u otro instrumento en que hubieren aceptado dicha obligación (31-2).

(28-2) Es precepto nuevo, no existente en el Proyecto de la I Comisión 1951, que tiende a estimular la atribución de competencia.

(29-1) Se rechazó el acceso a la Corte de la Asamblea general y a cualquier organización de Estados autorizada por aquella, como permitía el Proyecto de 1951. También se aludió a entidades interesadas en el desarrollo del Derecho penal internacional, como la Cruz Roja Internacional.

(29-2) Se rechazó la selección con criterio político de asuntos, cuyo enjuiciamiento pudiera ser perjudicial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, así como el derecho de detener un proceso o recomendar al demandante que desista, porque ya pueden formular recomendaciones para aquel mantenimiento el Consejo de Seguridad y la Asamblea general. Sin embargo, se acordó redactar textos optativos, como expresa la nota 29-3 que sigue.

(29-3) Esta variante B sería la adecuada si se creasen relaciones muy estrechas entre la Corte y las Naciones Unidas. Véase nota 53-4.

(30-1) Se acordó que se resolviera antes de iniciarse el juicio, aunque entrañen problemas de hecho difíciles como la nacionalidad del acusado o el lugar del delito, para evitar acusaciones y pruebas en público formuladas sin ser evidente la competencia de la Corte.

(31-1) Aunque se trate de Estados no obligados o que no hayan atribuido competencia a la Corte.

(31-2) No se estimó prudente hacer tan gravosa la atribución de competencia enlazándole *ipso facto* la obligación de asistencia.

Art. 32.—PENAS.—La Corte impondrá al acusado declarado culpable la pena que ella determine (32-1), a reserva de las limitaciones prescritas en el instrumento mediante el cual se le haya atribuido competencia.

CAPITULO IV.—SALA DE INSTRUCCION Y ACUSADOR.

Art. 33.—SALA DE INSTRUCCIÓN (33-1).—1. La Sala de Instrucción se compondrá de cinco magistrados elegidos cada año por un período de un año, por mayoría de los miembros presentes en sesión plenaria de la Corte. Los magistrados salientes no serán inmediatamente reelegibles. El magistrado que haya intervenido en la instrucción de una denuncia, no podrá juzgar el fondo del asunto.

2. La función de la Sala de Instrucción consistirá en examinar las pruebas presentadas por el denunciante en apoyo de la denuncia (33-2).

3. El denunciante designará uno o varios agentes, encargados de presentar las pruebas a la Sala de Instrucción.

4. Si la Sala de Instrucción estima que la denuncia se basa en pruebas suficientes, lo certificará así a la Corte y al denunciante.

5. Antes de expedir dicha certificación, la Sala dará al acusado la posibilidad razonable de ser oído (33-3). Si fuera necesario, y en particular para dar al acusado las debidas garantías procesales, la Sala podrá ordenar una investigación complementaria o la práctica de determinadas diligencias de instrucción (33-4).

6. La Corte dictará el reglamento de la Sala de Instrucción.

Art. 34.—ACUSADOR (34-1).—1. Un jurisconsulto nombrado

(32-1) Se mantuvo este precepto del Proyecto de Ginebra 1951, formulando la opinión de que sería conveniente que la Corte, en el ejercicio de su facultad de fijar penas, tenga en cuenta las penas previstas en el Derecho nacional aplicable para que le sirvan de alguna orientación en sus decisiones.

Algunos miembros de la Comisión combatieron la libertad de determinar penas por el principio *nulla poena sine lege*, y como no existe Código penal internacional se aludió al Derecho nacional del acusado o del lugar del delito.

(33-1) Se modificó el Proyecto de Ginebra 1951 por estimarse engorroso su procedimiento, que equivalía a un proceso preliminar de mucho tiempo, con órgano calificador de denuncias.

(33-2) Así lo propuso el representante de Bélgica, alegando el procedimiento de su país.

(33-3) El representante británico así lo propuso, con lo que el acusado no tiene derecho a presentar pruebas.

(33-4) Las garantías del acusado se tuvieron preferentemente en cuenta para otorgar estas facultades en la investigación o instrucción.

(34-1) Véase nota 14-1.

por el Estado querellante ejercerá las funciones de acusador (34-2).

2. El acusador presentará a la Corte un escrito de acusación basado en las conclusiones certificadas por la Sala Calificadora y se encargará de llevar la acusación ante la Corte.

CAPITULO V.—PROCEDIMIENTO.

Art. 35.—**ESCRITO DE ACUSACIÓN.**—1. El escrito de acusación contendrá una exposición concisa de los hechos constitutivos de cada uno de los supuestos delitos y una indicación precisa de las normas jurídicas en virtud de las cuales se formulan cargos al acusado.

2. La Corte podrá autorizar modificaciones en el escrito de acusación.

Art. 36.—**NOTIFICACIÓN DEL ESCRITO DE ACUSACIÓN.**—1. La Corte notificará el escrito de acusación al inculcado, al Estado o a los Estados de los cuales se alegue que es nacional, al Estado en que se alegue que se ha cometido el delito y, en cuanto sea posible, a los Estados de que sean nacionales las víctimas (36-1).

2. La Corte no tramitará el juicio hasta que esté enterada de que ha sido notificado al acusado el escrito de acusación y cualquiera enmienda introducida en él, y de que ha tenido tiempo suficiente para preparar su defensa.

Art. 37. **JURADO.**—Los juicios se celebrarán sin jurado, salvo cuando se disponga lo contrario en el instrumento en que se haya atribuido competencia a la Corte (37-1).

Art. 38.—**DERECHOS DEL ACUSADO.**—1. El acusado se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad.

2. El acusado será juzgado con las debidas garantías, y, de un modo especial, tendrá:

- a) Derecho a estar presente en todas las actuaciones (38-1);
- b) Derecho a defenderse por sí mismo, a ser defendido por defensores elegidos por él, y a que sus defensores estén presentes en todas las actuaciones;
- c) Derecho a que los gastos normales (38-2) de su defensa se sufraguen con cargo al fondo a que se hace referencia en el artículo

(34-2) Se rechazó la propuesta de un funcionario Acusador Permanente, nombrado como los Magistrados de la Corte.

(36-1) Se añadió al Proyecto de Ginebra de 1951 los Estados de las víctimas para que puedan enviar observadores.

(37-1) Entendió la II Comisión 1953, conforme sugirió el representante filipino, que en estas disposiciones están comprendidos los juicios con intervención de asesores no letrados, tales como los que existen en los ordenamientos jurídicos de algunos países.

(38-1) Se estimó que debía prevalecer sobre este derecho la facultad de la Corte, conforme al artículo 42, si el acusado con su actitud obstaculizara la acción de la justicia.

(38-2) O sea, los honorarios que resultaran motivados.

lo 23, si la Corte está convencida de que el acusado carece (38-3) de medios para pagar los servicios de unos defensores (38-4);

d) Derecho a que las actuaciones de la Corte, inclusive las pruebas documentales, sean traducidas a su propio idioma;

e) Derecho a proceder, personalmente o por medio de sus defensores, al interrogatorio de todos los testigos y al examen de todas las pruebas y de todos los documentos presentados en el juicio;

f) Derecho a presentar, verbalmente o en otra forma, pruebas para su defensa;

g) Derecho a la asistencia de la Corte para obtener acceso a los documentos que la Corte considere que puedan ser pertinentes en relación con las cuestiones pendientes ante la misma.

3. El acusado tendrá derecho a ser oído por la Corte, pero no se le obligará a hablar (38-5). Su negativa a hablar no influirá en la determinación de su culpabilidad. Si el acusado está dispuesto a hablar, podrá ser interrogado por la Corte, por la acusación y por sus defensores. No se le obligará a prestar juramento (38-6).

4. Si la Corte considera imposible asegurar las debidas garantías procesales, podrá por resolución motivada, suspender las actuaciones y, si éstas no se reanudan dentro del término fijado por la Corte (38-7), sobreseer la causa. Una vez dictado el sobreseimiento, el acusado quedará automáticamente en libertad (38-8).

Art. 39.—PUBLICIDAD DE LA VISTA.—I. Las vistas ante la Corte serán públicas, salvo cuando, por circunstancias excepcionales, la Corte estime que la publicidad de la vista puede ser contraria a los intereses de la justicia.

2. Las deliberaciones de la Corte se celebrarán a puerta cerrada y no se harán públicas.

Art. 40.—ORDENES DE DETENCIÓN.—La Corte tendrá poder para expedir órdenes de detención en relación con delitos para cuyo enjuiciamiento tenga competencia.

Art. 41.—LIBERTAD PROVISIONAL DEL ACUSADO.—La Corte de-

(38-3) En la parte que el acusado no pueda sufragar (si fuere solvente parcial).

(38-4) Aunque cuente con medios bastantes si se encuentra en la imposibilidad de disponer de ellos.

(38-5) Se rechazó sustituir «declarar» a «hablar», que se propuso para comprender las manifestaciones escritas,

(38-6) Se acordó agregar esta cláusula final y «quedó entendido que nada impedía al acusado prestar juramento, si ese era su deseo».

(38-7) Se rechazó señalar un plazo de prescripción de quince años, porque su señalamiento, que no existe en el actual derecho internacional, era cuestión de fondo.

(38-8) Se agregó este párrafo 4 como consecuencia del debate sobre el artículo 43, por entender que su lugar está en el artículo 38. También se opuso al texto del artículo 43 Proyecto de Ginebra 1951 que como la absolución impedía un nuevo juicio, según el artículo 50, la Corte no debía tener facultades para absolver, mientras no se completara la sustanciación del juicio.

cidirá si el acusado debe permanecer preso durante el proceso o si debe quedar en libertad provisional; en este último caso, decidirá también las condiciones en las cuales se le concederá la libertad provisional.

Art. 42.—**PODERES DE LA CORTE.**—La Corte tendrá los poderes necesarios para dirigir el enjuiciamiento de modo apropiado, inclusive el poder de ordenar la comparecencia de testigos, la presentación de documentos y otros elementos de prueba, el de denegar las cuestiones, pruebas y declaraciones no pertinentes y el de mantener el orden durante el juicio (42-1).

Art. 43.—**SOBRESSEIMIENTO DE UN ASUNTO (43-1).**—Si el denunciante retirare la acusación, la Corte ordenará, de oficio, el sobreseimiento provisional; si la denuncia resultare infundada, absolverá al acusado.

Art. 44.—**QUORUM.**—Bastará la participación de siete magistrados para constituir la Corte.

Art. 45.—**MAYORÍA REQUERIDA.**—1. Todas las decisiones de la Corte se tomarán por mayoría de votos de los magistrados que hayan intervenido en el juicio (45-1).

2. Salvo en las sentencias que impongan la pena de muerte o la de reclusión perpetua (45-2), decidirá el empate el voto del presidente o del magistrado que haga sus veces.

Art. 46.—**CONTENIDO Y FIRMA DEL FALLO.**—1. El fallo deberá indicar, para cada acusado, los fundamentos en que se basa (46-1).

2. El fallo mencionará el nombre de los magistrados que hayan tomado parte en la decisión y será firmado por el presidente y el secretario (46-2).

Art. 47.—**OPINIONES DISIDENTES.**—Si el fallo de la Corte no expresare la opinión unánime de los magistrados, cualquiera de éstos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente (47-1).

(42-1) Véase nota 38-1.

(43-1) Véase nota 38-8.

El texto de este artículo en el Proyecto de Ginebra 1951 decía así: «La Corte podrá sobreseer cualquier proceso, en cualquier etapa de las actuaciones, si está convencida de que no puede hacerse en ese momento un juicio imparcial. En caso de dictar tal sobreseimiento, la Corte ordenará el abandono de la acción contra el acusado y podrá asimismo absolverlo».

(45-1) Se redactó así para ceñir este artículo al texto del artículo 55 del Estatuto del Tribunal de Justicia internacional.

(45-2) Agregado por la II Comisión 1953 lo relativo a la pena capital se extendió a la perpetua por considerarla casi tan severa como aquella y no admitir ninguna de ellas algunos países.

(46-1) No se consideró necesario expresar que la sentencia debía ser escrita, por resultar implícito de otro lugar del Proyecto.

(46-2) No se estimó necesario que en el fallo figurasen las acusaciones cuyo fundamento hubiere quedado comprobado.

(47-1) Así se acordó por entender «que los votos particulares y las opiniones disidentes contribuirían al desarrollo del derecho penal internacional. En los países en que se admiten los votos particulares se ha comprobado

Art. 48.—LECTURA DEL FALLO.—El fallo será leído en audiencia pública (48-1).

Art. 49.—APELACIÓN (49-1).—El fallo será definitivo e inapelable (49-2).

Art. 50.—AUTORIDAD DE LA COSA JUZGADA.—Ninguna persona que haya sido juzgada y absuelta o declarada culpable por la Corte, será juzgada ulteriormente por el mismo delito (50-1) ante ningún tribunal de la jurisdicción de ningún Estado que haya atribuido competencia a la Corte respecto de tal delito (50-2).

Art. 51.—EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS.—Las condenas serán ejecutadas con arreglo a lo dispuesto en las convenciones sobre la materia (51-1).

Art. 52.—REVISIÓN DEL FALLO (52-1).—1. Un acusado que haya sido declarado culpable podrá pedir a la Corte la revisión del fallo.

2. La Corte no admitirá el recurso de revisión a menos que esté convencida:

a) De que se ha descubierto un hecho de tal naturaleza que pueda ser un factor decisivo; y

que ejercen una gran influencia en la evolución del derecho». De contrario se estimaba que la emisión de esas opiniones en causas criminales ofrecía graves inconvenientes, porque podía causar un serio quebranto en la autoridad de la sentencia.

(48-1) Véase nota 38-1.

(49-1) Se rechazó la propuesta de atribuir a la Corte jurisdicción de apelación contra los fallos de los Tribunales nacionales en materia de delitos internacionales (Informe de la II Comisión, 1953, pág. 48).

(49-2) Se consideró innecesario agregar que este precepto no es incompatible con la revisión del artículo 52, porque la marcada diferencia de ésta con la apelación excluye el peligro de confundirlas.

(50-1) Véase notas 38-8 y 43-1.

Se estimó que «el principio *non bis in idem* impide únicamente que una persona vuelva a ser juzgada por el mismo delito, pero no que se la juzgue por otro delito relacionado con algunos de los hechos alegados en el primer juicio».

(50-2) Se consideró que era claro que esta regla se aplicara lo mismo cuando la jurisdicción hubiese sido atribuida de un modo general que para un caso particular.

(51-1) Se suprimió del Proyecto de Ginebra 1951 (art. 52) el inciso, que se consideró utópico e impracticable y dice así: «A falta de tales disposiciones el Secretario general de las Naciones Unidas podrá, a petición de la Corte ponerse de acuerdo con cualquier Estado para tomar las disposiciones necesarias para la ejecución de la condena».

(52-1) Véase nota 49-2.

La II Comisión 1953 acordó suprimir y, en votación posterior, restableció este artículo.

Al suprimirlo triunfó el criterio de que la revisión es institución común en el derecho interno, pero que en los fallos de la Corte penal internacional se correría el peligro de que se ejerciera presión sobre la Corte con consecuencias de cambios en las relaciones políticas entre los Estados, como se ha observado en los juicios de la postguerra, cuando se hacía depender la colaboración política de la satisfacción del deseo de que se revisasen. Además, la Junta de indulto actuaría cuando fuese necesario.

b) De que, al pronunciarse el fallo, ese hecho era desconocido de la Corte y del solicitante.

3. La Corte abrirá el procedimiento de revisión mediante una resolución en que se haga constar expresamente la existencia del hecho nuevo y en que se reconozca que éste, por su naturaleza, justifica la revisión.

CAPITULO VI.—INDULTO Y REMISION CONDICIONAL DE LA PEÑA

ART. 53.—JUNTA DE INDULTO Y DE REMISIÓN CONDICIONAL DE LA PEÑA (53-1)

1. *Variante A.*—Los Estados que hayan atribuído competencia a la Corte (53-2) elegirán, mediante las reuniones previstas en el artículo 11 (53-3) y de la manera que en él se dispone, una Junta de Indulto y de Remisión Condicional de la Pena compuesta de cinco miembros.

1. *Variante B.*—Los Estados a que se refiere el artículo 7 (Variante B) nombrarán una Junta de Indulto y de Remisión Condicional de la Pena.

2. A reserva de las disposiciones de los instrumentos mediante los cuales los Estados hayan conferido competencia a la Corte (53-4), la Junta tendrá facultades para indultar y para conceder la remisión condicional de la pena (53-5).

3. Antes de pronunciarse sobre una petición de indulto o de

Prevalció la opinión contraria, que entendía que la posibilidad de revisar las sentencias era esencial en todo sistema judicial y que era dudoso que sin la revisión ofrecieran las garantías debidas las actuaciones del Tribunal, así como que el Estatuto resultase aceptable para los Estados, máxime cuando la revisión sólo tendría lugar en los casos especiales previstos en el Estatuto.

(53-1) Se rechazó la Propuesta de supresión de las reglas sobre indulto y remisión condicional fundada en que no hay en la Comunidad internacional ningún órgano apropiado para ejercer el derecho de indulto, que en los sistemas nacionales es una de las prerrogativas de la soberanía: que era incompatible con el carácter definitivo de las sentencias y que daría lugar a la repetición del juicio ante la Junta de indulto.

Se objetó que la posibilidad de indulto es necesidad de la Justicia internacional como lo es de la nacional y que era conveniente tal posibilidad de reducir la pena, como lo demuestra la experiencia de haber parecido más tarde demasiado severas las sentencias de la postguerra.

(53-2) Y no todos los Estados partes en la Convención en que estuviera contenido el Estatuto.

(53-3) Esta referencia supone que lo mismo que en la Corte no puede haber dos miembros de la misma nacionalidad en la Junta.

(53-4) Se acordó así después de rechazarse la propuesta de que se confiriesen estas funciones al órgano de las Naciones Unidas prescrito en el

remisión condicional de la pena, la Junta solicitará el parecer de la Corte (53-6).

4. La Junta aprobará su propio reglamento.

CAPITULO VII.—DISPOSICIONES FINALES

Art. 54.—TRIBUNALES ESPECIALES (54-1).—Ninguna de las disposiciones del presente Estatuto se podrá entender en perjuicio del derecho de dos o más Estados que hayan atribuido competencia a la Corte a crear en común tribunales especiales para juzgar a los autores de delitos respecto de los cuales cada uno de ellos tenga competencia con arreglo a las normas generales del derecho internacional.

CAPITULO CUARTO

B) PROYECTOS DE COLECTIVIDADES NO GUBERNAMENTALES PARA ESTABLECIMIENTO DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

9.—Las sociedades, principalmente de carácter científico, que se han ocupado de este tema han formulado proyectos, que se enumeran a continuación, o se han limitado a emitir votos, que también se relacionan.

Los proyectos formulados, por orden de aparición, son los siguientes (23):

1.º «International Criminal Court», según proyecto de la «International Law Association», encomendado a Bellot por la XXXII Conferencia (Buenos Aires, 1922) y presentado a la XXXIII (Estocolmo, 1924), para constituir en La Haya, con quince jueces, designados para nueve años por la Asamblea y el Consejo de la Sociedad de Naciones, más diez suplentes y diez asesores. El Tribunal podía decidir sobre su competencia y normas de actuación

artículo 29,2, variante B, porque un órgano político que pudiese impedir el proceso o la ejecución o detener las actuaciones tendría sujeta la Corte a su voluntad.

(53-5) Se suprimió la facultad de modificar las sentencias a que aludía el Proyecto de Ginebra 1951.

(53-6) Si la Corte acuerda emitir este dictamen, sería de gran utilidad, pero la Junta no está obligada a seguirlo.

(54-1) Véase nota 26-4.

Se mantuvo este artículo, aprobado por la I Comisión 1951, para evitar reservas en la atribución de competencia a la Corte por parte de los Estados y para que no se interpretara la supresión como crítica indirecta de los Tribunales especiales de la postguerra.

La supresión se propuso por estimarlo supérfluo, pues el Estatuto mantiene la coexistencia de Tribunales nacionales e internacionales, aparte del derecho de los Estados a crear otros especiales.

(23) Para la bibliografía de este capítulo véase *Historical Survey*, páginas 12-75, y QUINTANO: *Tratado* citado, tomo II, págs. 368-376.

e imponer penas de muerte y prisión perpetua o temporal con o sin trabajos forzados, con apelación al plenario en aquélla y en ésta si era superior a veinte años. La «Court of Summary Jurisdiction» imponía penas inferiores a dos años de prisión o cien libras de multa. El Tribunal juzgaba de violaciones de leyes y costumbres de guerra, de atentados a las normas de humanidad o a los dictados de la conciencia pública. A virtud de querrela de un Estado por sí o por sus súbditos o de un particular (con «placet» de la máxima autoridad judicial de su país), aplicaba convenciones y costumbres internacionales, principios generales del Derecho y, supletoriamente, decisiones judiciales y doctrina de los autores.

No se aceptó el proyecto y se encomendó la redacción de otro, que se cita al número 5.º de esta relación.

2.º Jurisdicción criminal, proyectada por la Unión interparlamentaria, y otorgada al Tribunal de La Haya, a propuesta de Pella (XXIII Conferencia, Wáshington, 1925), según proyecto a redactar por un Comité, que no logró éxito, como tampoco la Comisión nombrada en la XXVI Conferencia (Ginebra, 1931), como también le encargó la redacción del *Code du Droit mondial repressif*. Continuó en su XXXVII Conferencia de Roma (1948).

3.º Concesión de jurisdicción represiva al Tribunal permanente de Justicia internacional, por acuerdo del I Congreso (Bruselas, 1926) de la Asociación internacional de Derecho penal, con ponencia de Pella y Donnedieu de Vabres y memorias de Bellot, Saldaña, Politis, Caloyanni y Ferri, limitada a la responsabilidad estatal e individual, al principio de legalidad, a la acción penal del Consejo de la Sociedad de Naciones y todo por vía de acuerdos entre Estados.

4.º Sala de lo Criminal del Tribunal Permanente de Justicia internacional, según proyecto de una Comisión, ponente Pella, conforme al acuerdo anterior (núm. 3.º) de la Asociación internacional de Derecho penal, que es «el más acabado ensayo de codificación orgánica en lo penal internacional hasta la fecha» y que continuó en su Congreso de Ginebra, 1947.

Los votos acordados en el Congreso de Bruselas fueron los doce siguientes:

1.º Que se conceda al Tribunal Permanente de Justicia Internacional una jurisdicción represiva;

2.º Que sea consultado sobre los conflictos de competencia, tanto judicial como legislativa, que puedan surgir entre los Estados y sobre la revisión de las condenas pronunciadas por jurisdicciones de Estados diferentes sobre un mismo crimen o delito;

3.º Que conozca de toda responsabilidad dimanante de un Estado a consecuencia de agresiones injustas y otras violaciones de la ley internacional, pronunciando contra el Estado culpable penas y medidas de seguridad;

4.º Que conozca, además, de las responsabilidades individua-

les que hayan podido cooperar a la agresión, crímenes y delitos conexos y de toda violación de la ley internacional, en tiempo de paz como en el de guerra, y especialmente de los delitos de derecho común que, por la nacionalidad de la víctima o de los supuestos autores, puedan ser considerados como ofensas internacionales y constituir una amenaza contra la paz;

5.º Que conozca de los crímenes y delitos cuyos autores no puedan ser entregados a otra jurisdicción local, bien por ignorarse el lugar de la infracción o estar bajo controversia la soberanía del territorio;

6.º Las infracciones atribuidas tanto a los Estados como a los individuos han de estar previamente previstas y penadas en textos anteriores a su perpetración. Los convenios internacionales definirán los crímenes y delitos de la competencia del Tribunal, fijando sus sanciones y medidas de seguridad a aplicar;

7.º Se aumentará el número actual de jueces del Tribunal permanente de Justicia Internacional con personas de reconocida competencia en la especialidad de la ciencia y de la práctica del Derecho Criminal. Se instituirá asimismo una Fiscalía, ejerciendo la acción penal el Consejo de la Sociedad de las Naciones; la instrucción quedará encomendada a un organismo especial;

8.º El procedimiento ha de ser escrito y oral, comprendiendo debates públicos y contradictorios; no existirá otro recurso que el de revisión conforme a los términos del vigente Estatuto del Tribunal.

9.º Las decisiones del Tribunal tendrán carácter obligatorio.

Las sentencias condenatorias pronunciadas contra Estados serán ejecutadas por el Consejo de la Sociedad de Naciones.

La ejecución de las que conciernen a los individuos será confiada por el Consejo a un país determinado, que tendrá la obligación de proceder a ella, bajo su vigilancia, según su propia legislación.

10. El Consejo de la Sociedad de las Naciones tendrá el derecho de suspensión y conmutación de las penas.

11. Una Comisión especial, formada por el Consejo de Dirección de la Asociación internacional de Derecho Penal, estará encargada de redactar un proyecto de Estatutos.

12. En fin, el Congreso estima que el objetivo que ha de lograr la institución de una justicia penal internacional debe realizarse progresivamente, por la vía de acuerdos concluidos entre los Estados, a los que otros Estados se adherirán.»

5.º Proyecto de la «International Law Association» formulado por una Comisión «ad hoc», que modificó el de Bellot (véase el núm. 1.º), y lo presentó a la XXXIV Conferencia (Viena, 1926), suprimiendo los asesores y la querrela de particulares y exigiendo que las penas (incluso la muerte, si figuraba en la escala penal) se ejecutasen por el país del inculcado, así como que los

delitos estuviesen previamente definidos en el Estatuto, convenciones o ley del país del reo. Continuó en su Congreso de Bruselas de 1948.

6.º Corte penal internacional, con sede en La Haya, cuya competencia se marca por la Comisión de Derecho común internacional, constituida por el «Mouvement National Judiciaire français», en sus dos proyectos titulados «Projet de convention internationale sur les droits de l'homme» art. 21, «Projet de convention internationale sur le crime contra l'humanité», artículos 7 y siguientes. Esta propuesta arranca de resolución adoptada por el Congreso Internacional del Movimiento nacional judicial francés (París, 1946) y proyecto del mismo, presentado en 1948, inspirado por el Fiscal General francés Boissarie, en el que se prevén dos salas, una para los crímenes internacionales ordinarios y otra especial para salvaguardar los derechos humanos con sede en La Haya (24).

7.º Jurisdicción internacional, votada por la VIII Conferencia internacional para la Unificación del Derecho penal (Bruselas, 1947), según ponencia de Dautricourt.

8.º El acuerdo del Congreso de Juristas demócratas (París, 1946), del que la *Revue internationale de Droit penal* publicó (número 1, 1947, págs. 75 y sigs.) el «rapport» general de Boissarie; y (número 3-4, 1948, pág. 384) la resolución votada por el Congreso el 27 de octubre de 1946.

9.º El acuerdo del «Comité internacional para el estudio de la punición de los crímenes contra leyes de las Naciones» (Sesión de Luxemburgo, 1947), sobre creación de jurisdicción permanente, con intervención de jueces de países neutrales y de los Estados a que pertenecieren los inculcados.

10.º Autoridad judicial internacional para ejercer una jurisdicción sobre los crímenes internacionales, cuya existencia estimó deseable la «Comisión para el desarrollo progresivo del derecho internacional» (Reunión de Lake Success, mayo-junio 1947), para la represión de aquellos crímenes, en el sentido de la ya acordada codificación de los principios de Nüremberg, y a los fines de dicha represión decidió reclamar la atención de la Asamblea general de las Naciones Unidas sobre la existencia de la referida jurisdicción (25).

11.º Acuerdos de la VII Conferencia del *Bureau international pour l'unification du Droit pénal* (Bruselas, 1947, recogidos en *Actes de la Conference*, (París, 1949), que insertan la resolución votada por la Conferencia (págs. 218-228), el «rapport» general de Dautricourt (pág. 57), y los «rapports» de Bélgica,

(24) *Revue Internationale de Droit penal*, 1948, págs. 369 y 826, y 1949, pág. 35.

(25) PELLA: *Vers une juridiction internationale*, pág. 13.

Francia, Italia, Luxemburgo, Holanda, Santa Sede, Suiza, y la Asociación de juristas demócratas (pág. 111 a 173).

12.º Ponencia de Donnedieu de Vabres al Instituto Internacional (sesión de Bruselas, 1948), que no adoptó acuerdo.

13.º La jurisdicción internacional a que las partes contratantes hayan reconocido competencia o los tribunales de cualquiera de ellas para castigar las violaciones graves de los cuatro proyectos de convención que contienen, como «sanciones penales», en los artículos 39 y 40 ter, la relativa a heridos y enfermos; en los 43 y 44 ter, la de guerra marítima; en los 119 a 119 quater, la de prisioneros de guerra, y en los 130 a 130 quater, la de protección de civiles, redactados a invitación de la XVII Conferencia internacional de la Cruz Roja (Estocolmo, 1948), por una Comisión compuesta por Max Huber, Graven, Lauterpacht, Philimore y Mouton, y reducidos en su alcance por la Delegación de Holanda en la Conferencia Diplomática.

14.º Enlace del Proyecto de Tribunal con el Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, bajo ponencia de Pella, con estos antecedentes: a) Memorandum de Pella en 1949 a la Comisión de Derecho internacional de la ONU (párrafos 163 a 166); b) fusión en 1949 de trabajos de la Asociación internacional de Derecho Penal y la *International Bar Association* para elaborar nuevo Proyecto del Código de dichos crímenes bajo ponencia de Pella; c) decisión conjunta de ambas entidades, en el Congreso de la *International Bar Association* (Londres, 1950), con nueva ponencia de Pella, que se pronuncia en favor: 1.º De la creación de una jurisdicción criminal internacional permanente, a ser posible independiente de la ya existente, que funcionaría a la vez como órgano regulador de las competencias nacionales y como institución represiva de los crímenes contra la paz y seguridad de la Humanidad, dependiendo de ella, en calidad de sujetos del Derecho internacional, los individuos, los Estados y ciertas organizaciones de derecho público; 2.º de la confección, a ser posible concomitante, de un Código Penal Internacional y de otro contra la paz y la seguridad de la Humanidad, cuyas prescripciones ostentarían primacía absoluta sobre las disposiciones de las legislaciones internas.»

10.—Las recomendaciones y votos emitidos en Congresos y reuniones científicas son numerosísimas y de ellas extracto, por orden cronológico, los siguientes:

La idea de la organización de la Corte criminal internacional se agita desde 1891, expresada como voto del Congreso de la Paz universal de Roma de aquel año, reiterada en el de Budapest de 1896, e impulsada después de la primera guerra mundial con proyectos como el oficial ya citado del Barón Descamps sobre creación de la Alta Corte de Justicia internacional, la moción del pro-

fesor Bellot al Congreso de la *International Law Association*, los trabajos de Lord Phillimore en *The British Book of International Law* (III, 1922-23, pág. 7), las resoluciones de las Conferencias interparlamentarias de Berna de 1924 y de Wáshington de 1925 y las de la Asociación internacional de Derecho penal en sus últimas conferencias. El Profesor Politis entiende que esta tendencia está destinada a adquirir una amplitud y una fuerza crecientes, porque es conforme a la evolución seguida por el Derecho en todas las agrupaciones humanas (*Nouvelles tendances du Droit international*, 1927, pág. 115) (26).

Las recomendaciones contra la criminalidad genocida de la *World Federation of UN Association* (1948), y contra la criminalidad internacional de los Congresos de la *International Bar Association* en La Haya, 1948, y en Madrid, 1952, acordando éste en asamblea celebrada bajo mi presidencia: «Expresar la esperanza de que la Asamblea podrá, de esta manera, valorar la amplitud total de los problemas planteados por la organización de la justicia penal internacional, y que se encontrará en condiciones de estudiar favorablemente la conveniencia de poner en vigor un Código de delitos contra la paz y seguridad de la humanidad y de crear un *Tribunal Criminal Internacional*».

Por último, la Asociación de Abogados Norteamericanos, en su reunión de Londres (julio, 1957) (26^a), acordó, por su Junta de Gobernadores, establecer un Comité Especial de Derecho Internacional, al que el Presidente Internacional Charles Rhyne encargó el estudio de la legislación de la ONU y del Tribunal Internacional de Justicia, a fin de determinar en qué puntos podría ser mejorada para conseguir que sea aplicado el Derecho Internacional entre los países, y transmitió el llamamiento del Fiscal general norteamericano Brownell que, con aparente apoyo del Presidente Eisenhower, instó la creación de un sistema jurídico para solventar las disputas internacionales, llamamiento que fue hecho suyo por el «premier» británico MacMillan.

CAPITULO QUINTO

C) PROYECTOS Y CRITERIOS DE ESCRITORES Y TRATADISTAS PARA ESTABLECIMIENTO DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

II.—En tres direcciones, de diferente amplitud, se han manifestado autores y tratadistas en orden a la creación y funcionamiento del Tribunal penal internacional.

(26) GLASER: *L'uniformisation du Droit d'extradition*, «Revue de Droit penal et de Criminologie», XIII (1933), pág. 318.

(26 a) Prensa del día 31.

Es el primero, el de aquellos que limitan su atención al punto concreto del establecimiento del Tribunal, y está constituido, a más de los ponentes citados en capítulos anteriores, por los siguientes escritores, entre otros:

Mi maestro Saldaña, en su conferencia en la Facultad de Derecho de París *La Defense sociale universelle* (París, 1924), en que propone el Tribunal de justicia universal, a cuya competencia atribuye: a) Casos dudosos de jurisdicción penal internacional; b) Casos penales extranacionales; c) Crímenes y delitos internacionales de derecho común; d) Crímenes políticos internacionales; e) Crímenes militares internacionales; f) Crímenes contra el derecho internacional llamados «contra el derecho de gentes»; g) Crímenes y delitos de interés internacional; y h) Crímenes nacionales o sociales colectivos, no reprimidos por un Estado (trata de esclavos, bandolerismo o actos de salvajismo, como grandes matanzas políticas o de raza, etc.

Es el mismo Tribunal Internacional a que alude Mendoza (27), al exponer que por el camino que trazó Dorado Montero siguió Saldaña para construir un sistema encaminado a hacer mejor la sociedad, haciendo mejores los ciudadanos», esto es, un «Derecho penal perfeccional», aun de carácter mundial, con Tribunal internacional, una «defensa social universal».

Graven (28), en su propuesta de la Corte suprema internacional o Tribunal de la civilización, como guarda del derecho de las Naciones y garante de la paz y la seguridad de la humanidad, para juzgar de la responsabilidad de los Estados y de sus órganos. Los *petits crimes de guerre* serían juzgados por la jurisdicción nacional, si ésta ofrece la imparcialidad requerida, a menos que se hayan cometido con la tolerancia o por orden o según instrucciones estatales, o cuando la jurisdicción nacional, por conveniencias de orden público interior o exterior, defiera a la jurisdicción internacional, como autoriza en Suiza a los cantones respecto a la Corte penal federal, el artículo 8 de la Ley de procedimiento penal federal, por motivos de oportunidad con aprobación de la Asamblea federal. Esta distinción de grandes y pequeños criminales de guerra, deferidos a jurisdicciones diversas, fué admitida por la VIII Conferencia internacional para la Unificación del Derecho penal (29) y, según afirma Graven (30), la inclusión de los pequeños crímenes en la leyes nacionales habituará mejor a los espíritus a apartarse de ellos, y a condenarlos, con las demás razones recogidas en mi *Proyecto de Código Penal Internacional* (pág. 16).

(27) Discurso en su investidura de doctor *honoris causa* de la Universidad de Salamanca, 11 mayo 1954.

(28) *Principes*, pág. 91.

(29) *Actes de la Conference*, París, 1949, págs. 216 (discusión) y 228 (resolución final).

(30) *Principes*, pág. 62.

Langrod (31) que defiende la instancia judicial internacional, encargada de juzgar los culpables del crimen de genocidio y de otros crímenes cuyo enjuiciamiento le fuese confiado por convenciones internacionales, y en particular, el estudio detallado de la posibilidad de instituir una Cámara criminal de la Corte internacional de Justicia, como tema inscrito por la Comisión de Derecho internacional (I.L.C.) desde la inauguración de sus trabajos (Lake Success, 12 de abril de 1949) y concerniente a «el problema de la posibilidad de creación y de la organización óptima» de la instancia judicial internacional mencionada.

Y mi colega Quintano (32), cuya opinión resumo así:

La creación del Tribunal penal internacional según las amplias concepciones académicas, no sincroniza con la realidad jurídico política dominante, influida por recelos y suspicacias nacionalistas;

choca con el principio de la soberanía nacional, por lo que se le califica de utopismo (Ferri, en I. Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal (Bruselas, 1926), o se le reservan cuestiones de competencia (Mauro, D'Amelio y, en cierta época, de Vabres) o la delincuencia internacional incriminada en la legislación interna (Delegación italiana en el Congreso de Bruselas citado) o la criminalidad común de dinámica internacional (piratería, trata de blancas, falsificación de moneda, etc.), lo que facilitaría la creación del Tribunal, pero reduciría su utilidad;

la jurisdicción supra-estatal, mejor permanente que improvisada «ad hoc», como en Nüremberg y Tokio, es exigida por la represión de los crímenes internacionales «stricto sensu», propios del Derecho internacional penal y no meramente del penal internacional;

la exigencia de responsabilidades de guerra es un hecho definitivamente incorporado a la realidad de nuestro tiempo, que obliga a sacrificar muchos prejuicios seculares;

no es obstáculo la falta de un ordenamiento sustantivo, porque si «una ley sin juez es una ley muerta», hay que salvar las dificultades de definir las «infracciones más graves con responsabilidad para los Estados y sus órganos», a fin de someterlas a la jurisdicción internacional, ya que las de menor gravedad pueden ser objeto de la represión nacional;

el conflicto de la soberanía con la jurisdicción supraestatal se resuelve por la inconciliabilidad con primacía de la tesis comunitaria (Kelsen, Jessup) o con la fórmula de la independencia estatal de textos constitucionales como el de Francia; por la difícil conciliación «que reparase el viejo edificio del Derecho interna-

(31) *La codification du Droit international entre dans une phase importante*, «UNESCO, Bulletin internationale des Sciences sociales», I (1949), núm. 1-2, pág. 133.

(32) *Tratado* citado, II, págs. 378-383.

cional fundado sobre el dogma de la soberanía»; o por la conciliación en el Estado de derecho, que respeta las normas penales, que son de carácter prohibitivo y no ordenadoras de obligaciones positivas, por lo que sólo se limitan los derechos soberanos del que bajo apariencia de Estado de Derecho se proponga planes de agresión y violencia;

la extensión de su competencia debe abarcar los derechos del hombre valorables criminalmente;

el enlace de la jurisdicción penal internacional con las locales, mediante una primera instancia ante éstas de las víctimas del delito, a las que se reconociese capacidad procesal activa;

la creación de agregados judiciales acreditados en las embajadas y legaciones, que al recibir la denuncia, en unión de los demás acreditados en el país, resolvieran someter el asunto a los Tribunales locales o al internacional, con apelación del fallo de aquellos ante éste:

la atribución de funciones decisorias al cuerpo de agregados judiciales en el enjuiciamiento de los delitos de carácter internacional, juntamente con los magistrados locales, a modo de Tribunales mixtos, no en plan de imposición por atraso cultural del país, sino con carácter general y en nombre de la comunidad internacional.

12.—El segundo grupo reúne a los autores que se concretan a exponer principios generales, ya sobre el Tribunal en totalidad, ya sobre su organización, miembros, etc., y al mismo pertenecen, entre otros:

Kelsen, que afirma el primado absoluto de lo internacional sobre lo interno; la condición de sujeto de derecho debida al individuo; y la designación de los jueces por asociaciones científicas internacionales de reconocida solvencia (32 a).

Von Weber, que sostiene: el juez internacional, como portador de un orden jurídico supraestatal; el fiscal, desvinculado de todo organismo político, como el Consejo de la Sociedad de Naciones; y la fuerza ejecutiva de los fallos del Tribunal (33).

Matos Escobedo, que, aunque adverso a la responsabilidad penal corporativa, estudia la actualidad de esta doctrina, y hace especial referencia al proceso de Nüremberg (34).

13.—Integra el tercer grupo, el de aquellos que, siguiendo a Pella, constituyen un nuevo campo científico con el Derecho penal entre Estados y Gobiernos, y a este grupo corresponden Sottile y Carjeu.

(32 a) *La paz por medio del derecho*, pág. 193.

(33) *Internationale Strafgerichtsbarkeit*, pág. 114.

(34) *La responsabilidad penal de las personas morales. Legislación mexicana y doctrinal*. Méjico, 1956, pág. 187.

El Derecho penal interestatal, creado por Pella, tiene como sujetos activos los Estados y sus representantes por la responsabilidad penal internacional de los mismos, con vista a la creación de una jurisdicción penal internacional (34). Sottile añade a esta designación Derecho penal interestatal político, visto que se trata de criminología política, que tiene por objeto la sanción del Derecho internacional, y, sobre todo, la sanción internacional del ejercicio abusivo, anormal, ilegal o criminal de la soberanía (36).

Carjeu (37), en la siguiente conclusión, defiende la opinión de Pella y el voto de Ginebra, así: La posición del complejo problema de la institución de una jurisdicción penal internacional, es hoy tan complicada como falseada por factores políticos. Aunque la Comisión de Derecho internacional es netamente favorable, el proyecto de Estatuto redactado por el Comité de Ginebra no es más que un compromiso *boiteux*. Porque, a pesar de su permanencia y de estar dotada de Ministerio público y Comité de instrucción y de acusación (*renvoi, mises en accusation*), no podrá seguir ningún proceso sin el asentimiento previo de la Asamblea de Naciones Unidas. Corresponde, pues, al nuevo Comité de los Diecisiete dar al Proyecto de Estatuto la continuación necesaria. Es deseable que en 1954, después del voto de la IX Asamblea general, la Comisión VI haga suya la decisión de Ginebra, que constituiría el comienzo de una nueva era en la historia del Derecho penal internacional. Es de esperar que la vía trazada por Pella, en su memorandum, será seguida tanto por el Comité de Nueva York como por la VI Comisión. El día en que la decisión de Ginebra sea adoptada y quede establecida por las Naciones Unidas la jurisdicción criminal internacional disminuirá evidentemente el peligro de que estalle una guerra de agresión.

CAPITULO SEXTO

PERSPECTIVAS Y CONCLUSIONES SOBRE LA CREACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

14.—Como último capítulo, ojeada al porvenir y experiencia de lo pasado, debe examinarse la necesidad, posibilidad y oportunidad de la creación y funcionamiento del Tribunal penal internacional.

(35) SOTTILE: *Hommage à la mémoire de Vespasien V. Pella*. Extrait de la «Revue de Droit international» (Genève, 1952), pág. 3.

(36) *Le problème de la création d'une Cour pénale internationale permanente*. Genève, 1951, pág. 56.

(37) *Projet d'une juridiction pénale internationale*. Paris, 1953, pág. 222.

Abramos este capítulo final con las palabras de Su Santidad Pío XII, en su «Discurso al VI Congreso internacional de Derecho penal» (Roma, 1953):

«A las garantías del Derecho corresponde, a modo de factor esencial, la composición imparcial del Tribunal. El interés del Derecho y la confianza que merece la sentencia, cuando las relaciones internacionales se hallen implicadas en los procesos criminales, reclamarán frecuentemente la presencia en el Tribunal de jueces neutrales, de manera que la mayoría decisiva dependa de la voz de éstos (38).»

Se debe reconocer, como observa Theiler (39), que la carencia de una jurisdicción exterior obliga a la inclusión de las normas de carácter internacional en el Derecho interno de cada Estado, para darles fuerza y asegurar su ejecución; y que el principio territorial, ligado a la soberanía de los Estados, se opone al desenvolvimiento del Derecho penal, dificultando o impidiendo la represión de hechos criminales realizados fuera de la jurisdicción de aquéllos.

A los criterios que defienden la necesidad del Tribunal, se opone el de López Rey (*Criminalia*, XX, marzo, 1954, págs. 141 y 156), que considera, no sólo prematura, sino contraria a la evolución actual del Derecho internacional, la instauración de una jurisdicción internacional penal, creando, para ejercerla, un Tribunal de Justicia internacional penal, en mucho análogo al existente en La Haya. Y lo fundamenta en que la existencia de una jurisdicción internacional penal no supone necesariamente la de un Tribunal internacional penal, al modo del de La Haya, porque cabe que sea ejercida por los Estados, y también cabe que sea ejercida por las Naciones Unidas y, aún por éstas, pero con delegación en un momento dado a un Tribunal *ad hoc* y otras soluciones (39^a).

La posibilidad del Tribunal se defiende por Gilaser con carácter permanente, así como la cualidad del individuo como sujeto del Derecho internacional, al menos en su aspecto penal, al modo como quedó consagrado en la jurisprudencia de Nüremberg (40).

(38) Traducción de QUINTANO, en «Anuario de Derecho penal y Ciencias penales», tomo VI (1953), págs. 450 y 451.

(39) *L'unification du Droit pénal*. Comunicación al I Congreso Penal y Penitenciario Hispano-Luso-Americano y Filipino. Madrid, 1952 págs. 1 y 2.

(39^a) LÓPEZ REY insiste en sus puntos de vista, que quedan expuestos, sobre el Tribunal penal internacional, en dos trabajos publicados en la «Revista de la Facultad de Derecho de México», tomo I, números 3-4, julio-diciembre 1951, pág. 139, con el título de *Nuevos aspectos y problemas del Derecho internacional penal*, y en la «Revista de Derecho procesal» de Buenos Aires, tomo IX (1951) pág. 374, titulado «Jurisdicción penal internacional». Anterior a estos publicó en la citada revista mexicana «El Derecho penal en las Relecciones de Francisco de Vitoria», julio-diciembre 1948.

(40) *La jurisdicción penal internacional y la responsabilidad de los Estados* (Conferencia), ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, VI, septiembre-diciembre 1953, pág. 660.

Por lo que respecta al Estado, Olea Leiva sostiene que el Estado, concebido según Groppali, como persona jurídica, constituida por un pueblo organizado sobre un territorio, bajo el mando de un poder supremo, para fines de defensa, de orden, de bienestar y de superación común, se ha hecho enjuiciable y responsables son sus gobernantes como sujetos activos y pasivos de delito (41).

Obsérvese la pujante existencia de estos organismos internacionales y, entre ellos, de la UNESCO, establecida oficialmente por veinte Estados en 4 de noviembre de 1946, que cuenta hoy con 74 Estados miembros y «se propone contribuir a la paz y a la seguridad estrechando, mediante la educación, la ciencia y la cultura, la colaboración entre las naciones, a fin de *asegurar el respeto universal a la justicia, a la Ley, a los Derechos humanos y a las libertades fundamentales que, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión, la Carta de las Naciones Unidas reconoce a todos los pueblos del mundo.*»

El punto más difícil es el de oportunidad de establecer, y aún más de funcionar, el Tribunal penal internacional (42).

Según Kernó (43), hoy la mayoría de los Gobiernos no están aún dispuestos a ponerse de acuerdo sobre un Código criminal, y todavía menos sobre un Tribunal penal.

En este punto López Rey (*Criminalia*, XX, 1954, pág. 136) afirma que la conveniencia de crear un Tribunal internacional penal parece, en los momentos actuales, un tanto dudosa.

Jeschek (44) opina que «la creación de un Derecho penal internacional, fuera del campo de los delitos de guerra, dependerá en gran medida de la posibilidad de instituir una Corte Penal Internacional (Simson), de investirla de una competencia directa, automática e independiente de la buena voluntad de los Estados y de asegurar el traslado de los inculpados ante su poder jurisdiccional (Bouzat y Qu. Wright). Y aunque todas estas condiciones previas se hayan formulado en repetidas ocasiones, su exigencia misma demuestra de modo evidente que nos encontramos todavía en el terreno utópico, tanto desde el punto de vista

(41) *La responsabilidad penal del Estado como persona moral*, «*Criminalia*», XX (1954), pág. 644.

(42) Basta recordar el veto concedido a las potencias fuertes o grandes en la ONU para derivar la consecuencia de si se someterían a una sentencia adversa de este Tribunal.

(43) *Le projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité devant les organes des Nations Unies*. La Haya, 1952. Ponencia al IV Congreso de la International Bar Association (Madrid, 1952), página 14.

(44) *Verbrechen gegen des Volkerrecht.*, pág. 380. *Crimes du droit des gens*, «*Revue internationale de Droit pénal*», XXVI (1955), pág. 551. *Rapport présenté au IV Congrès International de Droit comparé* (Paris, 1954).

político, como desde el jurídico. La resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 9 de diciembre de 1948, encargando a la Comisión de Derecho internacional examinar la posibilidad y la utilidad de la creación de tal organismo, no pudo ser adoptada más que contra el deseo de los Estados comunistas y, posteriormente, los debates han demostrado de modo claro que hasta las grandes potencias occidentales, en la situación política actual, no tienen intención de transferir una parte de su competencia jurisdiccional a un Tribunal penal internacional. En conclusión, por ahora la creación de una corte penal internacional parece poco probable.»

Max Sorensen (45) estudia, en relación con el proyecto del Estatuto de una Corte o Tribunal criminal internacional, los problemas relativos a:

a) El método para establecer este Tribunal; b) la organización del Tribunal, después de establecido; c) el procedimiento ante este Tribunal; y dice que se debe reconocer que es cuestión seria en muchos aspectos, entre otros, en el de asegurar la ejecución de sentencia, por lo que, á falta de esto, el establecimiento de la Corte y el reconocimiento de su jurisdicción permanecen a medio camino. El Comité percibió esta dificultad, pero no se consideró capaz de resolverla. Mucho se ha de pensar todavía en el problema de la jurisdicción criminal internacional, antes de llegar a crearla.

Martínez Viademonte (46) expone que la Asamblea general de la ONU tiene en estudio desde su fundación la creación de un Tribunal de Justicia internacional. Pero no ha pasado de la intención de crearlo. La primera dificultad para la aplicación de un Código internacional es la de determinar la autoridad encargada de su aplicación y con qué recursos materiales cuenta para hacerlo coactivamente. En un mundo regido por la fuerza, sólo la fuerza cuenta.

15.—Estas perspectivas y criterios nos llevan a estimar que se derivan del estudio presente, como conclusiones:

1.º Que la necesidad del Tribunal se muestra evidente por la invasora criminalidad internacional, terrorista, etc. (47).

(45) *The Draft Statute of an International Criminal Court*. International Bar Association. Conference of the Legal Profession. Madrid, julio 1952, págs. 16-23. The Hague, 1954, págs. 71-79.

(46) *El nuevo Código internacional de delitos contra la paz y la seguridad de la Humanidad*, «Criminalia», XX, 1954, núm. 12, págs. 679-684.

(47) Al lado del terrorismo debería estudiarse la preparación de guerra civil de que habla GRAVEN (*Principes fondamentaux*, pág. 13), guerra ilegítima y contraria al Derecho, con agresión violenta o encubierta, sea por fuerzas armadas o por infiltración de «quintas columnas» en que cita a BOURQUIN: *Crimes et délits contra la sûreté des Etats étrangers*, «Recueil des Cours de l'Académie de la Haye». París, 1928, pág. 998.

2.º Que su posibilidad ha sido ya acreditada por la práctica en la forma expuesta en el capítulo I de este estudio.

3.º Que su oportunidad es muy discutible, porque ningún Gobierno lo impulsa ante el temor de que una eventual mayoría le sea adversa y le haga objeto de condena, como la de la Sociedad de Naciones de agresión contra Italia a favor de Etiopía (1935) o contra Rusia en favor de Finlandia (1939).

La persecución de tales hechos podría realizarse sobre los puntos siguientes:

Anteproyecto de propuesta sobre enjuiciamiento facultativo de delito político de acción.

Quedan comprendidos en este proyecto los delitos definidos en los Códigos de los países requirente y requerido, de refugio o de tránsito, así como los del Proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la Humanidad de 1951 en la redacción actual o en la que adopte en lo sucesivo.

Recuérdense los números 4.º y 5.º del art. 2.º de dicho Proyecto de Código en su redacción de 7 de junio de 1951, que reputan delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad: «El hecho de emprender o alentar las autoridades de un Estado (actividades dirigidas a fomentar la lucha civil en el territorio de otro Estado) (actividades terroristas en otro Estado); o la tolerancia por las autoridades de un Estado de actividades organizadas y dirigidas (a fomentar la lucha civil en el territorio de otro Estado) (a la realización de actos terroristas en otro Estado). (Las palabras entre paréntesis son las únicas que difieren en el texto del n.º 4.º en relación con el texto del n.º 5.º).

Dichos delitos serán enjuiciados por un Tribunal penal internacional.

El cumplimiento de la sentencia que se dicte se encomendará al país de refugio del acusado, nunca al país ofendido por su actuación.

En otro caso la ejecución del fallo se encomendará a un tercer país bajo la inspección del país de refugio y del Tribunal sentenciador.

Los gastos de ejecución serán a cargo del país requirente.

El condenado a cualquier pena beneficiará de la condena condicional y de la libertad condicional, incluyéndose entre las condiciones impuestas la de apartarse de toda acción política, a cuyo efecto se le exigirán garantías. La infracción de estas condiciones se castigará como perjurio.

BIBLIOGRAFIA

ALFARO: *Le problème de la juridiction criminelle internationale*. Genève, 1950. Extrait de la «Revue de Droit International». Rapport présenté à la Commission de Droit international de l'O. N. U. (A/CN. 4/15, 1950).

ARONEANU: *Vers une juridiction pénale internationale*, «Revue Internationale de Droit pénal», 1955. Véase bibliografía de mi *Código Penal Internacional*, pág. 247.

ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT PENAL: *La protección penal de las Convenciones internacionales humanitarias*. VI Congreso (Roma, 1953). Véase BOUZAT.

BECKMAN, BERGENDAL y STRAHL: *Brott mot statem och allmänheten*. Stockholm, 1949, pág. 194.

BELING: *Die strafrechtliche Bedeutung der Exterritorialität*. Breslau, 1896.

BERGENDAL. Véase BECKMAN.

BERKS: Véase bibliografía de mi *Código Penal Internacional*, pág. 247.

BIDDLE: Véase bibliografía de mi *Código Penal Internacional*, pág. 247.

BOUZAT: *L'Association Internationale de Droit Penal en faveur de la paix*, «Revue de Droit International», Ginebra, 1948.—*Le Congrès de l'Internationale Bar Association*, Londres, Juillet, 1950. «Revue internationale de Droit pénal», 1950, núm. 2, pág. 225.—*Traité theorique et pratique de Droit pénal*. Paris, 1951. Véase bibliografía de mi *Código Penal Internacional*, pág. 247.

BRIERLY: *Draft of International Law Association*, «British Yearbook of International Law», 1927, pág. 84. *The Outlook for International Law*, Oxford, 1946, pág. 79.

Bureau International pour l'Unification du Droit Pénal. Resolution de la VIII Conference Bruxelles, 1947. Actes de la Conference, pág. 227-229.

CALOYANNI: Véase bibliografía de mi *Código Penal Internacional*, página 247.

CLARK and MARSHALL: *A Treatise on the Law of Crimes*, 4.^o ed., Chicago, 1940.

Comission internationale permanente pour l'étude de la repression des crimes contre le droit des gens. Resolutions de Bruxelles, 1947, et *Luxembourg*, 1948, «Revue de droit pénal et de criminologie», 1947, pág. 193; 1948, pág. 824.

COMTESSE: *Das Schweizerische Militärstrafgesetz*, Zurich, 1946.

Conferencia Interamericana sobre problemas de guerra y de paz, México, 1945, página 28.

DAUTRICOURT: *Nature et fondement du Droit universel*, «Revue de Droit pénal et Criminologie», 1950, pág. 35.—*La protection pénale des Conventions internationales humanitaires. Une conception de la Loi type*, «Revue de Droit pénal et Criminologie», 1953, pág. 119.—*Les travaux du Comité de 1953 pour une juridiction criminelle internationale*, «Revue internationale de Droit pénal», XXV (1954). Véase bibliografía de mi *Código Penal Internacional*, pág. 250.

DESCHEEMAKER: Véase bibliografía de mi *Código Penal Internacional*, página 247.

DIDIER: Véase bibliografía de mi *Código Penal Internacional*, pág. 247.

DÖLLE: *Die 7. Haager Konferenz*, «Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht», 17 Jahrg., Heft 2, 1952, págs. 161, 280.

DONNEDIEU DE VABRES : *La repression internationale du terrorisme*, «Revue de Droit pénal et de législation comparée», 1938, pág. 37.—*Recueil des Cours de l'Académie de Droit comparé*, La Haye, 1947, pág. 519.—*La codification du Droit pénal international*, «Revue internationale de Droit pénal», 1948, núm. 1, pág. 21.—*De l'organisation d'une juridiction pénale internationale*, «Revue internationale de Droit pénal», 1949, págs. 1-8.—*De la piraterie au génocide : Les nouvelles modalités de la repression universelle*, «Le Droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges Ripert», París, 1950, I, 226.—*La creation d'une juridiction pénale internationale et le probleme de sa competence*, «Studi in memoria di Arturo Rocco», Milano, 1952, tomo I, pág. 364.

DROSSBERG : Véase VERDROSS.

EUGSTER : *La protección penalé des conventions humanitaires*, «Revue Internationale de Droit pénal», 1953, pág. 53. Véase bibliografía de mi *Código Penal Internacional*, pág. 247.

FERNÁNDEZ DE LA MORA (R.) : Véase bibliografía de mi *Código Penal Internacional*, pág. 247.

FRANCO SODI : Véase bibliografía de mi *Código Penal Internacional*, página 247.

GLASER : *Vers une juridiction criminelle internationale*, «Revue pénale suisse», 1953, III, pág. 329.—*La jurisdicción penal internacional y el problema de responsabilidad de los Estados*. Conferencia. Madrid, 1953. Véase bibliografía de mi *Código Penal Internacional*, pág. 248.

GLUECK : *The Nuremberg Trial and Aggressive War*, New York, 1947.

GRAVEN : Véase bibliografía de mi *Código Penal Internacional*, pág. 248.

GUGGENHEIM : *Lehrbuch des Volkerrechts*, Basel, 1948, 1951, II, pág. 538.

HAFTER : *Vergehen gegen das Volkerrecht im Kriege*, «Revue Pénale Suisse», 1917, pág. 132.

HANKEY : *The Nuremberg Trial*, «International Affairs», 1947, pág. 56. *Politics, Trials and Errors*, Oxford, 1950.

HARVARD LAW SCHOOL : *Convention on jurisdiction with respect to crime*, «American Journal of International Law», 1953. Supplement. vol. II.

HEINITZ : *Rapport*, «Juristenzeitung», 1953, pág. 22.

HEINZE-SCHILLING : *Die Reschtsprechung der Nürnberger Militartribunale*, Bonn, 1952.

HERZOG : *De la creation d'une juridiction pénale internationale*, «Revue internationale de Droit pénal», 1950, núm. 3, pág. 395. Véase bibliografía de mi *Código Penal Internacional*, pág. 248.

HORVATH : *The European Court of Human Rights*, «Oesterreichische Zeitschrift fuer Offentliche Recht», 1952.

HUGUENEY : Véase bibliografía de mi *Código Penal Internacional* pág. 248.

JACKSON : *Putting the Nuremberg Law to Work*, «Foreign Affairs», 1947, pág. 557. Véase bibliografía de mi *Código Penal Internacional*, pág. 248.

JESCHECK : *Volkerstrafrecht*, pág. 161.—*Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Volkerstrafrecht*, Bonn, 1952.—*Die Strafgewalt über nationaler Gemeinschaften*, «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», vol. 65 (1953), pág. 502.—*Das strafrecht der Europäischen Ver-*

teidigungsgemeinschaft, «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», vol. 65 (1953). «Mitteilungsblatt». *La protection pénale des conventions internationales humanitaires*, «Revue internationale de Droit pénal», 1953, pág. 13.—*Die internationale Genocidium-Konvention 9-12-1948 und die Lehre vom Völkerstrafrecht*, «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», vol. 66 (1954), fasc. 2.—*Crimes du Droit des Gens. Rapport général présenté au IVéme. Congrès International de Droit Comparé*. París, 1954.

JESSUP: *Agression Crime*. «Political Science Quarterly», marzo 1947, I *A Modern Law of Nations*, New York, 1952.

KELSEN: *La paz por medio del Derecho*, Buenos Aires, 1946, pág. 193. *Principles of International Law*, New York, 1952.

KENNY-TURNER: *Outlines of Criminal Law*, Cambridge, 1952.

KNIERIM: *Nürnberg Rechtliche und Menschliche Problem*, Stuttgart, 1953.

KUNZ: «American Journal of International Law», 1950, 745.—*Present-day efforts at international protection of human rights: a general analytical and critical introduction*, «Proceedings of the American Society of International Law», 1951, pág. 109.—*Ending the War with Germany*, «The American Journal of International Law», enero 1952, pág. 114.

LACCONIA: *Organos de Justicia internacional penal*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, III (1950), pág. 556. Véase bibliografía de mi *Código Penal Internacional*, pág. 248.

LAUTERPACHT: *Law of nations and Punishment of War crimes*, en «British Yearbook of International Law», 1944, pág. 65.

LAWRENCE: *The Nuremberg Trial*, «International Affairs», 1947.

LEMKIN: *Axis Rule in Occupied Europe*, Washington, 1944. Véase bibliografía de mi *Código Penal Internacional*, pág. 248.

LÓPEZ REY: *Nuevos aspectos y problemas del Derecho internacional penal*, «Criminalia», XX (1954), pág. 134. *Jurisdicción internacional penal*, «Revista de Derecho Procesal» (Buenos Aires), IX (1951), 375.

MARSHALL: Véase CLARK.

MARTÍNEZ VIADEMONTA (JOSÉ AGUSTÍN): *Procesos de criminales de guerra*. Madrid, 1957. Véase bibliografía de mi *Código Penal Internacional* página 248.

MAURACH: Véase bibliografía de mi *Código Penal Internacional*, pág. 248.

MOUVEMENT NATIONAL JUDICIAIRE FRANÇAIS: Véase bibliografía de mi *Código Penal Internacional*, pág. 248.

NÜSE: *Juristische Rundschau*, 1953, 280.

ONU: Véase *Publicaciones oficiales*.

OPPENHEIM-LAUTERPACHT: *International Law*, London, New York, Toronto, 1948-52, II, pág. 557.

PAPATHANASSIOU: *L'extradition en matière politique*. París, 1954.

PELLA: *La Cour pénale internationale et la repression du terrorisme*. «Union belge de Droit pénal», 1938.—*Towards an International criminal Court*, «American Journal of International Law», XLIV (1950), pág. 37.—*Sur d'une Cour Criminelle Internationale* (A/AC 48/3.1951). Véase bibliografía de mi *Código Penal Internacional*, pág. 249.

POMPE: *Aggressive War an International Crime*. The Hague, 1953.

PUBLICACIONES OFICIALES :

Sociedad de las Naciones: *Comité pour la repression internationale du terrorisme. Avant-projet de convention d'une Cour penale internationale* (6 mai 1935), «Giustizia penale», 1935, II, pág. 1128.

History of the Nations War Crimes Commission, London, 1949.

Secretary General of the United Nations: *Historical Survey of the question of international criminal jurisdiction*. A/ CN 4/7, Rev., 1, 1949.

International Criminal Jurisdiction: «U. N. Bulletin», vol. XV (1953), págs. 194-5. Report of the 1953 Committee International Criminal Jurisdiction, 24 aout 1953 (UN Doc. General Assembly A/AC., 65/L. 13).

Véase United Nations en bibliografía de mi *Código Penal Internacional*, página 246, y en esta bibliografía, véase ALFARO y PELLA.

QUINTANO RIPOLLÉS: *Problemática de jurisdicción en la represión de la criminalidad contra la Humanidad*, «Revista de Derecho Internacional», La Habana, septiembre 1948.—*La protección pénale des Droits de l'homme*, «Revue internationale de Droit pénal», 1950, pág. 560.—*Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, tomo II, Madrid, 1957.

RAUSCHENBACH: *Der Nürnberger Prozes gegen die Organisationen*, Bonn, 1952.

ROSS: *Lehrbuch des Volkerrechts*, Stuttgart, 1951.

RUPPENTHAL: Véase NALZ.

SCHUENER: *Naturrechtliche Stromugen im heutigen Volkerrecht*, «Zeitschrift für ausland-offentliches Recht», vol. 13 (1950-51), pág. 560.

SCHILLING: Véase HEINZE.

SCHÖNKE: *Strafgesetzbuch*, 6 edic., Munchen, 1952.—*Die strafrechtlichen Staatschutzbestimmungen des Auslands*, Bonn, 1953, pág. 36.

SCHWADER: *Das Schweizerische Strafgesetzbuch*, Zurich, 1952.

SCHWART-ZEMBERGER: *A Manual of International Law*. London, 1952.

SELA: *Derecho penal internacional*, «Enciclopedia Seix», XI, pág. 263.

SIBERT: *Traité de Droit International public*. Paris, 1951, II, pág. 588.

La Justice internationale. Cours à l'Institut des Hautes Etudes Internationales (Faculte de Droit). Paris, Année Scolaire, 1953-54.

SOCIEDAD DE LAS NACIONES: Véase *Publicaciones oficiales*.

SORENSEN (Max): *The Draft Statute of an International Criminal Court*. *International Bar Association. Fourth Conference Report* (Madrid, julio 1952). «The Hague», 1954, pág. 71.

SOTTILE: *Les criminels de guerre et le nouveau Droit pénal international, moyen efficace pour assurer, la paix du monde*, III edic. Genève, 1946. *Le probleme de la creation d'une Cour penale internationale permanente*, Genève, 1951, pág. 15. Véase bibliografía de mi *Código Penal Internacional*, pág. 249.

STILLSCHWEIG: «Friedens warte», 1949, pág. 96.

STRAHL: Véase BECKMAN.

STREBEL: *Die strafrechtliche Sicherung humanitärer Abkommen*, «Zeitschrift für ausland-offentliches Recht», pág. 57.

SUND: *Les criminels de guerre en Norvege*, «Revue de Droit pénal et Criminologie», mayo 1947, pág. 716.

- TRAININE : Véase bibliografía de mi *Código Internacional*, pág. 249.
- TEIJI FUKASAKU : Véase bibliografía de mi *Código Penal Internacional*, página 249.
- TURNER : Véase KENNY.
- UNITED NATIONS : Véase *Publicaciones oficiales*.
- VADASZ : «Revue de Droit International des sciences diplomatiques et politiques», 1927, pág. 274. (Sobre los proyectos de la «International Law Association».)
- VEALE : *El crimen de Nuremberg*. Barcelona, 1953.
- VERDROSS : *Volkerrecht*, II edic. Wien., 1959; pág. 104.
- VERDROSS-DROSSBERG : *Nichtige und strafbare Staatsakte im Voelkerrecht*, «Wiener Juristische Blaetter», 5-II-1949.
- VERHAEGEN : *La legitime defense et la guerre*, «Revue de Droit pénal et Criminologie», núm. de julio 1956, pág. 975.
- WALZ, WHARTON-RUPPENTHAL : *Criminal Law*, Rochester, 1932.
- WHARTON : Véase VALZ.
- WEBER : *International Strafgerichtsbarkeit*, Berlín-Bonn, 1934, pág. 114. *Die strafrechtliche Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention*, «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», vol. 65 (1953), pág. 347.
- WEGNER : *Kriminelles Unrecht, Staatsunrecht und Volkerrecht*, Hamburg, 1925.—*Die Stellung der Einzelperson im gegenwärtigen Völkerrecht*, Hamburg, 1953, pág. 341.
- WEHBERG : *Die Volkerrechtliche Verantwortlichkeit von Individuen wegen Friedensbruchs. Zeitalter des Volkerbundes*, Hamburg, 1953, pág. 379.
- WIKBORG : *La juridiction criminelle internationale. Rapport a l'Assemblée generale de l'ONU*, «Revue internationale de Droit penal», XXIII (1952), núm. 4, pág. 445.
- WRIGHT : *Legal Positivism and the Nuremberg Judgement*, «American Journal of International Law», 1948, pág. 405; 1953, pág. 356.
- YUEN-LI LIANG : *The question of international criminal jurisdiction*, «American Journal of International Law», XLIII 1(1948), pág. 478.

El artículo 3.º de la Ley penal del automóvil en la Jurisprudencia

FERNANDO ALAMILLO CANILLAS

De la Carrera Fiscal

SUMARIO: I. Fundamento y naturaleza del artículo 3.º de la Ley de 9 de mayo de 1950.—II. Régimen legal. A) La ley en el tiempo. B) La ley en el espacio y en relación con las personas.—III. Elementos objetivos del delito de conducción ilegal. A) Que se conduzca un vehículo de motor. a) ¿Qué es conducir? b) El vehículo de motor (Consideración especial del ciclomotor). B) Carencia de habilitación. a) Clases de habilitación para conducir. a') Permisos para conductores españoles. b') Permisos para conductores extranjeros. b) Requisitos de la habilitación. a') Suficiencia. b') Vigencia (comienzo y fin de la habilitación). c) Exigibilidad de la habilitación.—IV. Elementos subjetivos del delito.—V. Circunstancias influyentes sobre la responsabilidad criminal.—VI. La penalidad.—VII. Otras cuestiones relacionadas con el precepto estudiado. A) La codelincuencia. B) El concurso de delitos. C) La responsabilidad civil.

Ahora que están próximos a cumplirse los diez años de aplicación práctica de la Ley penal del automóvil, de 9 de mayo de 1950, parece momento adecuado de hacer un estudio a fondo de la misma, especialmente para recoger las conclusiones de la práctica y la doctrina jurisprudencial en orden a la misma. Este trabajo se dedica, fundamentalmente, a estudiar las soluciones jurisprudenciales a las diversas cuestiones que se han suscitado en la aplicación del artículo 3.º de la dicha Ley, indudablemente el de más amplia aplicación por parte de nuestros Tribunales y especialmente nuestro Tribunal Supremo. Y es interesante hacer este estudio, porque, a pesar de la aparente claridad del precepto, no han dejado de plantearse problemas de enjundia y dificultad, y aún quedan otros que no se han planteado, quizá porque la solución de los casos concretos que podían dar lugar ello se han resuelto por una vía tangencial, acudiendo algunas veces a normas de Derecho transitorio. Hemos procurado sistematizar las casi cien sentencias que, a partir de la de 2 de diciembre de 1953, han venido aplicando este artículo, añadiendo, por nuestra cuenta, sólo leves comentarios, o indicando los problemas de interés que se nos han ocurrido y que aún no se han planteado a la Jurisprudencia.

I. FUNDAMENTO Y NATURALEZA DEL ARTÍCULO 3.º DE LA LEY PENAL DEL AUTOMÓVIL

Como dice la sentencia de 5 de marzo de 1954, coincidiendo con la de 2 de enero del mismo año: «agudizado el problema del tráfico por el enorme crecimiento del mismo y la multiplicación de los accidentes, debido en la generalidad de los casos a la falta de celo de los conductores de vehículos de motor, tuvo el legislador necesidad de procurar medidas que atajasen el mal mediante la transformación de infracciones meramente reglamentarias en modalidades delictivas».

Esta transformación se lleva a cabo mediante la llamada Ley penal del automóvil, de 9 de mayo de 1950, «creadora (como dice la sentencia de 2 de diciembre de 1953, primera en que indirectamente se ocupa el Tribunal Supremo del art. 3.º de la misma) de varias figuras de delito que tienden a prevenir riesgos propios del uso de los vehículos de motor, aunque no llegasen a producirse males concretos sobre las personas o la propiedad», ley que es propiamente penal por cuanto, como pone de relieve la sentencia de 7 de mayo de 1954, «establece con carácter penal las sanciones que corresponden a la infracción de sus preceptos».

La finalidad preventiva de la ley se pone de relieve en reiteradas sentencias del Tribunal Supremo. Así, en la de 2 de enero de 1954, se dice que «la Ley de 9 de mayo de 1950, al tipificar como delitos las infracciones sobre el uso y circulación de vehículos de motor que en la misma se señalan, lo hace en aras de la seguridad colectiva, cuya salvaguardia impone la necesidad de sancionar adecuadamente el uso imprudente de dichos vehículos que pueden determinar un peligro social, como también su utilización ilegítima, atendiendo en esta forma a lo que de un modo imperioso venían reclamando las necesidades públicas, dada la cada día mayor frecuencia y número de los accidentes originados por la inobservancia de los preceptos reglamentarios por parte de quienes los manejan...» En el mismo sentido, la de 20 de mayo, 26 de noviembre, 3 de diciembre de 1954 y otras de años posteriores, siempre contestes. Y al lado de esta consideración de tipo general, refiriéndose ya concretamente al artículo 3.º de la Ley, en la sentencia de 4 de marzo de 1954 se dice que «se trata de un medio jurídico arbitrado para la defensa preventiva de la sociedad contra los peligros del conductor inepto», añadiéndose en la de 3 de diciembre del mismo año que «este precepto legal... ha de ser interpretado siempre dentro de la finalidad en que se inspira dicha ley, dictada ante el peligro social que la utilización ilegítima de esos vehículos significa, por lo que la propia seguridad colectiva reclamó que tal infracción rebasara los límites gubernativos».

Pudiera, con ello, pensarse que, entonces, el único fundamento del artículo 3.º, que pena la conducción «sin habilitación legal» sería la falta de aptitud para la conducción, con lo que se tendría

un criterio interpretativo que obligaría a rechazar la existencia del delito cuando se demostrase que el conductor tenía la aptitud necesaria, en el aspecto técnico, para la conducción. Sin embargo, no parece ser así. Y en este momento es interesante citar la sentencia de 4 de diciembre de 1954, en la que se dice que «el artículo 3.º de la Ley de 9 de mayo de 1950 establece y sanciona una figura delictiva sin precedentes en nuestro Derecho anterior en méritos de la cual la mera y concreta circunstancia de conducir un vehículo de motor sin estar legalmente habilitado para ello constituye delito, y esta definición no alude ni a la aptitud del conductor sin carnet, ni a..., sino que hace exclusiva referencia a su falta de capacitación legal para el desempeño de su cometido». Insistiendo en esta idea, la sentencia de 11 de junio de 1956 estimó que «el hecho de conducir por la vía pública una motocicleta... sin estar legalmente habilitado para ello por medio del correspondiente permiso para hacerlo, integra el delito... no pudiendo conceptuarse suplida tal falta de permiso de conducción por el simple examen y aprobación de las pruebas requeridas para la expedición del mismo», no obstante ser estas pruebas y examen el medio legal de comprobación de la aptitud para conducir. En esta línea se mantiene la doctrina del Tribunal Supremo en reiteradas sentencias, hasta llegar a la de 20 de enero de 1959, en la que se dice que la modalidad delictiva que estudiamos está «fundada ciertamente en la peligrosidad que implica el hecho de conducir un vehículo de motor... pero este fundamento inspirador del precepto no puede servir para contrariar su dictado, por el hecho asimismo aceptado de que el conductor no habilitado esté o pueda estar dentro de las condiciones de aptitud que... porque entonces se sometería a unas justificaciones, ulteriores a la conducción ya hecha, la estimación de la legalidad que se impone como previa, y perdería la fuerza y eficacia que la hace precisa en evitación de los riesgos que trata de evitar».

Hay, pues, y debe haber, algo más que la simple peligrosidad, que sea el verdadero y último fundamento del precepto penal comentado. Y este último fundamento hay que buscarlo, indudablemente, en el contenido propio de la soberanía del Estado, a la que corresponde determinar la forma de ejercicio de ciertos derechos o profesiones que, por su especial interés social o por su contenido peligroso, no deban estar al alcance de cualquier persona.

Así, efectivamente, vemos que el Estado limita el ejercicio de muchas profesiones, condicionándolo a la obtención de un título o licencia. Generalmente esos títulos o licencias se conceden previa la comprobación de una cierta aptitud. Pero no basta con la aptitud para ejercer los actos de la profesión, sino que se precisa la licencia oficial. Así, la medicina, la abogacía; requieren unos conocimientos; pero no basta con tenerlos; ni siquiera basta con haber hecho la Carrera, con haber cursado y aprobado las asigna-

turas, sino que es preciso, además, el cumplimiento de unos requisitos administrativos, que consisten en la obtención del título, que autoriza a ejercer esa carrera, y sin el cual el ejercicio será ilegítimo y podría constituir delito.

Esto mismo ocurre con la conducción de vehículos de motor mecánico, según reconoce la sentencia de 4 de octubre de 1956, en la que el Tribunal Supremo considera que «las formalidades prescritas por las disposiciones administrativas para otorgar el beneplácito para el ejercicio de profesiones... no responde a un requisito susceptible de sustitución o del que pueda prescindirse a voluntad de los interesados, sino que constituye el título legítimo en cuya virtud la soberanía del Estado reconoce un derecho y faculta una actividad determinada, siendo a la vez garantía de su posible y saludable ejercicio para todos los que puedan tener relación con él; y por ello, no basta que una persona se haya examinado... y haya merecido la aprobación del examen... sino que es preciso que esta presunción de aptitud se concrete en el documento legítimo que permita la constante actividad del favorecido, su reconocimiento y amparo».

Por esta razón y fundamento, pese a considerarse nueva en nuestra ordenación penal la figura punible del artículo 3.º de la Ley de 9 de mayo de 1950, puede señalársele un directo antecedente integrado por el artículo 572 del Código penal, como certeramente señala Cuello Calón en su enjundioso comentario a la ley citada (1.ª ed. 1950, pág. 43, nota).

Esta consideración tiene enorme trascendencia, porque influye sobre la naturaleza jurídica del delito configurado. Porque si nos fijamos en el criterio de la peligrosidad del conductor, en base a su ineptitud material, nos encontraríamos con un delito «de peligro» que, naturalmente, desaparecería cuando el conductor fuese materialmente apto y, por consiguiente, su acto no implicase tal peligro. Sólo la sentencia de 15 de febrero de 1957 habla impropia-mente de «delito de peligro» en relación con el de conducción sin habilitación legal. En cambio, si prescindimos de esta consideración, para fijarnos en el simple aspecto de desobediencia a las normas que regulan la legitimidad de la conducción, nos encontraremos con un delito «formal» que es lo que el Tribunal Supremo viene estimando en una larguísima serie de sentencias en que se ha pronunciado sobre este punto. Así, la de 4 de diciembre de 1954, según la cual «la mera y concreta circunstancia de conducir un vehículo de motor sin estar legalmente habilitado para ello, constituye delito, y esta definición no alude ni a la aptitud del conductor sin carnet, ni a su conducta en el manejo del vehículo, ni al resultado dañoso de su actuación»... y más directamente, la de 5 de mayo de 1958, en la que se dice que «el delito de conducir un vehículo sin estar legalmente habilitado para ello, sancionado en el artículo 3.º de la Ley de 9 de mayo de 1950 es

meramente formal..., pues lo que sanciona la ley no es la falta de aptitud, sino la de *habilitación legal*... afirmación que se repite en la de 8 de mayo de 1958 («porque siendo este delito de los de tipo formal...»), en la de 13 de octubre del mismo año, en la de 20 de enero de 1959, y en la de 4 de febrero de 1959 (donde se califica al delito que consideramos de «puramente formal»).

Otro problema que se ha sometido a la consideración del Tribunal Supremo es el de la naturaleza del propio artículo 3.º, al ponerlo en relación con otros preceptos que regulan la expedición, condiciones y requisitos de los permisos de circulación. Frente a la opinión del Tribunal sentenciador, que no había visto claramente la situación, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 7 de febrero de 1959 centra certeramente los términos, y señala que «el tipo de conducción indebida de vehículos de motor integrado en el artículo 3.º de la Ley de 9 de mayo de 1950 tiene las características jurídicas de precepto en blanco, por cuanto que no determina las condiciones concretas de licitud, remitiéndose implícitamente a las normas administrativas de cada momento y caso, que son las llamadas a complementar la figura delictiva, por lo que no es aceptable la tesis sustentada en la sentencia recurrida (que no tiene en cuenta la O. de 10-II-1957), pues no se trata de una disposición de menor rango normativo que pretenda derogar una ley penal, sino de un complemento de tipo absolutamente normal en esta especie de infracciones con naturaleza de ilicitud administrativa penalizada que en nada interfiere la jerarquía de las normas».

II. RÉGIMEN LEGAL

A) La ley en el tiempo. Sobre este punto se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de abril de 1954, resolviendo un problema que se le planteó, a base de la Disposición final de la Ley, sosteniéndose por el recurrente que, no habiéndose dictado por el Ministerio de Justicia ninguna disposición ejecutiva, de las previstas en el texto citado, no se había producido aún la entrada en vigor de la propia Ley, que habría de estar condicionada por la publicación de tales normas complementarias.

El Tribunal Supremo rechaza la tesis, razonando que «la Disposición final de la meritada Ley de 9 de mayo de 1950 no afecta en lo más mínimo a la vigencia de ésta, que empezó a regir, al no haberse dispuesto lo contrario, a los veinte días de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», lo que tuvo lugar al siguiente día de su promulgación, o sea, el 10 de dichos mes y año, y desde entonces se viene aplicando, toda vez que nada importa a este respecto que aún no se hayan dictado las disposiciones ministeriales que se crean ordenes para su mejor ejecución, porque ello sólo atañe a este orden práctico y no al propiamente legislativo».

B) Sobre el régimen especial y personal de la Ley no se ha

ocupado el Tribunal Supremo, pues parece que no ha de plantearse problema alguno, por ser de neta aplicabilidad las normas generales. Únicamente puede ser interesante aquí notar que si la Ley penal, en sí misma, es idéntica para todos, en el presente caso puede resultar variable en su contenido o circunstancias, por cuanto, según la persona que conduce, habrá de tenerse en cuenta diversa legislación complementaria del precepto en blanco, como estudiaremos al referirnos a las diversas clases de permisos existentes y exigibles.

III. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL DELITO

Dice la sentencia de 5 de mayo de 1958 que este delito «sólo requiere para su realización dos hechos: la conducción del vehículo y la carencia de autorización legal, cualquiera que sea la capacidad o aptitud técnica que tenga el conductor». Con arreglo, pues, a este simplicísimo esquema formulado por el Tribunal Supremo, vamos a estudiar los dos elementos, si bien es natural que en cada uno de ellos vayan implicados una serie de conceptos que quizá en una elaboración jurisprudencial ulterior permitan delimitar más elementos de hecho.

A) Que se conduzca un vehículo de motor.

En relación con este primer elemento, hemos de plantearnos dos problemas fundamentales: El primero, el concepto de la conducción; el segundo, el concepto de vehículo de motor.

a) ¿Qué es conducir? ¿Quién es el conductor?

Es un sentido gramatical, conducir un vehículo es tanto como guiarlo o dirigirlo hacia un paraje o sitio. Y así, vulgarmente se entiende por conductor al que maneja los resortes y mecanismos que dominan los movimientos del vehículo y está en condiciones de imprimirle el movimiento y dirección deseados.

Pero el Código de la circulación, en su artículo 3.º, contiene una definición del conductor de vehículos de motor mecánico según la cual es «la persona que maneja el mecanismo de dirección».

Ahora bien, en el vehículo mecánico, los mecanismos de movimiento son de dos clases fundamentales: de dirección y de impulsión. Y ello nos obliga a plantear la cuestión de si podrá considerarse conductor al que maneje los mecanismos de impulsión cuando éstos estén separados de los de dirección. Y, aunque el Tribunal Supremo no haya dicho nada, quizá porque en el estado actual de la construcción de estos vehículos no se dé tal separación, creemos que tal cuestión habría de resolverse en sentido de estimar que sólo es conductor el que maneja los órganos de dirección.

Dándose esta condición fundamental de manejar el mecanismo de dirección, es indiferente la pericia o impericia con que se rea-

lice ese manejo y las condiciones de tiempo o lugar en que se haga.

Así, en la sentencia de 2 de octubre de 1953 se dice que el delito quedó «perfecto desde el instante en que el procesado condujo el vehículo». En la de 4 de octubre de 1954 se consideró conducción delictiva la que momentáneamente realizó el propio dueño del automóvil por ausencia del conductor habitual. En la de 3 de diciembre del mismo año se volvió a condenar a quien conducía momentáneamente. En la de 17 de marzo de 1955 se insiste en que no puede aceptarse la exculpación «de que fué momentáneo, mientras el chófer no se hiciera cargo del camión y sin intención de circular con él, porque, aparte de que tales exculpaciones no están previstas en la ley como elementos de exención..., es patente que condujo por vía de dominio público». La sentencia de 1 de marzo de 1956, en un caso de concurso con imprudencia, remacha la conclusión, señalando que «el delito específico creado por el artículo 3.º de la Ley de 9 de mayo de 1950 se consuma tan pronto alguien conduzca un vehículo de motor sin estar legalmente habilitado para ello; luego el procesado consumó ese su primer delito en el tiempo cuando empezó a conducir un camión por la carretera de ... a ... o sea antes de realizar la maniobra imprudente constitutiva de la segunda infracción».

Contra esta doctrina de la indiferencia de las circunstancias de la conducción, podría alegarse la sentencia de 13 de noviembre de 1956, en la que se absuelve a quien conducía momentáneamente un vehículo. Sin embargo, tal invocación creo sería errónea, porque, bien considerada, la sentencia dicha, la razón de absolver no está en la antijuricidad, sino en la falta de culpabilidad apreciada en el caso concreto.

b) ¿Qué es un vehículo de motor?

Para la concreción de este concepto es preciso considerar las disposiciones del Código de la circulación en que se contienen las definiciones de los vehículos, contenidas en el artículo 4.º, reformado hoy por Decreto de 22 de julio de 1958.

Del examen de ellas puede llegarse a la conclusión primera de que el término «vehículo de motor» que utiliza la Ley penal del automóvil viene a ser rigurosamente equivalente al de «vehículo automóvil» que utiliza el Código.

«Vehículo» que, según el apartado a) del artículo citado, es, «en general, todo artefacto o aparato capaz de circular por las vías públicas».

«Automóvil» que, según el apartado g), es «todo vehículo dotado de medios de propulsión mecánica, propios e independientes del exterior, que circula sin carriles».

Quedan, pues, excluidos los tranvías, que circulan por carriles, y los trolebuses, por depender en su funcionamiento del exterior, así como los cuadros, ciclos y bicicletas, por cuanto su fuerza propulsora no es sino el simple esfuerzo humano o animal, y las má-

quinas de ferrocarril, por el doble motivo de circular sobre carriles y no circular por las vías públicas, ya que por tales hay que entender, de acuerdo con el apartado a) del artículo 5.º del Código, también reformado por Decreto de 22 de julio de 1958, «todo camino que pueda ser utilizado sin más limitaciones que las impuestas por el presente Código», condición que no se da en los caminos férreos.

Quedarían, en cambio, comprendidos en el concepto de vehículos de motor, como equivalente al de vehículo automóvil, las siguientes categorías de vehículos, artefactos o aparatos definidos en el ya citado artículo 4.º del Código de la circulación: el automóvil de turismo (apartado h); el autobús o autocar (apartado i); el camión (apartado j), el tractor (apartado k) y el motociclo o motocicleta (apartado n).

El principal problema que se nos presenta en este aspecto es el de los ciclomotores, es decir, el de si estos artefactos deben o no ser considerados como vehículos de motor.

Es definido este aparato en el apartado p) del artículo 4.º citado diciendo que es «el ciclo provisto de motor auxiliar cuya cilindrada no exceda de setenta y cinco centímetros cúbicos».

Que sea vehículo no ofrece dudas, ya que, a su vez, se define en el apartado o) del propio artículo como un «vehículo accionado por el esfuerzo del propio conductor».

Ahora bien, que este vehículo pueda considerarse automóvil o «de motor», a los efectos del Código y de la Ley penal, es cosa que resulta más dudosa.

En primer lugar, conviene notar que el apartado g) del artículo 4.º del Código excluye expresamente al ciclomotor de la categoría de vehículo automóvil. En segundo lugar, también es de advertir que su propia naturaleza es distinta esencialmente de la del vehículo automóvil, ya que la fuerza propulsora natural del ciclomotor, como la de todo ciclo, es «el esfuerzo del propio conductor», siendo el dispositivo mecánico de impulsión puramente auxiliar de la fundamental y propia energía impulsora, sin lo cual el vehículo no sería un ciclomotor, sino un motociclo.

De acuerdo con estas definiciones, el artículo 89 del Código de la circulación excluye expresamente al ciclomotor de las distintas categorías de automóviles que enumera (especialmente de la 1.ª C, en la que podrían estar comprendidos) y que luego serán determinantes del régimen de habilitación, al relacionarse con el artículo 261 del propio Código, que regula las categorías de los permisos de conducción.

A aclarar la situación viene también el artículo 132 del Código, que en su párrafo 2.º distingue las siguientes categorías, a efectos de régimen: Los motociclos provistos de motor mecánico de cilindrada superior a 50 c. c., que, como regla general, se regirán por las disposiciones del capítulo 5.º del Código, y los «ciclomotores con características de bicicletas, o sea, con pedales practi-

cables en todo momento y cilindrada inferior a 75^{cc}, que se registrarán por lo dispuesto para las bicicletas movidas por la energía de sus propios conductores».

De todo ello, hay que deducir que, para el Código de la circulación, el ciclomotor no es un «vehículo automóvil» o, lo que es lo mismo, un «vehículo de motor» sino un vehículo de tracción humana *con* motor auxiliar y que, por consiguiente, a la conducción de los mismos no es de aplicación la Ley de 9 de mayo de 1950, por lo menos en cuanto se refiere a su artículo 3.º, que es el que a nosotros nos interesa.

Esta conclusión, al parecer tan clara, viene, sin embargo, a enturbiarse a través del examen de otras disposiciones administrativas; me refiero a los Decretos de 11 de enero de 1957 (desarrollado por la Orden de 10 de febrero) y de 19 de diciembre de 1957.

En virtud del artículo 2.º del citado Decreto de 11 de enero, «para la conducción de los vehículos a que se refiere el artículo anterior será precisa la obtención del correspondiente permiso, previos los trámites que el precitado Código (de la circulación) señala». Y el artículo 1.º hace referencia a «los vehículos dotados de motor con cilindrada superior a 50 c. c. tengan o no pedales».

Obsérvese, en primer lugar, que no se califica a estos vehículos como vehículos de motor, sino como vehículos dotados de motor. Y después, nótese una incongruencia, consistente en disponer que sus conductores habrán de proveerse del correspondiente permiso», olvidando que en el Código no hay ninguna clase de permiso que «corresponda» a los ciclomotores, que están expresamente excluidos de las categorías de vehículos y permisos por los artículos ya citados.

Después de esta disposición, la solución al problema podía seguir siendo la ya apuntada: puesto que el ciclomotor no es un vehículo de motor, no le es aplicable la Ley de 9 de mayo de 1950, y la falta de autorización para conducirlo queda relegada al campo puramente administrativo.

La situación se complica, sin embargo, después del Decreto de 19 de diciembre de 1957, que modifica el régimen introducido por el anterior, en relación con el permiso de conducción, en razón, como dice el preámbulo, «al natural retraimiento de sus usuarios ante gastos que resultan desproporcionados...» Por esto, en su artículo 1.º, dispone que «los conductores de vehículos ciclomotores cuya cilindrada no sobrepase los 75 c. c. vendrán obligados obtener una licencia de conducción con arreglo a las normas que por el presente Decreto se establecen, siempre que no sean titulares de cualesquiera permisos de conducción de los previstos en el Código de la circulación.

El artículo 2.º del mismo dispone que «la licencia de conducción sustituirá, a todos los efectos, a los permisos de conducción ordinarios, respecto a los vehículos expresados en el artículo anterior y de sus conductores. Provisionalmente, y en tanto no se

dicten las normas de matriculación especiales para esta clase de vehículos, quedan exentos del permiso de circulación regulado en el capítulo XV del vigente Código de la circulación.»

Se observa, pues, en primer lugar, que, no obstante lo dispuesto en el Decreto de 11 de enero, el ciclomotor, en cuanto vehículo y en orden a su circulación por las vías públicas, vuelve a ser plenamente un «ciclo» (vehículo de impulsión por la energía de su conductor) y, por consiguiente, exento de matriculación y permiso de conducción.

En segundo lugar, es notable la creación de una nueva categoría de permiso de conducción, bajo el nombre específico de «licencia de conducción».

En tercer lugar, se observa que el articulado transcrito se refiere a los ciclomotores «cuya cilindrada no sobrepase los 75 c. c.», sin señalar el límite mínimo a partir del cual sea precisa la licencia. ¿Quiere esto decir que incluso por debajo de los 50 c. c. a que se refería al Decreto de 11 de enero se precisará licencia de conducción? Indudablemente no, pues con el nuevo Decreto se trata de suavizar y no de agravar la obligación impuesta por la disposición de enero.

Parece que con estas nuevas normas no se alteraría la consideración del ciclomotor a los efectos de nuestro estudio y que, por consiguiente, a sus conductores no les sería aplicable el artículo 3.º de la Ley de 9 de mayo de 1950, por no tratarse de un vehículo de motor, sino de un vehículo con motor.

Pero nuevamente surge la complicación y la confusión cuando en este Decreto de 19 de diciembre de 1957 y en su artículo 10 se dice que «serán aplicables a los titulares de *licencias de conducción* las normas de procedimiento y sanciones establecidas en el vigente Código de la circulación en relación con el Decreto de 7 de septiembre de 1951, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar por aplicación de lo dispuesto por la Ley de 9 de mayo de 1950».

¿Qué se quiere decir con esto? ¿Significa que en virtud de este precepto ha de considerarse ya el ciclomotor como vehículo de motor y a su conductor sin licencia como incurso en el artículo 3.º de la Ley citada?

A nuestro juicio, no. En primer lugar, porque el Decreto de 19 de diciembre de 1957 está dictado por el Ministerio de Obras Públicas, y, por consiguiente, no puede considerarse dictado «para la debida ejecución y cumplimiento» de la Ley de 9 de mayo de 1950, ya que según la disposición final de ésta el órgano competente para dictar tal clase de disposiciones complementarias es, únicamente, el Ministerio de Justicia. Y en segundo lugar, porque en esa disposición lo único que se hace es declarar unas sanciones gubernativas, sin perjuicio, es decir, salvando la competencia judicial, para declarar responsabilidades penales a que hubiese lugar, por aplicación de otra norma, sin que ello implique

declaración de que, efectivamente, tal norma sea aplicable, ni de que, efectivamente, en tal caso haya lugar a la responsabilidad criminal.

Si a ello unimos el hecho de que con posterioridad se han dictado los Decretos de 25 de abril y 22 de julio de 1958 que (por exigencias del Convenio de 19 de septiembre de 1949) han reformado profundamente numerosos preceptos del Código de la circulación, y entre ellos, los que definen los vehículos, y que el definitivo texto vigente parece excluir el ciclomotor del concepto de vehículo de motor, podremos sentar la conclusión última de que esta clase de «artefactos o aparatos», aun estando dotados de motor, no pueden ser incluidos en la categoría de vehículos de motor a que alude el artículo 3.º de la Ley de 9 de mayo de 1950.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo no se ha planteado directamente este problema tan interesante, y, por consiguiente, no nos permite aportar un argumento definitivo ni en pro ni en contra de nuestra tesis.

Ciertamente, se ha ocupado de casos de conducción de vehículos de cilindrada inferior a 75 c. c. pero que no han sido determinantes de argumento, como vamos a ver.

Así, en las sentencias de 7 y 11 de junio y 6 de octubre de 1958, y de 2 y 7 de febrero de 1959, contempla una conducción sin carnet de moto marca Guzzi-Hispania de 65 c. c., absolviendo por encontrarse el conductor ajustado a las normas de los citados Decretos de 1957. De ellas parece deducirse que, en otro caso, habría sido aplicable el artículo 3.º de la Ley. Incluso la de 7 de junio de 1958 dice que «en la literalidad del precepto del artículo 3.º de la Ley de 9 de mayo de 1950 está comprendido el procesado que»... pero aparte de la causa de absolución ya citada, no hay que olvidar que el artefacto en cuestión carece de pedales practicables en todo momento y, por consiguiente, no entra en la categoría de ciclomotor (apartado p del art. 4.º C. de la circ.), sino en la de motociclo o motocicleta (apart. n del mismo).

En la sentencia de 22 de abril de 1958 se ocupa el Tribunal Supremo de un vehículo de 50 a 75 c. c. de cilindrada; no conozco las demás características del mismo; y también en este caso el Tribunal Supremo absuelve por el régimen transitorio creado por los Decretos de 1957 en relación específica con la Orden de 10 de febrero de dicho año.

En la sentencia de 8 de mayo de 1958 se refiere el Tribunal Supremo a un «triciclo a motor» (denominación vaga que no declara la naturaleza del vehículo) y condena a quien lo conducía sin permiso de conducir. Pero ocurre que era un vehículo de la marca MYMSA que, según mis noticias sólo se fabrica en potencia de 1,9 (motociclo) y 2,4 (motocarro) HP, es decir, con una cilindrada superior a 75 c. c., y no tiene las características del ciclomotor, pues aparte de la potencia, y carecer de pedales practi-

cables, no tiene las características del ciclo, que es «un vehículo de dos ruedas».

La sentencia de 4 de marzo de 1954 se ocupó de una «motosicleta de 1 HP de potencia», por lo que tampoco responde a las características del ciclomotor.

Por ello, no se ve claro que el Tribunal Supremo considere al ciclomotor como vehículo de motor. Sería conveniente que se planteara de una manera directa el problema y nos lo resolviese, para evitar las dudas y vacilaciones que en la práctica pueden surgir.

Y esta solución, a mi juicio, no puede ser más que la negativa. Lo contrario, podría conducir a situaciones embarazosas, como la siguiente: Si se conduce un ciclomotor llevando el motor auxiliar parado ¿puede decirse que se conduce un vehículo de motor? Creo que no, puesto que entonces lo único que está funcionando es el «ciclo»; y, sin embargo, el artefacto seguiría siendo un ciclomotor. Habría, pues, de tenerse en cuenta a los efectos penales, si se hacía funcionar o no el motor auxiliar, lo que no siempre sería fácil.

B) La carencia de habilitación legal.

El segundo elemento de hecho señalado por la sentencia de 5 de mayo de 1958 como integrante del delito del artículo 3.º de la Ley del automóvil es precisamente este de la carencia de autorización legal para conducir. Pero este elemento es de carácter negativo, y para su perfecta definición es necesario examinar el aspecto positivo del elemento, lo que nos lleva a estudiar previamente cuándo se está autorizado o habilitado para conducir, lo que a su vez implica el conocimiento de la habilitación o permiso de conductor, y sus requisitos.

Pero primero nos interesa señalar cuáles sean en nuestra legislación las distintas clases de títulos que autorizan a una persona a conducir un determinado vehículo.

a) Clases de habilitación para conducir.

En esta materia hay que conjugar dos elementos: por un lado, la condición del conductor, según sea nacional o extranjero, y de otro, la naturaleza o categoría del vehículo.

En cuanto a la conducción del conductor, hay que tener en cuenta si se trata de nacional o extranjero, pues están sujetos a régimen diferente. Pero al hacer esta distinción, surge inevitablemente un problema: El español que habitualmente reside en el extranjero y realiza un viaje temporal, de poca duración, por España, ¿a qué grupo se equipará? A primera vista parece que debe sujetarse al régimen de los nacionales. Sin embargo, hay que considerar la grave carga que para ellos podría representar el tener que obtener un permiso de conducción ordinario; ello, unido a la tendencia legislativa general de favorecer estos viajes, parece indicar la conveniencia de equiparlos a los extranjeros, ante la ambigüedad de los textos que hemos de manejar, que, generalmente no se refieren a la nacionalidad del conductor, sino a la

del vehículo conducido o, por mejor decir, al lugar de su registro o matrícula.

a') Permisos para conductores españoles.

Comenzando por el grado que pudiéramos llamar mínimo de los títulos habilitantes para conducir vehículos con motor, nos encontramos, en primer término, con la llamada *licencia de conducción* establecida por el ya citado Decreto de 19 de diciembre de 1957. Según esta disposición, tal *licencia* sustituye a todos los efectos a los permisos de conducción ordinarios (los regulados por el artículo 261 del Código de la circulación) respecto de los vehículos ciclomotores cuya cilindrada no sobrepase los 75 c. c., siendo su validez ilimitada en el tiempo, en tanto no se proceda a su anulación. Se expiden por las Jefaturas de Obras Públicas mediante simple solicitud, sin sujeción a pruebas, exámenes ni pago de tasas de ninguna clase. Durante los diez días que se prevé que puede durar la tramitación del expediente, servirá de licencia provisional el recibo o resguardo de presentación de la instancia documentada. En casos especiales que prevé el artículo 3.º, párrafo 2.º del Decreto, ese plazo podrá prorrogarse a veinte días.

Avanzando más, nos encontramos con otra forma especial de habilitación: el «certificado» o carnet de tractorista, creado por la Orden de 6 de abril de 1951, dictada para facilitar la utilización de tractores agrícolas.

Y es que, aun cuando en principio los tractores responden al concepto genérico de vehículo automóvil, estando por ello sujetos al régimen general y ordinario de habilitación del conductor (norma 3.ª, párrafo 1.º de la Orden citada), la categoría de tractores agrícolas, que se definen como aquellos que «pueden actuar en tierras de labor arrastrando maquinaria agrícola y que estén inscritos como tales en los Registros del Ministerio de Agricultura» (regla 1.ª de la Orden) se ha considerado privilegiada en nuestra situación económica, y digna de sujetarse a un régimen especial, tanto en orden a su circulación por las vías públicas, como en cuanto a su conducción. En este último aspecto, que es el que nos interesa, se dispone en el apartado último de la regla 3.ª de la Orden de 1951 que «sus conductores deberán poseer e ir provistos de un permiso de conducción de cualquiera de las categorías señaladas en el vigente Código de la circulación (por tanto, incluso la 3.ª categoría bastará) o, en su defecto, de un certificado expedido por la Delegación Provincial de Industria, visado y registrado en la Jefatura de Obras Públicas, que acredite su conocimiento de las reglas de circulación por carretera». Este certificado permite conducir por las vías públicas exclusivamente el tractor agrícola, con o sin remolque, pero no otra clase de tractores o vehículos, aunque respondan al concepto de tractor.

Entrando ya en el Código de la circulación, en su artículo 261 nos encontramos los que pueden considerarse *permisos de conducción* ordinarios, vulgarmente conocidos por el nombre de car-

net de conductor, divididos en las siguientes categorías o clases:

El permiso de conducción de tercera clase, que sólo autoriza para la conducción de automóviles de la 1.^a categoría, es decir, motocicletas y, en general, vehículos de dos o tres ruedas dotados de un motor auxiliar o permanente con cilindrada superior a 50 centímetros cúbicos.

El permiso de conducción de segunda categoría sólo autoriza a conducir automóviles de 1.^a y 2.^a categoría (es decir, los ya dichos de dos o tres ruedas y los que tengan más de tres ruedas con un número de asientos no superior a nueve, incluido el del conductor, si son de viajeros, o cuyo peso en carga no exceda de 3.500 kgs.) incluyendo los de 2.^a categoría con remolque cuyo peso en vacío no exceda de 250 kilogramos, siempre que unos y otros estén destinados al servicio particular.

Concretando este concepto del automóvil de servicio particular, se establece en el artículo 261 del Código una definición y una exclusión. Se definen los de servicio particular diciéndose que son aquellos «de titulares que no exploten con dichos vehículos una industria de transporte de personas o cosas». Y por exclusión, se dice que «no se considerarán a este efecto automóviles de servicio particular los que estén al servicio de hoteles, casinos, colegios o entidades análogas, y tampoco los destinados al servicio oficial, ya correspondan al Estado, Región, Provincia o Municipio».

Un curioso problema se planteó al Tribunal Supremo en orden a si un determinado vehículo era o no de «servicio público». Como es sabido, según el artículo 175 y siguientes y 203 y siguientes del Código de la circulación, aparte de otras disposiciones administrativas, principalmente fiscales, la condición de «servicio público» se obtiene para un coche mediante una licencia especial. Puede ocurrir, y no faltan ejemplos en la práctica, que se inscriba como de servicio público un vehículo, aunque en la realidad sólo preste servicios a su propietario. Y el problema, entonces, es el de si su conductor necesitará el carnet correspondiente al servicio público o si podrá conducir con el que normalmente correspondería al vehículo si fuese de servicio particular. El caso enjuiciado por el Supremo fué el de un propietario que matriculó su automóvil como de servicio público con la exclusiva finalidad de mejorar el cupo de gasolina, pero que, destinándolo a su exclusivo servicio, lo conducía con carnet de segunda. Absuelto por el Tribunal de instancia, recurrió el Ministerio Fiscal y el Tribunal Supremo acogió el recurso por estimar que el permiso de 2.^a «no faculta para conducir automóviles de S. P., sea cualquiera la finalidad con que el propietario matriculase el vehículo como de S. P.». Aplicación evidente del principio *ubi commodum...* que demuestra que para el Tribunal Supremo no cuenta sólo la materialidad, el aspecto puramente objetivo de la efectiva dedicación al servicio de alquiler, sino más bien, o, por lo menos, también

el criterio formal de la adscripción por vía gubernativa a tal servicio.

El permiso de conducción de primera clase autoriza a conducir toda clase de automóviles de carga y de viajeros cuyo número de asientos no exceda de nueve, pudiendo arrastrar un remolque cuyo peso en vacío no exceda de 250 kilogramos.

El permiso de conducción de 1.ª clase especial autoriza a la conducción de autobuses y camiones con remolque de cualquier peso.

Todos estos permisos últimamente citados como ordinarios, se expiden por las Jefaturas de Obras Públicas mediante expediente en el que aparte de la documentación precisa y pago de las tasas establecidas, ha de acreditarse la aprobación de un examen ante la Delegación de Industria, pudiendo este expediente tener características especiales en los casos que regula el propio Código en sus artículos 267 y siguientes, y 273.

Pero, al lado de ellos, el propio artículo 273 del Código de la circulación reconoce la existencia de un permiso de conducción de carácter especial, que es el que ciertos organismos militares pueden conceder, y cuya especialidad estriba en que «no se computan válidos más que para la conducción de automóviles propiedad de los institutos armados adscritos a servicios militares» estableciéndose que «el que haya de conducir automóviles que no pertenezcan a dichos Ministerios, está obligado a canjear el certificado de aptitud o permiso de conducción (militar) por un permiso de conducción de 2.ª clase» que se expedirá por la Jefatura de Obras Públicas.

b') Permisos de conducción para extranjeros.

El régimen especial de los extranjeros en orden a su habilitación para conducir vehículos de motor viene establecido en el artículo 235 del Código de la circulación, hoy reformado por Decreto de 25 de abril de 1958 para adaptarlo a la situación creada por la adhesión de España al Convenio internacional de Ginebra de 1949. Aunque expresamente no se diga, no creo que haya nada que se oponga a que cualquier extranjero pueda utilizar una habilitación de las ordinarias para nacionales, ya examinadas. La especialidad de su régimen se establece atendiendo a los siguientes supuestos:

1.º Automóviles extranjeros matriculados en naciones adheridas al Convenio Internacional de Ginebra de 19 de septiembre de 1949. Como norma general, sus conductores deberán proveerse del Permiso Internacional correspondiente a la clase del vehículo, expedido en las condiciones del Anejo X del Convenio. Sin embargo, tratándose de vehículos de las categorías 1.ª o 2.ª de las establecidas en el artículo 89 del Código de la circulación, se admitirá el permiso de conducción del país de origen, si está expedido con arreglo al modelo del Anejo IX del Convenio. Transitoriamente, hasta el 15 de marzo de 1963, podrán circular

en las condiciones que establecía el Convenio de París de 24 de abril de 1926.

2.º Automóviles extranjeros matriculados en naciones adheridas al Convenio de París, de 24 de abril de 1926, pero que no se hayan adherido al de Ginebra de 1949. Podrán sus conductores circular en las condiciones establecidas en el caso anterior, es decir, con arreglo al Convenio de Ginebra (criterio un tanto incongruente puesto que sus países no han querido aceptarlo) o bien con las especiales condiciones del propio Convenio de París.

3.º Automóviles extranjeros procedentes de naciones y territorios no adheridos a ninguno de los dos Convenios. El párrafo último del artículo 235 del Código de la circulación se remite para este último grupo al anejo 8 del Código, sin duda por error, pues quiere decirse anejo 3. De acuerdo con éste, ha de tratarse de automóviles de turismo y, a petición del turista, la Jefaturas de Obras Públicas autorizadas para ello expiden un permiso especial de 2.ª clase cuya validez es de un año, después del cual, si desean seguir conduciendo tienen que cumplir los requisitos generales exigidos por el Código. Estos permisos sólo autorizan a conducir vehículos de las categorías 1.ª C y 2.ª A.

b) Requisitos de la habilitación legal.

Vistas ya las clases de habilitación existentes en nuestro Derecho, es preciso examinar los requisitos que las hacen válidas y eficaces para excluir el delito de conducción ilegal. Estos requisitos son, fundamentalmente, la suficiencia y la vigencia de la habilitación poseída.

a') La suficiencia de la habilitación.

La suficiencia de la habilitación consiste en la adecuación de la misma para la conducción del vehículo de que se trate, o sea la correlación entre la clase del permiso de conducción y la categoría o clase del vehículo conducido. Es decir, que no basta con poseer cualquier clase de permiso de conducción para conducir cualquier clase de vehículo, pues entonces, como dice la sentencia de 7 de mayo de 1954, «carecería de valor el adverbio *legalmente* que completa la modalidad de la habilitación exigible». Y, abundando en este sentido de la trascendencia penal de la adecuación entre el permiso y el vehículo conducido, dice la sentencia de 29 de enero de 1958 que «el delito creado por el artículo 3.º de la llamada Ley penal del automóvil de 9 de mayo de 1950 no se refiere sólo al hecho de conducir un vehículo de motor sin hallarse provisto de alguna clase de carnet o permiso para conducir sino que, según su texto literal, tiene un radio de acción mucho más amplio, al declara sujetas a sanción a cuantas personas condujeron un vehículo cualquiera de aquella clase sin estar legalmente habilitado para ello», añadiendo la sentencia de 15 de febrero de 1957, que tal precepto «hace reo de este delito no sólo al que conduce sin estar provisto de permiso alguno, expedido por el organismo competente, sino que del mismo modo alcanza al que estando en pose-

sión de carnet de una determinada categoría conduce vehículo para el que sea preciso otro de categoría superior».

Esta idea fundamental campea en la larga serie de sentencias motivadas por el artículo 3.º de la Ley que comentamos, en las que se reputa delito tanto el conducir sin permiso como el hacerlo con permiso insuficiente, que vamos a sistematizar en los siguientes grupos:

Sentencias en que se contempla la conducción sin ninguna clase de permiso.

Relativas a tractores: 20 de mayo de 1954, 21 de mayo de 1954, 4 de octubre de 1958, 1 de diciembre de 1958 y 10 de diciembre de 1958.

Relativas a motocicletas: 4 de marzo de 1954, 11 de junio de 1956, 20 de enero de 1958, 8 de mayo de 1958, 13 de octubre de 1958 (dos de la misma fecha), 13 de noviembre de 1958, 20 de enero de 1959 y 4 de febrero de 1959.

Relativas a automóvil de turismo: 28 de noviembre de 1955 y 12 de febrero de 1959.

Relativas a turismo de Servicio Público: 23 de abril de 1954.

Relativas a camión: 2 de diciembre de 1953 (1.ª en que se aplicó el artículo que comentamos), 3 de diciembre de 1954, 17 de marzo de 1955, 26 de noviembre de 1955, 18 de abril de 1956 y 2 de enero de 1957.

Relativas a autobuses: 4 de octubre de 1954.

Sentencias en que se contempla la conducción con permiso insuficiente.

En primer lugar, citaremos las de 16 de diciembre de 1954 y 7 de octubre de 1958, que consideraron delito la conducción de vehículos automóviles de carácter civil por conductores provistos de permisos de carácter militar, expedidos por la Sección de Automovilismo del Ejército, ya que para los vehículos no militares, el artículo 261 del Código exige el permiso expedido por la Jefatura de Obras Públicas, sin que sea obstáculo para ello el que el permiso militar sea canjeable por el civil u ordinario, pues sería preciso que el canje se hubiese realizado de manera efectiva para considerar autorizado al conductor.

Tratándose de automóviles de turismo dedicados al servicio público de alquiler (taxis) ha dicho el Tribunal Supremo que conducirlos con carnet de 2.ª clase constituye el delito que examinamos, pues, de acuerdo con el artículo 261 del Código de la circulación, para conducirlos se precisa del de 1.ª clase, en sentencias de 2 de enero de 1954 (dos del mismo día), 23 de marzo del mismo año y 30 de junio de 1958.

También conducir camiones o camionetas con remolque de la categoría 3.ª, se ha considerado delictivo, cuando no posee el carnet de 1.ª clase, que es el legalmente exigible; así lo hace el Tribunal Supremo en sus sentencias de 5 de marzo de 1954, 7 de marzo de 1954, 1 de marzo de 1956, 18 de octubre de 1956, 15 de

febrero de 1957, 23 de diciembre de 1957, 29 de enero de 1958 y 10 de diciembre de 1958.

La conducción de autobuses de viajeros sin el carnet de 1.ª especial también constituye delito aunque el conductor esté en posesión del de 1.ª clase, es decir, el de clase inmediatamente inferior, y así ha tenido ocasión de expresarlo el Tribunal Supremo en las sentencias de 26 de noviembre de 1954, 24 de febrero de 1956 y 13 de diciembre de 1956.

Un problema interesante y curioso, que también ha llegado al Tribunal Supremo, es el de los vehículos transformados, es decir, aquellos que, habiendo sido clasificados inicialmente en una determinada categoría, han sido convertidos en otra clase posteriormente. El caso puede admitir variantes casi ilimitadas. Nosotros sólo hemos de ocuparnos de los supuestos que han llegado al Tribunal Supremo.

La sentencia de 26 de abril de 1957 se ocupó de un supuesto de hechos según el cual un vehículo de turismo, clasificado por O. P. como de 2.ª categoría, había sido transformado en furgoneta para el transporte de mercancías, siendo conducido por quien poseía solamente permiso de 2.ª clase. Se llegó a la absolución por considerar que «el artículo 261 del Código de la circulación concede autorización para conducir automóviles de carga, no sólo a los que poseen permiso de 1.ª clase, sino también a los de 2.ª, cuando se trate de vehículos que estén clasificados en 2.ª categoría y no se explote con ellos una industria de transporte de personas o cosas... y como el turismo transformado en furgoneta... estaba clasificado como vehículo de 2.ª categoría, por la Jefatura de O. P., que es el organismo encargado de expedir los permisos de circulación de los mismos y reunía las características requeridas por ella, conforme a lo prevenido en el artículo 89 del mentado Código, por no constar que su peso en carga excediese de 3.500 kgs., así como tampoco estuviese dedicado al transporte de cosas ajenas al propietario de la furgoneta, es manifiesto que a su conductor, por estar provisto del carnet de 2.ª clase hay que conceptuarle legalmente habilitado para hacerlo...»

La sentencia de 24 de noviembre de 1956 contempla el caso de un camión, sin permiso de transporte de viajeros, que se transforma en omnibús o autobús, siendo conducido por persona que posee simple carnet de 2.ª clase. El Tribunal Supremo razona (para confirmar la condena) que «el carnet de 2.ª clase de que estaba en posesión el procesado no le autorizaba para transportar en el vehículo que conducía personas ni cosas ajenas a la propiedad de aquél, pues, conforme a lo dispuesto en los artículos 89 y 261 del Código de la circulación, precisaba el carnet de 1.ª clase, por lo que es visto no estaba legalmente habilitado para su conducción con las personas y mercancías que llevaban en la ocasión de autos, incurriendo, por lo tanto, en el delito previsto y

sancionado en el artículo 3.º de la Ley de 9 de mayo de 1950 que con acierto aplicó la Sala.»

De la primera sentencia citada se desprende la conclusión de que la transformación que no afecta a la categoría del vehículo (según el cuadro establecido por los artículos 89 y 261 del Código) no tiene trascendencia en orden a la aplicación al artículo 3.º de la Ley de 9 de mayo de 1950.

De la segunda, parece deducirse que, incluso la transformación que altera la categoría del vehículo, carece también de trascendencia, ya que el Tribunal Supremo, en el caso de autos, dice que precisaba carnet de 1.ª clase», «lo que es cierto para el camión de servicio público, pero no lo es para el autobús, que precisa carnet de 1.ª especial. Y es que aquí, creemos, el Tribunal Supremo no ha querido ir al límite de la cuestión, sino que se ha satisfecho con estimar que el procesado no estaba habilitado ni siquiera para conducir el camión en su forma primitiva y, naturalmente, mucho menos el autobús. Más interesante habría sido la sentencia si el conductor hubiese tenido carnet de 1.ª; ¿se le habría declarado legalmente habilitado para conducir el autobús resultante de la transformación? A nuestro juicio, no. Porque, a nuestro parecer, la transformación que afecte a la categoría del vehículo, de tal manera que lo haga subir a la superior, llevará consigo la consecuencia de mayores exigencias a la habilitación para conducirlo, aunque no se haya sometido el vehículo transformado a nueva revisión y clasificación por el organismo oficial. Porque lo contrario sería consagrar otro «subterfugio fácil y cómodo, aunque no racional ni legítimo, para soslayar el cumplimiento de preceptos legales dictados en amparo de la seguridad personal de quienes ocuparan el vehículo», como, para caso semejante, ha razonado la sentencia de 26 de noviembre de 1954.

b') La vigencia de la habilitación.

El segundo requisito fundamental de la habilitación, para que surta sus efectos legales es, según indicamos antes, la vigencia de la misma, lo que plantea el interesante problema del comienzo y el fin de la habilitación.

Sobre el momento inicial de ella se ha pronunciado múltiples veces el Tribunal Supremo, pero sin llegar a establecer una doctrina concreta y firme de cuál sea ese momento a partir del cual la habilitación empieza surtir sus efectos.

De una manera absoluta se afirma que lo que confiere la habilitación es el título expedido por la autoridad competente, con total independencia de la aptitud técnica que pueda concurrir en el que no tiene título. Pero el proceso de obtención del título es complejo y ello ha obligado a examinar los distintos momentos del trámite.

Y así, se descarta, en primer lugar, que esté habilitado el que simplemente ha aprobado los exámenes, aunque posteriormente se le expida el carnet correspondiente. En este orden, podemos ci-

tar las siguientes sentencias: de 11 de junio de 1956; de 2 de enero de 1957 (donde se dice que el examen «es uno de los varios trámites que preceden a la expedición del permiso»); de 8 de mayo de 1958, de 13 de octubre de 1958, de 10 de diciembre de 1958, de 20 de enero de 1959 y de 2 de febrero de 1959.

Ni siquiera basta con que se haya terminado la tramitación del expediente de habilitación. En este sentido, la sentencia de 11 de junio de 1956, donde se dice que «no puede suplirse la falta de permiso por el simple examen y aprobación, ni aunque se siguiera la completa tramitación al objeto de conseguirlo, pues ínterin no se autorice por la Jefatura de O. P. el procedente carnet no debe estimarse capacitado el conductor para la circulación».

Otras sentencias habían ya más categóricamente de este aspecto. Así, en la de 2 de enero de 1957, se dice que «la habilitación legal... no resulta de la habilitación práctica o técnica, mediante la aprobación de los ejercicios reglamentarios..., sino de la real y efectiva obtención de tal permiso», y en la de 29 de mayo de 1957, también se habla de la «obtención»: la de 20 de enero de 1958 recuerda que «la legalidad vigente obliga a la posesión...» La de 5 de mayo de 1958 ratifica que la habilitación la da «el permiso expedido». La de 8 de mayo de 1958 afirma que «esta habilitación no puede tenerse si no se posee el correspondiente carnet oficial...» La del 13 de noviembre de 1958 abunda en el criterio de la expedición. La de 20 de enero de 1959 vuelve a señalar que no está habilitado el conductor «antes de haber cumplido los requisitos legales para obtener» la habilitación. Y la de 4 de febrero de 1959 insiste en que la habilitación «no puede tenerse si no se posee el correspondiente carnet oficial».

Se barajan, pues, distintos conceptos. Pero, como obtener es adquirir y expedir es entregar, y la entrega y la obtención implican una posesión, resulta que, en fin de cuentas, la habilitación no nace hasta el momento en que, por la expedición y la adquisición, entra el sujeto en la real y efectiva posesión del carnet. La mejor piedra de toque de esta conclusión jurisprudencial nos la da la sentencia de 4 de diciembre de 1954, que contempló un curiosísimo caso, de gran interés para la doctrina que señalamos.

Se trataba de un sujeto que había realizado los exámenes, aprobando; la Jefatura de Obras Públicas había llegado a expedir el título o carnet, y ya estaba, exclusivamente, pendiente de que el interesado lo recogiese. Pero, al ir a entregárselo, el procesado lo rechazó pretextando ser caro, y excesivos los derechos de obtención que se le pedían; fué, luego, sorprendido, conduciendo un camión y denunciado; más tarde, adquirió el carnet (parece ser que el mismo que antes rechazó).

A este curioso supuesto de hecho aplica el Tribunal Supremo el siguiente considerando, para confirmar la condena: «Que el artículo 3.º de la Ley de 9 de mayo de 1950 establece y sanciona una figura delictiva sin precedentes en nuestro derecho anterior,

en méritos de la cual la mera y concreta circunstancia de conducir un vehículo de motor sin estar legalmente habilitado para ello constituye delito, y esa definición no alude ni a la aptitud del conductor sin carnet, ni a su conducta en el manejo del vehículo, ni al resultado dañoso de su actuación, sino que hace exclusivamente referencia a su falta de capacitación legal para el desempeño de su cometido, capacitación que si pudo en el presente caso haber sido formulada y reconocida por la autoridad administrativa a ello llamada, no puede entenderse bastante a efectos penales de la ley especial citada sino cuando recogido el título, que así lo demuestra, y que supone haber llenado todos los requisitos legales exigidos, queda perfecta la habilitación para conducir, que no se puede estimar cumplida cuando no sólo no se está en posesión del carnet representativo de dicho cumplimiento, sino que consta probado que al serle entregado al recurrente éste lo rechazó con pretextos de carestía no reclamados en forma, y desentendiéndose de su falta, voluntaria y arbitrariamente producida por actos propios de repulsa, obraba como si realmente estuviese en su posesión...»

Vese, pues, aquí, cómo el carnet estaba ya autorizado por el organismo competente, y condiciones de surtir sus efectos, como lo demuestra el hecho de que después fué adquirido, es decir, recibido, por el candidato a conductor. Sin embargo, mientras éste no lo recibió de una manera efectiva, el Tribunal Supremo afirma que no estuvo habilitado legalmente.

Quiero, sin embargo, hacer aquí referencia a una cuestión interesante y que no se oculta a ningún jurista: La necesidad de no confundir esta posesión del documento con la simple circunstancia de «llevarlo sobre sí» durante la conducción, como exige el artículo 106 b) del Código de la circulación. Esto sigue dando lugar a una simple infracción administrativa; la práctica así lo entiende y por ello los Agentes de Circulación, cuando levantan un acta de infracción consistente en no llevar carnet, suelen conceder un plazo prudencial para presentarlo y sólo cuando no se les exhibe cursan el correspondiente parte por delito a la Autoridad judicial, haciéndolo en otro caso solamente a la gubernativa.

También es notable la postura del Tribunal Supremo en orden a la eficacia habilitante de los certificados para conducir tractores agrícolas, por lo que vamos a fijarnos en las distintas sentencias dictadas sobre conducción de los mismos.

Una, de 21 de mayo de 1954, no contiene dato alguno de interés para determinar el momento inicial de la habilitación. Otra, de 20 de los mismos mes y año, había llegado a la condena considerando que, según la Orden de 6 de abril de 1951, los conductores de tractor deberán ir provistos de permiso de conducción, «o, en su defecto, de un certificado expedido por la Delegación de Industria, visado y registrado en la Jefatura de Obras Públicas»... Claro que en estos casos no había tal certificado ni, por

consiguiente, se presentaba duda alguna sobre la mayor o menor complejidad de los requisitos de la obtención de la habilitación. Otro tanto ocurre en otras sentencias. Las verdaderamente interesantes para nuestro fin son las de 8 de abril de 1958 y 10 de diciembre de 1958, ambas referidas a tractores, y a tractorista que tenía el certificado, pero sin visar ni registrar por la Jefatura de Obras Públicas. Y lo notable es que la conclusión de ambas sentencias es contradictoria.

La de 8 de abril considera que «se mantiene la infracción por interpretación errónea del párrafo 5.º del núm. 3.º de la Orden del Ministerio de Obras Públicas de 6 de abril de 1951 y el artículo 3.º de la Ley de 9 de mayo de 1950 al tener acreditado que el recurrente tenía certificado de conocer las reglas de circulación expedido por la Delegación de Industria; motivo inaceptable, porque el citado artículo 3.º de la llamada Ley penal del automóvil considera delito conducir un vehículo de motor sin estar legalmente habilitado para ello, y como la mencionada Orden de abril de 1951 exige que los certificados de la Delegación de Industria estén visados y registrados en la Jefatura de Obras Públicas, requisito del que carecía el que poseía el procesado, éste no estaba en condiciones legales de conducir»... por lo que confirma la sentencia condenatoria de instancia.

La de 10 de diciembre contiene el siguiente considerando: «Que la diversidad de casos que se someten a conocimiento de los Tribunales de Justicia en el orden penal obliga a examinar sus especiales características y aunque a primera vista pudiera estimarse que el problema del recurso está resuelto por las sentencias de 20 y 21 de mayo de 1954, si se ponen en relación los casos contemplados en aquellas resoluciones con el que es objeto de estudio, se advierten las diferencias que los separan, puesto que así como en las citadas sentencias los procesados no tenían permiso para conducir vehículos de motor mecánico ni estaban provistos del certificado expedido por la Delegación de Industria a que se refiere el párrafo último del artículo 3.º de la Orden de 6 de abril de 1951, que regula la circulación por carretera de los tractores agrícolas, en cambio el procesado recurrido, cuando el 23 de septiembre de 1957 conducía un tractor por determinada carretera, contaba con el certificado de la expresada Delegación, acreditativo de conocer los artículos correspondientes del Código de la circulación que le había sido expedido hacía más de tres meses... y aunque el visado de la Jefatura de Obras Públicas fuera posterior, por causas que se desconocen y que pudieran no ser imputables a la persona que lo obtuvo, esa falta de formalidad puramente administrativa carece de relevancia en la esfera penal y es insuficiente para llevarla al ámbito de la figura delictiva creada por el artículo 3.º de la Ley de 9 de mayo de 1950»... por lo que, confirmando la absolución de la Sala de instancia, desestima el recurso que había interpuesto el Ministerio Fiscal.

Prescindiendo de la razón de equidad que parece inspirar esta última sentencia, y que pudo tener su cauce adecuado a través de la estimación de la falta de dolo, la doctrina sobre la necesidad o superfluidad del requisito del visado y registro en la Jefatura de Obras Públicas queda en franco entredicho. ¿A cuál de las dos afirmaciones atenerse? La disyuntiva es difícil de resolver; creemos, no obstante, que el criterio de benevolencia apoyaría la solución favorable al reo, tanto más cuanto que la Orden de 1951 que regula la materia parece tener el exclusivo fin de facilitar hasta el máximo el uso de tractores, y que de lo que se trata al implantar el certificado de tractorista es, sencillamente, de garantizar el conocimiento de las reglas de circulación por cuantos pretendan circular conduciendo un tractor por las vías públicas, finalidad que se consigue antes del visado y registración por Obras Públicas. Pero, en todo caso, para confirmar uno u otro criterio, sería conveniente que el Tribunal Supremo se pronunciase nuevamente sobre el tema. En todo caso, de confirmarse esta tesis favorable al reo la falta del visado sería constitutiva de una infracción administrativa, sancionable por las autoridades de este orden.

El segundo tipo a tratar en orden al tiempo de vigencia de la habilitación legal decíamos que era el del momento final de la misma.

En este orden, naturalmente, lo primero que hemos de señalar es el caso de los permisos de conducción de carácter temporal, como los internacionales a que se refiere el artículo 235 del Código de la circulación. En este supuesto, la habilitación cesa automáticamente en el momento de la caducidad.

Otro supuesto es el de la privación del permiso por vía de sanción o pena impuesta por las correspondientes autoridades gubernativas o judiciales. Está previsto en los artículos 277 y 278 del Código de la circulación en la Ley penal del automóvil, artículo 11, y en el artículo 565 del Código penal. En todos estos supuestos de retirada, desde el momento en que la misma se efectúa, mediante la recogida del carnet, queda el sujeto inhabilitado para la conducción.

De esto se ha ocupado el Tribunal Supremo en dos sentencias. La de 10 de diciembre de 1955 se dicta contra un sujeto privado de carnet por sentencia firme anterior, confirmándose la condena del Tribunal de Instancia por el delito del artículo 3.º de la Ley penal, y ampliándola para hacer aplicación del artículo 11 que había dejado de aplicar la Sala.

En la de 13 de noviembre de 1956, el condenado por el quebrantamiento de condena recurre y gana la absolución ante el Supremo; pero leyendo atentamente la sentencia se aprecia cómo no se absuelve por falta de antijuricidad tipificada, sino por falta del elemento subjetivo del delito, por falta de culpabilidad, o, como dice la sentencia, de voluntariedad de delinquir.

Una subespecie de este caso es la de la retirada del permiso de conducir, acordada como medida cautelar durante el sumario de acuerdo con la Ley de procedimiento de urgencia de 1957. ¿Puede entenderse que tal privación de permiso implica cesación de la habilitación legal a los efectos del artículo 3.º de la Ley de 9 de mayo de 1950? Aunque en principio parece que sí, no estaría de más que el Tribunal Supremo llegase a establecer una conclusión sobre el tema que, hasta ahora no ha llegado a su conocimiento.

Un tercer supuesto a considerar es el de la caducidad del permiso ordinario por falta de cumplimiento de requisitos que pueden ser necesarios para la conservación del permiso. Tal ocurre con la revisión periódica a que se sujetan los conductores por virtud del artículo 266 del Código de la circulación, reformado por Decreto de 12 de septiembre de 1957 y complementado por el Decreto de 23 de diciembre de 1957.

Según estos preceptos, «los titulares de permisos de conducción de todas las clases están obligados a someterse a revisión periódica de sus aptitudes», revisión que tiene diversos plazos y requisitos según la naturaleza del permiso poseído; de no cumplirse este requisito de la revisión, como dispone el propio artículo 266 del Código, «perderán automáticamente su validez todos los permisos».

En este supuesto queda, a nuestro juicio, perdida la habilitación una vez transcurra la fecha tope sin haberse pasado la revisión.

El Tribunal Supremo aún no ha tenido ocasión de ocuparse de esta situación. Se ha pronunciado, en cambio, sobre otra que puede parecer semejante, a la que vamos a hacer referencia.

En la Sentencia de 31 de diciembre de 1956, se ocupa el Tribunal Supremo de un conductor que el 4 de febrero de 1954 conducía un automóvil «habiendo sido estatalmente habilitado para conducir tal clase de vehículos el 18 de julio de 1933, sin que se haya hecho desaparecer tal habilitación, si bien no fué canjeado el carnet expedido ese día como dispusieron normas legales posteriores» (se refiere, sin duda, a la disposición transitoria del artículo 298 del Código de la circulación, que disponía el canje voluntario hasta el 1 de enero de 1940). El Tribunal Supremo considera que «el pensamiento del legislador al llevar al artículo 3.º de la Ley de 9 de mayo de 1950 la norma en el mismo contenida no fué otro que el de estimar delictivo el hecho de conducir sin estar legalmente habilitado para ello, o lo que es lo mismo, sin haber sido declarado apto para lo conducción de determinada clase de vehículos, por la peligrosidad que entraña conducirlos sin las garantías que la declaración de aptitud confiere, y como el procesado, según afirma el Tribunal que le juzgó, conducía un automóvil de su propiedad estatalmente habilitado para ello, la mera omisión del canje de su permiso por el nuevo, creado por el Código de la circulación, no le hace reo del delito previsto en

el mencionado artículo 3.º de la Ley especial, porque ese incumplimiento de un deber reglamentario, que puede ser corregido en vía distinta de la penal, ni priva ni resta eficacia a la primitiva habilitación para conducir que acredita su pericia». En consecuencia, confirma la sentencia absolutoria de instancia.

Dé aquí parece deducirse que la caducidad reglamentaria del permiso no daría carácter punible a la ulterior conducción. Sin embargo, para no dejarse llevar a conclusiones erróneas, creemos que es preciso tener en cuenta que la disposición transitoria citada no establecía de manera expresa la caducidad o anulación de los permisos no canjeados, ya que, por otra parte, el canje anterior a la fecha señalada tenía el carácter de voluntario. Para que la conducción hubiese pasado a ser ilegal, habría sido preciso que el canje hubiese sido forzoso y con expresa declaración de caducidad del permiso, que es lo que ocurre con el actual artículo 266 del Código de la circulación, por lo que creemos que en este caso la habilitación se pierde automáticamente, como dice el precepto.

c) La exigibilidad de la habilitación expresa.

Vistas ya en los apartados anteriores las distintas clases de habilitación, su eficacia y requisitos, hemos de señalar ahora otra circunstancia que ha de ser esencial (así lo dice la sentencia de 2 de febrero de 1959) para la estimación del delito del artículo 3.º de la Ley de 9 de mayo de 1950.

Esta circunstancia consiste en que, para que exista el delito no basta con el simple hecho de conducir sin un carnet o permiso, sino que es imprescindible que sea necesaria la habilitación específica o expresa, es decir, que haya un precepto legal que la haga exigible.

En este sentido es muy interesante la sentencia de 4 de marzo de 1954 que estimó que «el delito creado por el artículo 3.º de la Ley de 9 de mayo de 1950 consiste en conducir un vehículo de motor sin hallarse provisto, quien lo haga, de la autorización legal cuando sea necesaria, o lo que es lo mismo, se trata de un medio jurídico arbitrado para la defensa preventiva de la sociedad contra los peligros del conductor inepto, pero que, al no poder interpretarse extensivamente las leyes penales, sólo alcanzará la represión a cuantos conduzcan automóviles que requieran el permiso con carácter obligatorio, pues, pese al riguroso parecer de la sentencia (de instancia), existen excepciones legítimas por causa del número de ruedas que aquéllos tuvieren junto con la escasez de su energía propulsora» y que «la falta de precepto alguno sobre la exigibilidad de habilitación expresa respecto del vehículo conducido impone un pronunciamiento absolutorio, por no hallarse incurso el autor en el artículo 3.º de la Ley de 1950 que antes se comentó». Se trataba de una moto de 1 HP que entonces no precisaba licencia, pues hasta el Decreto de 21 de octubre de 1955 no se rebajó el límite de los vehículos de 1.ª categoría hasta los

50 c. c. que rige en la actualidad. Afirmación semejante contiene la ya citada sentencia de 2 de febrero de 1959, que habla del «elemento esencial requerido por el artículo 3.º de la Ley de 9 de mayo de 1950, cual es la exigencia de habilitación legal para conducir».

De esta doctrina se desprende la conclusión de que, a los efectos legales, está autorizado a conducir un vehículo de motor, no sólo el que posee el correspondiente carnet, sino también aquel a quien, por alguna circunstancia legal, no le sea exigible tal posesión. Esta no exigibilidad puede derivar de diversas circunstancias que pasamos a examinar:

1.º Por tratarse de vehículo provisto de motor cuya cilindrada no sobrepase los 50 c. c., cualquiera que sea su naturaleza, como resulta de los artículos 89, 132 y 261 del Código de la circulación, Decreto de 11 de enero de 1957 y Orden de 10 de febrero del mismo año.

2.º Por la circunstancia de que, aun hallándose el conductor del vehículo obligado a obtener alguna de las modalidades de permiso ya examinadas, se encuentre en período hábil para obtenerlo. Tal es lo que puede ocurrir con los vehículos comprendidos en el Decreto de 11 de enero de 1957 y Orden de 10 de febrero del mismo año, con arreglo a los cuales (prescindiendo del régimen transitorio que establecen) los conductores de los vehículos de cilindrada inferior a 75 c. c. tienen un plazo de quince días para solicitar el carnet (hoy la licencia de conducción que creó el Decreto de 19 de diciembre de 1957) cuyo plazo se cuenta desde la adquisición de la máquina. Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo en sus sentencias de 22 de abril, 7 y 11 de junio, 6 de octubre y 3 de diciembre, todas de 1958, y 2 y 7 de febrero de 1959, de las cuales solamente vamos a recoger el expresivo considerando de la primeramente citada, que es del tenor siguiente: «que no puede desconocerse la trascendencia que en la conducta del procesado... tienen los dictados de la Orden Ministerial de 10 de febrero de 1957, que concedió a los conductores de vehículos, sin excepción, dotados de motor mecánico de una cilindrada superior a 50 c. c. e inferior a 75 c. c., un plazo ampliatorio y por su dictado ya definitivo para proveerse del oportuno permiso para conducirlo... y autorizándoles en el ínterin a utilizar los beneficios de tal permiso... por lo que a los efectos del artículo 3.º de la Ley de 9 de mayo de 1950, cuando de tales vehículos se trate y los hechos perseguidos se produzcan dentro de los plazos, términos y condiciones que tal Orden fija, ha de ser tenida en cuenta esta disposición y conjugarla con aquel precepto, limitando sus efectos (los de la Ley) a los conductores de los demás vehículos que no se encuentren en ese período transitorio y de benevolencia que el Estado ha dispensado a los de la cilindrada referida».

En todas las sentencias citadas se absuelve en base a esta misma consideración, y es de notar, especialmente, la de 7 de junio de 1958, en la que se juzga de la conducción de una motocicleta

(no un simple ciclomotor) realizada el día 13 de julio de 1957, es decir, después de transcurrir el plazo concedido transitoriamente para legalizar las máquinas adquiridas con anterioridad. Pero como, a pesar de ello, estaba dentro del plazo de 15 días desde su adquisición, se estimó legítima la conducción «aunque en la literalidad del precepto» penal estuviese comprendida la conducta, es decir, porque, aun siendo típica, no era antijurídica. También es notable la sentencia de 2 de febrero de 1959, que aplica en sentido favorable al reo la «disposición administrativa... contenida en el artículo 1.º del Decreto de 19 de diciembre de 1957, posterior a la sentencia recaída e impugnada»... pues privó al hecho del carácter punible que poseía al tiempo de la condena.

3.º Por razón de las circunstancias de la conducción misma, no es exigible la habilitación expresa, y, por consiguiente, resulta inaplicable el artículo 3.º de la Ley de 9 de mayo de 1950, en los siguientes casos:

a') Cuando se conduce por vías que no sean públicas, entendiéndose por tales las que dice el artículo 5.º, a) del Código de la circulación, reformado por Decreto de 22 de julio de 1958. La razón es que el artículo 261 del Código y las demás disposiciones aplicables (p. ej., la O. de 6 de abril de 1951 relativa a tractores agrícolas) sólo prohíben la conducción sin permiso «por las vías públicas de España y territorios de soberanía».

b') Cuando se conduce en régimen legal de prácticas de aprendizaje. La razón es clara. Si la exigencia de habilitación se basa en la necesidad de proteger a la sociedad de los peligros de los conductores ineptos, la habilitación no puede obtenerse hasta que se acredite la aptitud mediante el oportuno examen; pero, a su vez, la aptitud no puede obtenerse sin el ejercicio práctico de la conducción. De aquí que la exención de toda responsabilidad durante el período de aprendizaje se pueda sentar como una «verdad de Perogrullo» o de simple sentido común.

Pero adviértase que hemos dicho «régimen legal de prácticas de aprendizaje» lo que implica que también el aprendizaje está sujeto a unas reglas fuera de las cuales resulta ilegal la conducción. (Sentencia de 13 de octubre de 1958).

De la comparación de los artículos 273 y 281 del Código de la circulación, resulta que este aprendizaje puede realizarse o bien en centro oficial autorizado para expedir el certificado de aptitud, o bien en las Escuelas particulares de conductores.

Son Centros autorizados, por disposición del artículo 273, apartado 2.º, las Escuelas de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, las de Ingenieros Industriales, las de Ingenieros de Minas, las de Trabajo, y las de Ayudantes de Obras Públicas. También puede autorizarse a otras Academias o Escuelas que lo soliciten en las condiciones legales. Respecto al modo de darse la enseñanza en ellas, no dispone nada el Código; bastará, entonces, con

que se atengan a los Reglamentos de la Escuela en que se curse la enseñanza.

Más explícito es el Código respecto de las Escuelas de conductores de carácter particular, en relación con las cuales se regula en el artículo 281 no sólo las condiciones del establecimiento, sino también las fundamentales relativas al personal y material y al lugar de la enseñanza.

En cuanto al profesorado, se establecen edades mínima (veinticinco años) y máxima (sesenta años), exigiéndose que posean carnet de 1.ª clase sin notas desfavorables por accidente y que obtengan un certificado psicotécnico especial adecuado a su función (regla 6.ª del artículo 281). El profesor deberá acompañar siempre al alumno o aprendiz.

El material estará constituido por automóviles que tengan doble pedal de freno de pie y de embrague, de manera que en cada instante el profesor que enseña pueda accionar los dos pedales con independencia del alumno. También es preciso que el freno de mano esté en el centro, para que pueda accionarlo cualquiera de ellos (regla 3.ª artículo 281).

En cuanto al lugar, se dispone que «los Ayuntamientos señalarán un lugar adecuado, dentro del casco de la población o no lejano de ésta, en el que puedan dedicarse, en horas fijadas, los que deseen obtener permisos de conducción, a las prácticas de maniobra».

Sin embargo, no queda limitado a esos lugares la posibilidad del aprendizaje, pues se añade que «cuando (los aprendices) estuvieren ya en condiciones para ello, podrán circular por las vías públicas, siempre con automóvil de doble mando, bajo su responsabilidad y la de los dueños de los automóviles que conduzcan, y de los encargados de su aprendizaje».

Cumplíndose estas condiciones, la práctica del aprendizaje resultará legal y el conducir no podrá constituir el delito del artículo 3.º de la Ley penal del automóvil.

Por no adaptarse a ellas, el Tribunal Supremo ha estimado que existía delito en los siguientes casos:

Sentencia de 26 de noviembre de 1954: Un conductor con carnet de 1.ª conducía un autobús de viajeros destinado al servicio público, para el que es preciso el de 1.ª especial. El Tribunal Supremo argumenta que «como el permiso de conducción de 1.ª clase no es el adecuado para guiar por sí solo el autobús, es indudable que incurrió en el delito que define y sanciona al artículo 3º de la Ley de 9 de mayo de 1950, sin que sea bastante para no estimarlo así la afirmación que también se contiene en los hechos probados de que estaba haciendo la práctica obligada para dársele el permiso especial necesario..., tanto porque no es lógicamente admisible que tales prácticas puedan llevarse a efecto entregando al aspirante un vehículo para cuya conducción no está legalmente habilitado, bajo su solo control y manejo, con el consiguiente

riesgo para las numerosas personas que en él viajan, cuanto también porque entederlo así sería autorizar el empleo de un subterfugio fácil y cómodo—aunque no racional y legítimo—con que soslayar el cumplimiento de los preceptos dictados en amparo de la seguridad personal de quienes ocuparan el vehículo».

Sentencia de 3 de diciembre de 1954: Un sujeto viajaba en un camión y, como quisiese aprender a llevar la dirección como aprendiz en prácticas, el conductor se lo permitió por estimar el sitio adecuado. El Tribunal Supremo, estimando el hecho delictivo y voluntario, razona que «destaca más este proceder violador de una norma penal... el que una carretera de bastante tráfico no era el sitio apropiado para emprender a conducir, y quien le dejó el volante no actuaba tampoco como profesor suyo».

En la sentencia de 15 de octubre de 1955 se contempla el caso de quien conducía sin carnet un camión, por vía urbana, para adiestrarse. El recurso sólo versaba sobre la posible imprudencia del conductor en relación con un accidente producido, pero el Tribunal Supremo, incidentalmente, afirma la existencia del delito de conducción ilegal apreciado por el Tribunal de instancia.

La sentencia de 30 de septiembre de 1957 afirma en su considerando que «incurrir en responsabilidad criminal el aprendiz en prácticas de conducción de vehículo de motor mecánico que conduce sin cumplir las disposiciones establecidas a tal efecto, ya que no es lugar apropiado para ello una de las calles de la población, máxime si es céntrica, ni vehículo indicado un taxímetro de servicio público».

La sentencia de 3 de julio de 1958 contempla un caso de aprendizaje en que se elude la responsabilidad por el error en que estaba el aprendiz sobre el lugar destinado administrativamente para las prácticas.

La doctrina legal y jurisprudencial sobre estos extremos resulta, en principio, clara. Y aunque la intención de este trabajo no es más que la de repasar la situación vigente, parece conveniente señalar algunas dificultades que se oponen a su cumplimiento y parecen hacer indicada alguna reforma del sistema.

En primer lugar, el hecho evidente de que las Escuelas de conductores sólo existen en determinados lugares y en número reducido, probablemente insuficiente a las necesidades reales (lo mismo parece ocurrir con otra clase de Escuelas); que los coches con doble mando no siempre es fácil encontrarlos, y, además, la carga económica que para el aspirante a conductor, casi siempre de clase modesta, que ha de desplazarse de su domicilio habitual durante la temporadilla que necesita el aprendizaje. ¿No es posible aprender fuera de las Escuelas legalmente autorizadas? En la actualidad, resulta muy dudosa esa posibilidad. Y, en todo caso, sería conveniente buscar una solución, que quizá podría estar en la concesión de autorizaciones concretas para caso de aprendizaje.

Otra dificultad es la del aprendizaje de motocicletas, cuyas

características, sobre todo en las monoplazas, no se prestan a la adopción de esos mecanismos de conducción simultánea por medio del doble mando. Parece que también sería preciso estudiar una solución razonable para este problema.

IV. ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL DELITO

En el orden de la culpabilidad, estimamos que es éste un delito esencialmente doloso, por ser, como antes se dijo, un delito formal, que, al carecer de un resultado material, no puede asumir la forma culposa.

El dolo, como es natural, comprenderá tanto elementos intelectivos como volitivos. Y así, será necesario el conocimiento de que se conduce un vehículo de motor, de que no se está legalmente habilitado para ello, y que tal habilitación es necesaria. Luego veremos algunos casos en que se ha enjuiciado la trascendencia del error sobre alguno de estos elementos. Y también será preciso que se quiera libremente conducir, con la conciencia de los elementos dichos.

Concurriendo estas circunstancias, queda perfecto el delito en su aspecto subjetivo del dolo, de la voluntariedad a que se refiere el Tribunal Supremo, especificando que consiste en realizar el acto delictivo «por impulso voluntario y consciente» (sentencias de 3 de diciembre de 1954 y 24 de febrero de 1956) y que, según repiten para esta materia específica las sentencias de 3 de diciembre de 1954, 20 de enero de 1958 y 13 de octubre de 1958, se presume siempre a tenor del dictado del artículo 1.º del Código penal, mientras no se pruebe en contrario.

V. CIRCUNSTANCIAS INFLUYENTES SOBRE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

Con bastante frecuencia ha tenido que ocuparse el Tribunal Supremo de alegaciones exculpatorias formuladas para obtener la exención de responsabilidad criminal, observándose en las resoluciones dictadas una marcada tendencia a encauzarlas por el lado subjetivo de la culpabilidad, aunque a veces parece que el alegato tendría más adecuado encaje en la faceta objetiva de la anti-juricidad. A continuación procuraremos señalar los principales casos resueltos.

En orden al error de Derecho, se ha sentado el principio fundamental de que la ignorancia de la ley no admite excusa (sentencia de 7 de noviembre de 1958), paliado con la afirmación de que «sólo exculpa en casos concretos y específicos» (sentencia de 28 de enero de 1956). Y así, efectivamente, se admitió en tal sentencia la eficacia del error consistente en la creencia de que

podía el procesado circular con su motocicleta, sin carnet, durante el plazo de noventa días desde la adquisición, basado en dos circunstancias: La primera, que así se lo informó la agencia a que encomendó la tramitación de la legalización del vehículo y obtención del carnet; la otra, el dato experimental de no haber precisado carnet para el uso de otra moto que había poseído anteriormente, de menor potencia. Se consagró, pues, la misma doctrina que otras veces, según la cual ha de ser un error seriamente fundado, principio que se reitera en la sentencia de 13 de octubre de 1958, que rechaza la eficacia exculpatoria de «la particular creencia sobre la licitud del acto... porque esa forma de discurrir contra la presunción del párrafo 2.º del artículo 1.º del Código penal, ha de hallarse racionalmente fundada, y no lo está la de quien...».

De acuerdo con esto se ha rechazado la eficacia del error consistente en creerse autorizado para conducir, por haber practicado ya el examen preceptivo, obteniendo su aprobación, por considerar ese error ligero e infundado, ya que precisamente «por el hecho de haber solicitado y realizado referidas prácticas, no podía desconocer que hasta que se le concediese el permiso no se hallaba legalmente en condiciones de circular con el vehículo» (sentencia de 11 de mayo de 1956). La misma situación contemplan las de 8 de mayo de 1958 y 13 de octubre de 1958, ya citada, que rechazan igualmente la «buena fe con que creía» realizar un acto lícito el examinado pero aún no provisto de carnet.

En el campo de error de hecho, es interesante una sentencia de 3 de julio de 1958, referente a un procesado que conducía en prácticas de aprendizaje «creyendo» (dice el hecho probado) que el sitio por donde conducía era el habilitado para realizar las prácticas, pues esa creencia, dice el considerando; «excluye toda intención maliciosa... e impide... una imputación dolosa de tal conducta». Quizá algo también jugase aquí la consideración de que una prueba insuficiente no había llegado a determinar con exactitud si el sitio era realmente el destinado a las prácticas.

No le han faltado al Tribunal Supremo ocasiones de examinar otras circunstancias distintas del error que, de concurrir, podrían determinar la inexistencia del delito.

Así, la sentencia de 13 de noviembre de 1956 prevé el caso de un conductor privado del carnet por sentencia ejecutada, no obstante lo cual, conduce dos veces un vehículo de su propiedad «para apartarlo de la vía pública de una ciudad, o para llevarlo al garaje próximo, en ausencia de su conductor, y para facilitar el tránsito que obstaculizaba» y, acogiendo el recurso, dice que «no constituye delito alguno, por cuanto las actuaciones de referencia lo fueron sólo momentáneamente, sin otra finalidad que la de favorecer el buen orden de la circulación en la calle donde se encontraba el camión, sin ánimo de obtener de ello una satisfacción personal, ni la de contradecir las decisiones de la autoridad judicial, y en

atención, únicamente, al bien público afectado, por lo cual excluye toda voluntariedad de delinquir y todo propósito de menospreciar la Ley o actuar contra su dictado».

La Sentencia de 13 de diciembre de 1956, contemplando el caso de un conductor del servicio de incendios de un Ayuntamiento, que «obedeciendo a indicaciones de sus jefes, para evitar la interrupción del servicio de comunicaciones de la ciudad, accede a prestar este servicio tan acuciante, sin reparar en la deficiencia de su carnet, creyendo que tenía habilitación legal, y llevado tan sólo de su deseo de facilitar la vida de sus convecinos, sin lucro alguno ni ventaja al actuar», estimó también la «falta de intencionalidad en la infracción».

Estas sentencias parecen contradecir la teoría normalmente sustentada por el Tribunal Supremo, aunque en realidad, lo que vienen es, únicamente, a limar la dureza que en algunas ocasiones pudiera resultar injustificada e injusta, considerando que si bien, como principio general, el artículo 3.º de la Ley de 9 de mayo de 1950 ha de interpretarse en el sentido de que la habilitación legal está subordinada a la posesión del carnet de la categoría correspondiente para conducir el vehículo de que se trate, «ello no quiere decir que no pueda en algún momento entenderse qué consideraciones especiales de interés público o de otro motivo de análoga fuerza o estimación permitan admitir la falta de intencionalidad en la infracción». (Sentencia citada de 13 de diciembre de 1956.)

Así también se ha estimado en la sentencia de 6 de octubre de 1958 la falta de intención delictiva en el que conducía dirigiéndose al lugar donde, previamente citado, había de practicar el examen de aptitud para obtener el correspondiente carnet.

Deja así apuntado el Tribunal Supremo una teoría de las «causas lícitas» a que alude la sentencia de 30 de junio de 1958, que «permiten tamizar la rigidez del precepto y llevar el hecho enjuiciado a una excusa capaz de destruir la presunción de voluntariedad que la Ley penal establece para los hechos que tipifica y sanciona».

Aunque en menor escala, también se ha ocupado el Tribunal Supremo de circunstancias simplemente modificativas de la responsabilidad criminal, recogiendo la doctrina de que, siendo el Código penal norma complementaria y subsidiaria de la Ley especial, son aplicables las normas que contiene sobre atenuantes o agravantes (por ejemplo, la embriaguez, sentencia de 17 de noviembre de 1955; la reiteración, sentencia de 27 de mayo de 1957) en cuanto sean compatibles con la naturaleza de la norma y del delito cometido (lo que obliga a rechazar, según la sentencia de 28 de noviembre de 1955, la atenuante cuarta del artículo 9.º del Código, por la naturaleza de simple peligrosidad del delito que estudiamos).

VI. LA PENALIDAD.

Se establece en el artículo 3.º de la Ley de 9 de mayo de 1950 que los que incurran en el delito que venimos examinando serán castigados con la pena de arresto mayor o multa de mil a diez mil pesetas.

Queda, pues, la pena establecida alternativamente, siendo facultad del Tribunal de instancia concretar la opción. La práctica forense se ha inclinado decididamente por la pena pecuniaria, siempre menos gravosa, si ha de cumplirse efectivamente.

Pero a esta pena, establecida en el artículo 3.º de la Ley se añade un complemento que señala el artículo 11 de la misma, según el cual «todo conductor condenado por delito comprendido en esta Ley será privado del permiso para conducir por tiempo de uno a cinco años, y con carácter definitivo si fuese reincidente en alguno de los 1.º a 3.º, 9.º y 10 de la presente Ley».

Esta disposición ha provocado abundantes sentencias del Tribunal Supremo, encaminadas tanto a establecer la naturaleza de la medida indicada, como la procedencia de dictarla cuando el condenado no posee carnet ninguno del que pueda ser privado.

En cuanto a la primera cuestión, parece que ha fluctuado la jurisprudencia, que en un primer momento (sentencia de 10 de diciembre de 1955) nos dice que «es evidente que cualquiera que sea la finalidad y el carácter que a tal *pena* se asigne en el orden doctrinal..., constituye con toda precisión y claridad una *sanción* complementaria...» En cambio, en la sentencia de 29 de mayo de 1957 se dice que «no tiene propiamente el carácter de pena, sino de medida de seguridad» penal. Después de esta sentencia no ha vuelto a ocuparse el Tribunal Supremo de este problema en casos de la Ley de 9 de mayo de 1950, aunque sí lo ha hecho en supuestos de imprudencia, y así podemos citar la sentencia de 10 de marzo de 1958, en la que se sigue sosteniendo que la privación del carnet es «una medida de seguridad social» y «no una pena propiamente dicha por no estar incluida en la escala general de penas del artículo 27 del Código penal».

La de 5 de julio de 1958 sienta, contradiciendo a las anteriores, que «antes de la Ley de 24 de abril de 1958, la privación del permiso de conducir vehículos de motor era pena principal y no tenía el carácter de accesoria que después se le ha dado». La de 4 de octubre de 1958 ha razonado que «aún antes de ser calificada como pena accesoria en la Ley de 24 de abril de 1958... ha proclamado la jurisprudencia de esta Sala que esa sanción no puede considerarse mera medida de seguridad, sino que, por sus efectos, guarda analogía con la suspensión de profesión u oficio.»

Naturalmente, en la actualidad el problema ha perdido importancia, en el terreno dogmático, pues la Ley ya citada por las últimas sentencias ha venido a definir la naturaleza de la privación

incluyéndola, con la calidad de accesoria, entre las penas comprendidas en la escala general del artículo 27 del Código penal.

En cuanto al segundo problema, la postura del Tribunal Supremo ha sido siempre terminante: tanto al que tiene carnet como al que no lo tiene, hay que condenarle a la privación, que, para el que no lo posee se traduce en la imposibilidad de obtenerlo durante el tiempo de la condena, pues de otra manera se haría de mejor condición, como razona el Tribunal Supremo al que delinque por carecer de toda habilitación, que al que delinque por tener una habilitación insuficiente, ya que aquél podría obtener uno a raíz de su condena sin tal pronunciamiento. Así lo entienden las sentencias, de 26 de noviembre de 1955, 10 de diciembre de 1955, 18 de abril de 1956, 29 de mayo de 1957, 3 de marzo de 1958, 26 de marzo de 1958 y 13 de octubre de 1958, sin contar otras muchas que sientan el mismo principio para los condenados por delitos de imprudencia.

VII. OTRAS CUESTIONES RELACIONADAS CON ESTE DELITO.

A) Posibilidad de codeincuencia.

Se ha planteado este problema al Tribunal Supremo en dos ocasiones, que resolvió por sentencias, ambas plenamente concordantes, incluso, en gran parte en las palabras, de 4 de octubre de 1956 y 4 de octubre de 1958.

Ambas tienen los mismos antecedentes: Un patrono que sabe que su obrero carece de habilitación, le ordena que conduzca el tractor para un servicio de la explotación agrícola. Condenados el obrero y el patrono por el delito del artículo 3.º de la Ley penal del automóvil, recurre el patrono y obtiene su absolución en base a las consideraciones siguientes: «que, como ya tiene declarado esta Sala (copiamos de la sentencia de 1958) el carácter formal del delito... hace que la falta de autorización administrativa a que el mismo se refiere constituya un defecto punible de la obligación personal de estar provisto de ella el conductor del vehículo... pero no puede extenderse a las demás personas que no realizaron aquellos actos materiales de ejecución, sino cuando dolosamente hubieran ordenado o autorizado la misma con el propósito manifiesto de negar o contravenir el principio informativo de la Ley citada».

Viene, pues, poco menos que a configurarse como un delito de propia mano, ya que en estas condiciones se hace difícil concebir en qué casos puede haber un copartícipe responsable del delito.

B) El concurso de delitos.

Naturalmente, también se ha planteado la cuestión de la compatibilidad entre la conducción de vehículo de motor sin habilitación legal y otros delitos de la propia Ley de 1950 y del Código

penal, especialmente con el de imprudencia cometido durante la conducción ilegal.

Precisamente sobre esta materia se dicta la primera sentencia en que el Tribunal Supremo aplica el artículo 3.º de la Ley de 9 mayo de 1950. Se trataba de un conductor que llevaba un camión sin carnet y produjo un accidente; condenado por los dos títulos de conducción ilegal e imprudencia, el Tribunal Supremo rechazó su argumento en la sentencia de 2 de diciembre de 1953, en la que razona diciendo que «así como las conductas previstas en los artículos 1.º y 2.º pueden motivar a su vez alguna imprudencia punible, bajo cuyo supuesto convendría se evitase el doble castigo de idéntica infracción, no sucede lo mismo dentro del presente caso, donde se cometieron dos delitos definidos e independientes, uno... perfecto desde el instante en que... condujo el vehículo... y el segundo, posterior, de imprudencia temeraria, al que nada afectó la falta material del permiso, pues, incluso teniéndolo, pudo incurrir en ella o dar muestras de la impericia punible a que se refiere el artículo 565 del Código penal».

También al Ministerio Fiscal mereció sus dudas la compatibilidad de ambos delitos, y su recurso provocó la sentencia de 17 de diciembre del mismo año de 1953, en cuyo considerando se dice que «el artículo 13 de la Ley de 9 de mayo de 1950 al disponer la forma de penar los delitos por ella establecidos cuando los hechos constituyeran o pudieran constituir a la vez otro delito castigado con pena mayor, no puede interpretarse como una disposición de carácter absorbente que refunda en este último susceptible de sanción más grave las infracciones de su texto específico y concreto, sino que admite la posibilidad de una conjunción de sanciones de carácter independiente».

Esta misma doctrina se mantiene en forma categórica en la serie de sentencias dictadas, integrada por las de 17 de noviembre de 1955, 26 de noviembre de 1955, 16 de marzo de 1956, 18 de abril de 1956, 24 de noviembre de 1956, 15 de febrero de 1957, 27 de mayo de 1957, 29 de mayo de 1957 y la de 1 de marzo de 1956, que entresacamos, por contener el siguiente curioso y convincente argumento: «...aparecen delimitadas de modo perfecto ambas acciones punibles, cuya compatibilidad jurídica es manifiesta, de la misma manera que coexisten las dos responsabilidades dimanantes de portar un arma de fuego sin licencia y las lesiones o muerte que con su disparo pudo ocasionarse...»

Sólo una sentencia, la de 1 de diciembre de 1958, parece venir a turbar la placidez y la firmeza de tal doctrina. El procesado, embriagado y sin carnet, condujo un tractor que volcó. Condenado por imprudencia, recurre el Ministerio Fiscal reclamando la aplicación de la Ley especial, invocando sus artículos 1.º y 3.º En el primer considerando se mantiene la doctrina común, diciendo que «según previenen los artículos 1.º y 3.º de la Ley de 9 de mayo de 1950... incurrir en las responsabilidades respectivas

los que condujeran... vehículos bajo la influencia de bebidas... así como también aquellas personas que ejecuten la conducción sin hallarse legalmente habilitadas para ello, y al resultar ambos textos legales de perfecta aplicación...» Pero en el segundo considerando se dice que «la singularidad del caso plantea un problema cuya solución ofrece la misma ley... en cuanto fija sanciones mínimas a los dos delitos de los artículos 1.º y 3.º, porque éstos, como todos los de la misma Ley, dejan de castigarse específicamente, conforme previene el artículo 13, si constituyen otro delito más grave que los absorba, pero no si, cual aquí sucede, lo son de alguno de gravedad menor... toda vez que de prosperar criterio distinto prevalecería el contrasentido, desprovisto como tal base jurídica defendible, consistente en que el delito de simple peligro... al convertirse en otro de resultado..., descendiese de categoría punitiva».

He aquí unas conclusiones un tanto confusas, en cuanto al concurso con delito más grave, que convendría aclarar. A nuestro juicio, la confusión deriva de la circunstancia de concurrir el delito del artículo 1.º con el del 3.º, y ambos con la imprudencia, y no haber discriminado, como se ha venido haciendo siempre, entre el de conducción bajo influjo de bebidas y el de conducción ilegal, pues mientras aquél puede, ciertamente, ser incompatible con el de imprudencia, ya que de suyo integra la imprudencia, y por consiguiente debe ser absorbido y absorber a la propia imprudencia, no ocurre lo mismo con el de conducción ilegal, que es siempre compatible con la imprudencia y con cualquier otro, como demuestra la larga serie de sentencias citadas.

C) La responsabilidad civil.

Una última cuestión quisiéramos abordar, brevemente, que puede resultar interesante y no exenta de dificultades: La de la responsabilidad civil.

A primera vista, puede parecer impertinente el mero planteamiento, habida cuenta del carácter formal que al unisono con la jurisprudencia, hemos asignado al delito estudiado, ya que el delito formal corresponde el integrarse por la simple desobediencia a la norma, sin lesión de bienes jurídicos de carácter material y concreto que sería lo que podría servir de soporte a la responsabilidad civil.

Pensemos, sin embargo, en el supuesto de que, durante la conducción ilegal del vehículo se produzca un accidente con resultado de daños o aun de lesiones personales.

En este supuesto, pueden ocurrir dos situaciones: La primera, que el daño sea producido por la imprudencia o la impericia del conductor. En este supuesto, el problema desaparece, pues entonces habrá surgido el delito de imprudencia punible que justificaría plenamente la exigencia e imposición de la responsabilidad civil con plena autonomía respecto de la conducción ilegal.

La segunda situación es que no haya mediado, en la produc-

ción del daño, ninguna imprudencia específica, sino que se trate de un mero accidente o caso fortuito sobrevenido durante la conducción. Aquí el problema se complica. De un lado, es evidente que la falta de carnet no es, directamente, causa del daño, y, de acuerdo con ello, la solución del problema consistiría en no imponer la responsabilidad civil.

Pero, de otra parte, surge la doctrina basada en el aforismo *in re illicita versantes...*, a que tan aficionado ha sido nuestro Tribunal Supremo y que utilizaron ampliamente nuestros clásicos. Aquí nos encontramos, indudablemente, con un caso de «*versa* en cosa ilícita», pues sin ningún género de dudas, lo es la conducción sin carnet. También hay, al menos, en cierto modo, una relación de causalidad entre la conducción ilegal y el daño, porque si el conductor no habilitado hubiese cumplido su obligación y se hubiera abstenido de conducir, no habría podido producirse el daño. Ello nos llevaría a estimar una solución positiva del problema. Y así, efectivamente, hemos conocido sentencias de Tribunales de instancia en las que se reconoció derecho a pequeñas indemnizaciones en supuestos de este tipo. Sin embargo, el problema no ha llegado al Tribunal Supremo, ni tampoco sabemos que la doctrina se haya pronunciado expresamente sobre él. Y, sin embargo, sería interesante resolver.

He aquí, siquiera sea desgarbadamente, expuesto el panorama que ofrecen los aspectos técnico legales estudiados por el Tribunal Supremo en torno a una interesantísima figura de delito relacionada con el tránsito por carretera. No es más que una parte de los innumerables problemas jurídicos que la aplicación de la Ley penal del automóvil y el Código de la circulación plantean a diario a nuestros Tribunales, y que bien merecerían un estudio amplio y de conjunto, en que se pusiesen de relieve las virtudes y los defectos del sistema legal español en la materia, que recogiese las experiencias de estos diez primeros años de aplicación de la Ley penal del automóvil, con vistas a una posible revisión de los textos. Pero ese empeño queda para plumas de mayores vuelos que la nuestra; por nuestra parte, sólo nos resta ya, como en las comedias clásicas, agradecer la atención prestada y pedir perdón por las muchas faltas que, sin duda, podrán observarse en nuestro trabajo.

SECCION LEGISLATIVA

Ley de Orden Público de 30 de julio

El normal desenvolvimiento de las Instituciones políticas y privadas, así como el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales políticos y sociales, son conceptos que, siendo base y fundamento del orden público, evolucionan en su amplitud, contenido y vigencia; por lo que igualmente ha de ser reformada la Ley de 28 de julio de 1933, que sólo fragmentariamente se modificó, entre otras disposiciones, por las Leyes de 23 de mayo y 18 de junio de 1936 y el Decreto de 18 de octubre de 1945, de la presente norma legal, en la que se ha procurado fundir armónicamente el viejo material heredado, que ha mantenido su prestigio a través de la prueba histórica, con las tendencias modernas apuntadas, y de este modo confeccionar un instrumento jurídico capaz de afrontar con las máximas garantías de acierto las necesidades de la paz pública nacional.

La reforma se ha centrado, fundamentalmente, sobre la definición precisa y actual del Orden Público, la delimitación orgánica y unitaria del instrumento encargado de velar por él; el desarrollo, rigurosamente sistemático, de sus estados vitales o de crisis, reduciendo éstos a los que son racionalmente admisibles: los de excepción y guerra; se ha procurado determinar en cada uno de ellos los medios y el alcance de las facultades que se confieren a las Autoridades gubernativas para afrontar y resolver las situaciones de emergencia que se les presente con la mínima intromisión en el libre ejercicio de los derechos personales que éstas consientan, y, finalmente, se renueva el procedimiento judicial de urgencia de conformidad con las Leyes de 16 de julio de 1949, que reformó la casación penal, y la de 8 de junio de 1957, que lo hizo con el procedimiento de los delitos flagrantes, ambas con repercusiones sobre aquél.

Es, sin duda, destacada novedad la delimitación que se formula de las facultades sancionadoras de las Autoridades gubernativas en las infracciones que se cometan contra el orden público. El problema no es totalmente nuevo, pero vivía en varias disposiciones que, aunque poseían amparo en el artículo 603 del Código penal, carecían de sistema. Ahora se les confiere y dota de unidad, respetándose las garantías de legalidad penal clásicas en este derecho. No sólo se fijan taxativamente las infracciones, sino también las Autoridades que pueden sancionarlas, así como la cuantía de la sanción.

Singular mención merece el sistema que se articula sobre el estado de excepción, atendidas su significación social y política y la expresa determinación del artículo 35 del Fuero de los Españoles, así como las reglas que hacen referencia a las facultades extraordinarias sobre la intervención ocasio-

nal de los bienes privados, y la movilización de recursos por la Autoridad pública, justificadas no sólo por el principio del estado de necesidad que las da vida, sino por el reconocimiento expreso de la vigente Ley de Expropiación forzosa (artículo 120) y el derecho comparado extranjero que las sanciona sin reparo alguno.

El estado de guerra, última fase de las crisis del orden, antes imprecisamente desarrollado, se organiza ahora más sistemáticamente, condicionándose su declaración a la existencia de un grave peligro para la vida político-social del país, y se dispone: que sea en general el propio Gobierno quien dicha declaración autorice.

En fin, las disposiciones transitorias establecen expresamente la irretroactividad de las sanciones, y con relación a determinados delitos contrarios al orden público y a la seguridad interior, de los que vienen conociendo jurisdicciones especiales, en cuanto significan modalidades cualificadas de subvención social, conforme a lo establecido por Leyes como la de 1.º de marzo de 1940, 2 de marzo de 1943 y 18 de abril de 1949, se ratifica su competencia, si bien se faculta al Gobierno para revisar y unificar las normas en la materia.

Con todo lo hecho se puede afirmar que se ofrece una versión nueva, por lo renovada, de la anterior Ley de Orden Público, para garantizar la paz y seguridad públicas en el seno de la nación libre y unida.

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

CAPITULO PRIMERO

Del orden público y Autoridades encargadas de su conservación.

Artículo 1.º El normal funcionamiento de las Instituciones públicas y privadas, el mantenimiento de la paz interior y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales políticos y sociales, reconocidos en las Leyes, constituyen el fundamento del orden público.

Art. 2.º Son actos contrarios al orden público:

a) Los que perturben o intenten perturbar el ejercicio de los derechos reconocidos en el Fuero de los Españoles y demás Leyes fundamentales de la Nación, o que atenten a la unidad espiritual, nacional, política y social de España.

b) Los que alteren o intenten alterar la seguridad pública, el normal funcionamiento de los servicios públicos y la regularidad de los abastecimientos o de los precios prevaliéndose abusivamente de las circunstancias.

c) Los paros colectivos y los cierres o suspensiones ilegales de Empresas, así como provocar o dar ocasión a que se produzcan unos y otros.

d) Los que originen tumultos en la vía pública y cualesquiera otros en que se emplee coacción, amenaza o fuerza o se cometan o intenten cometer con armas o explosivos.

e) Las manifestaciones y las reuniones públicas ilegales o que produzcan desórdenes o violencias, y la celebración de espectáculos públicos en iguales circunstancias.

f) Todos aquellos por los cuales se propague, recomiende o provoque

la subversión o se haga la apología de la violencia o de cualquier otro medio para llegar a ella.

g) Los atentados contra la salubridad pública y la transgresión de las disposiciones sanitarias dictadas para evitar las epidemias y contagios colectivos.

h) Excitar al incumplimiento de las normas relativas al orden público y la desobediencia a las decisiones que la Autoridad o sus Agentes tomaren para conservarlo o restablecerlo.

i) Los que de cualquier otro modo no previsto en los párrafos anteriores faltaren a lo dispuesto en la presente Ley o alterasen la paz pública o la convivencia social.

Art. 3.º El Gobierno, todas las Autoridades de la Nación y sus Agentes velarán por la conservación del orden público. Su mantenimiento y defensa compete especial y directamente, en todo el territorio nacional al Ministro de la Gobernación y, subordinadamente, dentro de cada provincia, al respectivo Gobernador civil, y en cada Municipio, a su Alcalde.

Art. 4.º Uno. El Ministro de la Gobernación, para la conservación y restauración del orden público, ejerce el mando de las Fuerzas de Seguridad del Estado, integradas por los Cuerpos General de Policía, Policía Armada y de Tráfico, Cuerpo de la Guardia Civil y de todas las demás Unidades de Seguridad y Vigilancia o Somatenes de carácter nacional, regional, provincial o municipal y fuerzas auxiliares.

Dos. En caso de necesidad, puede solicitar por conducto reglamentario la cooperación de Unidades Militares para desempeñar los servicios públicos que se les encomiende, siempre bajo el mando de sus Jefes naturales.

Art. 5.º El Director general de Seguridad cumplirá y hará cumplir a las Autoridades gubernativas, sus Agentes y cuantos elementos le estén subordinados, aun de manera accidental, las órdenes que reciba o dicte dentro de sus atribuciones. Como Jefe de los Servicios de orden público, dentro de la provincia de Madrid, adoptará las medidas oportunas para mantenerlo en el territorio de la misma.

Art. 6.º Uno. Los Gobernadores civiles, a los efectos de esta Ley, asumirán, subordinados al Ministro de la Gobernación, el ejercicio de la Autoridad gubernativa en el territorio de su respectiva provincia y adoptarán las medidas adecuadas para la conservación y restauración del orden público, a cuyo efecto tienen el mando en su provincia de los Cuerpos y fuerzas mencionados en el artículo 4.º

Dos. El Gobierno, por acuerdo del Consejo de Ministros, podrá nombrar por el tiempo que considere necesario Gobernadores civiles generales encargados especialmente de asegurar el orden público, con jurisdicción sobre el territorio de varias provincias o parte de ellas y con las facultades que el propio Gobierno determine, las cuales no podrán en ningún caso exceder de las definidas en esta Ley.

Tres. Los Gobernadores civiles podrán a su vez nombrar para zonas y casos determinados Delegados de su autoridad para el mantenimiento del orden público. Estos nombramientos habrán de recaer en funcionarios públicos o en personas de reconocido arraigo y solvencia y deberán, en todo caso, comunicarse al Ministro de la Gobernación.

Art. 7.º Bajo la autoridad y dirección del Gobernador civil correspondiente, los Alcaldes coadyuvarán a la conservación del orden público en sus respectivos términos municipales; ejercerán en los Municipios que no sean capitales de provincia la autoridad gubernativa, cuando el Gobernador civil no la asuma personalmente o por un Delegado especial, y obrarán por su propia iniciativa y responsabilidad cuando las circunstancias no les permitieran pedir o recibir instrucciones, dando cuenta de sus actos lo más rápidamente posible al Gobernador civil.

Art. 8.º Toda persona que tuviere conocimiento de un hecho que perturbe el orden deberá ponerlo en conocimiento de la Autoridad gubernativa, y de no hacerlo incurrirá en la multa establecida por el artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Solamente a requerimiento de aquélla o de sus Agentes se hallan obligados los particulares a colaborar en la restauración del mismo, siempre que puedan hacerlo sin grave perjuicio o riesgo personal.

Art. 9.º Uno. Para el mejor conocimiento y difusión de las prescripciones concernientes al orden y decoro públicos, la Autoridad gubernativa podrá publicar los oportunos bandos. Esta publicación será preceptiva cuando dicha Autoridad, para garantía del propio orden, dictare, dentro de sus atribuciones, disposiciones especiales o previniere sanciones de carácter general. Los expresados bandos se insertarán en el *Boletín Oficial* de la provincia y se divulgarán por los medios más eficaces. Su inserción en los periódicos o difusión en las emisoras de la provincia o localidad tendrá carácter obligatorio cuando la Autoridad así lo disponga.

Dos. Igualmente, para unificar la actuación y mejor servicio de las Autoridades delegadas de su jurisdicción, podrá dictar la Autoridad gubernativa las órdenes circulares que estime convenientes, las que se publicarán asimismo en el *Boletín Oficial*, a menos que tengan carácter reservado, caso en que se comunicarán individualmente a las Autoridades delegadas que proceda.

Tres. De todos los bandos y órdenes de los Gobernadores civiles se dará conocimiento al Ministerio de la Gobernación, el cual podrá modificarlos o dejarlos sin efecto.

Cuatro. Asimismo, el Gobernador civil podrá dejar sin efecto los publicados por Autoridades delegadas.

CAPITULO II

De las facultades gubernativas ordinarias.

Art. 10. La Autoridad gubernativa o, por órdenes concretas suyas, sus Agentes, podrán realizar las comprobaciones personales necesarias a fin de que no se tengan armas para cuyo uso se carezca de licencia. También podrán proceder a la ocupación temporal de las que se lleven con licencia si se estima indispensable hacerlo, con objeto de prevenir la comisión de algún delito, la alteración del orden o cuando exista peligro fundado para la seguridad de las personas.

Art. 11. La Autoridad gubernativa y sus Agentes no podrán entrar en el domicilio de una persona sin su consentimiento o mandamiento judicial, salvo en los casos siguientes :

Primero. Cuando fueren agredidos desde él.

Segundo. En los casos de flagrante delito, tanto para la persecución de los presuntos culpables, como para la ocupación de los instrumentos y efectos del mismo y de cuanto pueda servir para su comprobación.

Tercero. Cuando en aquél se produjeran alteraciones que perturbaren el orden.

Cuarto. Si fueren requeridos por sus moradores.

Quinto. Cuando fuere necesario hacerlo para auxiliar a las personas o evitar daños inminentes y graves en las cosas.

El acta y atestado que con tal motivo se levantaren serán entregados sin dilación a la Autoridad judicial competente a los efectos que procedan, incluso en el de corregir en su caso las extralimitaciones que se hubiesen podido cometer. De toda extralimitación cometida se dará cuenta al Gobernador civil.

Art. 12. Uno. La Autoridad gubernativa o sus Agentes podrán detener a quienes cometan o intenten cometer cualquiera de los actos contrarios al orden público, y a quienes desobedecieran las órdenes que les diera directamente la Autoridad o sus Agentes en relación con dichos actos.

Dos. Los detenidos serán puestos en libertad o entregados a la Autoridad judicial en el plazo de setenta y dos horas.

Art. 13. Uno. Si en lugar público grupos de personas perturbaren el orden, se les intimará a disolverse. Cuando las órdenes no fueren obedecidas, la Autoridad o sus Agentes harán hasta una tercera advertencia conminatoria, y de ser ésta incumplida, los dispersará por los procedimientos más adecuados a las circunstancias, según su prudente arbitrio.

Dos. Si la perturbación acaeciere en locales cerrados o en edificios públicos no oficiales, los Agentes de la Autoridad podrán penetrar en ellos y adoptar las medidas pertinentes para restablecer el orden.

Tres. La entrada en edificios ocupados por Corporaciones o entidades públicas requerirá, salvo en casos de notoria alteración del orden, el consentimiento del funcionario o persona que los tuviere a su cargo.

Art. 14. Uno. Cualquier reunión ilegal o manifestación no autorizada o que se desarrolle fuera de los límites o condiciones permitidos por la Autoridad, podrá ser disuelta por las fuerzas encargadas del mantenimiento del orden. Antes de proceder a ello deberán intimar por tres veces consecutivas a los reunidos o manifestantes, con intervalos de tiempo suficiente.

Dos. Cuando la manifestación revista carácter tumultuario, háyase o no autorizado aquélla legalmente, bastará un solo toque de atención para que proceda la fuerza pública a disolverla. No será necesaria tal intimación cuando hubiere sido atacada la fuerza por los manifestantes; pero no cabrá hacer fuego contra los perturbadores, aun cuando persistan en su actitud de resistencia, sin haber dado antes un toque de atención, salvo el caso en que los perturbadores disparasen contra la fuerza pública, o los manifestantes se produjeran con armas.

Art. 15. Las Autoridades gubernativas adoptarán las medidas nece-

sarias para asegurar que, con ocasión de las reuniones o manifestaciones autorizadas, no se perturbe el orden público.

Se considerarán en todo caso autorizadas las reuniones o manifestaciones que celebren las organizaciones a que se refiere el párrafo segundo del artículo 16 del Fuero de los Españoles.

Art. 16. Las Asociaciones que fomenten o desarrollen cualquier actividad perturbadora del orden público u organicen reuniones o manifestaciones ilegales, serán suspendidas por las Autoridades gubernativas, y sus directivos y ejecutores, sometidos a las sanciones que les correspondan, sin perjuicio de pasar el tanto de culpa a la jurisdicción competente.

Art. 17. Uno. En los casos en que se produjera alguna calamidad, catástrofe o desgracia públicas, las Autoridades gubernativas deberán adoptar por sí mismas o de acuerdo con las demás las medidas conducentes a la protección, asistencia y seguridad de las personas, bienes y lugares afectables, y darán inmediata cuenta al Gobierno para que éste resuelva lo procedente.

Dos. En todo caso, la Autoridad y sus Agentes podrán requerir la ayuda y colaboración de otras personas y disponer de lo necesario en auxilio de las víctimas. Las resoluciones que adopten serán ejecutivas.

Art. 18. Las Autoridades gubernativas podrán sancionar los actos contra el orden público a que esta Ley se refiere, cualquiera que sea la forma de comisión, en la cuantía señalada en el artículo siguiente, sin perjuicio de la competencia de los Tribunales o Autoridades de otra jurisdicción.

Art. 19. Uno. Los Alcaldes podrán sancionar los actos contra el orden público con multas que no excedan de 250 pesetas en Municipios de hasta 10.000 habitantes; de 500 pesetas en los de 10.000 a 20.000; de 1.000 pesetas en los de más de 20.000; de 2.500 pesetas en los de más de 50.000, y de 5.000 pesetas en los de más de 100.000.

Dos. Los Delegados del Gobierno en las islas Canarias y Baleares podrán sancionar las mismas faltas con multas de hasta 2.500 pesetas. Los Gobernadores civiles podrán hacerlo en cuantía que no exceda de 25.000 pesetas; el Director general de Seguridad, hasta 50.000 pesetas; el Ministro de la Gobernación, hasta 100.000 pesetas, y el Consejo de Ministros, hasta 500.000 pesetas.

Tres. Seguirán encomendadas al Director general de Seguridad las atribuciones que en este orden le corresponden en Madrid y su provincia, sin perjuicio de las peculiares del Gobernador civil en materia de régimen local u otras cuestiones.

Art. 20. Uno. Para la graduación de las multas se deberá tener en cuenta la gravedad y trascendencia del hecho realizado, los antecedentes del infractor, su capacidad económica y cargas familiares.

Dos. Si la Autoridad llamada en principio a sancionar juzga que, por la gravedad o significación del hecho, debiera ser éste corregido con multa que exceda de sus atribuciones, lo expondrá en comunicación fundada a la Autoridad superior para que la misma resuelva lo que estime pertinente.

Tres. La Autoridad sancionadora fijará plazo dentro del cual deberá hacerse efectiva la multa, sin que pueda ser inferior al de tres días hábiles

a partir del siguiente al de la notificación, pudiendo acordar el fraccionamiento del pago.

Cuarto. Las multas se abonarán en papel de pagos al Estado.

Art. 21. Uno. Contra las sanciones gubernativas sólo podrá el interesado interponer recurso, que tendrá el doble carácter de súplica, ante la Autoridad que corrigió, y de alzada, ante el superior inmediato de aquélla.

Dos. El plazo de interposición de este recurso será el de diez días hábiles a contar del siguiente al de notificación de la sanción.

Tres. Si se estimase totalmente como recurso de súplica, perdería su carácter subsidiario de recurso de alzada; si se desestimase total o parcialmente, o no fuese resuelto en el plazo de quince días, la Autoridad sancionadora cursará el escrito en que se contenga al superior correspondiente, acompañando, a modo de informe, la resolución desestimatoria del recurso.

Cuatro. Para recurrir contra la imposición de una multa como sanción gubernativa se verificará previamente el depósito del tercio de su cuantía, salvo los casos de notoria incapacidad económica apreciada por la Autoridad que sancionó.

Cinco. Para la resolución de los recursos de alzada son superiores de los Alcaldes y Delegados del Gobierno en las provincias insulares los Gobernadores civiles respectivos; del Director general de Seguridad y de los Gobernadores civiles, el Ministro de la Gobernación, y de éste, el Consejo de Ministros.

Art. 22. Uno. Una vez firme la resolución por no haberse interpuesto contra ella recurso o ser éste desestimado, si la multa no estuviere abonada, los Gobernadores civiles, el Director general de Seguridad o el Ministro de la Gobernación podrán disponer el arresto supletorio del infractor hasta treinta días, o bien oficiar al Juzgado competente con copia auténtica de la resolución, para que proceda a su exacción por la vía de apremio o, en su caso, a la declaración de insolvencia total o parcial del multado, o imposición de arresto supletorio que proceda, que no podrá exceder de treinta días.

Dos. Los Alcaldes y Delegados del Gobierno darán cuenta a los Gobernadores respectivos de la falta de pago de las multas que hubieren impuesto, a los efectos del párrafo anterior.

Tres. Los acuerdos del Consejo de Ministros serán tramitados por el Ministerio de la Gobernación para su efectividad.

Art. 23. Uno. Cuando de los antecedentes políticos o penales apareciese ser el inculcado infractor habitual o estuviera conceptuado como peligroso para el orden público, o que por su conducta suponga una amenaza notoria para la convivencia social, el Gobernador civil, el Director general de Seguridad y el Ministro de la Gobernación podrán sancionarlo con multa en un 50 por 100 superior a la autorizada en el artículo 19, sin perjuicio de que sea puesto, cuando proceda, a disposición de la jurisdicción de Vagos y Maleantes.

Dos. Si el inculcado a que se refiere el párrafo anterior, sea cual fuere la cuantía de la sanción impuesta, careciese de arraigo en el lugar o de solvencia conocida, la Autoridad gubernativa podrá disponer su detención mientras no haga efectiva la multa o no preste caución suficiente, a juicio

de aquélla, por plazo no superior a treinta días, que le será de abono para el cumplimiento del arresto supletorio.

Art. 24. Uno. Los menores de dieciséis años deberán ser puestos a disposición de la jurisdicción tutelar propia. Los comprendidos entre esta edad y los dieciocho serán corregidos con atenuación, y caso de imponérseles arresto supletorio lo sufrirán con separación de aquellas personas que representen notorio peligro para su moralidad.

Dos. Cuando se trate de mujeres menores de veintitrés años y mayores de dieciséis, que se hallaren prostituidas o corran grave riesgo de corromperse, deberán ser puestas a disposición del Patronato de Protección a la Mujer, para que, aparte de cumplir la sanción que se les imponga, se provea a su tutela.

CAPITULO III

Del estado de excepción

Art. 25. Uno. Cuando, alterado el orden público, resultaran insuficientes las facultades ordinarias para restaurarlo, podrá el Gobierno, mediante Decreto-ley, declarar el estado de excepción en todo o parte del territorio nacional, asumiendo los poderes extraordinarios que en este capítulo se determinan. De igual modo podrá hacerlo si la magnitud de una calamidad, catástrofe o desgracia pública lo aconsejare.

Dos. El Decreto-ley que se dicte determinará qué garantías jurídicas de las reconocidas por el Fuero de los Españoles quedan suspendidas con arreglo a su artículo 35, y si no lo fueran todas, podrá acordarlo en Decretos-leyes sucesivos dictados en los casos y momentos que estime pertinentes.

Art. 26. Uno. El Gobierno deberá dar cuenta inmediata a las Cortes de los Decretos-leyes mencionados en el artículo anterior, así como de aquel por el que se restablezca la normalidad, sin que sea necesario el trámite previsto en el artículo 10, número 3.º, de la Ley de 26 de julio de 1957.

Dos. Si la normalidad no hubiera podido lograrse dentro de los tres meses siguientes a la declaración del estado de excepción, el Gobierno pondrá en conocimiento de las Cortes las razones que aconsejen su prórroga.

Art. 27. Las medidas que se adopten para la restricción parcial o total de las garantías suspendidas por los Decretos-leyes que declararon el estado de excepción, se limitarán a los términos que en cada caso aconsejen las exigencias del orden público.

Art. 28. Las autoridades gubernativas asumirán las siguientes facultades, con arreglo al Decreto o Decretos-leyes que se dicten :

a) Prohibir la circulación de personas y vehículos en las horas y lugares que en el bando se determinen ; la formación de grupos o estacionamientos en la vía pública, y los desplazamientos de localidad, o bien exigir a quienes los hagan que acrediten su identidad personal y el itinerario a seguir.

b) Delimitar zonas de protección o seguridad y dictar las condiciones de permanencia en las mismas, así como prohibir en lugares determinados la presencia de personas que puedan dificultar la acción de la fuerza pública.

c) Detener a cualquier persona si lo consideran necesario para la conservación del orden.

d) Exigir que se notifique todo cambio de domicilio o residencia con dos días de antelación.

e) Disponer el desplazamiento accidental de la localidad o lugar de su residencia de las personas que por sus antecedentes o conducta infundan sospechas de actividades subversivas.

f) Fijar la residencia en localidad o territorio de la Nación, a ser posible adecuado a las condiciones personales del individuo, de aquéllos en quienes concurren las circunstancias del párrafo anterior.

Estas medidas cesarán con las circunstancias que las motivaron.

Art. 29. La Autoridad gubernativa podrá ejercer la censura previa de la Prensa y publicaciones de todas clases de las emisiones radiofónicas o televisadas y de los espectáculos públicos, o suspenderlos en cuanto puedan contribuir a la alteración del orden público.

Art. 30. Uno. Las Autoridades gubernativas podrán disponer inspecciones y registros domiciliarios en cualquier momento que se considere necesario.

Dos. En uno y otro caso, el reconocimiento de la casa, papeles y efectos tendrá que ser siempre presenciado por el dueño o encargado de la misma, o por uno o más individuos de su familia y por dos vecinos de la propia casa o de las inmediaciones, si en ellas los hubiere, y en su defecto, por dos vecinos del mismo pueblo.

Tres. No hallando en ella al dueño o encargado de la casa, ni a ningún individuo de la familia, se hará el reconocimiento a presencia únicamente de los dos vecinos indicados, levantándose acta, que firmará con ellos la Autoridad o su Delegado.

Cuatro. La asistencia de los vecinos requeridos para presenciar el registro será obligatoria.

Cinco. En caso de no ser hallados vecinos que puedan presenciar el registro, se llevará a efecto haciendo constar esta circunstancia en el acta.

Art. 31. Uno. Los extranjeros transeúntes en España están obligados a realizar la presentación y a llenar las demás formalidades que con respecto a ellos acuerde la Autoridad. Quienes las contravinieren u ofrecieren indicios de concomitancia con los revoltosos serán expulsados del país, salvo que los hechos constituyan delito, caso en que se les someterá al procedimiento correspondiente.

Dos. Los extranjeros con residencia en España debidamente autorizada y registrada, quedarán sujetos a las mismas disposiciones que los nacionales y a las normas que se establezcan sobre renovación o control de su tarjeta de identidad o cédula de inscripción consular. Si en su conducta se apreciara connivencia con los perturbadores, podrán ser expulsados del territorio nacional, previa justificación sumaria de las razones que lo motivan. Los interesados, sin perjuicio del cumplimiento de lo acordado, podrán recurrir en alzada.

Tres. Los apátridas o refugiados respecto de los cuales no sea procedente la expulsión, seguirán el Estatuto de los nacionales.

Art. 32. Uno. Asimismo y con carácter extraordinario se podrán acordar las siguientes medidas de seguridad y prevención:

- a) Revocar total o parcialmente los permisos de tenencia de armas.
- b) Evitar que, prevaleciéndose del uso de los servicios públicos de transportes, comunicaciones o cualquiera otro, se coopere a provocar o mantener la alteración del orden.
- c) Vigilar y proteger los edificios, instalaciones, obras, servicios públicos e industriales, o explotaciones de cualquier género.
- d) Emplazar puestos armados en los lugares más apropiados para asegurar la vigilancia.

Las medidas que se indican en los dos apartados anteriores llevarán consigo la obligación de los dueños, moradores o encargados, de consentir las limitaciones que exija la utilización de las fincas o instalaciones afectadas.

e) Dictar las normas necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados, la libertad de comercio, el funcionamiento de los servicios públicos y de los centros de producción y trabajo, pudiendo exigir la prestación personal obligatoria de sus trabajadores y empleados y considerárseles, en cuanto duren las circunstancias, como funcionarios públicos al servicio del Estado y sometidos al Estatuto legal, jerárquico y disciplinario de éstos, bajo las órdenes directas de la Autoridad o sus Delegados.

f) Movilizar los recursos del territorio o de las localidades en que se declare el estado de excepción, pudiendo llegar si fuera necesario para remediar la calamidad o dominar la perturbación, a disponer de las armas, municiones, vehículos, carburantes, víveres, animales o materiales de toda clase, o a la intervención u ocupación de industrias, fábricas, talleres o explotaciones.

Dos. Cuando a consecuencia de la ejecución de estas medidas procediere alguna indemnización, ésta se regulará de conformidad con lo que previene la Ley de Expropiación forzosa.

Art. 33. Uno. Si algún funcionario o persona al servicio del Estado, Provincia, Municipio y Entidad o Instituto de carácter público u oficial favoreciese con su conducta la actuación de los elementos perturbadores del orden o se negare a cooperar con la Autoridad constituida, cuando le fuere expresamente reclamado, podrá ser suspendido provisionalmente por ésta de su empleo, cargo o función y sueldo anejos en tanto duren las circunstancias, sin que contra dicha resolución quepa recurso alguno.

Dos. Además, se pasará el tanto de culpa a la Autoridad judicial correspondiente y se notificará al Superior jerárquico a los efectos de oportuno expediente disciplinario.

Art. 34. Las Autoridades podrán sancionar los actos contra el orden público con multas superiores en un 50 por 100 a la autorizado en el capítulo II.

CAPITULO IV

Del estado de guerra.

Art. 35. El estado de guerra será declarado en los supuestos siguientes :

a) Cuando la alteración que motivó el estado de excepción haya adquirido tales proporciones o gravedad que no pueda ser dominada por las medidas adoptadas por la Autoridad civil.

b) Cuando se produzca una súbita y violenta insurrección contra la seguridad del Estado, sus Instituciones políticas o la estructura social.

Art. 36. La declaración del estado de guerra, sea cual fuere el territorio al que afecte, habrá de ser acordada por el Gobierno mediante Decreto-ley, dándose cuenta inmediatamente a las Cortes. Si transcurridos dos meses a partir de la fecha de la declaración subsistieren las circunstancias que lo motivaron, se prorrogará expresamente con las mismas formalidades y por el plazo que se estime conveniente.

Art. 37. Cuando en las circunstancias a que se refiere el artículo 35 la Autoridad gubernativa no pudiera establecer comunicación con el Gobierno, se pondrá urgentemente en relación con la Autoridad militar y la judicial ordinaria, y dispondrán la inmediata declaración del estado de guerra. Si no hubiese tiempo para tomar acuerdo, o éste no se consiguiera, la Autoridad gubernativa decidirá que se entre desde luego en el estado de guerra. De todo ello se dará cuenta al Gobierno tan pronto como sea posible.

Art. 38. Si los hechos ocurrieren en capital de provincia, la Autoridad gubernativa, para los efectos del artículo anterior, lo será el Gobernador civil; la Autoridad militar, la que correspondiera hacerse cargo del mando, y la judicial, la superior en orden jerárquico. En los demás pueblos, cuando el peligro fuere inminente y no pudiera acudir al Gobernador civil, se reunirán para dicha declaración el Alcalde o el Delegado del Gobierno en las provincias insulares, el Juez de primera instancia y el Jefe militar de mayor graduación con mando de armas o, en su defecto, de organismo o dependencia militar.

Art. 39. Uno. Declarado el estado de guerra por el Gobierno, designará éste la Autoridad militar que haya de hacerse cargo del mando en el territorio o territorios a que afecte la declaración. En los casos del artículo anterior, lo asumirá la Autoridad militar de mayor empleo con mando superior de fuerzas en el territorio o lugar de que se trate, y en igualdad de empleo, la del Ejército de Tierra, la de Mar o la de Aire, por dicho orden.

Dos. Al hacerse cargo del mando, la Autoridad militar, después de oír al Auditor, si fuera posible, publicará el oportuno bando mediante lectura y fijación en los puntos que se consideren necesarios, y además le dará la mayor difusión.

Tres. El bando habrá de contener los siguientes extremos :

a) Una intimación a los perturbadores para que depongan su actitud y presente obediencia a la Autoridad constituida, para lo que se les dará un plazo prudencial, que, de no haberse fijado, será de dos horas.

- b) Las medidas aplicables a los que persistiesen en su conducta.
- c) Determinación del territorio en que haya de aplicarse.
- d) Los hechos punibles que queden sometidos a la jurisdicción militar, y, si se considera necesario, la penalidad que les corresponda, sin que en ningún caso puedan establecerse penas distintas de las contenidas anteriormente en las Leyes.
- e) Momento en que el bando comenzará a regir.

Cuatro. Si los perturbadores se sometiesen antes de terminar el plazo que se les dió, serán puestos a disposición de la Autoridad judicial militar para que proceda a exigirles la responsabilidad correspondiente o a eximirles de ella.

Cinco. Los que no se avinieren a los medios persuasivos quedarán bajo la acción de los coercitivos que disponga la Autoridad para reprimir y dominar el desorden, así como el posterior enjuiciamiento de los Tribunales marciales.

Art. 40. La Autoridad militar podrá hacer uso de las mismas facultades que se conceden a la civil en los capítulos anteriores, de las demás que esta Ley autoriza y de cuantas medidas entienda sean necesarias para restablecer el orden o requiera la seguridad interior del Estado.

Art. 41. Las Autoridades civiles continuarán entendiendo en todos los asuntos de su competencia que no afecten el orden público, limitándose, en cuanto a éste, a las facultades que la militar les delegare y deje expeditas. En todo caso, aquellas Autoridades darán a la militar los informes que ésta les reclame y cuantas noticias atinentes al orden público lleguen a su conocimiento.

Art. 42. El estado de guerra cesará cuando desaparezcan la causas que lo motivaron, pasándose al de excepción o a la situación de normalidad según entienda el Gobierno, que al efecto dictará el correspondiente Decreto-ley, del que dará cuenta a las Cortes.

CAPITULO V

Del procedimiento.

Art. 43. La declaración del estado de excepción llevará consigo la inmediata constitución de Tribunales de Urgencia, conforme a las siguientes normas:

a) Los Presidentes de las Audiencias procederán a constituir Tribunales integrados por una o varias Secciones. En las Audiencias de Sección única ésta actuará como Tribunal de Urgencia; que conocerá preferentemente de las causas a que se refiere este capítulo.

b) La instrucción de los sumarios se reservará al Juzgado o Juzgados que la Sala o Junta de Gobierno acuerde, y donde sólo hubiere uno, éste tramitará aquéllos con preferencia a los demás asuntos.

c) El Fiscal de la Audiencia atenderá primordialmente a estos sumarios, ejerciendo la inspección por sí o por los funcionarios que le estén

subordinados. En todo caso, los Jueces mantendrán rápida y constante comunicación con la Fiscalía.

d) Al principio del año natural, los Colegios de Abogados designarán los Letrados que, en turno especial de oficio, habrán de actuar ante dichos Tribunales y los Juzgados de su demarcación. Los Decanos notificarán al Presidente de la Audiencia la lista de tales Letrados y las altas y bajas que se produjeren en ellas. Los Tribunales podrán acordar que, independientemente de los Letrados que designen las partes, se nombren otros de oficio para que lo sustituyan si, por cualquier causa, dejaren de comparecer los elegidos.

No será necesaria la representación por medio de Procurador en estos Tribunales.

e) Los Juzgados y Tribunales de Urgencia se hallarán permanentemente constituidos para actuar cuando fuere necesario. Al efecto, se considerarán hábiles todos los días y horas.

Art. 44. Uno. Los Tribunales de Urgencia entenderán privativamente de los hechos comprendidos en el artículo 2.º de esta Ley que sean constitutivos de delito siempre que no esté reservado su conocimiento a la jurisdicción militar. La competencia se extiende a los delitos o faltas conexos o incidentales. La causas no dejarán de fallarse por estos Tribunales, aunque sólo merezcan la consideración de faltas los hechos perseguidos.

Dos. Podrán acordarse la formación de piezas separadas cuando el número de inculcados dificulte su rápida y eficaz tramitación.

Art. 45. Uno. No podrán promoverse cuestiones previas ni conflictos jurisdiccionales a estos Tribunales, los que, de suscitarse aquéllas, las rechazarán de plano, salvo si procedieran de la jurisdicción militar.

Dos. Cuando el Juez entendiere que los hechos no son propios del procedimiento de urgencia, acordará, previo informe del Fiscal, la tramitación que corresponda. Si ambas Autoridades disintieren, dará cuenta el Juez, con remisión de testimonio bastante al Tribunal de Urgencia respectivo, para que decida lo que proceda. Contra la resolución de éste no cabrá recurso alguno.

Art. 46. Uno. Las personas ofendidas por el delito podrán instruirse en cualquier momento y forma de los derechos que con arreglo a los artículos 109 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal les asistan, para mostrarse parte en la causa.

Dos. Cuando concurren circunstancias especiales que lo aconsejen, el Juez, para evitar el retraso de los autos, podrá hacer por edicto el ofrecimiento de acciones.

Tres. El perjudicado, sin necesidad de formular querrela, podrá mostrarse parte hasta el momento de la celebración de la vista. Si compareciere en forma legal sin haber presentado calificación previa, se entenderá que provisionalmente se adhiere a la formulada por el Fiscal.

Cuatro. En el procedimiento de urgencia no se permitirá el ejercicio de la acción pública.

Art. 47. Uno. La Policía judicial deberá instruir el atestado correspondiente con la mayor celeridad, procurando recoger cuantos elementos importantes de prueba estén a su alcance.

Dos. El Fiscal de la Audiencia podrá designar a uno de sus subordinados para que lleve la inspección y dirección de los atestados, disponiendo la práctica urgente de las diligencias que crea indispensables.

Tres. Cuando el fiscal considere establecido el hecho y aportados los datos necesarios para su calificación, propondrá la remisión de las actuaciones al Juzgado competente con la petición de que, previa ratificación de las declaraciones del inculcado, y aquellas otras diligencias que el Juzgado estime precisas para corroborar las ya practicadas, dicte auto de procesamiento por el delito cometido y se dé al sumario la tramitación que corresponda.

Art. 48. Los Jueces de Instrucción, mediante ininterrumpida, rápida y preferente actividad, tramitarán los sumarios ajustándose a lo dispuesto en el título III, libro IV, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con las modificaciones siguientes:

a) Inmediatamente de recibidas las diligencias incoadas por la Policía, de admitida la querrela o la denuncia cuando proceda, o bien tan pronto como tengan conocimiento directo del hecho, recibirán declaración a los inculcados, haciendo constar, en su caso, las circunstancias que justifiquen la ratificación total o parcial o la negación de las confesiones que aparezcan como suyas en el atestado, adicionándolas con las demás circunstancias que interese acreditar. Simultáneamente en el más breve plazo posible, evacuarán las citas testificales que estimen convenientes, aplazando para el acto del juicio oral aquellas pruebas de que pudiera prescindirse para calificar el hecho.

b) La identificación del procesado, si fuera precisa, se verificará mediante acta, en la que se consignarán los particulares que interesen. Si no se pudiera aportar rápidamente el certificado de nacimiento, se suplirá éste por cualquier otro medio de prueba.

c) Se reclamará con carácter urgente la hoja de antecedentes penales y, si no se recibiera antes de terminar el sumario, se prescindirá de ella, sin perjuicio de llevarla al juicio oral si llegare a tiempo de éste.

d) Se obtendrán por los servicios de Policía, siempre que sea posible, tre fichas dactilográficas del inculcado, de las que una se incorporará a las diligencias y las otras dos se remitirán a los Gabinetes de identificación de las Direcciones Generales de Seguridad y Prisiones.

e) El informe pericial podrá ser presentado por un solo Perito cuando el Juez lo considere suficiente; si el Fiscal estimare necesaria la intervención de un segundo Perito, se cumplirá lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para los procedimientos ordinarios.

f) Si no fuera posible la determinación de los daños sin demorar gravemente el curso del sumario, podrá prescindirse de tal diligencia, siempre que el Juez y el Fiscal estuvieren de acuerdo sobre ello, sin perjuicio de practicarla en el juicio oral cuando resulte indispensable para calificar los hechos.

En todo caso, las dilaciones o demoras que pudieran derivarse de la completa tasación de los daños, se tramitarán en piezas separadas para los efectos de la responsabilidad civil y no impedirán el juicio oral ni la ejecución de la sentencia, dentro de cuyo período se podrán fijar aquéllos.

Art. 49. Uno. El Juez instructor dictará auto de procesamiento y prisión en cuanto aparezcan indicios de criminalidad contra determinada persona. La prisión será incondicional siempre que la pena señalada al delito sea de privación de libertad. Contra este auto no se dará recurso de reforma ni de apelación, pero de oficio el Instructor o el Tribunal de Urgencia podrán revocarlo en todo o en parte, si razones especiales lo aconsejaren.

¶ Dos. El referido auto se notificará directamente al Fiscal y al procesado, al que se recibirá indagatoria seguidamente, con apercibimiento que de no hacer designación de defensor, se le nombrará de oficio. El procesado, por sí o por medio de su Abogado, podrá proponer antes de la conclusión del sumario las diligencias que estime convenientes a su descargo, de las que el Juez practicará sólo las que considere útiles para el mejor esclarecimiento de los hechos, evitando que se retrase la tramitación. Contra esta resolución del instructor no se dará recurso alguno, si bien las diligencias denegadas podrán ser pedidas de nuevo para el acto del juicio oral.

Art. 50. Uno. El sumario se declarará concluso cuando el Ministerio Fiscal lo solicite, si hubiese intervenido en su tramitación, y, en otro caso, cuando el Juez lo acuerde.

Dos. Dictado el auto de conclusión, se elevará seguidamente el sumario y las piezas de convicción al Tribunal de Urgencia, previo emplazamiento de las partes por término de tres días. Dicho Tribunal acordará su paso inmediato al Ministerio Fiscal por un plazo de setenta y dos horas, en el que podrá pedir:

a) Si el sumario no hubiera sido inspeccionado por él, revocación del auto de conclusión para la práctica de nuevas diligencias y devolución al Instructor a tal fin, debiendo seguirse, una vez evacuadas, los mismos trámites señalados.

b) Pedir el sobreseimiento libre o provisional, total o parcial.

c) Formular escrito de calificación provisional.

Tres. Despachada la causa por el Fiscal se dará traslado de modo sucesivo a las acusaciones privadas, si las hubiere, por igual plazo que se fija en el apartado anterior.

Cuatro. Formalizados los escritos de calificación, se dará traslado a la defensa por término de tres a seis días, según el volumen de los autos. También se acordará, de ser varios los defensores, que sin exceder de dicho plazo máximo los traslados sean sucesivos.

Cinco. El Tribunal, en el plazo improrrogable de tres días, examinará los escritos presentados y admitirá las pruebas que estime pertinentes, sin que contra esta resolución quepa recurso alguno.

Seis. Señalará día para la vista dentro de los ocho siguientes y ordenará, por el medio más rápido, que se libren los despachos necesarios para la citación de Peritos y testigos que hayan de comparecer en el acto de aquélla. Hasta el momento de la misma podrán incorporarse a los antecedentes sumariales los informes, certificaciones y documentos reclamados por la Sala, solicitados por las partes o remitidos por el Instructor y por las demás Autoridades o funcionarios.

Siete. El Tribunal dictará sentencia en el término de veinticuatro horas siguientes a la vista.

Ocho. Los condenados no podrán disfrutar los beneficios de la condena condicional.

Nueve. En todo lo demás se observarán los trámites señalados por la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Art. 51. Uno. Contra la sentencia dictada podrán las partes interponer los recursos de casación por infracción de Ley o quebrantamiento de forma que autoriza y regula la Ley de Enjuiciamiento Criminal en sus respectivos casos.

Dos. El recurso se preparará mediante escrito autorizado por el Abogado del recurrente, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia.

Tres. En la resolución en que se tenga por preparado dicho recurso se emplazará a las partes para que comparezcan ante el Tribunal Supremo en el plazo improrrogable de diez días, cuando se refiera a decisiones dictadas por los Tribunales de la Península y veinte en los demás.

Cuatro. Interpuesto el recurso, y sin esperar a que transcurra el término del emplazamiento, se designará el Magistrado ponente y se dispondrá que el Secretario forme la nota autorizada del recurso en el plazo de setenta y dos horas. Seguidamente se instruirán el Fiscal y las partes en el término que dentro del legal se señale, pudiendo impugnar la admisión del recurso o la de la adhesión.

Cinco. La Sala resolverá dentro de las cuarenta y ocho horas sobre la admisión o inadmisión, y si acordase lo primero se hará el señalamiento para la vista cuando proceda y en plazo que no podrá exceder de cinco días. Dentro de otro término igual se dictará sentencia.

Seis. En los recursos procedentes de la Audiencia de Madrid no será necesario el nombramiento de Abogado y Procurador, debiendo actuar, a falta de otra designación, los que, en su caso, lo hubieran hecho en la instancia.

DISPOSICIONES FINALES

Primera. Quedan derogadas la Ley de 28 de julio de 1933, el Decreto-ley de 16 de febrero de 1937, el Decreto de 18 de octubre de 1945, la Ley de 17 de julio de 1948 y las demás disposiciones que se opongan a lo preceptuado en la presente, que empezará a regir el 1.º de septiembre próximo.

Segunda. Se autoriza al Ministerio de la Gobernación y, en su caso, al Gobierno para dictar las normas reglamentarias que pueda exigir la ejecución de los preceptos de esta Ley.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera. Las sanciones gubernativas por hechos anteriores al 1.º de septiembre de 1959, se ajustarán a la legislación hasta ahora vigente, sea cual fuere el momento de su aplicación.

Segunda. Seguirá entendiendo la jurisdicción militar de los delitos que, afectando al orden público, le están atribuidos con arreglo a lo establecido en Leyes especiales, sin perjuicio de las inhibiciones que se acordaren en favor de la jurisdicción ordinaria y en tanto que el Gobierno revise y unifique las normas de competencia relativas concretamente a dichos delitos, autorizándosele especialmente para ello.

SECCION DE JURISPRUDENCIA

De la responsabilidad médica

(S. 10 de marzo de 1959)

JUAN DEL ROSAL

Catedrático de Derecho penal de la Facultad de
Derecho de Madrid, Abogado de los I. C. de Abo-
gados de Madrid, Barcelona y otros

SUMARIO: 1.º Relación circunstanciada del hecho.—2.º Sentencia de la Audiencia provincial.—3.º Impugnación por la parte recurrente.—4.º Breve análisis de la sentencia dictada por la Sala Segunda del T. S.; a) Fundamentos facticios del comportamiento culposo; b) Inexistencia de la justificación de la actividad profesional; c) Incumplimiento de la *lex artis*; d) Falta de error científico.

1.º *Relación circunstanciada del hecho*

Los «hechos probados» dicen así: «Que A. M. R., de treinta y ocho años, casado, cerrajero, beneficiario del Seguro de Enfermedad y que no había padecido ninguna enfermedad ni molestia en sus órganos génito-urinaris, por consejo de su médico de cabecera, el Dr. D. M. J. B., se personó el día 15 de mayo del pasado año 1956 en las Oficinas de la entidad aseguradora (M. N. S. A.) sita en la V. R. de esta capital, en las que manifestó al procesado, Dr. D. An. G. P. habersele reproducido la hernia padecida y operada anteriormente por el Dr. V. ante cuya manifestación el procesado Dr. G. se limitó a mirarle la cicatriz que presentaba en su abdomen, palpar la región de la misma y comunicarle que a efectos de ser operado se personase el 4 de julio siguiente en la Residencia Sanitaria «S. D.» de esta misma ciudad, llegado cuyo día y personado que fué en la mencionada Residencia Sanitaria, en ésta se le manifestó que por encontrarse en M. el procesado, Dr. G., volviera, para ser operado por éste, el día 10 del mismo mes de julio, como así hizo, en cuyo día quedó hospitalizado, sin que durante ese día ni el siguiente, hasta las seis de la tarde de este último día, en que fué llamado para ser operado, se le visitara médicamente, se le hiciera análisis alguno, ni de orina ni de sangre, se le reconociera el corazón ni se le explorasen los pulmones, ni tan siquiera se le tomase la temperatura, ni se adoptase, en suma, medida alguna para comprobar el estado de su organismo en dicha fecha; que una vez en el quirófano el mencionado enfermo, se le practicó por el propio cirujano ope-

rador, el procesado Dr. G., la anestesia raquídea o local, que no le privó de sus sentidos de la vista y el oído, ni de la facultad de darse cuenta de lo que acontecía a su alrededor; que así anestesiado, se procedió por el procesado Dr. G. asistido, como ayudante, por su hijo, el también doctor en Medicina Dr. A. G. S., a llevar a cabo la operación de hernia inguinal por él diagnosticada al enfermo y a cuya sola práctica se había expresamente sometido; mas abierta que fué la cavidad abdominal, el procesado Dr. G., so pretexto de haber observado una supuesta masa tumoral a su parecer reveladora de la existencia de un sarcoma de pene, llevó a cabo el cercenamiento, de raíz, del miembro viril del enfermo M. R., sin que para ello requiriese el que le fuera hecha la oportuna biopsia que le confirmara su diagnóstico precoz, y sin que obtuviera del paciente o de sus familiares, mujer o hermano, que sabía se encontraban en dicho momento en la mencionada Residencia Sanitaria, el correspondiente consentimiento o autorización para la amputación de un miembro tan importante del cuerpo humano, de resultados de la cual había de quedar impotente, tanto más cuanto que, como el propio procesado reconoció en el acto de la vista del juicio oral, pudo limitar su intervención quirúrgica a la práctica de la operación primitivamente diagnosticada, de hernia inguinal, y dejar el acometer la del supuesto sarcoma de pene para un momento o fecha ulterior por tratarse de campos operatorios distintos aunque próximos, no ser necesaria la del supuesto sarcoma de pene para verificar la operación diagnosticada y no correr, de momento, peligro de vida el enfermo mientras no se le abriera esa supuesta masa tumoral, que, esto aparte, y a pesar de que el propio procesado reconoce que el sarcoma de pene es un caso clínico rarísimo, hasta el punto de que en su larga vida profesional no había tenido ocasión de enfrentarse con ninguno, se resolvió a operarlo, como queda dicho y según él mismo manifiesta, fiando su existencia al diagnóstico precoz que en tan críticos momentos hiciera, y verificada que fué su extirpación no conservó el miembro cercenado afectado por el mencionado supuesto sarcoma para que del mismo se hubiera hecho una biopsia postoperatoria que comprobase, en su caso, la existencia de aquél, no comunicó ni al enfermo ni a sus familiares antes aludidos, ni a sus compañeros médicos el haber realizado esta última operación, digo intervención, ni le aplicó a la herida que le produjera el corte del pene, afectado por supuesto sarcoma, radioterapia alguna; que amputado que le fué dicho miembro, el enfermo M. R. sufrió una retención de orina por consecuencia de la operación del procesado llevada a cabo, que puso en inminente peligro de vida, hasta el punto de que en el mes de octubre siguiente precisó ser urgentemente intervenido de nuevo por presentar una estenosis interna del orificio uretral, intervención que le fué practicada por el Dr. G. A. en la Clínica de la C. R. de esta ciudad, en la segunda quincena del citado mes, la que le ocasionó al enfermo M. R. unos gastos, que satisfizo, por un valor total de 2.846,27 pesetas, y, finalmente que, a partir de esta última operación, el intervenido M. R. goza de un estado de salud bueno sin que se haya presentado en él síntoma alguno revelador de haber padecido en su vida sarcoma de pene; habiendo quedado impotente, por consecuencia de la que le practicara el procesado so pretexto de la supuesta existencia de aquél.»

2.º *Sentencia de la Audiencia provincial.*

«Que en la expresada sentencia se estimó que los hechos declarados probados eran legalmente constitutivos de un delito de imprudencia temeraria del párrafo primero del artículo 565 del Código Penal, en relación con el número primero del 420 de dicho Código, del que era responsable criminalmente en concepto de autor el procesado A. G. O., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y contiene el siguiente pronunciamiento. FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado A. G. P., en concepto de autor responsable criminalmente de un delito de imprudencia temeraria, a la pena de seis meses y un día de prisión menor, con las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas; y a que por vía de indemnización de perjuicios abone al ofendido A. M. R. la suma de ciento cincuenta y dos mil ochocientas cuarenta y seis pesetas con veintiséis céntimos. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado por el Instructor que declaró solvente a dicho encartado con la cualidad de sin perjuicio que contiene.»

3.º *Impugnación por la parte recurrente*

«Que el presente recurso interpuesto por la presentación del procesado A. G. P. por infracción de Ley se apoya en el siguiente: *Motivo Unico.* Al amparo del número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, señalándose como infringidos: por indebida aplicación los artículos 565 y número primero del artículo 420 del Código Penal, y por la inaplicación el número 11 del artículo 8.º del mismo cuerpo legal. La imprudencia punible requiere para ser apreciada la existencia de un mal efectivo y concreto, penalmente relevante, una acción u omisión voluntaria no maliciosa y una relación de causalidad entre ambos extremos, y dados los hechos que la sentencia declara probados se halla ausente aquel resultado penalmente típico, ya que el procesado, doctor en Cirugía, al realizar la intervención de un sarcoma de pene que puso en evidencia la operación iniciada de hernia inguinal no produjo herida, golpe, ni maltrato al enfermo, elementos del tipo de lesiones según su configuración legal, sino que diagnosticado aquel mal y en interés de la salud del enfermo, es decir, con ánimo curativo, lo extirpó, sin que las omisiones que como tales recoge el Resultando de hechos probados de la sentencia sean determinantes de la intervención de un mal inexistente, extremo éste que, por otra parte tampoco afirma la resolución recurrida, por lo que el procesado, poseedor de un título que le faculta para el ejercicio de su profesión obró en el legítimo ejercicio de un oficio a tenor del número 11 del artículo 8.º del Código Penal que señala como infringido por inaplicación, como por aplicación indebida del artículo 565 en relación con el 420, número primero, todos ellos del Código Penal.

4.º *Breve análisis de la sentencia dictada por la Sala Segunda del T. S.*

La simple contemplación de la relación circunstanciada del hecho nos evidencia nítidamente los elementos fácticos, en los cuales se apoya un reproche, de momento, a título culposo. Pues obsérvese, valga de ejemplo, que:

a) *Fundamentos facticios del comportamiento culposo*

Sin necesidad de abundar en detalles basta, a efectos de captar la base del delito culposo, entresacar los pasajes siguientes:

1.º Que por de pronto el paciente no padecía ninguna enfermedad, ni molestias en sus órganos génito-uritarios. Lo cual nos da a entender que no era previsible, dentro de los límites médicos, que tuviera tumor o cualquier cosa parecida.

2.º Que sólo se trataba de la reproducción de la hernia, anteriormente operada, cómo se diagnosticó por el doctor.

3.º Que durante la estancia hospitalaria, ni antes ni después, se le trató como médicamente se exige, de acuerdo con la *lex artis* en casos anteoperatorios.

4.º Ni tan siquiera se le tomó la temperatura, con lo que fué al quirófano sin dato alguno respecto a su estado actual.

5.º Que una vez en la mesa de operaciones se le practicó la citada operación, que si bien está el campo operatorio cercano al del miembro viril, sin embargo, existe la suficiente distancia como para no confundirlos.

6.º Que la presencia «de un supuesto sarcoma de pene», que dió como consecuencia la amputación del mismo, se efectuó sin emplear ninguno de los comprobantes, ni antes ni después del corte, y máxime cuando incluso se ha dicho por el procesado que no era *necesaria* tamaña operación.

7.º Que, finalmente, *no* se obtuvo el consentimiento ni de la víctima, que oía y veía todo, ni tampoco de sus familiares que estaban en la clínica. Y para colmo de males el supuesto sarcoma de pene «es un caso clínico rarísimo, hasta el punto que en su larga vida profesional no había tenido ocasión de enfrentarse con ninguno».

b) *Inexistencia de la justificación de la actividad profesional*

Sabido es cómo en el número once del artículo octavo (causas eximentes el C. p. vigente enumera tres clases de exención de responsabilidad criminal, cuales son las siguientes: a) Obrar en cumplimiento de un deber; b) En el ejercicio legítimo de un derecho; y c) en el ejercicio legítimo de un oficio o cargo.

Pues bien; el motivo de casación aduce el quebrantamiento de éste precepto y, por consecuencia, al no haberlo efectuado la infracción por aplicación indebida del artículo 565 en relación con el número 1.º del artículo 420, todos del texto penal vigente (1).

El primero de los «considerandos» está enfilado, por supuesto, a desmontar la interpretación de esta eximente, en la forma explanada por el recurrente, puesto que la *ratio-legis* del número 11 del artículo 8 y la doctrina jurisprudencial y hasta una valoración humana del caso en cuestión nos aleja a las claras de la colación de este precepto. Veámoslo.

«Que la defensa del motivo único de este recurso, amplia y doctamente desarrollada con el estudio minucioso de varias teorías jurídicas acerca de

(1) Queda en pie la discusión sobre tipificación en el número 1.º del 420, que aquí no se toca.

la irresponsabilidad criminal del cirujano por los actos ejecutados durante el curso de alguna operación quirúrgica, tiende a demostrar la potestad libérrima del mismo en sus actuaciones curativas sobre el cuerpo del enfermo, sin que a su juicio precise atender a otras normas reguladoras de su proceder o capaces de ponerle límites, que las impuestas por los dictados de su conciencia profesional, pero doctrina que a su vez gira en torno a la interpretación más acertada de la circunstancia 11 del artículo 8.º del Código Punitivo, de cuyo texto no puede prescindirse a la hora de resolver tan delicado problema con preferencia a los pareceres de dichos tratadistas, compatibles por cierto entre sí en los extremos más esenciales, hasta el punto de que si el precepto libera de las consecuencias penales del dolo y de la culpa lo es en tanto aparezca «legítimo» el ejercicio de esa noble parte de la Medicina, llamada Cirugía, que con su progreso actual constituye para la Humanidad una fuente de beneficios incalculables mientras se acomode a las reglas más elementales de la Deontología médica, pues cuando al practicarla se aparte alguien de la observancia del deber, puede desembocar en verdaderos delitos contra las personas, y más aún en manifestaciones inequívocas de la imprudencia punible».

Y efectivamente, el razonamiento recoge no sólo la reiterada jurisprudencia respecto a la citada eximente, sino que revalorizando, una vez más, el vocablo «legítimo» puntualiza cabalmente los módulos, nacidos del saber médico y de los deberes deontológicos que limitan la actividad profesional. Es decir, que el ejercicio médico es, entre otras muchas, una actividad estatalmente reconocida, dirigida a la salud y bienestar del cuerpo humano o de su mundo psíquico, ora se canaliza en pro de fines investigativos, compatibles con la dignidad humana. Cualquier actividad médica, injustificable a tenor de la *lex artis* o que contradiga las reglas surgidas de la práctica de los deberes profesionales, queda en desamparo de la circunstancia indicada, puesto que el legislador indica taxativamente el límite, por fuera del cual queda expuesta al reproche disciplinario o punitivo, consistente en que el ejercicio sea *legítimo*, lo cual quiere decir, que discorra por dentro de ce las normas que sujetan y limitan su uso (S. 4 diciembre 1942).

La limitación objetiva, referida, de una parte, al saber médico; de otro lado, a los deberes profesionales, ajusta y recorta el ejercicio profesional, el cual se justifica no sólo por ser una actividad amparada por el Estado, sino antes bien, por la naturaleza y funciones que desempeña, velar por la salud física y psíquica de la persona. Esto por lo que se refiere a la justificación de la actividad profesional, que en el caso de autos y con la simple lectura de los «hechos probados» se ve cuán lejos se halla el comportamiento médico, del realmente exigido, de acuerdo con el impetrado por el estado del saber médico y por las exigencias deontológicas. Ya que aquél obliga insoslayablemente a poner en práctica una serie de reconocimientos, análisis, exploraciones, en fin de cuentas, comprobaciones de la salud del que se opera y diagnóstico cerciorado de que padece tal o cual enfermedad que inexcusablemente requiere la intervención quirúrgica.

En el supuesto actual no se observa por ninguna parte, habida la narración de la resultancia de hechos, que se pusieran en juego los conocimientos y técnicas deparadas actualmente por la ciencia médica, pues ni

siquiera se le tomó la temperatura. Pero es que además, en la sala de operaciones, de igual modo no se guarda la profesional postura que demanda la técnica quirúrgica, puesto que ni antes ni después se comprueba mediante la biopsia, si efectivamente era un tumor canceroso.

Buscar refugio en la «conciencia profesional» cuando la actividad del mismo se desliza por unos cauces contrarios a los más elementales deberes, extraídos de los dictados de la Cirugía supone, o una importancia supina o ligereza por parte del profesional. Sólo una creencia, racionalmente alimentada, instalada en un error del profesional, puede liberar de cualquier reproche disciplinario o penal, siempre y cuando que se cumplan los mandatos ordenados por la *lex artis* del saber médico. Aquí se registra una tremenda ligereza en el curso del suceso que da como resultado un efecto dañoso para el paciente. Y este evento pudo evitarse con sólo aplicar, que se diría *finalísticamente*, una conducta prudente, de cautela y previsión, enlazada, claro está, a las reglas objetivas del saber y a las no menos imperativas de la deontología profesional.

De otra parte, la justificación estampada en la circunstancia indicada no sólo se funda en el ejercicio legítimo de una actividad profesional, sino que, por ser dirigida contra un «objeto» de valor absoluto, cual es la persona humana, requiere, por tanto, que no se humille ninguno de los excelsos atributos, como su dignidad y libertad. Y de aquí que consuetudinariamente se exija el consentimiento del paciente o el de sus parientes, pues sólo en situaciones especiales basta la simple presunción para intervenir sobre el sujeto. Axiológicamente la acción médica está supeditada al consentimiento del enfermo, pues de lo contrario se quebrantaría el orden de los principios con una disposición instrumental, amparada en el derecho de una profesión.

La legitimidad de la actividad médica está apoyada de un lado, en el reconocimiento de ella por el Estado y por las funciones y finalidades que cumple. Y de otra parte, por el consentimiento del paciente, que lo otorga siempre que se desempeñe conforme a la *lex artis*.

c) Incumplimiento de la «*lex artis*».

En el segundo de los «considerandos» la sentencia argumenta en sede del incumplimiento de los deberes colegiados de la *lex artis*. Y así se lee: «Que el relato de los hechos probados comienza por presentar al Dr. G. como cirujano poco previsor, según revela el prescindir de todo conocimiento del organismo del enfermo a quien había de operar, a fin de cerciorarse previamente de si se hallaba en condiciones de someterlo a los peligros ocultos propios de las intervenciones más o menos graves; describe después desde su origen la génesis de aquel impulso irreflexivo que le llevará a cercenar de raíz el miembro sexual del operado, cuando a simple vista creyó observar un sarcoma respecto del cual no tuvo hasta entonces la más ligera referencia; añaden que el operador no intentó explorar la conformidad de los familiares presentes en el sanatorio, allegados a la víctima, según sabía, aunque, claro está, fuera del recinto del quirófano donde operaba, ni tampoco pretendió contar con el consejo posible de algún otro facultativo si se encontrase dispuesto en la Residencia Sanatorial; continúan con las afirmaciones de que le cupo ultimar la operación de hernia sin acudir a tan

extrema medida de la cual era «dable prescindir» por de pronto, ya que de momento no corría peligro la vida del operado, y exponen finalmente que tras de ocultar por entonces cuanto sucedió hasta que fué descubierto más tarde, se abstuvo de retener el órgano amputado en el que existía la prueba decisiva de lo acertado o desacertado del diagnóstico, así como de la procedencia o imprudencia de la amputación».

He aquí un diseño por demás ilustrativo de un comportamiento, reñido, a todas luces, con las exigencias impuestas a los cirujanos por el saber quirúrgico. Ni por un solo momento acude en busca de los conocimientos instrumentales que pudieran justificar la intervención quirúrgica. Es más, como un testimonio irrecusable de su comportamiento, se oculta, según los hechos, la amputación, dando lugar con ello a poner en grave peligro la vida del paciente.

d) *Falta de error científico*

Todavía el debate queda siempre abierto cuando versa la intervención sobre un conocimiento equivocado del caso en cuestión, cosa que por desgracia no sucede aquí. La lectura del «considerando tercero» argumenta sobre la base de la vehemente sospecha de la falta de tumor canceroso, sobre todo, cuando la pieza no se conservó para su biopsia correspondiente. Y además, dado el escaso casuismo al respecto, hace presumir que sólo fué un «pretexto»—así describen los hechos—para asirse a una exculpación, a todas luces inexistente.

«Que la primera consecuencia extraída de los hechos conforme quedan descritos, consiste en presumir existen escasísimas probabilidades respecto de la realidad de aquella masa tumoral motivadora de la extirpación del pene, y menos todavía de que si existió revistiese carácter canceroso para exigir se operase con urgencia, pues por grande que fuera la despreocupación del operador con largos años de experiencia profesional, que acababa de mutilar a un hombre en circunstancias tan normales con la responsabilidad consiguiente a esa extraña conducta, no se concibe por inverosímil se desprendiese inadvertidamente de lo que podía significar la justificación plena de su proceder, y la manera de sincerarse ante la víctima en estado de ánimo bien fácil de calcular, frente a quien tanto interesaba al reo presentarse como benefactor; pero de todas suertes es lo cierto que no se trata de imponer castigo al error científico en que el procesado aparezca incurso, cuando hombres al fin los técnicos de la Medicina se hallan sujetos a las mismas equivocaciones posibles de los demás cultivadores de las distintas ramas del deber, y de ahí que para llegar a la conclusión condenatoria por imprudencia no sea indispensable contar con la prueba completa o con la afirmación categórica dentro de los hechos de la sentencia conducentes a proclamar de manera absoluta hasta qué punto resultare estéril aquel sacrificio, ni si fué producto exclusivo de una lamentable ligereza.»

En los considerandos siguientes se matiza agudamente los distintos planos en que viene montada la eximente citada, conforme ya se dijo anteriormente. Y a la par se perfilan los rasgos de un comportamiento culposo. Basta con la simple transcripción de ellos. Dicen así:

Que la impresión puramente subjetiva sobre la certeza del cáncer, ob-

tenida de una simple observación visual sin antecedentes patológicos conocidos, sólo autorizaría al cercenamiento instantáneo del órgano respectivo, en casos de gravedad extrema e intervención inaplazable, donde la demora ponga riesgo seguro e inmediato la vida del presunto enfermo, porque de no ser así, la más elemental cautela impone la espera hasta efectuar las comprobaciones necesarias de que disponga la Ciencia médica, contar con la autorización expresa de la persona interesada mayor de edad y en la plenitud de juicio, como dueña de su integridad corporal, e incluso recabar el concurso de otros facultativos en busca de garantías de acierto, por lo que al no seguir el procesado esa conducta recomendable para el médico y al alcance de toda inteligencia médica, sino que por el contrario se precipitó a efectuar aquella cruel mutilación, eludible al menos de momento, para desprenderse después del órgano contaminado, cual si fuese un despojo inútil, sin intentar siquiera permitir antes la oportuna biopsia post-operatoria, vino a incurrir de manera evidente en la imprudencia temeraria que sanciona el párrafo primero del artículo 565 del Código Penal, tanto más, cuanto que el culpable operaba hasta entonces en zona distinta aunque próxima del cuerpo humano, lo que le consentía concluir la operación de hernia, única que solicitara de él la víctima de este suceso.»

«Que a virtud de las anteriores razones de tipo jurídico estricto, debe declararse la improcedencia del recurso interpuesto, el cual también va contra el sentido inspirador de la Deontología merecedora asimismo de tenerse en cuenta, pues señala la infracción de deberes de carácter moral que en trances análogos hubiese respetado la generalidad de los especialistas, muchos de ellos meritísimos que por prudentes prestigian más todavía su profesión.» (2).

(2) Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Díaz Plá.

Jurisprudencia penal correspondiente al primer cuatrimestre de 1958

JOSE MARIA GONZALEZ SERRANO
Fiscal de la Audiencia de Salamanca

CODIGO PENAL

1. Art. 8.º núm. 1.º *Enajenación mental*.—La escasa cultura y las pocas luces intelectuales no pueden equipararse a la enajenación ni al trastorno mental transitorio, como eximente completa o incompleta, ni como atenuante analógica (S. 11 febrero).

No hay trastorno mental si no existen caracteres demenciales, aunque se acuse algo de una personalidad psicopática (S. 4 marzo).

2. Art. 8.º núm. 4.º *Legítima defensa*.—Es requisito indispensable la agresión ilegítima (S. 23 enero, 10 y 26 febrero, 25 abril).

La agresión ilegítima ha de ser real e inmediata, de suerte que cesado el acto de acometimiento, cesa la exigencia de rechazarlo, sin que pueda darse a aquél una extensión que le haga persistir en la antijuridicidad de tal, en tanto dure el estado animico de sobreexcitación que suele acompañar a esta situación de violencia (S. 10 febrero). Esa agresión ha de consistir en un acto de fuerza inesperado e injusto, que revele el propósito de causar un daño inminente a la persona del agredido, que ponga en peligro su vida o integridad física (S. 26 febrero).

3. Art. 8.º núm. 7.º *Estado de necesidad*.—El estado de necesidad ha de ser momentáneo o transitorio; y no puede aplicarse a estados permanentes de escasez económica motivados por enfermedades familiares (S. 10 marzo). Ha de encontrarse el sujeto en un estado de necesidad absoluta, es decir, que no tenga posibilidad de acudir a otros medios lícitos para remediar sus males (S. 28 marzo).

4. Art. 8.º núm. 8.º *Caso fortuito*.—La imprudencia temeraria lleva implícita la inexistencia de esta eximente (S. 13 febrero).

5. Art. 8.º núm. 12. *Obediencia debida*.—La eximente exige: que la subordinación se halle ordenada por la ley; que el mandato sea legítimo; y que esté dentro de las facultades de quien lo expide (S. 11 marzo).

6. Art. 9.º núm. 4.º *Preterintencionalidad*.—Es preciso que el resultado producido exceda del presupuesto, lo que se manifiesta en la desproporción entre los medios y el daño causado (S. 26 febrero).

No concurre en la agresión con una aijada, manejada por un hombre joven contra la cabeza de su contrario (S. 21 abril).

4. Art. 9.º núm. 5.º *Provocación*.—Ha de derivar de una causa lícita (S. 4 enero). No es motivo bastante que la fundamente, la negativa a reanudar unas relaciones amorosas, aunque esto se hiciese en tono airado (S. 4 marzo). No cabe apreciarla en riña mutuamente aceptada (S. 3 febrero). No puede deducirse de un mismo hecho la provocación y el arrebato (S. 6 marzo).

8. Art. 9.º núm. 8.º *Arrebato*.—Ha de derivar de actos propios del agredido, actuales o muy recientes (S. 2 enero). Tiene que ser provocado por el que resulta víctima del impulso incontinido, y no puede derivarse de la obstinación a no reanudar unas relaciones amorosas; lo que tampoco puede llevarse a la atenuante por analogía del núm. 10 del artículo 9.º (S. 15 abril).

Es incompatible con la atenuante de vindicación próxima (S. 20 marzo).

9. Art. 9.º núm. 9.º *Arrepentimiento*.—No se aprecia la atenuante, pues cuando se presentó a las autoridades ya estaba ordenada la detención (S. 27 enero).

Debe estimarse muy calificada, pues el responsable no se limitó a cumplir uno de los extremos que la ley establece, sino que llenó dos de ellos (S. 21 abril).

10. Art. 10 núm. 1.º *Alevosía*.—Existe alevosía, en agresión inesperada, repentina y por detrás (S. 30 abril).

11. Art. 10 núm. 6.º *Premeditación*.—Exige un proceso de elaboración meditado y reflexivo, revelador de la firmeza del propósito, manifiesto por signos exteriores (S. 15 abril).

12. Art. 10 núm. 13. *Nocturnidad*.—Es necesario que la noche sea buscada de propósito, o se aproveche para la impunidad, o tenga un valor de notoria influencia. Puede coexistir con la alevosía (S. 22 febrero).

13. Art. 10 núm. 14. *Reiteración*.—Debe apreciarse aunque la naturaleza de los delitos sea distinta, o responda a leyes de diferente ordenamiento penal, o a Tribunales de diferentes jurisdicciones (S. 26 marzo).

No basta la vaga afirmación hecha en la cabeza de la sentencia, de que los procesados tienen antecedentes penales (S. 18 marzo).

14. Art. 10 núm. 16. *Sexo*.—El desprecio del sexo no entra en juego si la víctima tenía necesariamente que ser mujer, cual si ésta resulta víctima del hecho por su empeño de dar por concluido un noviazgo (S. 15 abril).

15. Art. 11... *Parentesco*.—La circunstancia de parentesco puede dejar de estimarse (S. 28 marzo).

16. Art. 14... *Autoría*.—El previo concierto de voluntades determina la coautoría (S. 18 marzo).

17. Art. 19... *Responsabilidad civil*.—La concurrencia de las calificaciones jurídicas de delito y de accidente del trabajo en la industria, obliga al Tribunal de lo penal a tener en cuenta la intervención del asegurador en el proceso para indemnización del perjuicio derivado de aquel hecho; y le permite el uso de sus atribuciones facultativas en materia de responsabilidad civil, para decretar el resarcimiento de daños y perjuicios causados por el delito e indemnizados por el asegurador (S. 1 febrero).

La cosa recuperada debe ser restituida (S. 10 marzo).

18. Art. 23... *Penal*.—La condena a inhabilitación especial ha de expresar el cargo o empleo sobre el que deba recaer (S. 23 enero).

El libre arbitrio establecido en el párrafo segundo de la regla segunda del artículo 61 del Código penal sobre la pena de muerte, no puede ser materia de casación (S. 22 febrero).

Siendo la pena de presidio mayor, pudo llegar desde su duración mínima de arranque de seis años y un día, hasta el extremo opuesto de doce años, a falta de circunstancias modificativas de la responsabilidad (S. 13 marzo).

19. Art. 76... *Multa*.—Correspondiendo al delito intencional la multa del tanto al triplo de los daños causados, al delito culposo le corresponderá multa de la mitad del valor de esos daños, y habiendo sido tasados éstos en 2.800 pesetas, debió condenarse al pago de la multa de 1.400 pesetas (S. 15 febrero). Pero la pena de multa no ha de ser inferior a mil pesetas (S. 10 marzo).

20. Art. 112... *Prescripción*.—A efectos de prescripción, la acción civil como nacida del delito está sometida al trámite y plazos del proceso criminal, y mientras subsista la acción para conseguir el hecho delictivo, quedan subsistentes todas sus consecuencias, penales o de otro orden (S. 3 febrero).

21. Art. 174... *Asociación ilícita*.—El Secretario general tiene una función rectora, máxime en aquellas entidades que carecen de Presidente o Director (S. 16 abril).

22. Art. 231... *Atentado*.—Si bien el artículo 3.º del Reglamento orgánico de la Policía gubernativa de 25 de noviembre de 1930 dispone que los funcionarios del Cuerpo de Vigilancia se consideran de servicio permanente, el carácter de agente de la Autoridad sólo lo ostentan en las intervenciones que están obligados a hacer por razón de su cargo, y nunca en sus relaciones meramente particulares (S. 29 enero).

No hubo atentado, pues el suceso se inició cuando el agente, obrando como persona particular, injurió a la madre del procesado, pues la ley no puede amparar una situación de hecho originada por esa torpe conducta (S. 7 marzo).

Los dos son autores, pues es indiferente que uno golpee y otro sujete al guardia (S. 10 marzo).

Hubo atentado, en la agresión a un Interventor en ruta de los ferrocarriles (S. 30 abril).

23. Art. 240... *Desacato*.—Hubo desacato previsto en el artículo 244, pues de una Autoridad se dijo al Organismo inspector, que carecía de prestigio y se murmuraba de su integridad moral; con lo que no se denunciaban hechos concretos, sino que se lanzaban reticencias morbosas (S. 3 marzo). Y sí se atribuye a una Corporación municipal ser foco de inmoralidades, pues para denunciar acciones delictivas no es necesario emplear vocabios injuriosos (S. 5 marzo).

El delito se consumó con la presentación del escrito injurioso en la Corporación injuriada, aunque se redactase el borrador o el texto original en territorio distinto (S. 6 marzo).

24. Art. 246... *Desórdenes públicos*.—Se precisa que los materiales sustraídos estén destinados a los servicios públicos que el artículo 249 del Código penal indica, y que realmente estén afectos a los mismos al realizarse la sustracción (S. 11 febrero).

Existe el delito en el arrojar una piedra a un tren, produciendo la rotura del cristal de una ventanilla (S. 3 enero).

25. Art. 254... *Armas*.—El delito no se limita en un hecho actual, sino que abarca cualquier hecho anterior no afectado de prescripción extintiva (S. 6 febrero).

La facultad otorgada a los Tribunales por el artículo 256 no es materia recurrible en casación (A. 26 abril).

26. Art. 302... *Falsedad*.—Los dos recurrentes son autores, porque los dos compusieron la hoja de inscripción falsa, que entregada al funcionario encargado del servicio público adquirió el carácter de documento oficial (S. 20 enero).

Existen tantos delitos como documentos falsificados (S. 14 enero, 1 y 8 febrero). Aunque en alguno se extendiesen varios asientos inveraces (S. 14 enero). Y al no existir las características de indeterminación, es difícil hacer aplicación de la doctrina del delito continuado en las falsedades documentales (S. 8 febrero). Aunque hay falsedad continuada, si no se precisan las fechas de los actos falsarios, y se acepta la continuación en el delito fin de malversación, lo que obliga a su correspondencia en el delito medio de falsedad (S. 8 abril).

En la falsedad en documento público no hay que tener en cuenta la trascendencia y efecto que pueda tener esa falsedad en el mundo exterior, pues hasta se falte a la verdad en cualquiera de las formas previstas en el artículo 302, porque aquí es la sociedad en general el sujeto pasivo de la infracción (S. 30 enero). El carácter de temporeros no quita la condición de funcionarios públicos (S. 8 febrero). Es funcionario público el Secretario de la Vicesecretaría de Ordenación Económica, pues la Organización Sindical forma parte de la estructura del nuevo Estado (S. 28 febrero). Son documentos oficiales las recetas oficiales de los Médicos del Seguro de Enfermedad (S. 13 enero). Son documentos mercantiles las fichas de las libretas de ahorro (S. 14 enero). Pero el documento ha de ser mercantil por reunir los requisitos exigidos en el Código de Comercio, y no por la denominación que le den los interesados (S. 10 febrero).

Hay falsedad en documento privado en el recibo que da un particular acreditando la participación en un billete de la Lotería Nacional, si no es cierto el supuesto que sirvió para extenderlo. Cometiéndose así un delito único, más bien que un delito continuado, pues las múltiples falsedades eran expresión de un mismo designio defraudatorio, no referido a persona alguna predeterminada, sino al público en general. Y no existe responsabilidad civil subsidiaria por parte del Estado, porque las participaciones no están autorizadas, sino prohibidas por el artículo 240 de la Instrucción de 25 de febrero de 1893, y fueron impresas por el procesado a título personal y no como Administrador de Loterías (S. 3 febrero).

En el documento privado la falsedad tiene que referirse al negocio jurídico que mediante dicho documento se pretende justificar, a diferencia del documento público, cuya expedición responde a exigencias de un formalismo garantizador del derecho de los demás (S. 5 febrero). Pero no es falso el documento porque las firmas no se estampen en un solo acto, requisito innecesario, pues no era acto que tal solemnidad requiriese (S. 8 enero). Y

si el documento falsificado no entraña un daño cierto o posible para otro, habrá de ejecutarse un acto complementario que tienda a conseguirlo, pues de lo contrario, el delito quedaría imperfecto (S. 28 marzo). Comete falsedad en documento privado quien falsifica los boletos de entrada a un campo de deportes, sin que pueda aquí calificarse conforme al artículo 280, pues este precepto lo que protege es la propiedad industrial o comercial garantizando el tráfico mercantil (S. 21 abril).

En el artículo 306, la creación del documento falso es total, en cuanto a persona que lo libra, hecho consignado, firma y sello; mientras que en el artículo 313, la única inexactitud es la del hecho que se relata (S. 28 abril).

Sancionándose en el artículo 310 el presentar un carnet sanitario falso, no puede apreciarse, además, el delito de uso público de nombre supuesto (S. 18 enero). Pero puede ser la falsedad medio para cometer una estafa (S. 26 abril).

27. Art. 338... *Simulación de delito*.—Se consuma desde el momento en que se incoa sumario, a consecuencia de la manifestación formulada por el simulador ante cualquier Autoridad o funcionario obligado a transmitirla al Juez instructor (S. 15 marzo).

28. Art. 364... *Infidelidad en la custodia de documentos*.—La infidelidad en la custodia de documentos del artículo 364 requiere un resultado lesivo (S. 12 abril).

29. Art. 385... *Cobhecho*.—El elemento subjetivo de ser funcionario público no se desvirtúa por el hecho de que el nombramiento fuese interino (S. 17 marzo).

30. Art. 394... *Malversación*.—El procesado era funcionario público al ser auxiliar de la Jefatura de Obras Públicas, siendo su misión percibir el importe de ciertas tarjetas de transporte; y como los fondos por el hecho del ingreso en la oficina eran fondos públicos, al apropiarse de ellos cometió malversación (S. 20 febrero).

31. Art. 403... *Fraude*.—El artículo 403 no define ningún delito, sino que sólo agrega una sanción complementaria (S. 1 febrero).

32. Art. 407... *Homicidio*.—Se aprecia la voluntad dolosa, revelada por los actos del procesado, aunque en la sentencia no se hiciese constar que tuviese intención de dar muerte (S. 27 febrero). Se deduce la intención de las armas empleadas y de las partes del cuerpo heridas (S. 28 marzo).

Para la apreciación de la frustración se consideran las diversas circunstancias; se estima, porque el procesado golpeó a su víctima con una azada en la cabeza (S. 26 marzo). Y por el empleo de un taco de billar y seguidamente de una navaja (S. 14 abril).

No hubo riña tumultuaria, pues los dos componentes de uno de los bandos que ejercieron las violencias sobre los enemigos, obraron con unidad de propósito y acción conjunta (S. 23 enero).

33. Art. 411... *Aborto*.—Cabe el concurso, como delitos independientes, de aborto y lesiones menos graves (S. 18 enero).

Fué coautor del aborto y subsiguiente homicidio, pues buscó y contrató a quien había de producirlo y entregó la cantidad reclamada por esa intervención (S. 20 enero).

34. Art. 418... *Lesiones*.—Hay deformidad: en la cicatriz en la mejilla

que desfigura y afea el rostro (S. 3 febrero). Y en la pérdida de los incisivos superiores, aunque puedan ser sustituidos por dientes artificiales (S. 13 marzo).

35. Art. 429... *Violación*.—Se está en el caso del núm. 2.º del artículo 429 del Código penal, pues se trata de una mujer que padecía una olfografía en grado de imbecilidad (S. 19 febrero).

El elemento subjetivo del ánimo de yacer es el que separa las modalidades imperfectas de violación, de las perfectas de abusos deshonestos; y ambas son incompatibles (S. 23 abril).

36. Art. 430... *Abusos deshonestos*.—Fueron dos delitos, porque los tocamientos a la menor fueron en dos ocasiones (S. 7 febrero). Y si fueron dos las niñas ofendidas (S. 8 marzo).

Cabe el concurso real o ideal del delito de abusos deshonestos con el de escándalo público. En el delito de abusos deshonestos es difícil estimar el grado de frustración (S. 28 abril).

37. Art. 431... *Escándalo público*.—Lo integran los actos ofensivos a la moral pública, que al ser conocidos producen repulsa en quienes poseen un normal sentimiento de morigeración, por herir valores morales propios de personas cultas (S. 26 febrero).

La jerarquía entre el delito del núm. 1.º del artículo 431 y la falta del núm. 3.º del artículo 567, ha de basarse en consideraciones cuantitativas en sus elementos constitutivos, de indole circunstancial (S. 9 abril).

Los actos de homosexualismo tienen la trascendencia suficiente para estimar el delito de escándalo público (S. 26 marzo).

En el concepto de notoria trascendencia del núm. 1.º del artículo 431 del Código penal están comprendidas las manifestaciones exhibicionistas (S. 17 abril).

38. Art. 434... *Estupro*.—Hubo engaño, al haber promesa de matrimonio (S. 30 abril).

39. Art. 449... *Adulterio*.—La declaración de la sentencia de que la Policía les sorprendió en el cuarto donde habían pasado la noche juntos, equivale a dar por probado el yacimiento. El perdón ha de manifestarse expresa o tácitamente, por actos inequívocos (S. 24 marzo).

40. Art. 452... *Amancebamiento*.—Es improcedente la pretensión de la querellante de que habiendo tenido lugar los yacimientos extramatrimoniales en casa de la madre del marido querellado, al habitar allí el marido, era esa casa el domicilio conyugal; pues esta interpretación extensiva, traería consigo la incriminación de todas las hipótesis de amancebamiento. Lo «notorio» a que se refiere el artículo 452 del Código penal, no es lo sabido por alguien, sino por todos, en plenitud de evidencia (S. 8 abril).

41. Art. 457... *Injurias*.—Existe el delito, al comunicar la querrelada a varias personas que su marido le había dicho que había tenido trato carnal con la querellante; y se extiende al querrellado, cuando éste ratifica tal especie en unión de su mujer en actos públicos como los de un juicio de faltas (S. 27 marzo).

Las frases de «pellejos», «zorras» y «mujeres de la vida» no pueden merecer el calificativo de leves (S. 9 abril).

Hubo ánimo de injuriar en la pública manifestación de haberse acco-

tado con una mujer casada; pero existe un solo delito, pues su repetición ante la Policía no representa una distinta manifestación agresiva (S. 26 abril).

42. Art. 487... *Abandono de familia*.—El incumplimiento de los deberes conyugales ha de enlazarse con alguno de los casos de abandono malicioso o conducta desordenada; y no hubo abandono malicioso si la mujer salió del domicilio por acuerdo judicial de depósito para una interposición de demanda de divorcio que más tarde fué desestimada y después se negó a reintegrarse al domicilio conyugal (S. 24 febrero).

Puede cometerse el delito sin necesidad de ausentarse del domicilio, haciendo dejación de los deberes familiares por una conducta desordenada (S. 10 marzo).

43. Art. 489 bis... *Omisión*.—Hubo delito de omisión del deber de socorro, pues el médico procesado, único de la localidad, se negó a prestar asistencia a la niña que falleció a las tres horas de aquel requerimiento; sin que obste el que aquella asistencia hubiera resultado ineficaz, ni que el padre de la criatura debiese al médico otros servicios (S. 25 enero). Y aunque no de parricidio, responde de ese delito de omisión, la madre procesada, que sospechando que el líquido que su marido había hecho tomar a la niña podía ser venenoso, continuó en la cama sin preocuparse de su hija y no fué a avisar al Facultativo hasta que la paciente tenía síntomas graves de intoxicación (S. 12 febrero).

44. Art. 490... *Allanamiento de morada*.—La prohibición tácita de la entrada se deduce, bien de los propios actos de los moradores o de sus actividades en el momento de la entrada, como cuando la dueña de la casa está acostada (S. 27 marzo).

45. Art. 500... *Robo*.—Dado el concierto previo, son todos autores, incluso los que no fueron ejecutores materiales en la apertura de la tienda con llave falsa (S. 29 enero).

Como no se refiere que el recurrente llevará armas, no puede extenderse en su perjuicio la actuación de poseer armas de los otros reos, aunque su uso por éstos le arrastre como autor del robo a la agravación de esta modalidad (S. 11 febrero).

Existe robo, aunque la vitrina exterior del establecimiento no sea dependencia de casa habitada (S. 3 enero). Y porque se apoderó de un maletín cerrado, lo llevó a su domicilio y allí lo fracturó (S. 3 marzo). Y porque se desprecintó una portezuela de un vagón de ferrocarril (S. 26 marzo).

Hubo escalamiento si se saltó las tapias del corral, sin que se estime la impugnación de que se utilizó la vía ordinaria, porque el propietario, para abrir el cerrojo interior del corral, no podía utilizar más vía que la de saltar la pared (S. 25 abril).

No es dependencia de casa habitada la finca con muro de cerramiento, aunque en ella esté la vivienda del guarda (S. 18 febrero).

46. Art. 514... *Hurto*.—El ánimo de lucro que es discutible en casación, no se reduce a un deseo de enriquecimiento, sino que abarca cualquier utilidad, ventaja o goce que se pretenda conseguir con el disfrute de la cosa; cual si le guiaba un propósito de coleccionar billetes (S. 8 marzo). O el

apoderarse de las ovejas que habían sido embargadas como de la propiedad de su hermano (S. 17 enero).

Hubo hurto con abuso de confianza: si lo realizó la costurera, aunque no viviera permanentemente en la casa (S. 22 febrero). O el ayudante del conserje de un hotel, aunque no fuese empleado directo del hotel (S. 26 febrero).

Cometen hurto y no apropiación indebida los empleados encargados de la custodia de los fondos de la caja de la entidad, que se apoderan de dichos fondos (S. 14 enero).

Los procesados cometieron diferentes faltas contra la propiedad, pues no consta que se cometiese de una vez sustracción superior a 500 pesetas, y las circunstancias concurrentes son contrarias a esa presunción (S. 27 enero).

47. Art. 517... *Usurpación*.—El delito previsto en el artículo 518 del Código penal no precisa la previa discriminación de la naturaleza de las aguas usurpadas, ni que se haga con violencia o intimidación, sino que basta que se altere el curso de las aguas públicas o privadas para utilizarlas en su beneficio; cual si se construye una acequia nueva, dejando de secano lo que antes era de regadío (S. 25 marzo).

48. Art. 519... *Alzamiento de bienes*.—Exige el deliberado propósito de burlar a los acreedores; que el obligado quede total o parcialmente insolvente; y que los acreedores no puedan conseguir en todo o en parte la efectividad de sus créditos (S. 16 abril).

49. Art. 528... *Estafa*.—Nueve acciones dolosas diferenciadas en cuanto a sus títulos, en nueve fechas distintas y con nueve ingresos indebidos de cantidad, identifican nueve estafas (S. 21 enero). Existe un solo delito a pesar de las diversas infracciones, pues la estafa se realizó mediante organización de la casa vendedora que ofreció a varios labradores suministros de abonos cuyo importe cobró anticipadamente y no sirvió la mercancía (S. 31 enero).

El engaño ha de referirse al momento en que se mueve la voluntad del perjudicado al desplazamiento patrimonial, y no a la actuación posterior del agente (S. 3 marzo).

En los delitos contra la propiedad, la cuantía ha de valorarse por el valor real de las cosas sustraídas o apropiadas, o por el daño experimentado en el patrimonio del perjudicado; y así, si el comprador del cemento valcrado en 555 pesetas recibió otras mercancías con un valor real de 336 pesetas, la cuantía de la defraudación está representada por la diferencia entre esas dos cantidades (S. 10 febrero).

Existe estafa prevista en el núm. 1.º del artículo 529 del Código penal: por aparentar solvencia económica (S. 20 febrero, 10 y 29 marzo); entregando cheque sin fondo de garantía (S. 20 y 27 enero, 12 marzo); si bien no es posible establecer una norma de carácter general para reputar que el hecho de librar un cheque contra cuenta corriente sin cobertura, haya de traducirse necesariamente en un deliberado afán de producir un perjuicio patrimonial, dada la complejidad de la vida mercantil (S. 26 febrero).

Comete estafa indeterminada, prevista en el artículo 534 del Código penal, el contratista de obras que cobra sus trabajos, pero sólo había colo-

cado 20 tejas por metro cuadrado, en lugar de las 25 a que se había comprometido (S. 29 marzo).

Para la aplicación de la multirreincidencia del artículo 530, es indiferente que las estafas anteriores fuesen consumadas o quedaran en grado de frustración o tentativa (S. 20 marzo).

No cometió estafa el que montó en el tren sin billete y sin numerario para pagarlo; pero con un kilométrico vigente con el que quería hacer el pago (S. 14 febrero). Ni el que pretende eludir el pago de una deuda con la exhibición de un documento privado falso (S. 12 marzo). Ni lo es el ofrecer en garantía hipotecaria una finca, se tenga o no se tenga localizada físicamente, cuando existe su inscripción de dominio a favor del deudor en el Registro de la propiedad, sin que a la Jurisdicción penal compete pronunciamiento alguno sobre el asiento aludido (S. 17 marzo).

50. Art. 535... *Apropiación indebida*.—La comete el comodatario que vende sin la voluntad del dueño lo recibido en comodato (S. 21 marzo). Y el apoderado de una Compañía de seguros que distrae en beneficio propio las primas recaudadas (S. 9 abril).

51. Art. 539... *Maquinaciones para alterar el precio de las cosas*.—El delito del artículo 539 consiste en el uso de dádivas, promesas, amenazas u otro artificio, que tiendan a separar de una subasta pública a determinado postor (S. 22 enero).

52. Art. 542... *Usura*.—La repetición de préstamos usurarios narrados en la sentencia, significa la habitualidad a que se refiere el artículo 542 del Código penal (S. 31 marzo). Pero, aunque la procesada ha venido dedicándose a hacer préstamos con intereses excesivos, al no constar la cuantía de éstos, falta la base necesaria para reputarlos usurarios; por lo que no se aprecia el delito del artículo 542, sin perjuicio de que se aprecie el del 543 (S. 25 abril).

Se cometió un solo delito y no tres, pese al carácter usurario de los intereses percibidos en las tres veces, pues el delito arranca de ser el procesado prestamista habitual (S. 2 enero).

El delito de usura encubierto, definido en el artículo 543, es de los llamados instantáneos, y se consuma desde el momento en que se da la apariencia de contrato lícito a una convención de préstamo usurario (S. 13 marzo).

53. Art. 546 bis... *Receptación*.—Basta para incurrir en su responsabilidad, conocer la procedencia ilegítima de los efectos que se adquieren (S. 11 febrero, 25 y 27 marzo).

La habitualidad a que se refiere el artículo 546 bis sólo puede apreciarse en los comerciantes que se dedican a un tráfico de artículos análogos o similares a los que han sido objeto de adquisición delictiva (S. 11 enero). Y a los reos habituales no es aplicable la limitación establecida en el párrafo primero del artículo 546 bis a) del Código penal (S. 17 marzo).

No se admite la afirmación del recurso impugnando sentencia condenatoria por delito de receptación, de que los hechos encubiertos no son constitutivos de falta, porque el Tribunal competente no ha hecho todavía la oportuna declaración (S. 21 abril).

54. Art. 557... *Daños*.—La tesis jurídica de los daños culposos de imprudencia, no puede ser elevada a principio general, sino atemperarse a la realidad de los supuestos concretos (S. 11 abril).

55. Art. 565... *Imprudencia*.—Debe tomarse como media de actuación la diligencia propia del nombre normal y su desenvolvimiento en la convivencia social (S. 27 marzo).

La preferencia de paso, así como cualesquiera disposiciones reguladoras del tráfico, no representan un derecho absoluto para discurrir por las vías públicas sin otras consideraciones (S. 27 marzo). Hay concurrencia de culpas en los conductores de los dos vehículos que entraron en colisión por vías que se cruzaban perpendicularmente, pues los dos se habían visto (S. 24 marzo). El procesado venía obligado a adoptar mayores precauciones que las reglamentaciones, pues éstas no excluyen la obligación de superarlas (S. 24 abril). En las contrataciones de obras, el contratista y no el propietario es el obligado a tomar las precauciones necesarias (S. 28 abril).

Hay imprudencia temeraria: Pues se arrojó una cerilla encendida en un campo de yerba seca (S. 24 enero). Se transportaba sin autorización a dos obreros en la caja del camión (S. 24 enero). Se conducía el automóvil con sueño y agotamiento (S. 5 marzo). Se apeaba por la puerta del lado izquierdo más próxima al centro de la calzada, puerta contra la que chocó el ciclista (S. 13 marzo). Se puso en marcha el autobús de viajeros antes de terminar de subir éstos (S. 26 abril). No llevaba luz en el lado izquierdo del camión (S. 29 abril). Se llevaba el vehículo con exceso de velocidad (S. 2, 21, 22 y 25 enero y 23 abril).

La imprudencia temeraria no se degrada porque además se hayan quebrantado normas reglamentarias (S. 20 febrero y 24 abril).

Aunque la imprudencia no era temeraria, va ligada a la infracción del artículo 17 del Código de la Circulación, porque el conductor no era dueño de los movimientos del camión (S. 25 abril).

La privación del permiso de conducir no es una pena, sino una medida de seguridad (S. 10 marzo). Y se aplica aunque el reo no poseyera carnet (S. 25 abril).

Hubo negligencia profesional, por tratarse de un chófer de profesión según el encabezamiento de la sentencia (S. 17 marzo). Pero al no consignarse la profesión no puede estimarse negligencia profesional aunque en el encabezamiento se le asigne la profesión de tractorista, pues no se pueden tomar como antecedentes de hecho que aumenten la pena los que no se contengan en la declaración de probados (S. 8 abril).

Se estiman daños por imprudencia (S. 24 abril).

La borrachera del conductor no puede desligarse de la conducta temeraria, por lo que no puede apreciarse además de la imprudencia la infracción de la ley de circulación de vehículos de motor (S. 29 abril).

Al existir imprudencia, no puede hablarse de un obrar lícito con la debida diligencia que es la base de eximente 8.ª del artículo 8.º del Código penal (S. 21 enero, 10 y 21 de marzo).

Leyes penales especiales

56. *Automoviles.*— La privación del carnet de conductor es aplicable a cuantos conductores sean condenados por delito comprendido en la ley de 9 de mayo de 1950 (S. 13 enero). Y no consiste sólo en despojar del carnet que ya se tiene, sino en privar de obtenerlo a quien no lo posee todavía (S. 3 marzo).

La velocidad excesiva es concepto complementado con la relatividad del momento y lugar de su apreciación (S. 20 marzo).

Ley de Enjuiciamiento Criminal

57. *Competencia.*—La dependencia de los Secretarios de las Audiencias y Juzgados de Instrucción, es en lo criminal de las Audiencias Provinciales y en lo civil de las Territoriales (S. 10 enero).

Es competente para conocer de la simulación de delito el Juez exhortante y no el exhortado que cumplimentó el exhorto, aunque ante éste se cometiera la simulación (A. 5 febrero).

Antes de decidir el Juez su abstención procesal, debió recabar informe del Fiscal; y debe definir su postura mediante auto motivado, del que junto con aquel informe, enviará testimonio a la Jurisdicción requerida (A. 25 marzo).

58. *Recusación.*—Las denuncias a que se refiere el número 3.º del artículo 54 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal han de ser producidas con anterioridad a la iniciación de la causa en la que se formula la recusación. Y por ser el recusado Presidente de la Audiencia, han de haberse formulado querrela y antejuicio y acreditar que aquélla ha sido admitida (S. 24 enero).

59. *Casación por infracción de ley.* No pueden admitirse los motivos basados en la doctrina jurisprudencial o en el principio *in dubio pro reo* (A. 21 febrero).

La facultad de adherirse al recurso interpuesto, no autoriza a interponer uno nuevo (A. 17 abril).

Es obligado decir si la impugnación se hace conforme al número 1.º o al número 2.º del artículo 849 de la ley de Enjuiciamiento Criminal (5 y 6 febrero y 28 marzo).

No existe recurso de casación contra los autos de las Audiencias desestimatorios del de apelación interpuesto contra el del Juez que no admite una querrela (A. 7 febrero). Ni las resoluciones de las Audiencias en ejecución de sentencias firmes, ni las de concesión o denegación de indulto (A. 13 febrero).

No basta pedir se libre testimonio del documento auténtico, sino designar los particulares de dicho documento que muestren el error (A. 21 febrero y 18 abril). Ni citar el artículo que se supone infringido, sin razonarlo ni hacer extracto de los fundamentos del recurso (A. 26 febrero).

Los errores materiales de mecanografía no pueden impedir su subsanación, cuando de aceptar el error se llegaría a conclusiones incongruentes (S. 21 enero).

A efectos de casación ha de entenderse por documento auténtico aquel que, además de ofrecer por sus formalidades externas la garantía de vera-

cidad, sea por su contenido inatacable en Derecho porque demuestre por sí mismo una verdad indiscutible (S. 18 febrero). Aquellos que contengan verdad incontrastable con fuerza de imponerse a todos (A. 22 febrero). Que encierran un contenido de tal valor que no haya posibilidad legal de contradecirlo (A. 24 marzo). No es documento auténtico la escritura que es cuerpo del delito (S. 10 marzo).

60. *Casación por quebrantamiento de forma.*—No hubo quebrantamiento de forma aunque se denegase la suspensión del juicio por incomparecencia de un testigo, pues sus declaraciones constaban en el sumario y el Letrado no expresó los puntos sobre los que había de versar el interrogatorio (S. 28 febrero). Pero esta facultad del Tribunal de denegar la suspensión viene limitada por la exigencia de fundamentar tal negativa (S. 24 marzo).

Hubo quebrantamiento de forma, pues en lugar de declaración de hechos probados, el Tribunal se limitó a recoger las conclusiones de las partes (S. 14 febrero). Pero si constan los hechos de manera clara y precisa, el olvido de la frase formularia sobre declaración de hechos probados no produce la nulidad de la sentencia (S. 13 febrero). Hubo ese quebrantamiento, si en los hechos probados no se consignaron las expresiones injuriosas (S. 13 enero).

Los conceptos jurídicos que vertidos en los hechos probados motivan el quebrantamiento de forma, son aquellos que entran en el ámbito de la técnica procesal, con los que el legislador especifica el delito o aprecia las circunstancias (S. 29 marzo).

No hubo quebrantamiento de forma, pues el no referirse en el Considerando a la eximente invocada, no supone su olvido, sino que implícitamente se niega su existencia (S. 24 enero). Es imprescindible para ese quebrantamiento que los puntos no resueltos en la sentencia sean puntos de derecho (S. 30 enero).

Cómo el Tribunal no hizo pronunciamiento sobre la existencia del delito de esturpo denunciado por el querellante, limitándose a resolver la cuestión incidental de falta de legitimación acusatoria en dicha parte querellante, absolviendo por esa razón al querellado, es visto que se ha incurrido en el defecto procesal previsto en el número 3.º del artículo 851. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (S. 27 marzo).

La estimación o no de circunstancias de atenuación o agravación, no es motivo de la tesis del artículo. 733 de la Ley procesal (S. 10 febrero). Pero sin el empleo de esa tesis, no le era lícito al Tribunal descomponer en dos delitos de robo el que el Fiscal entendió ser un solo delito, aunque las penas impuestas no rebasen el topé de la pena pedida, pues es más grave penar dos delitos que uno solo (S. 21 febrero).

INDICE ALFABETICO

Abandono de familia, 42.
 Aborto, 33.
 Abusos deshonestos, 35, 36.
 Adulterio, 39.
 Aguas, 47.
 Alevosia, 10, 12.

Allanamiento de morada, 44.
 Alzamiento de bienes, 48.
 Amancebamiento, 40.
 Analogía, 8.
 Apropiación indebida, 50.
 Armas, 25.

- Arrebato, 7, 8.
Arrepentimiento, 9.
Asociación, 21.
Atentado, 22.
Automóviles, 55, 56.
Autoría, 16.
Casación, 59, 60.
Caso fortuito, 4, 55.
Cheque, 49.
Cohecho, 29.
Competencia, 57.
Daños, 54.
Desacato, 23.
Desórdenes, 24.
Enajenación mental, 1.
Escándalo público, 36, 37.
Estafa, 49.
Estupro, 38.
Falsedad, 26.
Ferrocarriles, 22, 24.
Fraude, 31.
Homicidio, 32.
Homosexualismo, 37.
Hurto, 46.
Imprudencia, 4, 54, 55.
Indulto, 59.
Infidelidad en la custodia de documentos, 28.
Infracción de ley, 59.
Injurias, 41, 60.
Legítima, defensa, 2.
Legitimación procesal, 60.
Lesiones, 34.
Locura, 1.
Malversación, 30.
Maquinaciones, 51.
Multa, 19.
Necesidad, 3.
Nocturnidad, 12.
Obediencia, 5.
Omisión, 43.
Parentesco, 15.
Pena, 18.
Premeditación, 11.
Precipitación, 20.
Preterintencionalidad, 6.
Provocación, 7.
Quebrantamiento de forma, 60.
Querrela, 59.
Receptación, 53.
Recusación, 58.
Responsabilidad civil, 17.
Reiteración, 13.
Robo, 45.
Secretarios, 57.
Sexo, 14.
Simulación, 27, 57.
Usura, 52.
Usurpación, 47.
Violación, 35.

CRONICAS EXTRANJERAS

El juez de aplicación de las penas en Francia

Por ALBERTO LAGUIA ARRAZOLA
Profesor Ayudante de la Universidad de Madrid

INTRODUCCION

Con la promulgación en Francia de la ley n.º 57-1426 de 31 de diciembre de 1957, institutiva del Código de procedimiento penal (1), modificada y completada por la Ordenanza n.º 58-1296 de 23 de diciembre de 1958, han aparecido en el Derecho del vecino país una serie de instituciones del mayor interés, por cuanto muestran el cambio de signo operado en el mismo, sólo en siglo y medio de evolución, a la vez que reflejan el ascendente de las modernas tendencias de Defensa Social.

De las importantes novedades que ofrece el actual CPP, merecen destacar por su especial significación, alcance y contenido, las relativas a la creación del juez de aplicación de las penas.

Como tendremos ocasión de examinar más abajo, el presente instituto ha tropezado en Francia con dificultades casi insuperables desde la Revolución Francesa, es decir desde la instauración legislativa del dogma extra-penal de la separación de poderes.

Tras una lucha lenta, constante y a veces encarnizada, se ha llegado a aceptar en Francia que el juez no sólo debe poseer considerables poderes de apreciación al dictar la sentencia, sino que llegue a romper con el citado principio de la división de poderes permitiendo que la actuación del juez penetre en el acto hasta ahora reservado a la Administración, e intervenga directamente en la ejecución de la pena.

Intimamente conectadas con la institución del juez de aplicación de las penas y sirviéndole de natural medio de realización caben señalar en el Libro V del CPP dedicado a los «Procedimientos de Ejecución» (2) otras instituciones afines:

- 1.ª La condena condicional. Esta corresponde en la técnica jurídico-penal francesa a la institución del *sursis*.
- 2.ª La libertad condicional.
- 3.ª La *probation* denominada en el CPP *sursis avec mise à l'épreuve*.

(1) En adelante lo expresaremos con las siglas CPP.

(2) Bajo esta intitulación se han reunido un conjunto de disposiciones que, de haber sido completadas con los preceptos reglamentarios incorporados al CPP, formando un todo homogéneo y no como hace el CPP—siguiendo en esto una técnica del Derecho administrativo—habrían podido configurar un Código de Ejecución ya defendido en 1931 por el Profesor MAGNOL, mas este propósito de algunos penólogos no ha podido ser realizado en el actual CPP.

La condena condicional (3) no es una novedad en la legislación francesa. Instituida por la ley de 26 de marzo de 1891, ha sido modificada por otras de 24 de junio de 1904 y de 11 de febrero de 1951. Actualmente ha sido recogida, con sólo modificaciones de detalle, en los artículos 734 al 737 del CPP. De modo negativo contribuyen a aumentar los poderes del juez.

La libertad condicional (4) fue creada en Francia por la ley de 14 de agosto de 1885, como medio de prevenir la reincidencia. Un Reglamento de Administración Pública (5) debía precisar las modalidades de aplicación de la ley, más éste no ha sido publicado hasta el 1.º de abril de 1952. En nuevo CPP aparece con algunas variantes, en sus artículos 729 al 733 de la parte legislativa, y en los artículos D 520 a D 544 de la tercera parte del CPP (6).

El sistema del *sursis avec mise à l'épreuve* (7) es recogido en los artículos 738 al 744 de la sección legislativa y demás disposiciones complementarias del reciente CPP (8).

El juez de aplicación de las penas, gracias a los poderes que le concede el vigente código en la realización de las instituciones antedichas, unido a los que posee en la ejecución de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad, se encuentra en condiciones de ejercer en la ejecución el benéfico influjo que se atribuye a sus altos conocimientos y experiencia. Y ello sin detrimento de las atribuciones de los funcionarios penitenciarios en su misión específica, de la que son maestros incontestables y que tantas experiencias pueden ofrecer a la magistratura.

El CPP presenta una experiencia ya realizada que ha llevado a un intercambio fecundo de conocimientos y prácticas entre magistrados y penitenciaristas (9).

(3) Véase el estudio de Charles GERMAIN: *Le sursis et la probation* «Rev. Sc. Cr.», 1954, págs. 629 a 652.

(4) GREFFIER: *La libération conditionnelle. Institutions pénitentiaires de France en 1885*, pág. 218 y sigs.

(5) Se llaman así en el Derecho administrativo francés aquellos decretos tomados después de consultada la Asamblea General del Consejo de Estado.

(6) El CPP se presenta compuesto de forma original. A una primera parte, llamada legislativa, le siguen cuatro partes reglamentarias con un plan común. Para identificar con facilidad la naturaleza jurídica del precepto se ha colocado delante del número de cada artículo una letra mayúscula. Así, las disposiciones de la ley son precedidas de la letra L; los Reglamentos de Administración pública, de una R; los Decretos simples, de una D; etc. Según el artículo 4.º de la Circular de 28 de febrero de 1959, los Poderes públicos han elegido este procedimiento con el fin de paliar la creciente y continua confusión de los textos, de modo que permita a los destinatarios de la norma tener bajo la forma más práctica y permanente posible el conjunto de la legislación y de la reglamentación en un determinado campo, adelantándose así a los artículos 34 y 35 de la Constitución de 1958.

(7) Cfr. ANCEL (M.): *L'institution de la mise à l'épreuve*. «Rev. Int. de Droit Comparés», 1950, pág. 405. MARX (Yvonne): *La probation, état actuel et aspects sociaux*. «Rev. Pénit.», 1955, pág. 729. POUPEL (H.): *La probation des délinquants adultes en France*. Tesis. París, 1955.

(8) R 51 a R 61, D 545 a D 568, A 44, A 48 a A 52, C 554, C 676, C 980, C 989 a C 997, C 1.051.

(9) Ello ha sido posible desde el momento en que han empezado a aplicarse los nuevos métodos de observación y tratamiento penitenciarios, en especial a partir del proyecto de ley de 11 de julio de 1952, de la formación de los Comités de asistencia

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Vamos a señalar aquí escuetamente (10) las grandes líneas de una evolución que partiendo de un pleno reconocimiento del poder de los jueces a intervenir en la ejecución de la pena, pasa a ser negada totalmente con teorías nacidas del iluminismo, para volver a parar, si no exactamente al mismo punto de partida, a una actitud doctrinal y legislativa bien concordante con el espíritu de la Ordenanza de 1670.

Bajo el antiguo régimen, la ejecución de las penas—en su mayoría corporales y de muerte—estaba reservada a los diversos tribunales como algo natural. Las prisiones estaban igualmente colocadas bajo la dependencia de la autoridad judicial, según se desprende de la lectura de los artículos 34 y 35 de la Ordenanza de 1670 y el testimonio de diversos autores (11).

Las corrientes filosóficas del iluminismo unidas a las doctrinas políticas mantenidas por los instigadores de la Revolución Francesa (12) abocarán a la doctrina de la separación de poderes por un lado, y por otro a la pena fija (13).

El principio de la separación de poderes es adoptado por la Asamblea Constituyente de 1779 en el sentido de una independencia total y absoluta que alcanza su máxima expresión en el texto del artículo 13 de la ley de 16 al 24 de agosto de 1790: Las funciones judiciales son distintas y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, so pena de prevaricación, perturbar de ninguna manera las operaciones de los cuerpos administrativos (14).

El Código Penal de 1791, al establecer la pena fija como cláusula penal de contrato social—llegando a las mismas conclusiones que el primitivo derecho penal de resultado—, convertirá al juez en un autómatas, en un instrumento mecánico de distribución de la pena, como certeramente ha definido Saleilles (15).

postpenal en 1946 y de la aplicación de los Reglamentos de Administración Pública de 1 de abril de 1952 y 16 de junio de 1955. Cfr. Charles GERMAIN: *Éléments de science pénitentiaire*, París, 1959.

(10) Para más información sobre este punto del Derecho francés pueden consultarse la obras que indicamos y la bibliografía en ellas citada: ELLUL (J.): *Histoire des institutions*, París, 1955; JOUSSE (M.): *Traité de la Justice Criminelle de France*, París, 1771; LEPOINTE (G.): *Histoire des Institutions et des Faits Sociaux*, París, 1956; MUYART DE VOGLANS (M.): *Les lois criminelles de France*, París, 1780; OLMIER MARTIN: *Histoire du Droit français des origines à la Révolution*, París, 1951; SIMONET (R.): *Du rôle du juge dans l'exécution des peines*, Dijon, 1934; SŁIWOWSKI (G.): *Les pouvoirs du juge dans l'exécution des peines et des mesures de sûreté privatives de liberté*, París, 1939.

(11) SERPILON: *Code criminel*, t. I, pág. 638 y sigs. JOUSSÉ: Op. cit. T. II, págs. 247 y sigs.

(12) Mezcla de desconfianza y temor al poder de los Parlamentos del antiguo régimen. Cfr. ROUSSELET (M.): *Histoire de la magistrature française des origines a nos jours*, París, 1957.

(13) Vid. CORNIL (P.): *La césure entre la condamnation et le prononcé de la peine*, *Schweizerisches Zeitschrift für Strafrecht*, 1955, págs. 225 y sigs.

(14) LAUBADRE (A.): *Traité élémentaire de Droit Administratif*, París, 1953, pág. 245; LAFERRIERE (G.): *La raison de la proclamation de la séparation des pouvoirs des autorités administratives et judiciaires par l'Assemblée Constituante*, *Mélanges Négulesco*, 1935.

Empero, el rotundo fracaso del Código de 1791 en el escasísimo tiempo en que fué aplicado (16) y el advenimiento de Napoleón hará que, aún sin terminar el edificio erigido por la Revolución Francesa, aparezcan en él las fisuras.

A partir de este momento asistimos durante todo el siglo XIX a una constante recuperación del poder de los jueces. La ejecución de las penas que desde una ley del 10 de vendimiario del año IV (17) había quedado en manos de la Administración (Ministerio del Interior) va pasando paulatinamente al campo de la magistratura.

Los rasgos más destacados de esta evolución cabe exponerlos como sigue:

1.º Decreto de 20 de octubre de 1810, creando las Comisiones de Vigilancia de las prisiones, *Conséil gratuit et charitable* de carácter administrativo del que formaban parte los fiscales imperiales.

2.º La Ordenanza de 9 de abril de 1819 (18) reglamenta con precisión estas Comisiones, cuyos miembros—entre ellos algún fiscal—eran nombrados por el Ministerio del Interior. Estas Comisiones se encontraban presididas por el prefecto o subprefecto, llegando a poseer grandes atribuciones en la práctica hasta 1823.

3.º Ordenanza de 5 de noviembre de 1847 creando las Comisiones de Vigilancia en cada prisión centra' con la misión de asegurar la legalidad de la ejecución. De ellas formaban parte varios magistrados.

4.º Ley de 25 de diciembre de 1880. En su artículo único concede al Tribunal Criminal competencia en los delitos («crimes») cometidos por los detenidos en prisión.

5.º El artículo 16 de la ley de 27 de marzo de 1885 sobre la relegación, otorgaba a los jueces de la colonia el formidable poder de revocarla.

6.º Con la ley de 14 de agosto de 1885 las Comisiones de Vigilancia obtienen nuevas atribuciones: emitir su parecer en materia de libertad condicional (19).

7.º Ley de 26 de marzo de 1881 sobre la condena condicional. Sin levantar viva oposición aumenta en gran medida el poder de los jueces.

8.º Un paso importantísimo se adelanta en este sentido con el decreto de 13 de marzo de 1911, al vincular la ejecución de las penas al Ministerio de Justicia (20).

9.º La ley de 22 de julio de 1912 relativa a la infancia y a la adolescencia culpables contiene ya los precedentes inmediatos a la ley vigente (21).

10. Decreto de 29 de enero de 1923, concediendo atribuciones al fiscal, al juez de instrucción y a la Audiencia de lo Criminal en el sentido de garantía de los derechos subjetivos del detenido (22).

(15) *L'individualisation de la peine*, París, 1927, pág. 53.

(16) Vid. SABATIER: «Rev. Pénit.», 1910, págs. 907 et sq.

(17) 2 de octubre de 1795.

(18) Vid. SŁIWOWSKI (G.): Op. cit., pág. 120.

(19) Sobre su fracaso, cfr. SIMONET: Op. cit., pág. 42.

(20) Sobre sus antecedentes y vicisitudes, vid. VIDAL (G.): *Cours de Droit criminel et de science pénitentiaire*, París, 1921, pág. 638, y la bibliografía allí citada.

(21) SŁIWOWSKI (G.): Op. cit., págs. 131 y sigs.

(22) LHEZ (R.): *La participation du magistrat à l'application de la peine privative de liberté*. «Rev. Sc. Cr.», 1958, 652.

11. Desde 1945 la difusión de las doctrinas de Defensa Social marcan un hito decisivo (23). La institución del juez de aplicación de las penas es reconocida por un proyecto de ley presentado en el Parlamento el 8 de abril de 1952 (24) y en un anteproyecto adoptado por la Asamblea General de la Sociedad General de Prisiones y de Legislación Criminal el 25 de febrero de 1958 (24) relativo al régimen de los jóvenes adultos delincuentes.

En fin, la ley n.º 57-1426 de 31 de diciembre de 1957 y la Ordenanza número 58-1296, han reconocido plenamente la intervención del juez en la ejecución de la pena con las atribuciones que exponemos a continuación :

ATRIBUCIONES DEL JUEZ DE APLICACION DE LAS PENAS

Los poderes concedidos al juez por el reciente CPP podemos clasificarlos en dos grandes apartados :

- I) Poderes en la ejecución de las penas privativas de libertad.
- II) Poderes en el tratamiento en libertad relativa.

I. PODERES EN LA EJECUCIÓN DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Aquí debemos distinguir :

A) *Atribuciones ejercidas en los establecimientos penitenciarios en general.*

En aplicación de las disposiciones de los artículos L 722, 1.º y D 116, 1.º del CPP, el juez de aplicación de las penas es el encargado de seguir la ejecución de toda prisión establecida para el cumplimiento de penas de privación de libertad (26) en el campo de su jurisdicción y en la cual son detenidos los condenados.

a) *Poderes de decisión.*

1.º El juez de aplicación de las penas debe asegurar la individualización de la ejecución de la sentencia judicial, orientando y controlando las condiciones de aplicación, sin poder sustituirse al director regional o al jefe del establecimiento en lo que concierne a la organización y funcionamiento del mismo (27).

Con este fin, el juez de aplicación de las penas es el encargado de decidir las modalidades del tratamiento a que será sometido cada condenado (28).

(23) Cfr. ANCEL (M.): *La Défense sociale nouvelle*, París, 1954.

(24) PINATEL (J.): *Le magistrat chargé de l'exécution de la peine*. «Rev. Sc. Cr.», 1952, pág. 114; GERMAIN (CH.): *Les nouvelles tendances du système pénitentiaire français*, «Rev. Sc. Cr.» 1954, pág. 39.

(25) HERZOG (J. B.): *Adolescents et jeunes adultes délinquants*. «Rev. Sc. Cr.», 1957, pág. 678.

(26) *Maisons de correction, maison centrale, u otro centro penitenciario similar.*

(27) Art. D 116, 2.º,

(28) Art. L 722, 2.º y D 116, 2.º.

2.º El juez de aplicación de las penas decide especialmente:

i) La colocación en el exterior de un condenado con vistas a su empleo en trabajos controlados por la Administración (29).

ii) La admisión al régimen de semilibertad (30):

— Puede subordinar la concesión o el mantenimiento de este régimen a una o varias de las condiciones enumeradas en los artículos R 58 y R 59 concernientes a los condenados que benefician de la *probation* (31).

— Estatuye las reglas especiales que los detenidos admitidos al régimen de semilibertad se comprometen a respetar y que se refieren a las horas de salida y de retorno, a las condiciones particulares, propias a la naturaleza del empleo y a la personalidad del condenado (32).

— Para los condenados que deben tener su propio patrono (33) fija—en el momento en que le concede la autorización de beneficiarse del régimen de semilibertad—la suma que deberá abonarse al jefe del establecimiento penitenciario como representando el producto de su trabajo (34).

iii) Los permisos de salida (35):

— Hipótesis de circunstancias familiares, previstas en los artículos D 424 y D 425.

— Casos previstos en el art. D 144.

El juez de aplicación de las penas estatuye, a propuesta o según el parecer del jefe del establecimiento, y recoge todos los informes que estime útiles.

El juez de aplicación de las penas controla la observación de las reglas disciplinarias y de la obligación general de buena conducta.

Toda falta o todo incidente debe serle señalado.

3.º El juez de aplicación de las penas, en principio, no interviene en materia disciplinaria (36).

b) *Emisión de parecer.*

1.º El juez de aplicación de las penas emite su parecer sobre la elaboración del Reglamento interior de cada establecimiento penitenciario (art. D 255).

2.º El juez de aplicación de las penas emite su parecer sobre la candidatura de las personas que solicitan del Ministerio de Justicia su consentimiento para ser visitadores de prisiones (art. D 473).

(29) Art. D 119 y D 126 a D 135.

(30) Art. D 119 y D 136 a D 141.

(31) Art. D 138.

(32) Art. D 139.

(33) En materia laboral.

(34) Art. D 140.

(35) Art. D 119 y D 142 a D 147.

(36) Excepto en los casos de los arts. D 249, D 252 y C 556.

3.º El juez de aplicación de las penas da obligatoriamente su parecer en cada proposición de admisión a la libertad condicional (37).

4.º Igualmente emite su parecer cuando un condenado solicita ser admitido en un régimen especial.

5.º De un modo más general, el juez de aplicación de las penas puede ser siempre consultado por la Administración Central a propósito de una decisión a tomar respecto de un detenido o de una medida a prescribir en un establecimiento penitenciario.

c) *Información y poderes de control.*

1.º El juez de aplicación de las penas recibe, a título de información, un ejemplar de cada circular o instrucción general destinada a los servicios exteriores y a la administración penitenciaria.

2.º El juez de aplicación de las penas recibe una copia de los informes de inspección del Director regional de los servicios penitenciarios (art. D. 201).

3.º Todo incidente grave, referente al orden, a la disciplina o la seguridad de la prisión debe ponerse en conocimiento del juez de aplicación de las penas, si este incidente concierne a un condenado (art. D. 280).

4.º El juez de aplicación de las penas debe visitar los establecimientos penitenciarios, al menos una vez al mes, para comprobar las condiciones en las cuales los condenados ejecutan sus penas. Controla los registros, concede audiencia a los detenidos y transmite sus observaciones a las Autoridades competentes.

B) *Atribuciones ejercidas en las prisiones centrales.*

El papel del juez de aplicación de las penas es de singular importancia en los establecimientos penitenciarios. Participa en las modificaciones más importantes, susceptibles de interesar al régimen de todo detenido, considerando su situación penal, conducta, aplicación en el trabajo y enmienda del mismo en las condiciones fijadas en el Reglamento interior del mismo (art. D. 95).

a) El juez preside la Comisión de clasificación.

b) En los centros en que se ha instituido el régimen progresivo, el juez de aplicación de las penas controla la ejecución de este régimen (38).

c) En los centros de observación de relegados el juez de aplicación de las penas preside, igualmente, la Comisión de clasificación (39).

II. PODERES EN EL TRATAMIENTO EN LIBERTAD RELATIVA.

A) *Atribuciones en materia de libertad condicional.*

a) El juez de aplicación de las penas preside el comité encargado de la realización de las medidas concernientes a los liberados bajo condición (art. L. 731 y D. 538).

(37) Art. L. 730, D. 528 y C. 880.

(38) Art. L. 722, 2.ª, y D. 70; arts. 96 y D. 96; art. D. 250.

(39) Arts. D. 139, D. 498, C. 896 y C. 963.

b) Vigila la puesta en práctica de las medidas de asistencia y control destinadas a facilitar y a comprobar la enmienda y corrección del liberado (art. L 731 y D 532 a D 534).

c) Controla la observación por el liberado de las obligaciones que pueden serle impuestas, conforme a las disposiciones del art. D 532.

d) Caso de estimarlo útil, el juez de aplicación de las penas puede proponer la modificación de las disposiciones de orden de libertad condicional (art. L 732).

e) Puede proponer la revocación de la decisión de puesta en libertad condicional.

B. *Atribuciones en materia de «probation».*

Según el art. R 53, el juez de aplicación de las penas controla la ejecución de las medidas y de las obligaciones relativas al régimen de «probation».

a) Preside el comité previsto por el art. L 731, que recibe el nombre de *Comité de «probation»*.

1.º Asegura la coordinación de la actividad de los agentes que le asisten.

2.º Tiene amplios poderes en la designación y suspensión de los miembros de este *Comité*, así como de su funcionamiento.

b) El juez de aplicación de las penas emite su parecer y toma las decisiones necesarias para la vigilancia, control y asistencia a los condenados.

c) El juez de aplicación de las penas dirige un informe semestral al Ministro de Justicia y a los Presidentes del Tribunal sobre la actividad del *Comité*.

C) *Atribuciones en materia de asistencia a los liberados.*

Amplios poderes de control le han sido concedidos al juez de aplicación de las penas por el vigente C. P.

Entre otras facultades, posee la de ser presidente del *Comité de asistencia a los liberados*, coordinando la actividad de las instituciones privadas y de las sociedades de patronato que se ocupan de la colocación de antiguos delincuentes. Visita, una vez al año, los albergues destinados a los libertados y dirige al Ministro de Justicia un informe sobre el funcionamiento de estas instituciones.

Aspectos penales de la declaración de Delhi

Por JOSE MARIA MARTINEZ VAL
Abogado - Catedrático

Durante los días 5 al 10 de enero del año en curso (1959) se ha celebrado en Nueva Delhi (Indostán) una reunión de la Comisión Internacional de Juristas, que hasta el pasado año ha venido funcionando en La Haya, y que desde entonces ha trasladado su sede a Ginebra. 185 juristas—Magistrados, Abogados y Profesores de Derecho—de 53 países diferentes, todos ellos de eminente significación profesional y muchos con altos cargos en sus respectivos países o en Organizaciones internacionales, han tomado parte en dicha reunión; pero a título privado, es decir, sin ostentar representación oficial alguna, sean cuales fueren las funciones que sirven. Sus deliberaciones y sus conclusiones, llevadas y redactadas con la máxima libertad, sin los obstáculos que en algunos casos puedan representar los mandatos conferidos por las Autoridades que les hubieran designado, han venido a significar felizmente un mínimo—por otra parte, bastante extenso y altamente valioso—de ideas y criterios comunes, al margen de escuelas doctrinales, ideologías políticas e incluso confesiones religiosas o morales. Todo lo cual hay que registrarlo como un resultado satisfactorio porque representa que los juristas del mundo—por encima de tantas cosas como pueden separarles—son capaces de tener un lenguaje común y unos propósitos generales cara al porvenir del Derecho y de los hombres de Derecho en un mundo que ha entrado en una gigantesca fase de transformación técnica, económica y social.

De la anterior reunión había salido el *Acta de Atenas*, en la que se propugnaba que el Estado debe sujetarse al Derecho y que los Gobiernos deben respetar los derechos de la persona y proporcionar los medios efectivos para su ejercicio. Si la primera de las afirmaciones podía coincidir con los principios doctrinales, muy abstractos y generales, que hicieron posible la configuración de la teoría del «Estado de Derecho», la segunda parecía ya indicar un camino concreto y específico para su consecución práctica y señalaba los medios efectivos para el ejercicio de los derechos de la persona como distintivo de tal «Estado de Derecho». En las Conclusiones de la reunión de enero de 1959, que por propia decisión de la Comisión Internacional debe ser conocida, en adelante, como *Declaración de Delhi*, se ha seguido avanzando por el mismo camino, al lograr conclusiones muy concretas sobre los temas siguientes: *El poder legislativo y el imperio de la Ley* (Primera Comisión); *El poder ejecutivo y el imperio de la Ley* (Segunda Comisión); *El procedimiento penal y el imperio de la Ley* (Tercera Comisión) y *El poder judicial y el Foro bajo el imperio de la Ley* (Cuarta Comisión).

Destaca, pues, que el *leit motiv* de la reunión de Delhi ha sido proclamar la soberanía de la Ley por encima de todos los poderes. Y aunque esto pueda parecer paradójico en cuanto al legislativo se refiere, porque instrumental y formalmente elabora y promulga la ley, no lo es si se advierte que, en un sentido profundo—y al margen de disquisiciones doctrinales sobre ley eterna, natural, *ius naturalismo*, etc—, la ley se aparece ante los juristas de Delhi como condición necesaria para que el hombre vea reconocida, siempre y en todo caso, «su dignidad personal» y para que puedan establecerse todas las condiciones sociales, económicas, culturales y de educación que son indispensables para el pleno desarrollo de la personalidad.

Nos parece que es una posición realista que no compromete en una postura doctrinal determinada y que logra evadirse de una tensión dialéctica que estos años pasados ha tenido magna manifestación en la polémica entre «personalistas» y «partidarios del bien común», como criterios orientadores del concepto de ley y de derecho. (Recuérdese la polémica a «tres bandas» entre Maritain, Eschmann y De Koninck, en la que terciaron brillantemente, dentro de España, los Profesores Leopoldo E. Palacios y Padre Todolí, O. P.)

La afirmación de la persona humana, de su dignidad y de sus derechos fundamentales, así como de la organización de los poderes estatales para su servicio—y no a la inversa—es el denominador común de todas las conclusiones. Por ello, el propio poder legislativo es constreñido, según estas conclusiones, a mantenerse dentro de esa directriz, para que sus leyes no estén en desacuerdo con esa ley superior que manda mantener la vida humana en un espíritu de dignidad, que tantos siglos ha costado y sigue costando conseguir.

Nos ha parecido preciso hacer estas breves indicaciones previas para que pueda entenderse la exposición y el comentario que vamos a hacer—dentro de muy breves límites espaciales—del informe de la tercera Comisión, relativo, como ya ha quedado expuesto, a *El procedimiento penal y el imperio de la ley*.

El informe consta de un preámbulo y XI puntos.

En el preámbulo se destaca el carácter ilusorio que tienen los derechos del acusado en el proceso penal si no están asegurados por instituciones que limiten la discrecionalidad de las autoridades policiales y judiciales. El problema que interesa resolver a la tercera Comisión es el siguiente: «En un país regido por el imperio de la Ley, ¿qué derechos deben reconocerse al ciudadano acusado de delito?» A él contestan los XI puntos en que se desarrolla el informe.

Aunque casi todos ellos se mantienen en un plano de derecho adjetivo o procesal, hay, sin embargo, tres de evidente significación sustantiva. Son el número I: «Certidumbre de las normas penales»; el número II: «Presunción de inocencia», y el número XI: «Penas».

Bajo la rúbrica de «Certidumbre de las normas penales», se hace la siguiente afirmación: «La definición e interpretación de las normas jurídicas debe hacerse siempre de la manera más precisa posible, principio

éste que reviste particular importancia en lo relativo a las normas penales, cuya aplicación puede afectar la vida o la libertad de los ciudadanos. No habrá certidumbre en materia penal si la norma o la sanción se aplican con efectos retroactivos».

Creemos altamente digna de ser destacada esta conclusión. En nuestro Continente y en América, es decir, por todo el ámbito geográfico en que se han desarrollado principios de Derecho romano, germánico o anglosajón—puros o mutuamente interferidos—parece por doquier triunfante el principio que, desde Feuerbach, es conocido como «principio de legalidad». Pero debe recordarse que no ha ocurrido lo mismo en los países de religión islámica y en otros orientales, donde los ulemas y el sacerdocio, respectivamente, se han opuesto a su introducción, para mantener la posibilidad de incriminaciones sobre hechos que no estén previstos en las leyes positivas, situación análoga a la existente en Europa prácticamente hasta muy entrado el siglo XVIII, en que tanto la teoría como la práctica judicial en materia penal se basaba en el arbitrio judicial, contra el que combatieron tan rudamente Beccaria, Rousseau, Montesquieu y, definitiva y técnicamente, Feuerbach.

Por eso estimamos que es la primera vez en la Historia del Derecho penal en que, en una reunión en que tenían mayoría los juristas de países de color y no cristianos (115 frente a 38) es aceptado y proclamado, aunque sea implícitamente, el principio de legalidad en la definición de los delitos y de las penas, como base de la certidumbre jurídica, pues a ello equivale la petición de que las normas legales de orden penal sean precisas, y que las sanciones no puedan aplicarse con efectos retroactivos (*nulla poena sine lege*).

También en materia de interpretación de la Ley parece que la *Declaración de Delhi* se orienta en un sentido objetivista, equidistante del humanitario y liberal principio *pro reo*, y del positivista y riguroso, propugnado por Ferri, *pro societate*, pues al postular que la interpretación debe hacerse siempre de la manera más precisa posible, está indicando la meramente *declarativa*, tan lejos de la tendencia extensiva como de la restrictiva, de modo que quede en una mera exposición judicial de cuál sea el sentido correcto del texto legal. Nada dice la *Declaración* sobre la analogía; pero al postular la certidumbre y la precisión—tanto en la definición de la norma como en la actividad interpretativa—parece que deba entenderse opuesta a la posibilidad de incriminación por vía de analogía, posición que, además, está avalada por la tónica general del informe, de ardorosa garantía de los derechos del acusado.

Ello está cohesionado también por el punto II («presunción de inocencia»), que cubre y protege a toda persona mientras no se pruebe su culpabilidad y el principio de que «la culpabilidad de acusado deberá probarse en todo caso». Como la única excepción prevista en la *Declaración de Delhi*, a este respecto, es que «pueda imponerse al acusado el deber de probar cuando han cuando demostrados ciertos hechos que se opongan a la presunción de inocencia», parece que pueda señalarse también que la Comisión Internacional de Juristas es contraria, en todo caso, por

lo menos en el ámbito de la justicia penal, que es el único aquí contemplado a la «responsabilidad objetiva» o por el mero resultado, ya que para que la sanción sea aplicable requiere, sin más condiciones, la declaración y prueba de la culpabilidad en el reo.

Respecto a las penas (punto XI), la Comisión no se adscribe a ninguna doctrina penal determinada. Se limita a condenar «toda pena o medida de seguridad que sea cruel, excesiva o inhumana. Recomienda, siempre que sea posible, la aplicación de medidas de «readaptación».

De estos postulados puede recogerse la impresión de que la Comisión Internacional de Juristas entiende—frente a lo que es mantenido por algunos juristas—que también las medidas de seguridad forman parte del Derecho penal y deben estar, en consecuencia, bajo la aplicación de los Tribunales, y no de meros funcionarios administrativos o penitenciarios, y que, si bien condena la crueldad en la ejecución penal, deja margen a lo que la pena tiene de expiatorio o retributivo, porque la aplicación de medidas de readaptación de los reos es una mera recomendación.

Todos los demás puntos del informe de la tercera Comisión que trabajó en Delhi se refieren al procedimiento penal y a las garantías del acusado dentro de él.

Las conclusiones parecen escalonadas, según un orden casi cronológico, según suelen presentarse los hechos reales. Comienza por las garantías precisas en la «detención e inculpación», postulando:

- 1) Que la Ley reglamente estrictamente la facultad de proceder a detenciones, que sólo podrán ser efectuadas cuando existan indicios racionales de autoría criminal;
- 2) que en todo caso se pongan inmediatamente en conocimiento del detenido los motivos de su detención;
- 3) que también en todo caso el detenido tenga derecho a ser asistido por un Abogado de su elección;
- 4) que comparezca ante la Autoridad judicial competente en el plazo más breve que señale la Ley; y
- 5) que tras comparecer ante la Autoridad judicial no permanezca más en poder de la Policía.

No cabe duda que en materia de detenciones la Comisión Internacional de Juristas ha puesto el ideal en zonas que todavía estamos muy lejos de haber conseguido ni siquiera en la totalidad de los países europeos. Concretamente, la inmediata intervención del Abogado, libremente elegido por el detenido, y la inmediata puesta a disposición del Juez, desde cuyo momento dejará de depender de la Policía, son metas que deben ser alcanzadas. Ciertamente, en un procedimiento penal de garantías humanas ideales, la posibilidad de intervención del Abogado desde el primer momento—con su consejo, con su dirección y hasta con sus recursos ante la Autoridad judicial—sería la más alta y eficaz. Para ello son necesarias dos condiciones: la libertad en la elección del Letrado, en lo que insistió también en otro punto esta misma Comisión y la Comisión Cuarta; y que el Letrado, siempre y en todo caso, se produjera con la máxima corrección profesional, sin obstaculizar con sus prerrogativas la acción de la

justicia ni de la Policía, bajo fuertes sanciones en caso de infracción de tales deberes profesionales. Cumplidos ambos requisitos, la postulada intervención del Abogado desde el inicio de unas actividades policiales o judiciales, siquiera preventivas, vendría, sin duda, a constituir la más firme garantía del acusado o detenido.

La Comisión, en el punto IV, se pronuncia por el derecho de libertad provisional, salvo casos que expresamente contemplá (acusación de un delito grave; posible sustracción a la acción de la justicia; posibilidad de falseamiento de los medios de prueba o de los testigos de cargo).

De notable interés es el punto V, que trata de la «preparación y ejercicio de la defensa», que postula sobre la base de la intervención de un Abogado de libre elección, con el que el acusado podrá relacionarse con toda libertad. La conclusión supone, sin duda, una condena formal, aunque indirecta, de aquellos procedimientos penales en que al procesado se le provee oficialmente de defensor, sin opción alguna a la libre designación, en países—que no hay por qué designar en un informe tan objetivo como el que estamos haciendo—en que la Abogacía ha sido degradada a la condición de función del Estado, sin que puedan mediar entre el reo y su Abogado las particulares relaciones de confianza, que son condición esencial de la profesión.

Insiste, igualmente, la Comisión Tercera en que la defensa deberá conocer con la antelación necesaria y con toda la precisión posible, los cargos de la acusación, así como a convocar los testigos de descargo, estar presente cuando se proceda a recoger su testimonio e igualmente cuando la acusación someta sus medios de prueba. Evidentemente, también aquí hay notable novedad en referencia a la fase que en España llamamos inquisitiva o sumarial, sobre todo cuando, sin haberse llegado al momento del procesamiento, la intervención del Abogado es u oficiosa o imposible, aunque tal situación se prolongue días y días. Parece que la postulación de la *Declaración de Delhi* rompería el secreto del sumario en beneficio de una garantía procesal de la persona. Se presenta, sin duda, una tensión entre los derechos de la persona y los intereses de la justicia concebida en la forma tradicional, en la fase de preparación de una actividad punitiva. Quizá la salida de tal tensión fuera—supuesta la intervención tan continuada y prematura del Abogado, como se postula—un delicado cumplimiento, por parte de los Abogados, de sus deberes profesionales de secreto y un fino sentido de su misión como cooperadores de la Administración de Justicia, de tal modo que su máximo orgullo fuera la exacta aplicación de la Ley al culpable tanto como la absoluta exoneración del inocente.

Bajo el punto VI («Obligaciones mínimas de la acusación»), la Comisión regula, con mucha precisión, la posición acusatoria al proclamar que «tiene el deber de presentar objetivamente al Tribunal los elementos de prueba; no le incumbe tratar de obtener a toda costa la condenación del acusado» e incluso debe facilitar los medios de prueba que puedan serle favorables. El principio está ya recogido en muchos Estatutos del Ministerio Fiscal (y, entre ellos, paladinamente, en el español).

En cuanto al interrogatorio del acusado (punto VI), la Comisión Internacional de Juristas toma partido—por excepción, pues en toda la *Declaración de Delhi* hay un exquisito cuidado en soslayar puntos doctrinales teóricos—contra el empleo de «presiones físicas o psicológicas, que tengan por objeto disminuir la fortaleza de la voluntad o violar la dignidad del ser humano». No puede haber duda de que en estas palabras quedan condenados—por ser contrarios a la dignidad del hombre—todos los procedimientos de narcoanálisis o psicoanálisis que, con ayuda de medios químicos, fisiológicos o psicológicos, violan la intimidad del hombre e influyen en la libertad de sus declaraciones. Por lo demás, bajo este punto, no hace más que reiterar los ya sabidos principios de libertad de domicilio, correspondencia, etc.

En cuanto a la forma de los juicios, la Comisión dice que «el imperio de la Ley exige que los juicios penales se celebren de ordinario en público», salvo excepciones debidamente justificadas. La publicidad llega hasta la Prensa; pero ésta deberá ser contenida, en sus informaciones antes y durante el juicio, de modo que sus referencias no afecten adversamente a la objetividad del proceso. La publicidad es concebida, pues, como realmente es, cual una garantía procesal en el momento más culminante del caso.

Por fin, la Comisión establece que «nadie podrá ser juzgado dos veces por los mismos hechos, trátese o no del mismo delito, una vez recaída una sentencia definitiva de absolución o condena». Es un reconocimiento del principio de cosa juzgada en el ámbito penal. Pero conviene advertir que el punto de referencia se pone en «dos hechos», no en el elemento legal del juicio, pues en tal forma lo hace entender la observación expresa de que así deberá practicarse «trátese o no del mismo delito». La calificación que se hubiere hecho durante el juicio o en la sentencia es indiferente. Sobre unos «mismos hechos» no puede haber ulterior incriminación. Aunque el principio parece tan elemental, a veces sufre quiebras lamentables. Poco después de haberse proclamado la *Declaración de Delhi*, el mundo ha asistido, atónito, al espectáculo increíble de la anulación de un juicio porque la sentencia recaída pareció excesivamente benévola al Jefe del poder ejecutivo revolucionario de una de las Repúblicas del Caribe. Por eso no está de más que, entre los postulados fundamentales de la justicia penal se afirme y se reitere, hasta que penetre hondamente en todos, el principio de la «santidad de cosa juzgada», que si en el orden civil tiene su fundamento en la necesidad de asegurar la certidumbre jurídica, impidiendo fallos contradictorios, en la justicia penal es garantía máxima contra la arbitrariedad y el empeoramiento, en perjuicio de la vida, el honor o la libertad o el patrimonio de los acusados.

La *Declaración de Delhi* que ha promulgado la Comisión internacional de Juristas se inscribe así—por virtud del informe y de las conclusiones de su Comisión Tercera—en la mejor tradición penal humanitaria, a la que viene sirviendo la Ciencia penal desde hace dos siglos.

REVISTA DE LIBROS

ANCEL, Marc, con la colaboración de MARX, Ivonne: «Les Codes Pénaux Européens».—Tomo III, publicado por el Centro Francés de Derecho Comparado. París, 1958 (1023-1621 páginas).

Este tomo de la Colección de códigos penales europeos, de cuyos tomos I y II ya se dió cuenta en las páginas de este ANUARIO es una nueva y evidente prueba del gran incremento que van alcanzando los estudios de Derecho penal comparado.

Descuidados durante largos años, a fines del pasado siglo aparecieron, bajo el título *Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichende Darstellung*, dirigida por Liszt, una serie de informaciones en dos volúmenes sobre la legislación penal de varios países cuyo primer volumen fué traducido al español (*La legislación penal comparada*, Madrid, 1896). A poco de iniciada la actual centuria, Swinderen publicaba su *Esquisse du Droit pénal actuel dans les Pays Bas et à l'étranger*, que llegó a contar doce tomos que contenían, traducidos íntegramente en lengua francesa, no sólo un importante número de códigos penales europeos y de fuera de Europa, sino también crecida cantidad de leyes penales especiales. En Francia en 1872 comienza la publicación del *Annuaire de législation étrangère*, que continúa apareciendo con regularidad y en el que tiene amplia cabida la legislación penal. En Alemania, hace largo tiempo, la editorial Walter de Gruyter de Berlín, comenzó la publicación, que aún continúa, de una Colección de códigos penales extranjeros (*Sammlung Ausserdeutscher Strafgesetzbücher*), y asimismo la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria hasta su desaparición en 1951 publicó regularmente en su Boletín, en lengua francesa y en los últimos años de su vida en inglés, textos penales de numerosos países generalmente en forma de resumen. Por otra parte ya desde el pasado siglo, en las publicaciones sobre materias penales, tratados monografías, revistas, etc., son frecuentes las incursiones en el campo del derecho comparado mediante el estudio de códigos y leyes extranjeros, que permiten descubrir en la legislación propia influencias de fuentes extrañas al derecho nacional que facilitan el mejor conocimiento de éste. Hoy, además, la actividad comparatista se ha intensificado grandemente con la creación de centros de estudio y de investigación. Entre los existentes ocupa señalado lugar el "Instituto de Derecho penal extranjero e internacional" de Friburgo en Brisgovia, en cuyo Boletín, fundado por el recordado Profesor Schönke, aparecen de modo regular trabajos y notas de esta índole; dirigido por los Profesores Jescheck y Kielwein, el Instituto continúa la publicación de la prestigiosa "Colección de Códigos penales extranjeros" antes aludida, y ha poco inició la de una serie de estudios sobre derecho penal extranjero de la actualidad (*Das Ausländische Strafrecht der Gegenwart*), dirigidos por los Profesores Mezger, Schönke y Jescheck, de los que han aparecido dos volúmenes en 1955 y 1957 que contienen extractadas y comentadas las legislaciones penales de diversos países europeos y alguno asiático y americano. Muy

preeminente lugar ocupa como hogar de actividad comparatista el Centro francés de derecho comparado, que además de haber enriquecido estos estudios con la importante Colección de Códigos penales europeos ha ofrecido a los penólogos un bien trazado cuadro de los más reputados sistemas penitenciarios (*Les grands systèmes pénitentiaires*) en dos tomos aparecidos en 1950 y 1955. Recientemente, bajo la dirección de Marc Ancel, ilustre penalista y gran animador de los trabajos comparatistas de derecho penal en Francia, ha iniciado una nueva serie titulada "Les Grand Systèmes de Droit Pénal Contemporains" cuyo primer volumen "Introduction au Droit criminel de l'Angleterre", ha poco salido a la luz, es elogiosamente reseñado en esta sección. Y no sería justo silenciar la índole esencialmente comparatista de informes publicados por el Departamento de Cuestiones Sociales de la O. N. U., sobre cuestiones relativas al tratamiento y asistencia de los delincuentes (*Probation and Related Measures; Résultats pratiques et aspect financiers du régime de la probation appliqués aux adultes dans certains pays; Parole and After-Care*, etc.). Por último no debe ser olvidado que hace largos años algunos comentaristas de nuestra legislación criminal, Pacheco en sus Comentarios al Código penal de 1848, y de modo especial Groizard, en los del Código de 1870 hacían preceder la exégesis de cada uno de los artículos por los concordantes de numerosos códigos extranjeros, que comentaban y comparaban con los preceptos de nuestra legislación, labor que era realizada en época en la que se concedía escasa importancia al cultivo del derecho comparado.

Los códigos contenidos en este tomo III son los de Liechtenstein, Luxemburgo, Mónaco, Noruega, Holanda, Polonia y Portugal. Como en los tomos precedentes, se sigue en su exposición un orden alfabético. Son traducciones íntegras de los textos legales y puestos al día con todas las reformas introducidas en los mismos. Van precedidos de una sucinta pero sustanciosa nota descriptiva de los precedentes legislativos y de la preparación de cada uno de los códigos, obra de Marc Ancel, director de la publicación.

En su mayoría son códigos de viejo tipo como el de Liechtenstein, que es el Código penal austriaco de 1852 introducido en este país el 7 de noviembre de 1859 y reformado por algunas disposiciones posteriores; el de Luxemburgo de 18 de junio de 1879, muy semejante al Código belga de 1867, completado o modificado por varias leyes inspiradas generalmente en experiencias belgas, francesas u holandesas; y el del Principado de Mónaco, promulgado el 17 de diciembre de 1874, entrado en vigor el 1.º de enero de 1875, adaptación casi textual del Código penal francés, objeto de ciertas reformas que aspiraban principalmente a poner de acuerdo sus principios con los adoptados por la legislación francesa. El Código holandés tampoco es un cuerpo legal moderno, es un código neoclásico entrado en vigor el 1.º de septiembre de 1886, y uno de los más originales entre los promulgados en la segunda mitad del siglo XIX. Tal originalidad consiste, especialmente, en facilitar una amplia individualización de la pena, y en una cierta tendencia a distinguir entre las diversas categorías de delincuentes e incluso en admitir en cierta medida el estado peligroso, características provenientes del influjo de las enseñanzas de la escuela positiva en su primera época. Como rasgo de modernidad de este código debe señalarse que fué el primero en adoptar el sistema de unificación de penas privativas de libertad. En 1915 fué introducida en su texto la condena condicional sobre el modelo franco-belga,

objeto posteriormente de importantes reformas llevadas a cabo por leyes de 25 de junio de 1929 y 15 de julio de 1951 que modificaron su regulación hasta convertirla en un verdadero sistema de *probation*. Leyes de 1901, 1921, 1929 y 1951 llevaron a su articulado sucesivamente una serie de medidas educativas para jóvenes delincuentes. Asimismo el Código portugués promulgado el 16 de septiembre de 1886, vigente en la actualidad, es un cuerpo legal de antiguo tipoparcialmente modernizado; en realidad es el vetusto Código de 1852 revisado y atenuado. Cierta número de leyes han completado sus preceptos; entre ellas destacan por su importancia, el decreto-ley de 28 de mayo de 1936, sobre la organización de las prisiones, que introdujo en su régimen profundas reformas, entre ellas la diferenciación de los establecimientos penitenciarios adaptados a las diversas categorías de los delincuentes, la sustitución del régimen celular por el progresivo, y la deportación por la colonia agrícola; creó la prisión-escuela para los menores de dieciséis a veintiún años, la prisión-asilo para los delincuentes anormales mentales y una prisión para delincuentes difíciles (criminales habituales, por tendencia, indisciplinados), y prevé establecimientos para criminales alienados, etc. Otra gran reforma fué introducida por decreto de 5 de junio de 1954, cuyo fin ha sido principalmente incorporar al Código las reformas de mayor trascendencia, en particular, las exigidas por el decreto-ley de 1936. Estas modificaciones acentúan la moderna orientación del derecho penal portugués, suprimiendo las penas fijas y marcando una tendencia a la unificación de las penas privativas de la libertad, estableciendo una clasificación de los reclusos que puede permitir su paso de una a otra categoría durante la ejecución de la pena. Prevé, además, medidas predelictuales para vagos, mendigos, rufianes y prostitutas y propende a sustituir el sistema dualista por un régimen unitario de sanciones. Está en estudio una reforma general de este Código.

Por el contrario, los códigos de Noruega y Polonia son leyes modernas. Noruega, donde la codificación penal se inicia en el siglo XVII, cuenta como precedente inmediato de la vigente legislación penal el Código de 1842, que se inspiró en el Código de Hanover, profundamente influido por el Código bávaro de 1813 y era como éste de gran severidad. El Código que rige en la actualidad, promulgado el 22 de mayo de 1902, entró en vigor el 1.º de enero de 1905. Y no sólo es cronológicamente el primer código penal de nuestro siglo, sino también la primera legislación penal moderna fundada sobre las enseñanzas de la ciencia criminal. En él se encuentran una serie de características que años más tarde se encontrarán en las modernas legislaciones. Por vez primera se halla en su texto un verdadero sistema de medidas de seguridad, se atenúa la penalidad, se otorga a los jueces amplias facultades de individualización, simplifica la escala de penas reduciendo a dos las penas privativas de libertad y no descuida la prevención general. Ha sido objeto de varias reformas, entre las que destacan las introducidas por ley de 29 de febrero de 1929 referentes a la responsabilidad de los actos cometidos en estado de embriaguez, a las medidas aplicables a los criminales habituales y a los sujetos de responsabilidad atenuada. A éstas siguen otras llevadas a cabo en nuestros días, introducidas por las leyes de 15 de diciembre de 1950 que modifica los delitos contra la seguridad del Estado y contra la Constitución, la de 11 de mayo del mismo año que revisó los delitos contra la propiedad, la de 22 de mayo de 1953 relativa a las penas de privación de dere-

chos que han dejado de ser aplicados automáticamente, y la ley de 3 de junio de 1955 que ha reformado el anterior régimen de condena condicional introduciendo junto al sistema continental tradicional una regulación inspirada en la *probation* angloamericana. Actualmente el Comité de Derecho penal, organismo consultivo permanente del Ministerio de Justicia, estudia una revisión de este código en materia de aborto y otras infracciones. En Polonia, al conseguir su independencia como consecuencia de la primera guerra mundial, se apresuró a crear su legislación nacional. Su Código penal, promulgado y entrado en vigor en 1932, fué considerado como uno de los mejores entre los elaborados durante el gran movimiento de legislación penal que se produjo en Europa alrededor de 1930. Es un código de transición entre las antiguas y las modernas ideas, une el principio de retribución a la idea preventiva de las medidas de seguridad. No obstante la transformación de Polonia, después de la segunda guerra mundial, en república comunista, siguen aún en vigor sus disposiciones principales. Leyes recientes han introducido reformas en materia de aborto, de libertad condicional y asimismo, por ley de 5 de agosto de 1949, de protección de la libertad de conciencia y de culto. Está en estudio una revisión general de este código.

La publicación del tomo que reseñamos, como la de los dos anteriores de esta Colección de códigos, son de utilidad extraordinaria, constituyen para el penalista un relevante medio de cultura jurídica, poseen también una importante finalidad práctica para el abogado criminalista que, en el ejercicio profesional, puede verse obligado a manejar códigos o leyes penales extranjeras, y es una valiosa ayuda en la labor codificadora, pues facilita a los que la realizan el acceso a legislaciones criminales desconocidas, en las que pueden hallar materiales importantes para la elaboración o la reforma de las leyes nacionales. Alemania, con profundo sentido, para facilitar el trabajo de las comisiones encargadas de la preparación de proyectos penales, ha publicado en varias ocasiones amplios estudios que contienen una rica recopilación de derecho comparado extranjero referente a las materias más importantes de las partes general y especial del derecho penal (en el primer decenio de este siglo la gigantesca *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrecht* que precedió a la formación del anteproyecto de 1909, obra formada por gran número de tomos, y los *Materialien zur Strafrechtsreform* aparecidos en 1954 y 1955 en los momentos en que se preparaba el nuevo proyecto penal cuya parte general, como es sabido, ha sido publicada en 1958.

EUGENIO CUELLO CALÓN

ANTOLISEI, Francesco: «Manuale di Diritto Penale.—Leggi complementari». (Reati fallimentari e societari.) Ed. Giuffré. Milano, 1959; 427 páginas.

Es misión del penalista, no sólo el estudio y meditación del Derecho contenido en el Código penal, sino también de aquél que nace en virtud de leyes especiales, dictadas por posteriores exigencias de la vida y que el ordenamiento jurídico no tuvo presentes. Esta reflexión, que pudiera parecer superflua, a menudo fué olvidada. Si observamos, por ejemplo, con cierto detenimiento, la literatura penal italiana, encontraremos que el tema hoy abordado por el profesor Anto-

lisei tan sólo fué objeto de especial dedicación en la doctrina de hace pocos años, pese a existir algún que otro trabajo digno de mayor consideración.

La parte primera del presente volumen es un detenido examen de los llamados "reati fallimentari". Tras unas palabras sobre la "legge fallimentare", se detiene el autor en las específicas disposiciones penales, y sobre todo, en el Título VI de la Ley de 16 de marzo de 1942, cuyas figuras delictivas serán objeto fundamental del presente estudio. Dificultades insoslayables se le presentan al que pretenda tratar el tema: de un lado, la escasa elaboración científica con que se puede contar; de otro, la deficiente técnica empleada por el legislador. Con irase de Carnelutti —en la que ambas se compendian—, nos dice el autor: "I reati fallimentari, sono venuti su come piante selvatiche fuori del recinto coltivato dai giardinieri del diritto penale; il difetto di coltivazione scientifica si avverte prima di tutto sul piano legislativo". (Págs. 31-32.)

Ahora bien, si se quiere llevar a cabo un estudio de dichas figuras penales, con cierta pretensión científica, es necesario, en primer lugar, utilizar un método idónico para tal fin. El profesor Antolisei lo sintetiza en: a) *Coordinar* las diversas hipótesis que la Ley ha previsto casuísticamente; b) reunir las en *grupos* sobre la base de la homogeneidad que resulta de su intrínseca naturaleza; y c) buscar y poner en evidencia el *concepto superior* e implícito en los diversos grupos: aquél concepto que debería ser expresado en la Ley y no lo ha estado. (Pág. 32.)

A continuación, y a la vista de la legislación italiana, versa en torno a la figura de la "bancarotta" y sus diversas modalidades de *propia, fraudulenta, simple* e *impropia*. Constituye esta parte de la obra una de las más cuidadas y en la que se pone de manifiesto la sólida formación del autor.

Igualmente son tratados el resto de los delitos contemplados por la citada Ley, utilizando su conocido sistema bipartito, en la estructura del delito, de elemento objetivo y elemento subjetivo, como ya nos dijera en la Parte General de su Manual. (Vid. su *Manuale di Diritto Penale*. (Parte Generale). 3.ª ed. 1955, páginas 113 y siguientes y el resto de la bibliografía del mismo autor en ellas citada).

Bajo la rúbrica de "reati societari"—parte segunda de la obra—, alude el que fué ilustre profesor de la Universidad de Torino a las figuras criminosas previstas en el Código civil italiano en su Libro V, Título XI, y que se contraen a los delitos cometidos con violación de los deberes o abuso de los poderes establecidos por la ley, por personas que ejercitan funciones de particular importancia en el seno de la sociedad mercantil, o mejor, en las sociedades sujetas a inscripción. (Pág. 253.)

La legislación que las regula es por demás criticable, en razón a sus defectos técnicos, producto de una visión puramente privatística. De otro lado, las sanciones son, a veces, insuficientes, en tanto que otras excesivamente graves. (Págs. 257-258.)

Después de unas páginas dedicadas a cuestiones generales, trata el autor de los *fraudes en la gestión social*, estudiando separadamente, debido a su importancia, los dos delitos previstos en el artículo 2.621: las *falsas comunicaciones sociales* (pág. 287 y ss.)—"fatti non rispondenti al vero sulla costituzione o sulla condizioni economiche della società", según dice la propia ley—, y el *reparto ilegal de beneficios* (págs. 317 y ss.), o usando la expresión legal del número

2 del artículo 2.621, "utili fittizi o che non possono essere distribuiti". A seguido trata la *infedilidad de los órganos sociales*: por consiguiente, los *excesos de poder* de los órganos mismos, a los cuales preceden las *dolosas inobservancias de obligaciones funcionales*.

Cierra el libro un estudio sobre las *contravenciones* que prevé el Libro V del Código civil.

Es, pues, el presente volumen, un inmejorable estudio de las citadas figuras delictivas, y de su elaboración tanto en la doctrina científica cuanto en la jurisprudencial. Con él completa su Manual, que hoy es, sin duda, de los más leídos en Italia, y que supone toda una dedicación y científica autenticidad por parte del autor: he aquí, quizá, su mayor mérito.

MANUEL COBO

BERSEZIO, Vittorio: «Il Problema della delinquenza minorile nella legislazione dei paesi civili ed in relazione all'O. N. U.» Turin, 1954; 149 páginas.

Bien claro dice el título de la obra, que es un recuento de legislación comparada sobre el por desgracia siempre actual y siempre más terrible problema de la delincuencia juvenil. La referencia que el título promete a la legislación de los países civilizados se limita a la inglesa, francesa, belga, suiza, alemana, austríaca, húngara, española, escandinava y rusa, es decir, a los pueblos europeos con alguna omisión, como la de la interesante legislación portuguesa y con el natural destaque de la italiana, que ya sienta en la introducción puede parangonarse con la de los países más adelantados.

Con esta convicción empieza su obra, con la exposición de lo realizado en Italia, tras de decir que el problema tiene un triple aspecto de asistencia y protección de la infancia, delincuencia juvenil y reeducación, y mostrar los males que aquejan a la familia moderna, de recordar los hogares en que viven amontonados con mayores y con enfermos, del abandono en que una parte de la infancia se desarrolla.

Rige allí, con los reglamentos que la desarrollan, la Ley de 30 de julio de 1934 atacada por haberse promulgado durante el dominio fascista, aunque la mayoría de las leyes vigentes lo fueran también en aquel período y sea esta ley la culminación de un largo proceso de elaboración jurídico-legislativa, que arranca de principios del siglo con una circular de 1908 estableciendo un trato especial para los menores delincuentes.

Según la legislación allí vigente, en toda Corte de apelación existe un Tribunal para los menores y de éste depende un centro de reeducación, que comprende además de los órganos judiciales, el Instituto de observación, que acoge a los menores de dieciocho años abandonados, encerrados por motivo de seguridad pública, en espera de un proceso o de internamiento en una casa de reeducación: la casa de reeducación, en la que se ingresa a los menores extraviados que todavía no deben responder de ningún delito; el reformatorio judicial para los menores de catorce años que hayan cometido algún delito o a los mayores de esta edad que sean inimputables, y la cárcel para menores, donde se ingresa a los mayores de catorce años y menores de dieciocho responsables de cualquier delito.

Estudia las medidas de seguridad aplicables a los menores según aquella legislación y el funcionamiento de algunas instituciones de protección y reeducación, como la "Nave Scoula redenzione: Nicolo Garaventa", de Génova, en que los menores delincuentes, abandonados o en peligro, reciben una instrucción marinera; el Instituto Giannina Gaslini", dedicado sobre todo a la asistencia material y moral de los hijos de nadie, sito en la misma ciudad; la "Casa de redenzione sociale de Niguarda", en Milán, que extiende su protección a los menores de veinte años que no tienen asistencia ni tutela alguna; el "Villagio della Mercede", en Terracina, el "Villagio del Fanciullo", de Citavecchia, y la "Unione salvezza infanzia", de Bolonia, y otras.

Después una información amplia sobre la materia del libro respecto a Inglaterra, Francia y Bélgica y no menos extensa respecto a los demás países, de cuya legislación informa.

Respecto a España da como institución más antigua de esta clase el "Padre de los huérfanos", de Valencia, sin referencia a otra alguna; cree que la minoría de edad penal en nuestros códigos sigue siendo absoluta hasta los nueve años y condicionada al discernimiento hasta los quince; da noticia de los trabajos de Montero Villegas hasta conseguir la primitiva ley creando los Tribunales de Menores, de la que da una ligera referencia.

El final de la obra son las conclusiones que deduce de las legislaciones examinadas. Son éstas: la existencia de un tratamiento especial para los menores delincuentes; la mayor atención prestada al ambiente en que se mueve el menor y a sus taras hereditarias que a la gravedad de la infracción cometida para la determinación de la medida de seguridad aplicable en cada caso. Estas medidas han de tender sobre todo a su reeducación; los encargados de esta función han de ser especializados, con conocimientos de psicología, criminología y ciencias afines, pues han de realizar una labor de diagnóstico y no de instrucción judicial; la ejecución de la medida de seguridad acordada no puede abandonarse a la administración penitenciaria.

Es en suma y en resumen una obra de información, particularmente interesante en lo que a la legislación y a la realidad italiana se refiere.

DOMINGO TERUEL CARRALERO

CAMBRIDGE DEPARTMENT OF CRIMINAL SCIENCE: «The results of probation».—Londres.—Macmillan & Co., Ltd., 1958 (112 págs. 21 chelines).

En esta obra, editada bajo la dirección de León Radzinowicz, como volumen 10.º de los "English Studies in Criminal Science", desarrollados por la Facultad de Derecho de la Universidad de Cambridge, se recogen los resultados de una empresa acometida para comprobar el valor práctico del régimen de prueba.

Los datos para tal investigación se basan en registros que cubren un período de cinco años (1948-1953), relativos a delincuentes declarados culpables de "indictable offences" y que fueron sometidos al precitado régimen por dispo-

sición, de los tribunales de la jurisdicción de Londres y Middlesex. El número de casos estudiados asciende a 9.336 reos, de los cuales 5.020 eran jóvenes en el concepto terminológico legal inglés.

No ha de olvidarse que el régimen de prueba, implantado en Gran Bretaña en 1907, recientemente, sobre todo a partir de la "Criminal Justice Act, 1948", se ha convertido en un arbitrio legislativo y jurisdiccional para luchar en la prevención de la delincuencia.

De ahí la importancia que tiene todo trabajo de comprobación o verificación del sistema: no otra que la de adoptar definitivamente con fundamento, o rechazar con igual ponderación, un método de rehabilitación de los delincuentes en el que tantas esperanzas se cifran.

Como resultado del trabajo a que se contrae el libro que reseñamos, basta decir que es evidentemente optimista, hasta el punto de que ha hecho posible afirmar y preciar el grado de éxito logrado en el régimen de prueba, además de aportar grandes luces en la etiología delictiva por lo que atañe a la edad y sexo de los infractores. Se asevera la efectividad del método para los delincuentes primarios y su eficiencia al ser aplicado preventivamente en casos de prognosis a la reincidencia.

En cuanto al método empleado para la investigación, cuyos resultados recoge esta obra, no es menos ilustrativa la consulta de la misma.

JOSÉ SÁNCHEZ OSÉS

CLARK, Ann. M. & CLARKE, A. D. B. : «Mental deficiency».—Methuen & Co. Ltd.—Londres, 1958 (45 chelines).

Las 513 páginas de esta obra se agrupan en tres partes con un total de dieciocho capítulos, integrando la parte primera una introducción de J. Tizard y otra aportación de N. O'Connor sobre la *Prevalence of Mental Defect*.

En la introducción se trata el ámbito que debe abarcar el estudio de las deficiencias mentales, los arbitrios aportados socialmente al problema. La cuestión educativa, el problema en su aspecto administrativo. Un resumen de los trabajos de la "Royal Commission on the Law Relating to Mental Illness and Mental Deficiency" (1954-1957); el abandono que, en opinión de Mr. Tizard se halla el defectuoso mental.

Por su cuenta, O'Connor, en la parte segunda de la introducción examina los métodos para descubrir los problemas relevantes en la medición de las sub-anomalías, señalando la ausencia de criterios concretos, la inadecuación de los instrumentos de medición, así como la evolución experimentada en el aspecto-histórico, social y subjetivo.

Comienza la parte segunda exponiendo los criterios y clasificaciones propuestos acerca de las anomalías mentales, tanto desde su punto de vista legal ("Mental Deficiency Act) como el parecer de la Royal Comisión antes citada, así como desde la perspectiva sociológica, uno de cuyos principales expositores es A. F. Tredglold (1952), para quien la deficiencia mental ("amentia") es una condición por la que la mente no ha podido alcanzar el desarrollo normal. A su vez dicho autor estudia los factores etiológicos, intelectual e histórico social.

En la obra que reseñamos sus autores reputan que no solamente es de validez dudosa, sino incluso peligroso, el aceptar rígidamente cualquier sistema de clasificación.

A propósito de la medición o apreciación del grado de desarrollo intelectual, los autores opinan que el empleo al respecto de los tests en uso, siempre que se apliquen adecuadamente, suministran una medición válida. Respecto a la predicción, sin embargo, son aquéllos menos seguros (aunque no deleznable), y debido, no a la ineficacia de los referidos tests, sino a la relativa evolución de los individuos.

En cuanto a los estudios genésicos y etiológicos sobre la inteligencia, consideran Clark & Clarke que el problema principal radica en la investigación experimental de los organismos implicados tanto en el retraso causado ecológicamente y en los efectos de la recuperación, como en la importancia que ha de concederse al fomento y progreso de la investigación genésica.

Como principios generales en la etiología de la deficiencia mental, se consiguan algunos en la obra: que la índole etiológica de la deficiencia que se examina es no sólo muy compleja, sino además los factores atribuidos son a veces dudosos y parcialmente conocidos.

A propósito del estudio conjunto de los temas deficiencia mental, delincuencia y psicopatía, se señala que la escuela de Goddard sobreestima en gran manera la prevalencia del tipo mental subnormal entre los delincuentes, exagerando también las tendencias criminosas del retrasado mental.

Abordando la cuestión referente a la instrucción, se advierte es parcial el trabajo realizado en Rusia a propósito de la educación de los retrasados, que "hasta el año pasado se ha hecho poco en Inglaterra en este sentido de la investigación, con excepción de las obras de Duncan, Burt y Showell. En Suiza destaca Inhelder (1943) y los estudios descriptivos de Iowa".

Lesión cerebral y defecto mental: Creen los autores que este criterio así enunciado es el que más directa y profundamente atañe a la médula del problema que suscita la deficiencia mental y cuya solución es de gran interés, incluso para con los niños retrasados. Se citan como más meritorios al respecto los trabajos de Strauss y Lehtinen, si bien precisados de mayor ampliación.

En cuanto a la parálisis cerebral, se asevera que en este ámbito de la investigación se dará posible la división en subgrupos susceptibles de estudios relacionados con problemas específicos y se aconseja que, sin perjuicio de una dirección centralizada, se efectúen los trabajos tanto en hospitales como en escuelas y otras instituciones infantiles.

La tercera parte, dedicada a los "Problemas prácticos", abordan lo ateniendo a la aportación psicológica, a los problemas educativos, a las aptitudes y al tratamiento y rehabilitación.

J. S. G.

CLEMMER, Donald: «The prison community». Reinehart & Company. New York, 1958.

Esta segunda edición de la obra de Clemmer, Director de Correccionales del Distrito de Columbia, que vió la luz en su primera publicación el año 1940, va.

precedida de un prólogo de Donald R. Cressey, y la posibilidad de su reseña ahora en este ANUARIO, se la debemos al celo seleccionador y bibliográfico de su Director, el Profesor Cuello Calón.

Trátase de una obra de 341 páginas, distribuidas en doce capítulos, relativos a los antecedentes de índole cultural que se suelen advertir en la población penitenciaria; a la integración de la misma desde los puntos de vista de edad, raza, nacionalidad, aptitud intelectual, estructura fisiológica, antecedentes familiares, estado de instrucción y formación religiosas. Profesiones y oficios que prevalecen, estado civil, tipos de delitos más frecuentes y reincidencias.

Con criterio instrumental y orgánico se estudia en el capítulo 3.º lo relativo a las penitenciarías, tipo arquitectónico y dotación material. El personal administrativo, métodos de admisión y liberación de los penados, clasificación de los mismos, castigos y recompensas dentro del régimen disciplinario. También con espíritu crítico se comienza a analizar en dicha parte del libro lo referente a la rutina carcelaria y sus repercusiones en la conformación y actitud de los reclusos; el acondicionamiento de los penados y régimen alimenticio de los mismos; su instrucción profesional y religiosa; sus recreos y cuidados que se dedican a su salud física y mental.

Desde la perspectiva sociológica, en los capítulos 4.º y 5.º se consideran los aspectos de la vida de relación de los reclusos y los fenómenos usualmente producidos como consecuencia de esa habitual relación entre los mismos: la formación de determinados grupos directivos. La segregación automática de ciertas individualidades y las que el autor denomina relaciones "simbióticas".

El fenómeno penitenciario del sometimiento de ciertos grupos de reclusos a "cabecillas", producido también de modo más o menos automático o estudiado, es objeto del capítulo sexto, en el que se sustentan tesis para la explicación de esos hechos tan frecuentes en la vida carcelaria. Igualmente se prosigue estudiando otras peculiaridades de la vida en los establecimientos penales en el capítulo 7.º, tales como el llamado "código del recluso", sus hábitos y principios reguladores propios; métodos de manejo y control entre los grupos de penados. Los capítulos 8.º al 12 versan respectivamente sobre los "castigos" impuestos por los propios reclusos a sus compañeros que faltan a sus "obligaciones" peculiares, las modalidades que se aprecian en los diversos regímenes de esparcimiento carcelario, caracteres sexuales de su población interna y el papel que desempeña sociológicamente el trabajo penitenciario, así como los resultados individuales de la estancia en los penales.

Tras dos apéndices relativos al sistema metodológico de investigación de los problemas de la Penología, así como el "argot" carcelario, concluye esta obra, de evidente interés para el especialista doctrinario o penitenciario administrativo; obra en suma donde, a las críticas que formula contra lo que el autor estima prácticas perniciosas, se añaden esbozos, cuando menos, de un propósito constructivo.

GILES, F. T.: «Children and the Law».—Penguin Books Ltd., R. & R. Clark Ltd.—Edinburgh, 1959 (1.^a ed.: 3 chelines, 6 peniques).

Pertenece este ejemplar de la obra de Mr. Giles a una serie de trabajos proporcionados por la amabilidad del Instituto Británico en España, en régimen de intercambio, para su reseña en este ANUARIO.

Concretamente "Children and the Law" es una obra que, sin pretensiones en su apariencia material, pese a su esmeradísima edición para el costo relativamente económico del libro, brinda al lector un ameno e instructivo conocimiento del régimen legal inglés para los niños y adolescentes: adopción, custodia, casos de crueldad, delincuencia juvenil, tutela, etc.

A través de 157 páginas, Mr. Giles se puede decir que "impone" al lector en las materias aludidas. Tras un capítulo en el que se evocan los precedentes de la preocupación de iniciativa privada por el cuidado de los menores en todos sus aspectos, así como por la corrección de los descarriados, sucesiva y paulatinamente se pasa a la etapa de incorporación o, quizá más bien, de "absorción" de esas funciones por instintos u organismos administrativos.

Así se comienza a describir cómo trabaja o cumple su misión un "Juvenile Court" inglés, cómo se obtienen para él los informes y antecedentes precisos a efectos de la adopción de un plan tutelar o de corrección, según los casos. Igualmente se expone el método de las "Remand Homes", que constituyen parte del sistema instructivo y educador a cargo de los Concejos de Condado ingleses. Complemento de esas instituciones serán los "Remand Centres", cuya finalidad estriba en la observación diaria, por psiquiatras y los llamados "social workers", de muchachos ya delincuentes o con propensión al delito.

Con el mismo método empírico prosigue el autor describiendo cómo se llega a adoptar el sistema de tratamiento conveniente a un menor determinado, clases de informes y elementos de juicio que al efecto se han requerido previamente para pasar, en el capítulo siguiente, al régimen de prueba y al peculiar de las "Approved Schools", instauradas por la reforma legislativa inglesa en la "Criminal Justice Act, 1948" (art. 3), destacándose el éxito que, a tenor de los datos estadísticos recopilados, ha acusado el empleo de ambos métodos de tratamiento para muchachos de ambos sexos.

Después de examinar "otros métodos y facultades o atribuciones", conferidos a organismos jurisdiccionales británicos para atemperar el régimen disponible a las peculiaridades de cada corrigiendo, prosigue el libro ocupándose de los casos de menores necesitados de cuidado y vigilancia ("care and control"), de los oficialmente declarados "fuera de autoridad", para los que se halla legislativamente y administrativamente prevista la medida consistente en colocarlos por tiempo determinado bajo la vigilancia de un "Probation Officer", o de una persona idónea que un tribunal señale.

Después de considerar el valor de la asistencia psiquiátrica y de los informes de esta clase de especialistas, tras unas consideraciones generales acerca de los aspectos presentes, perspectivas de la delincuencia juvenil, reseñando disposiciones en vigor sobre la protección penal de los menores, tales como la "Offences against the Person Act, 1861", la "Children and Young Persons Act, 1933" y la "Sexual Offences Act" del mismo año, así como los arbitrios de que las mismas proveen para la virtualidad de referida protección, y, por último, con lo refe-

rente a la tutela de menores, no sólo por ausencia de padres, sino para casos de crisis matrimonial o tensiones familiares ("Guardianship of Infants Acts"), con lo ateniendo a los menores acogidos en orfanatos o instituciones similares ("Children Act, 1858"), normas éstas que también atienden a la adopción, juntamente con la más peculiar "Adoption Act, 1950", concluye esta obra de Mr. Giles, de indiscutible valor tanto para los legisladores, como para cuantas profesiones jurídicas o médicas dedican sus esfuerzos al problema agudo, de importancia individual y trascendencia social que implica la juventud desorientada, abandonada o delincuente.

J. S. O.

HENTIG, Hans von: "Zur Psychologie der Einzeidelikte. I. Diebstahl. Einbruch. Raub" (Contribución a la psicología de los delitos en particular. I. Hurto. Robo con fuerza en las cosas. Robo con violencia o intimidación en las personas). Tubinga, Mohr, 1954; VIII + 195 págs.

La que podría denominarse parte especial de la criminología ha sido evidentemente descuidada. Lo prueban las traducciones que circulan en lengua española, con la excepción, única quizá, del *Traado de Criminología* de Seelig. Esto bastaría para llamar la atención sobre las aportaciones de von Hentig en la serie que comienza con este volumen. Pero es que, además, hay una originalidad en el enfoque que debe ser subrayada desde el principio. La Criminología, incluso destacando que se ocupa de la etiología del delito, es pensada de preferencia en función del delincuente, al que en definitiva se reconducen todas las causas de aquél. La clasificación legal no suele figurar en el primer plano de las consideraciones criminológicas, a no ser que operen con estadísticas. Mezger dedica, sin embargo, en su *Kriminologie*, todo un capítulo a la "criminología de los hechos punibles en particular", dentro de una parte consagrada a la "criminología del hecho", que contrapone a la "criminología del autor". La obra de von Hentig toma, en cambio, decididamente como centro los tipos legales. Mas no se ajusta rigidamente al Código penal alemán, en lo que se refiere al robo con fuerza en las cosas. Sabido es que en el idioma alemán el robo (*Raub*) solamente es el robo con violencia o intimidación en las personas. Lo que nosotros llamamos robo con fuerza en las cosas son allí hurtos agravados o cualificados. Ahora bien, entre las cualificaciones del hurto, unas son por razón del lugar, del tiempo de comisión (hurto nocturno), del número de personas que intervienen, del porte de armas. Estas considera el autor que difieren poco en la estructura sociológica del "hurto simple". Las demás (hurto con fractura, escalamiento, llaves falsas), las agrupa bajo el nombre de *Einbruch* que, en principio, significa tan sólo el robo con fractura, pero que con esta acepción amplia que le da von Hentig se equipara en un todo a nuestro robo con fuerza en las cosas (pág. 102). El punto de vista psicológico, a pesar de esta sistemática adherida al Código, domina el resto de la exposición como lo anuncia el título elegido para la serie. La materia se distribuye con arreglo a estas premisas en tres capítulos. uno por cada delito.

En el *hurto*, lleno de abismos y secretos a pesar de su aparente insustanciabilidad (pág. 1), después de apuntar la amplitud de la problemática que suscita y lo que arrojan las cifras proporcionadas por la estadística (pág. 5 y ss.) nos muestra la extensión de la zona negra (expresión que entiende ser preferible a la de "cifra" negra, porque precisamente su característica es que no puede "cifrase") (pág. 18 y ss.). La profundidad de nuestra ignorancia viene medida con la confesión de un cierto Schröder en el año 1902, concediendo, ante la incredulidad del Fiscal, haber cometido de 300 a 400 hurtos. De los tipos de hurto (pág. 30 y ss.) pasa a los cometidos por motivos especiales y a los estados patológicos (pág. 36 y ss.). El fetichismo encuentra una detenida exposición (página 45 y ss.), así como la llamada *cleptomanía*, que en sentido estricto es para él un estado compulsivo que debe distinguirse de la *cleptofilia* (pág. 51), de índole más benigna, subordinadas ambas a un concepto superior que propone se designe como manía o afán de hurtar. Los ladrones profesionales y sus técnicas merecen trato aparte (pág. 53 y sigs.): carteristas, ladrones de comercios, banco y almacenes, ladrones de joyas, ladrón de hotel, componen esta variada fauna de especialidades en la que el carterista tiene la psicología más complicada (pág. 62). Víctima y botín (pág. 82 y sigs.), obrar instintivo y obrar finalista (pág. 93 y sigs.), y las estrechas y poco exploradas conexiones entre sustracción y prodigalidad (pág. 97 y sigs.), terminan de perfilar la imagen que pretende conseguir el autor.

En el *robo con fuerza en las cosas*, una vez hecha la aclaración conceptual, a que al principio me he referido, examina las cifras tratando de forzar la impenetrable zona negra (pág. 106 y sigs.) SUTHERLAND calcula el número de capturas en Chicago, para los años 1930-1931, en dos por cada mil robos con fractura y atracos (*Principles of Criminology*, Filadelfia, 1947, pág. 29). Siguen las modalidades de la fuerza en las cosas (pág. 120 y sigs.), la preparación y ejecución de la acción (pág. 140 y sigs.), la cuantía de los perjuicios causados, no sólo en la propiedad, sino por la elevación de las primas de seguros (pág. 152 y sigs.), las agrupaciones de delincuentes (pág. 156 y sigs.) y las relaciones entre esta modalidad del delito y la capacidad de evasión de las prisiones que caracteriza a los que lo cometen (pág. 159 y sigs.).

Respecto al *robo con violencia o intimidación en las personas*, comienza también con los cuadros estadísticos (pág. 162 y sigs.), para dar a continuación una sociología del delito (pág. 166 y sigs.). El lugar del robo es un índice de la situación social, cuanto más frecuente es el atraco en las calles, más grande es la miseria (pág. 169). Su atención se dirige aquí, por lo demás, hacia el atraco a los Bancos (pág. 176 y sigs.) al que se refiere casi exclusivamente el apartado relativo al robo como vivencia. Concluye con un estudio sobre las oscuras conexiones entre el ánimo de lucro y la violencia incontrolada que se aplica para hacerlo efectivo y se desvía en ocasiones por turbios caminos sexuales (pág. 187).

Trabaja VON HENTING con una copiosa casuística procurando utilizar siempre que le es posible relatos de los mismos delincuentes y evitando generalizar en un terreno donde toda generalización apareja el peligro de abandonar el terreno científico constituido por los hechos. La unidad de la naturaleza humana, cada día documentada más abundantemente por las investigaciones criminológicas, le permite manejar materiales y experiencias norteamericanas, tam-

bién de otros países europeos, sin restar homogeneidad al tratamiento de los problemas. No sólo el juez, el abogado, el funcionario de lo criminal, han de encontrar aquí una fuente considerable de enseñanzas. Las víctimas en potencia, individuos y sociedades, pueden contribuir con su aleccionamiento a reducir el número de estos delitos. Pero no se puede nunca perder de vista, como apunta ya en las primeras páginas el autor (pág. 3), que más que las complicaciones psicológicas influye el enigmático cuadro de fuerzas del mundo circundante cuyas convulsiones (migraciones forzadas, empobrecimiento agudo de grandes masas de la población) rompen, v. gr., los diques que el Estado moderno ha puesto a la antigua relación entre precio de los cereales y el más primitivo de los delitos contra la propiedad, que es el hurto.

Una reflexión debe hacerse todavía. Nuestro Código penal sigue un sistema que difiere tanto del adoptado en la Europa continental como del anglosajón. El robo con fuerza en las cosas ha dejado de lado al hurto (tanto simple como cualificado) para ubicarse en el capítulo del robo. Y esto ya desde el Código de 1822. Esta posición singular se refuerza particularmente con las consideraciones criminológicas de VON HENTIG. La estructura del robo con fuerza en las cosas no es la misma que la del hurto. La separación está justificada en cuanto los tipos legales son por fuerza tipos de conducto inferidos de una realidad. La intuición del legislador español merece ser aplaudida por su realismo. No en cambio la tendencia, robustecida en la reforma de 1944, de asimilar el robo con fuerza en las cosas al cometido con violencia o intimidación en las personas.

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA

HENTIG, Hans von: «Zur Psychologie der Einzeldelikte. II. Der Mord». (Contribución a la psicología de los delitos en particular. Vol. II. El asesinato.) Tubinga. Mohr, 1956: VIII + 287 páginas.

A pesar de la tacha de excesivo casuismo que apunta Köning (*Materialien*, vol. segundo, II, pág. 211), la distancia entre la legislación alemana y la regulación española del asesinato es menor que la que pudiera creerse. Allí, después de la reforma de 4 de septiembre de 1941, y en particular con la ley de 4 de agosto de 1953, el asesinato comprende la muerte de un ser humano, por placer de matar, para la satisfacción del instinto sexual, por codicia u otros móviles bajos, alevosamente, con crueldad, medios de peligro común o para hacer posible u ocultar otro hecho punible (art. 211). En nuestro Código encontramos la alevosía, el precio, promesa o recompensa, la inundación, incendio, veneno o explosión, la premeditación conocida, y el ensañamiento en su modalidad de aumentar deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido (art. 406). La muerte de otra persona por codicia constituye, según la interpretación jurisprudencial, en la mayoría de los casos, robo con homicidio. A la muerte para cometer otro delito u ocultarlo se aplican en el Código español las reglas del concurso. Pero con estas salvedades, el círculo de casos que comprenden los dos ordenamientos jurídicos viene a ser sensiblemente el mismo. Esta semejanza en

la pase dogmática se pone de relieve en el libro de von Hentig, al que nos vamos a referir, aunque en él no se mencione más caso español que el del famoso cura Merino (pág. 158) y esto de una manera incidental.

Distribuye la materia el autor en ocho capítulos: Problemática del asesinato, el asesino conocido y el desconocido, el hecho, el autor, la génesis de la resolución criminal, huellas y escapes del asesino, pluralidad de sujetos, la víctima. La documentación que maneja es sumamente abundante. Al terminar el volumen ofrece una lista de 150 casos de asesinato de interés criminológico ocurridos en muy distintos países. Las más sangrientas figuras de la historia del crimen, desde los conjurados contra César hasta Christie (Londres, 1953) y el doctor Sheppard (Cleveland, 1954) dan un trágico relieve a los problemas científicos. Petiot, Haarmann, la Belle Gunnes, Landrú, Kürten, Dittrich, Holzward, Paulina Gottschalk, y tantos y tantos más, reaparecen una y otra vez, para iluminar con lo que de ellos sabemos el tenebroso proceso que se desarrolla en esa cámara de horrores que es el asesinato, el delito que nos produce una fascinación más intensa porque, como afirma von Hentig (pág. 1), el matar y el ser muerto afecta a nuestros instintos más poderosos, aquellos instintos que están al servicio de la conservación de la especie y de la vida.

No es posible traer a este lugar una noticia de los innumerables problemas psicológicos que plantea el asesinato, ni mencionar las muchas conexiones nuevas que arranca al crimen la genial penetración de von Hentig en este libro que califica Haddenbrock de único hasta ahora en la bibliografía alemana. Al terminar su lectura queda, sin embargo, destacado en el dilatado horizonte de perspectivas que se extiende entonces ante nuestra ignorancia de la realidad, la inquietud producida por la incógnita de la zona negra que se despliega oscura, al lado de los hechos conocidos, al parecer mucho más amplia y espantable que la mínima parte que llega hasta los Tribunales. Para aproximarse a este abismo y destruir el optimismo con el que nos esforzamos en creer que los homicidios son siempre descubiertos, o casi siempre, aunque no se llegue a saber cuál es su autor, emplea von Hentig varios caminos. La estadística sueca (que comprende asesinato, homicidio y lesiones corporales con resultado muerte) sobre denuncias, causas seguidas a consecuencia de ellas y número de condenas ilustra someramente esta relación: las cifras de condena vienen a estar en la proporción de un 30 a un 47 por 100 (1913 a 1924) (pág. 20). De otra parte, el resultado muerte que caracteriza el asesinato, es uno de los hechos más frecuentes en la vida normal, siendo muy difícil distinguir a veces entre el homicidio criminal y el producido por causas normales, violentas o no. Se añade la conocida incertidumbre para determinar en muchas ocasiones si se trata de un asesinato o de accidente o suicidio, operando este último también para reducir las cifras que llegan hasta la condena, porque muchos asesinos parece ser que terminan suicidándose (pág. 28). El gran número relativo de personas desaparecidas o cuyo cadáver no puede ser identificado (págs. 29 y ss.) contribuye a aumentar la presunción de que la cifra de los asesinatos ignorados es mucho más grande de lo que pudiera creerse, y vienen a confirmar esto los asesinatos múltiples que son sólo descubiertos tras la comisión de varios crímenes: H. H. Holmes (Filadelfia, 1895) mató cuando menos a 32 personas, Petiot (París, 1944) a 27, la Belle Gunness (Indiana, 1908) a 14 hombres que se sepa, Landrú (París, 1921) a 11, Kürten (Düsseldorf, 1931) a 13 (pág. 28). Estos casos, en los que se pro-

sigue en la mayor de las impunidades y a lo largo de varios años una serie homicida, parecen corroborar la opinión o la experiencia del delincuente de que la cuota de descubrimiento del asesinato es menor que la de otros delitos de mucha menor gravedad (pág. 60) y la afirmación de von Hentig (pág. 20) de que probablemente, con algunas excepciones, sólo llegamos a capturar al proletariado de los asesinos. El campo negro se extiende todavía más porque el hombre vive no sólo dentro del Estado y la sociedad que demandan de él obediencia, sino que pertenece a otras formaciones sociales de menor entidad que también exigen de él lealtad, como la familia, su grupo social o económico; el grupo religioso, el partido político, la profesión (pág. 41); todo grupo se siente perjudicado y en peligro por la aparición de una "oveja negra" y tiende a eludir la intromisión de la administración de justicia, lo cual se ha puesto de manifiesto, algunas veces, cuando un partido político alcanza un poder sin límites: en los primeros días de la dictadura hitleriana se dió una amnistía en la que se incluyeron a todos aquellos que habían cometido un asesinato en la lucha por el poder. "Lo que aquí se proclamó abiertamente como ley, es la práctica tácita y vacilante de *todos* los grupos sociales" (pág. 43).

El volumen consagrado al asesinato es, a mi juicio, el más acabado de los tres publicados hasta ahora en la serie que recibirá, con asentimiento del autor, en la traducción que ya tiene en prensa la Editorial Espasa Calpe, el título de "Estudios de Psicología criminal". Es la obra más apasionadamente escrita, más cuidada en los detalles, donde se ponen más de relieve las fuerzas biológicas que sirven de sustrato al hecho atroz del asesinato. Los homicidios políticos, los cometidos por enfermos mentales, el homicidio simple, quedan fuera del campo de esta investigación, primera piedra, como dice el mismo von Hentig, de aquel gran libro sobre el asesinato que se escribirá algún día. La fuerza de los hechos no empaña en ningún momento el espíritu crítico del autor, su constante apertura hacia lo desconocido a nuestros actuales saberes. El libro todo es una permanente incitación a proseguir el estudio, a reconocer los errores cometidos, al abandono de mitos como el fisiognómico, a impedir que los "dogmas" jurídicos falseen la imagen del hombre con una plantilla psicológica ajena a la realidad. El mundo valorativo hace sólo acto de presencia accidental en el curso de la investigación, pero, en todo él está patente el propósito de postular por una valoración más justa de la conducta humana.

J. M.^a R. D.

«Introduction au Droit criminel de l'Angleterre». Obra publicada bajo la dirección de Marc Ancel y L. Radzinowicz, bajo los auspicios del Centro Francés de Derecho Comparado. «Les Editions de l'Épargne». París, 1959 (XI-306 páginas).

Este libro publicado bajo la dirección de dos ilustres penalistas, Marc Ancel, gran jurista y penólogo de la más reconocida autoridad, y L. Radzinowicz, autor del notable estudio *A History of English Criminal Law*, del que se ha ocupado amplia y elogiosamente este ANUARIO, es obra de un grupo de los más eminentes penalistas ingleses y, en su parte no jurídica, de especialistas renombrados. Como de su título se deduce, no abarca este trabajo el derecho penal

inglés en la amplísima totalidad de sus complejas normas, muchas de ellas, aún en vigor, provenientes de la *common law*. Se trata de una clara y metódica exposición, a veces con tono crítico, de los principios y reglas fundamentales del derecho que rige en la actualidad. Es esta una obra de interés excepcional que viene a colmar la ignorancia, o al menos el conocimiento superficial y equivocado, frecuentes en esta materia entre los penalistas de otros países. Su indudable mérito y su inestimable utilidad como medio de penetrar en este sistema jurídico, de hondas raíces tradicionales y de normas nuevas sensatas y suaves, exigen una extensa recensión, una rápida nota no permitiría vislumbrar su valioso contenido.

El penalista continental suele mirar el derecho penal inglés como un derecho extraño sin semejanza alguna con el derecho criminal de los otros países europeos; habituado a la sistemática ordenada de las normas penales y a su reunión dentro del marco de un código, la ausencia de codificación choca al jurista del continente, pero de un modo especial le sorprende la falta de una regulación metódica de lo que es base primordial de las legislaciones criminales, de una parte general que contenga los principios básicos y fundamentales de los delitos y de las penas. Sin embargo, semejante idea del derecho inglés no responde a la realidad. En las obras de los célebres criminalistas ingleses, en los *Outlines of Criminal Law* de Kenny, en el *On Crime* de Russel, por no citar otras, se hallan estudiadas las principales materias que constituyen la parte general del derecho penal, tal y como ésta es entendida por los penalistas del continente; y en cuanto a la parte especial, aun cuando sólo es posible referirse a una codificación parcial, es un hecho que las infracciones de mayor importancia (delitos contra la vida y demás contra las personas, delitos sexuales, hurtos, robos con violencia, estafas, falsificación de moneda, etc.) se hallan sistemáticamente reunidos en leyes especiales que integran el derecho estatutario, más extenso cada día. La no existencia de un sistema codificado de derecho penal se explica por las peculiares condiciones políticas y jurídicas de este país, muy diferentes de las de los países continentales, en los que la codificación representa una forma de robustecimiento del poder del estado mediante la unificación jurídica de la nación.

Aun cuando el derecho penal sustantivo no ha alcanzado en Inglaterra la altura y la mundial reputación de sus normas de procedimiento penal y de los medios de prueba, no es justo desconocer su valor ni el buen sentido práctico que lo anima, merced al cual se halla expurgado de las abstrusas teorías y de doctrinas quintaesenciadas, sin trascendencia práctica para la administración de justicia, que abruma el derecho penal de ciertos países continentales. Por otra parte, la penología inglesa, los sistemas de penas y de tratamiento de los delincuentes—a la que se concede igual importancia que al mismo derecho penal—, no sólo ha realizado un enorme progreso apenas igualado, sino que ha marcado en este campo nuevas orientaciones que han influido eficazmente en las legislaciones y en la ejecución penal de otros países.

Inicia el libro Marc Ancel con un Prefacio, en el que principalmente señala las causas que han motivado su publicación, al que sigue una extensa Introducción de Radzinowicz, donde expone las etapas más salientes del desarrollo del

derecho penal inglés con frecuentes referencias comparativas a los derechos continentales. Su extraordinario interés merece una especial mención.

De las brumas de la *Common Law* que durante siglos bastó en Inglaterra para hacer frente a la criminalidad, incluso a los delitos más graves, surge el derecho estatutario que se intensifica en el siglo XVII por influjo de las transformaciones económicas y de la revolución industrial que originan nuevos estatutos para la protección de la propiedad. En cuanto a los crímenes contra las personas del antiguo derecho, que aspiraba a apaciguar con penas, con frecuencia crueles, los sentimientos populares creados por el código moral de la época, la formación de una nueva conciencia social, originaron transformaciones que tomaron caminos diferentes, por una parte la reducción del sistema de penas y la adopción de nuevas medidas de tratamiento, por otra, la extensión del dominio jurídico, una protección más grande acordada a los niños y a los adolescentes. No obstante, el derecho penal inglés durante los últimos cincuenta años, en sus aspectos fundamentales, continúa invariado; la lista de los principales delitos tradicionales, contra el Estado, contra las personas y la propiedad, permanece sensiblemente la misma, y sin embargo, su contenido ha sufrido una alarmante inflación no sólo por las nuevas infracciones creadas por las leyes, sino por ordenanzas, disposiciones administrativas y reglamentos establecidos por las autoridades locales y los organismos públicos en virtud de poderes delegados por las leyes.

En el campo de la lucha contra la criminalidad el progreso realizado ha sido considerable. Desde la mitad del siglo XVIII y durante el primer tercio del XIX las penas se aplicaban con finalidad intimidativa, debían aterrorizar por su severidad. Durante este período se preveía la pena capital para ciento sesenta infracciones graves o leves. Cuando por imperativos de la conciencia popular es reducida su aplicación se acude a otro procedimiento de eliminación de los criminales, la deportación, de duración tan larga que el delincuente no volvía jamás a la metrópoli. Al fin de la era victoriana la prisión era la pena principal y la mayoría de las penas impuestas eran de corta duración, el 65 por 100 de los delincuentes purgaban penas de dos semanas o aún más cortas, tan sólo una fracción mínima cumplía penas superiores a doce meses. El aislamiento celular estaba muy en boga por entonces. Con el tiempo surge una etapa de indulgencia, la pena de muerte se aplica solamente al asesinato y a la alta traición, se restringe el empleo de los azotes, la deportación es sustituida por los trabajos forzados, gran número de delitos *indictables* (infracciones que deben ser juzgadas por tribunales superiores) son convertidos en infracciones de categoría inferior, en delitos *non indictable* (juzgados por Tribunales de Jurisdicción sumaria) y susceptibles de trato menos riguroso; se dan los primeros pasos para hacer desaparecer el elemento de pena para ciertas categorías de delincuentes, por razón de su edad, del estado de su salud mental o por otros motivos de carácter subjetivo, con la ley de 1887 se implanta la *probation* para los delincuentes primarios y se crea un notable sistema de escuelas industriales y de reeducación para los jóvenes delincuentes.

Una comisión ministerial nombrada en 1894 para realizar una investigación sobre el sistema, presidida por Gladstone, condujo a nuevos progresos. Formuló, entre otras propuestas, el principio de adaptación de la pena a la naturaleza del

delincuente, adelantándose al movimiento de individualización de la pena que más tarde había de alcanzar enorme resonancia; recomendó una reforma en la organización de las prisiones con un fin de protección de la sociedad y de readaptación del penado; insistió sobre la atenuación del régimen celular y la abolición del trabajo penal improductivo, sobre la necesidad de introducir en la vida cotidiana de los reclusos cambios numerosos para aumentar y variar sus actividades naturales, medio de combatir la monotonía de la vida carcelaria que constituye uno de sus más graves males. Los avances de la legislación penal que siguieron a los trabajos de la comisión no son en realidad más que una ampliación de los principios formulados por ésta (*el Probation of Offenders Act de 1907, el Prevention of Crime Act de 1908*, cuya primera parte inauguró el sistema Borstal para los delincuentes jóvenes, y la segunda estableció el régimen de internamiento de delincuentes habituales, entre otras leyes). Siguen los recientes progresos: constante extensión de la *probation*, perfeccionamiento del sistema de multas, adopción de un tipo único de la pena de prisión, nuevas instituciones para delincuentes jóvenes, la aplicación de la pena de muerte se limita por la *Homicide Act de 1957*. Ultimamente la evolución de la doctrina liberal hacia la concepción de un estado—el “Estado Providencia” (*Welfare State*)—, que reconoce como uno de los objetos esenciales de su política interior el progreso de las condiciones económicas y sociales de la población, ha ejercido una profunda influencia sobre la política criminal y el tratamiento de los delincuentes en Inglaterra.

Sin embargo, los datos de las estadísticas criminales empañan la satisfacción que causan estos progresos generosos y atrevidos. Nunca en el transcurso del último cuarto de siglo la cifra anual de los delitos *indictables* ha aumentado un 100 por 100 pasando de 260.000 a 540.000 próximamente. Y cualquiera que sea la explicación que se dé de tal aumento, no puede negarse que es el resultado de una mayor actividad de los criminales habituales, así como de una mayor afluencia de delincuentes primarios.

El capítulo I de este libro, obra de Rupert Cross y de Elizabeth Ely, trata de la “Responsabilidad penal”, bajo cuyo título se comprenden las más fundamentales de las materias que integran la parte general del derecho penal. Su estudio, reconocen los autores, es uno de los más difíciles del derecho penal inglés por no estar regulada por estatutos y constituir la parte más floja y más breve de las obras de los autores clásicos de este país. Se analizan los conceptos fundamentales de esta parte general, la *mens rea* (designio o propósito culpable) y el *actus reus* (acción u omisión delictiva); se exponen las que un penalista continental denominaría formas de la culpabilidad: intención, temeridad (*recklessness*)—ambas implican la previsión de las consecuencias, si bien en la última el agente puede esperar que no se producirán—, y la imprudencia que no implica dicha previsión sino la inobservancia de ciertas normas de precaución. Se estudian las eximentes (*medios de defensa*): la edad menor de ocho años, alineación mental, embriaguez, violencia; se examinan sus modalidades, entre ellas la violencia física y la proveniente de la orden del superior; necesidad, en la que se comprende la legítima defensa y el estado de necesidad. A continuación el error, de derecho y de hecho. Es un apartado siguientes se trata de la “responsabilidad estricta” que se refiere a la práctica judicial iniciada en el pasado siglo, de dispensar a la acusación de la prueba de la *mens rea*:

sin embargo, en opinión de los autores, en los tribunales ingleses se manifestaría actualmente una tendencia a hacer revivir la necesidad de probar su existencia. Trátase después de una peculiaridad jurídica inglesa de ciertas infracciones definidas en la *common law* en las que no pueden ser estimadas causas eximentes provenientes de ignorancia o error sobre los hechos. Seguidamente de la responsabilidad por el hecho de otro, ya regulada por la *common law*, y de la responsabilidad de las Sociedades. Termina el estudio de la parte general con un apartado titulado "Los grados de la responsabilidad" que comprende la tentativa, la instigación, la complicidad y el acuerdo para delinquir.

El capítulo II de esta obra, redactado por Denys E. Holland se refiere a los "Delitos contra el Estado". Es el más grave la traición, viejo delito proveniente de la *common law* y más tarde definido y limitado en el *Statute of Treason* de 1351, que sigue en vigor. A este grupo de infracciones pertenecen también, entre otras, la conspiración contra la seguridad del Estado, la no revelación de la traición, sedición, perturbación de la tranquilidad pública, las contenidas en los *Official Secrets Act* de 1911 y 1920 referentes al espionaje y revelación de secretos de Estado en tiempo de paz y otras infracciones como la asonada, motín, etc., que se refieren al mantenimiento del orden interior.

"Los recientes desarrollos del derecho relativos a los atentados contra las personas" lleva por título el capítulo III, del que es autor S. Prevezer. Aun cuando la expresión "atentados contra las personas" comprende además del homicidio y el *manslaughter* otras infracciones, este estudio se limita a estos dos delitos. La definición tradicional y generalmente admitida del homicidio no se halla en la ley sino que fué enunciada en el siglo XVII por Sir Edward Coke que lo caracterizó por la concurrencia de intención culpable premeditada (*malice aforethought*) expresa o presumida por la ley. En cuanto al *manslaughter* se distingue entre el *manslaughter* voluntario, que es el homicidio cometido con la atenuante de provocación y el *manslaugester* involuntario cometido por imprudencia. En marzo de 1957, una ley (*Homicide Act 1957*) modifica la regulación del homicidio en Inglaterra y en el País de Gales y reduce el número de casos punibles con pena capital. Destacan por su importancia en esta ley el artículo 1.º, que deroga la doctrina del homicidio por intención culpable interpretada, uno de cuyos casos, objeto de severa crítica, era el homicidio cometido por el inculpaado para oponerse a su detención, y el art. 2.º que reconoce como medio de eximente incompleta la responsabilidad atenuada. La redacción de este artículo, sumamente imprecisa, permite incluir los impulsos irresistibles, la esquizofrenia, la deficiencia mental, la epilepsia y hasta las psicopatías. El autor considera que este medio de defensa es muy discutible en su forma.

El capítulo IV, cuyo autor es G. H. Treitel, trata de los "Delitos sexuales". Originariamente, estas infracciones estaban reservadas a los tribunales eclesiásticos. La *common law* castigaba solamente los dos delitos sexuales más graves, la violación (*rape*) y la pederastia y la sodomía (*buggery*). Hasta época muy reciente estas infracciones se hallaban diseminadas en las colecciones de leyes. Ultimamente en 1956 una ley (*Sexual Offences Act*) ha reunido todas estas disposiciones en un solo estatuto. En el primer apartado de este capítulo se estudian los delitos de violación y otros que implican conocimiento carnal; en el segundo, bajo el título de "delitos contra natura" un considerable número de

infracciones. a demás de la pederastia y la sodomía, que son generalmente designados con aquella denominación, los graves atentados contra las buenas costumbres entre hombres, los atentados al pudor, el rapto, el incesto y el exhibicionismo.

“Los delitos contra la propiedad” constituyen la materia del capítulo V redactado por J. Ll. I. Edwards. Estos delitos están contenidos en la ley de 1916 sobre el robo (*Larceny Act*) y en la ley de 1861 sobre destrucciones y daños intencionales (*Malicious Damage Act*). Algunas infracciones contra la propiedad se hallan previstas en disposiciones aún vigentes de la ley sobre el robo de 1861 pero el autor prescinde de su examen por tratarse de hurtos de un género especial sólo justiciables por Tribunales de jurisdicción sumaria. Los delitos aquí estudiados son: 1. Hurto (*larceny*), estafa (*false pretenses*), malversación de fondos (*embezzlement*) y abuso de confianza (*fraudulent conversion*). Con arreglo al artículo 1.º del *Larceny Act* 1916, comete hurto “el que sustrae y toma sin el consentimiento de su propietario fraudulentamente, y sin que pueda justificar su buena fe, una cosa capaz de ser hurtada, con intención, en el momento de la sustracción, de privar de ella al propietario de modo definitivo”. Esta definición, en la que se hallan algunos de los elementos que tipifican el hurto en nuestro derecho, representa el punto culminante de la evolución del concepto de hurto en la *common law*. El hurto, como pudiera creerse a juzgar por esta definición, no es la privación de la propiedad sino, como el estatuto mismo declara, de la posesión. 2. Encubrimiento de cosas robadas 3. Robo nocturno con fractura (*burglary*), robo con fractura simple (*house breaking*) y sacrilegio (*sacrilege*), infracción esta última constituida por el robo con fractura simple cuando se realizada en un lugar destinado al ejercicio de un culto. 4. Robo con violencia (*robbery*) y robo realizado sobre una persona (*larceny from the person*). 5. Extorsión con empleo de amenazas, que comprende un grupo de infracciones generalmente denominadas “chantage” (*blackmail*). 6. Destrucciones y daños intencionales (*malicious damage to property*). El único daño intencionalmente castigado en la *common law* era el incendio voluntario (*arson*). Sobre esta regulación ha sido elaborada por los estatutos la estructura de estas infracciones cuyo texto principal en vigor es la antes citada ley de 1861 (*Malicious Damage Act*). Aquí termina el estudio de la parte sustantiva del derecho penal inglés.

Sigue el capítulo VI, obra de Glanville Willans, autor de una reputada obra sobre la base general del derecho penal (*Criminal Law, the General Part*) aparecida en 1953, en el que se examinan “Las tendencias del derecho británico en materia de procedimiento criminal y de pruebas”. El capítulo VIII, sobre “El Tribunal de Apelación Criminal” obra de D. Seaborne Davies. F. H. Lawson es autor del capítulo VIII, que trata de “El movimiento a favor de la codificación”, que existió en el pasado siglo y se halla paralizado actualmente.

En el capítulo IX T. S. Lodge, Consejero Estadístico del Home Office, se ocupa de una cuestión de considerable interés, las “Tendencias generales de la criminalidad”. Entre el cúmulo de cifras estadísticas que este estudio contiene se destacan los siguientes datos: 1. Las cifras relativas a los delitos *indictables* (juzgados por los tribunales superiores) de violencia contra las personas y los referentes a los delitos sexuales han aumentado durante el período de la post-guerra. 2. El homicidio, el *manslaughter* y la violación no han aumentado de la

misma manera que los delitos de violencia menos graves. 3. Los robos con fractura en casa habitada han disminuído en 1949 y este descenso ha continuado en los años siguientes. Entre las infracciones *non-indictable*, algunas de las cuales son tan graves como ciertos delitos *indictable*, destacan por su número las infracciones a las reglas de la circulación por las que en 1955 fueron declaradas culpables 400.000 personas y la embriaguez, delito por el que por regla general, son condenadas anualmente 50.000 personas. El libro termina en su Capítulo X con un importante estudio de "La evolución del sistema penitenciario y los métodos de tratamiento" de Sir Lionel Fox, presidente de la Comisión de Prisiones y primera autoridad inglesa en materia penitenciaria.

En estos días en que el movimiento comparatista en derecho, y de especial modo en el derecho penal, se acentúa con vigor, se destaca la excepcional utilidad de este libro, al alcance de todos, que permite conocer fácilmente el derecho penal inglés vigente hasta ahora solamente accesible mediante el estudio de textos en lengua inglesa. "Esperemos, dice certeramente Marc Ancel en el Prefacio que le da comienzo, que estos diferentes capítulos, necesariamente breves pero sustanciales, permitirán proporcionar una idea exacta del derecho criminal de Inglaterra que, en verdad, no podría encontrarse bajo esta forma en ninguna obra inglesa contemporánea".

E. C. C.

MESSINA, Salvatore: *Il pensiero giuridico di Filippo GRISPIGNI*.—P. p. el «Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Roma».—Roma, 1957; 19 págs.

La figura de Filippo Grispiñi, su fuerte personalidad jurídica, marca un hito en la ciencia penal italiana y también en la ciencia penal universal. Su desaparición produjo, tanto en una como en otra, un vacío difícil de llenar, de modo muy especial, dentro de lo que se denominó dirección "técnico-científica" o "neopositivismo".

De nuevo el profesor Messina, (vid. su artículo, *La correlazione fra teoria del reato nel pensiero di Filippo Grispiñi*, en el tomo de la "Scuola Positiva", dedicado a la memoria de F. Grispiñi, Milano, 1956, p. 407 y ss.), nos expone con cálido verbo, una faceta del pensamiento penal de Grispiñi: esta vez, un aspecto de su método. A éste respecto, y como genérica afirmación, nos dice que "...il suo indirizzo é direttí a utilizzare nella scienza giuridica, anche i progressi delle discipline sperimentali, pur nell'affermazione del piú rigoroso metodo giuridico" (p. 5). A diferencia, pues, del puro tecnicismo jurídico, según el autor, "nel Grispiñi, pur nel rigore del metodo giuridico vi é una vivissima aspirazione a raggiungere concetti e pricipi che per la loro aderenza alla realtà rappresentino idee dominanti valide anche per altre legislazioni" (p. 5).

Frente a los reproches que le fueron dirigidos—especialmente, con motivo de la aparición del segundo volumen de su Derecho penal—, de claudicación ante el método técnico-jurídico, y de otro lado, de acusado formalismo, alza la voz el profesor de Perugia, contestando, con calor de discípulo, a ambas acusaciones. En Grispiñi, apunta Messina, el recurso al método jurídico es el resultado de

un proceso crítico interior, en el ámbito de la escuela positiva, y no un repliegue bajo la influencia de la dirección técnico-jurídica. Igualmente, el *realismo jurídico* de su método, le salva del apelativo de formalista Realismo, que según el autor, viene así denominado "per el *richiamo* costante, nel Suo pensiero, alla *realità* pratica e sociale del diritto (p. 9). Es, en definitiva, este *realismo*, el trazo más saliente del pensamiento de Grispigni, puesto que sin él no se entendería aquello que ha sido la parte más notable de su obra: la reconstrucción de la dogmática penal según las ideas de la escuela positiva criminológica.

A continuación lleva a cabo el profesor Messina un breve examen del elemento objetivo del delito de Grispigni, afirmando que constituye premisa indispensable para una visión completa de la culpabilidad. También esta última, obtiene una impronta particular que deriva de su realismo jurídico. Así, nos dice más adelante. "... é Sua la formula, che poi, da altri ripresa, ha avuto tanto successo, e per quale si parla di *suitá* del reato. Essa designa la *riferibilità del fatto al suo autore*. *Suitá*, non é, nel pensiero del Maestro, nuova espressione di comodo: esse esprime l'insieme dei legami psichici fra fatto e personalità del reo" (p. 13). A seguido perfila, en preciso esquema, los conceptos de dolo y culpa en el pensamiento de Grispigni.

Vemos, en consecuencia, postulado por el autor, y al filo siempre de la producción de Grispigni, la autenticidad científica, la coherencia granítica de la construcción grispigniana, que se mantuvo, limpia de contradicciones, a lo largo de su extensa obra científica.

No es este el lugar más adecuado para realizar un detenido estudio valorativo-crítico de la aportación de Grispigni a la ciencia penal, ni tampoco del concreto punto que hoy nos ofrece el autor. Limitámonos a dar noticia de esta breve, pero bien construida conferencia, que pronunciará el actual profesor de la Universidad de Perugia—con profundo conocimiento del tema—, en fiel homenaje a la memoria de aquél, que durante largos años formó e informó a un nutrido número de especialistas y profesionales, desde su cátedra de la Universidad de Roma y en los cursos de la llamada por Rocco escuela de perfeccionamiento en Derecho penal, que un día fundara Enrico Ferri.

M. C.

O'SULLIVAN, Richard y BROWN, Roland: «The Law of defamation». Londres, Sweet & Maxwell Ltd., 1958; 188 págs., 25 chelines.

El tema del "libelo", escasa y deficientemente tratado en las legislaciones de la Europa continental, ha sido objeto en Inglaterra de profunda atención, renovada en los últimos años con motivo de la promulgación de la "Defamation Act, 1952".

Quizá esa importancia concedida en el Reino Unido a la materia en cuestión, sea debida, como se ha dicho en otra ocasión en este mismo ANUARIO, a la profusión de publicaciones periódicas ya peculiar, de antaño, en la Gran Bretaña.

De todos modos, el tema de esta obra de O'Sullivan y Brown, adquiere interés especial para los juristas, no ya el propiamente informativo y de amplitud de horizonte científico que la Legislación comparada brinda, sino particularmente

por la circunstancia indicada de que los conceptos tratados: libelo, difamación, calumnia, etc.—sin olvidar las consecuencias del chantaje por algunos de esos medios, se hallan insuficientemente abortados en nuestras producciones legislativas y, además, ya completamente ceñidos al ámbito del Derecho penal, los modernísimos medios de difusión agudizan tales cuestiones.

Pues bien, como punto de partida, cuando menos para la revisión crítica y constructiva de esos problemas legislativos inherentes a la difamación ampliamente entendida, nada mejor que utilizar obra como la de O'Sullivan y Brown, francamente meritoria y que sólo encuentra un precedente en su país, ya trasnochado, la producida por Mr. Gatley sobre iguales cuestiones.

J. S. O.

PEREZ ARGILÉS, Valentín: «Homosexualidad». Publicaciones de la Real Academia de Medicina del Distrito de Zaragoza, 1959; 44 págs.

El trabajo de que vamos a dar noticia es la trascripción del discurso pronunciado en la sesión inaugural con que la Real Academia del Distrito de Zaragoza dió comienzo al curso 1958-59, por el Vicesecretario de la misma, el ilustrísimo señor don Valentín Pérez Argilés, Catedrático de Medicina Legal y de Psiquiatría de la Universidad de dicha ciudad.

Hago estas concreciones para disipar los recelos que despiertan las obras sobre la materia tratada, para adelantar y garantizar, que tema tan propicio a las peligrosas generalizaciones, al pintoresquismo anecdótico y aun al desahogo morbosos, ha sido tratada con la serenidad científica, con la alteza de miras que son de esperar de tal orador y de tal Corporación.

El autor empieza asegurando la necesidad de conocer y estudiar la lamentable existencia de la homosexualidad, si se quiere poner remedio a este problema social y a la amargura vital de los desdichados que sufren tal tara, dándoles la esperanza de que muchas veces puede lograrse su curación o superarse sus consecuencias.

Ya en materia, estudia sus aspectos social e histórico, es decir, la diversa consideración que tuvo a lo largo de la Historia y, como consecuencia, las penas impuestas en las legislaciones históricas a los que la practicaban, su aspecto jurídico, es decir, su punición en el Derecho canónico y la desaparición de su castigo como delito en el Código de Napoleón y en los que le siguen, como los españoles, con la excepción del del 28.

Respecto a su consideración penal, aclara que si su impunidad como delito se afirma al explicarse por la teoría de los estados intersexuales, el hecho homosexual, no puede sacarse de esta concepción como algo congénito la consecuencia de su total eliminación del Derecho penal, pues si no se castiga al tuberculoso por serlo, ejemplo que se pone con frecuencia, se le puede castigar por contagiar dolosa o culposamente sus dolencias, y el principal peligro que el homosexual representa es su "contagiosidad", pues muchos individuos intersexuales pueden vivir desconociendo su anormalidad si no se ponen en contacto con otros, que puede exteriorizarse con dolo directo por su celo proselitista, con un dolo eventual, cuando trata de extender su actividad sobre otro sin preocuparse si es:

o no homosexual o en culpa, cuando la extiende a quien cree homosexual y no lo es.

Acaba esta parte pidiendo un tratamiento médico más eficaz, que sanción gubernativa, o su inclusión en la Ley de vagos y maleantes.

Después de un rápido estudio de la homosexualidad en el arte y en la literatura y otro no tan rápido de los argumentos de los defensores de ella con especial detenimiento en la exposición y, eso sí, brillante refutación de los compendios por Guide en su Corydón que también criticó Marañón al prologar la edición española, después unas sucintas y previas consideraciones sobre la homosexualidad femenina.

Llega, por fin, al enfoque científico de la cuestión, la homosexualidad, dice, tiene su raíz en circunstancias cromosomales constitucionales, que pueden ser modificadas en la edad del crecimiento, postpuberalmente la seducción por pederastas de más edad y la de origen psicógeno, debida a lecturas, traumas psíquicos, fracasos amorosos o sexuales son frecuentes, pero necesitan un fondo constitucional para producirse. Frente a todo caso clínico de homosexualidad ha de realizarse en primer lugar un estudio morfológico y hereditario complementado por otro endocrino, si su resultado es positivo, poco puede esperarse de su curación, aunque quepa una sublimación de las tendencias anormales, si es negativo o escasamente positivo hay que pedir al psicoanálisis su corrección completa. Después expone la técnica de estos análisis y reconocimientos.

Finaliza el trabajo fijando las directrices para su tratamiento: en primer lugar atenderse a su profilaxis, reprimir rotudamente toda propaganda, estimular la educación moral y viril; perseguir implacablemente al homosexual que trate de corromper a jóvenes o niños en la edad de indiferenciación sexual. El tratamiento debe ser fundamentalmente psicoanalítico con el que en algunos casos se logrará la curación y en los demás una sublimación.

Quizá la recensión no fuese completa si no se despejase del ánimo del lector la existencia de una aparente incongruencia en la obra, la de aceptar y resaltar la peligrosidad de los homosexuales y, no obstante, pedir, para aplicarles un tratamiento médico adecuado, su eliminación de las leyes de peligrosos, en España de vagos y maleantes, pues la incongruencia está en nuestra ley que aplica, con criterio empírico a estos tarados congénitos, sin duda por considerarlos con la opinión vulgar viciosos estragados, la medida de seguridad de internamiento en un campo de trabajo, en vez de crear la de tratamiento médico y reeducacional adecuado, en régimen de privación de libertad, cuando fuese necesario, para asegurarse su sumisión a él.

Queremos acabar la noticia de este loable trabajo sobre materia tan desagradable, por muy ameno que en su serenidad y altura de miras se haya mostrado el autor, con dos de sus afirmaciones optimistas: que es curable la homosexualidad o transformable por sublimación, aunque no insista aclarando este concepto; y la de ser España el país en que es menor el porcentaje de estos tarados, cuya existencia sólo es advertible en determinadas ciudades y zonas portuarias.

PHILP, H. L.: "Jung and the Problem of Evil". Rockliff, Salisbury Square, Londres, 1958; 271 págs., 30 chelines.

El Sr. Philp, psicólogo y Profesor de Psicología social, miembro de la Sociedad Psicológica Británica, es autor de trabajos previos como "An Experimental Study of the Frustration of Will-Acts and Conation" y "Freud and Religious Belief".

Al interpretar ahora a Carlos Gustavo Jung (el psicoanalista suizo epígono de Freud), autor aquél a su vez de "Wandlungen und Symbolen der Libido", "Die Beziehungen des Ichs zum Unbewussten" y "Ensayos de Psicología Analítica", afortunadamente, y pese a estudiar con el mayor propósito de desentrañar los esfuerzos de Jung para brindar éste soluciones a problemas teológicos que reputaba "insolubles" con sólo la aportación religiosa, no hace en rigor más que agudizar las dificultades de tales problemas, evidentemente suscitados por un preconcebido designio de ese otro autor.

Pero no es menos cierto que, en ello, el propio Mr. Philp, acusa una marcada desviación de Jung, adoptando para con éste una postura indudablemente crítica, circunstancia más digna de tener en cuenta cuando en rigor el índice de la obra se desarrolla conforme al epistolario cruzado entre ambos autores.

Es el propio Mr. Philp quien en el Prefacio de este libro suyo vierte frases como la siguiente: "Gran parte de los últimos trabajos de Jung, como por ejemplo, sus conferencias de 1938, sobre la "Religión" y la "Psicología", son tan oscuros que resultan prácticamente "indiscernibles" y, aunque "yo no pretenda—sigue diciendo Philp—ampliar ese criterio, pues de otro modo no hubiera podido escribir la presente obra, estoy conforme con muchos comentaristas y estudiosos de los trabajos de Jung en que éstos son, no solamente oscuros, sino también a veces difusos; ...he hallado considerables dificultades en hacer una exposición clara de la postura filosófica de Jung".

J. S. O.

PIRODDI, Antonio: "L'errore di fatto nel Diritto Penale". Edizioni C. O. N. A. L. A. Roma, 1959; 183 págs.

La regulación del error que lleva a cabo el Código penal italiano ha dado ocasión para que floreciesen en la dogmática italiana notables estudios sobre el tema. Son conocidos los trabajos que le han dedicado Frosali, Mirto, Penso, Galli y otros, a los que se une ahora esta interesante monografía de Piroddi,

El estudio de Piroddi se abre con una introducción en la que se fija el concepto general de error, se determina su posición respecto a otros estados intelectuales afines y se destacan de un modo especial las relaciones que median entre el error y la ignorancia. A continuación, dentro del marco general del error, se sitúa el error de hecho y, seguidamente, en uno de los momentos más sugerentes de la obra, se va poniendo el concepto de error de hecho en referencia con las nociones fundamentales de la estructura del delito para precisar, de este modo, su esfera de relevancia.

En este sentido, rechazando la opinión sustentada en Italia principalmente por Manzini, el autor entiende que el error esencial de hecho excluye el dolo

y afecta, por consiguiente, a la culpabilidad y no a la imputabilidad. Considera que el error de hecho no puede recaer directamente sobre la llamada "relación de causalidad psíquica" en cuanto debe versar siempre sobre un elemento esencial del hecho y esta relación es esencial para la existencia del delito pero excede los términos del hecho. Precisamente porque "il rapporto di causalità psichica non é inerente al fatto ma al reato, l'errore non puo cadere su di esso ma, se ricorre, lo esclude ed escludendo esime da responsabilità".

Para analizar la relación que pueda llegar a existir entre el error de hecho por un lado, y la antijuricidad y las condiciones objetivas de punibilidad por otro, Piroddi cree oportuno detenerse previamente unos momentos sobre la doctrina general para comprobar si la antijuricidad y las condiciones objetivas de punibilidad forman parte integrante del hecho constitutivo de delito, porque es claro que sólo en caso afirmativo el error de hecho podrá afectarlas. Se rechaza la idea de que la antijuricidad sea un elemento del delito para adherirse decididamente a la opinión, que había defendido con calor Rocco, de que la antijuricidad es "l'in sè del reato". La antijuricidad viene considerada como un "carácter" esencial e immanente al delito, que lo reviste en su totalidad y en cada uno de los "factores" que lo constituyen. Desde esta posición se concluye que si bien la antijuricidad no puede decirse un elemento perteneciente al hecho, como reviste al delito en todos sus "factores" y, en consecuencia, también al hecho, el error que incide sobre éste excluye la antijuricidad.

De frente a las dos direcciones principales que en torno al concepto de condiciones objetivas de punibilidad se disputan la prevalencia en Italia, aquella que las considera condiciones esenciales para la existencia del delito, y aquella otra que sostiene que la existencia del delito no depende de estas condiciones, el autor estima que debe acogerse esta última, que ciertamente encuentra un apoyo legal, ya destacado por Antolisei, en la letra del artículo 44 C. P. italiano que al establecer "quando per la *punibilità del reato*, la legge richiede il verificarsi di una condizione etc.", parece dar a entender que considera perfecto y ya existente el delito antes de verificarse la condición. Como consecuencia lógica se desprende que el error de hecho no puede desplegar influencia alguna sobre las condiciones objetivas de punibilidad.

Una vez expuesto el concepto general de error de hecho y aclarada su posición sistemática, se estudian las diversas hipótesis jurídicas del mismo, agrupándolas en los tres títulos en que aparece dividida el resto de la obra, y que corresponden a esta triple clasificación: 1) error en relación a la voluntad de no delinquir o error relevante; 2) error en relación a la voluntad de delinquir o error irrelevante; 3) error parcialmente relevante.

En el título I destacan los capítulos dedicados al error de hecho sobre la ley no penal, al error de los inimputables, al error de hecho que recae sobre las causas objetivas de exclusión del delito y, finalmente, el que se ocupa de establecer las relaciones entre el error de hecho y los delitos continuados, permanentes, habituales y progresivos. Dentro del título II merecen especial mención los capítulos en que se estudia el error de hecho en referencia con el delito tentado y con las circunstancias agravantes y atenuantes.

En el título tercero, con el que se cierra el libro, bajo el epígrafe de error parcialmente relevante se nos pone de frente al último párrafo del artículo 82 C. P. italiano, que dispone que cuando además de la persona distinta, resulte

ofendida también aquélla a quien iba dirigida la ofensa, el culpable queda sujeto a la pena establecida para el delito más grave aumentada hasta la mitad. Disposición que, a juicio del autor, justifica la calificación de error parcialmente relevante en vista de que el legislador reconoce que la ofensa integra dos delitos y, sin embargo, los unifica a efectos de pena, lo que no sucedería si el error se considerase irrelevante, en cuyo caso habría que admitir un concurso de dos delitos distintos, uno doloso y otro culposo, ni tampoco si fuese considerado relevante, en cuyo supuesto las dos ofensas tendrían que venir consideradas como una sola, determinante de un solo delito doloso en relación a la persona que se pretendía ofender. Justificada así la nomenclatura, Piroddi, en otro de los momentos verdaderamente atractivos de la obra, se adentra en el estudio del último párrafo del artículo 82 que constituye, como ya dijera De Marsico, uno de los puntos más atormentados de la dogmática del error, porque en la doctrina reina una viva controversia a la hora de precisar a qué título se pone a cargo del agente el resultado no querido: culpa, concurso de dolo y culpa, responsabilidad objetiva. Nuestro autor, ensayando una vía negativa, después de ir excluyendo las posibilidades de admitir la existencia de un delito preterintencional, de una responsabilidad objetiva e incluso de un delito complejo, llega a la conclusión de que el resultado no querido sólo es susceptible de considerarse culposo, coincidiendo así con la solución a que había llegado con anterioridad Leone, si bien por derroteros distintos.

La obra encierra un especial interés porque su autor, vinculado por su función a los Tribunales, ha dispensado en todo momento gran atención a la Jurisprudencia. De este modo, la presente monografía se nos ofrece como una utilísima fuente de información para conocer cuáles son las orientaciones con las que camina la Jurisprudencia italiana por este mundo siempre complicado y apasionante del error.

GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO

ROSAL, Juan del: «La *humanitas* en el mensaje de S. S. Pío XII al VI Congreso Internacional de Derecho penal». Separata de la «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid». Vol. II, núm. 4, 1958; págs. 313-338.

Se propone el Profesor del Rosal en este trabajo desentrañar el significado que la palabra *humanidad* tiene en el mensaje que Pío XII dirigió al VI Congreso Internacional de Derecho penal celebrado en Roma en 1953.

El autor pasa revista en primer lugar, siguiendo a Radbruch, a los distintos significados que en las diferentes épocas han dado a la palabra «humanidad». Para el Profesor del Rosal, la palabra «humanidad», en el sentido del mensaje, encierra los siguientes significados, a) reconocimiento de la primacía del ser humano sobre el mundo de las cosas; b) presupuesto indeclinable de toda concepción jurídica, que debe tender a la prosecución del bien común, sirviendo al fin del ser humano; c) como exigencia de una represión humana y redentora en todo cuanto concierne a la aplicación de las sanciones; d) como principio de equidad en la individualización del precepto penal y en su ejecución, y e) como ideal en punto a la modelación de las legislaciones, las cuales deberán orientarse con vista a esta naturaleza humana.

En cuanto a la proyección del concepto de "humanidad" en el campo jurídico penal podemos sintetizarla, siguiendo a Radbruch, de la siguiente forma: 1.º) como garantía de la libertad exterior indispensable para el cumplimiento del deber y, por ende, para salvaguardia de la dignidad humana; 2.º) como contenido específico de los llamados crímenes contra la humanidad, en que "la humanidad entera asume una garantía solidaria en cuanto al carácter humano del modo de conducirse el Estado en cada nación", y 3.º) en cuanto al proceso, pudieramos decir, de humanización del Derecho penal, tanto por lo que respecta a las garantías de *certeza* que confiere el principio de legalidad de los delitos y de las penas, cuanto por el carácter de las penas aplicables, que deben respetar la dignidad del ser humano.

A estos puntos cabría añadir, a juicio del autor, los siguientes: 1.º) la incorporación a las legislaciones internas, como la realizada en el Código penal de Yugoslavia (1951) y en las legislaciones suiza y holandesa, de la protección penal de las Convenciones humanitarias de Ginebra de 1949, y la propuesta de una Ley-Tipo, adoptada por el VI Congreso Internacional de Derecho Penal de 1953, revelándose así el propósito de proteger comportamientos humanos en tiempos de guerra, en orden a heridos, prisioneros, etc.; 2.º) la adopción de figuras delictivas en las legislaciones internas, como el *genocidio*, en el Código Penal yugoslavo, independientemente de la Convención de 1948 que regulaba tal entidad punitiva, en la que se manifiesta el deseo de conferir a la "dignidad humana" la condición de bien jurídico, y 3.º) la formulación en la "Declaración de los derechos del hombre" de 1948 del decidido acatamiento al principio de legalidad de los delitos y las penas y el trato humanitario en el orden penitenciario a los reclusos, revelador todo ello de la reestimación del ser humano y de una concepción juridicopenal que en el fondo no es otra cosa, sino el apoyar el Derecho en los valores esenciales de la naturaleza humana, cuya más viva expresión ha sido alcanzada en el mensaje del Papa.

Aquellos cinco significados que vimos al principio que el término "humanitas" tiene en el mensaje pontificio, se reflejan al configurar la naturaleza y función del orden penal, haciendo posible la convivencia social y reconduciendo al transgresor a la observancia del derecho violado; en la repulsa de la fuerza; en la exigencia de la justicia; en la reprobación de los métodos de investigación e instrucción judicial que vayan contra la dignidad y libertad morales; en la determinación de la culpabilidad partiendo del fundamento del libre arbitrio; edificando el Derecho penal sobre el hombre como ser personal y libre y consagrando el principio de que el Derecho penal es un Derecho de culpabilidad.

JOSÉ MARÍA NAVARRETE

DEL ROSAL, Juan: "Sulla imputabilità". Ponencia oficial del primer tema del Congreso Internacional de Estudios Jurídicos, sección de Derecho penal, celebrado en la Universidad de Perugia en septiembre de 1956. «Archivo Penales», enero-febrero 1959, fasc. I-II.

La presente "Ponencia" se propone dos cosas: 1.º, dar una base para ulteriores discusiones y 2.º, poner de manifiesto la filiación de su autor que po-

dríamos encardinarlo en una dirección empírico-valorativa. Más que soluciones concretas lo que encontramos en este trabajo —como correspondía a su finalidad— es el despliegue de una problemática y el apuntalar las paredes maestras que han de sostener todo el edificio.

Este despliegue de la problemática, que es al fin y al cabo la base para seguir discutiendo sobre el tema, lo realiza el autor al tratar de las distintas acepciones de la palabra “imputabilidad”, en la precisión del concepto, en el análisis que hace del mismo, en la relevancia práctica de la “imputabilidad” y en el lugar sistemático que debe ocupar.

Su postura científica en relación con el tema se pone de manifiesto en las conclusiones. Los principios fundamentales sobre los que ha de asentarse una construcción de la imputabilidad jurídica penal son, a juicio de autor, los siguientes:

- 1.º Afirmación del principio de la libertad humana.
- 2.º Formulación legal de la imputabilidad en forma negativa.
- 3.º Concepción de la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, incluyéndola en la teoría del delito para evitar de esta manera consecuencias prácticas excesivamente basadas en la idea de “defensa social” y no en la de “justicia”.
- 4.º Afirmación del dualismo conceptual ético-empírico de la imputabilidad.
- 5.º Adopción de la doble categoría imputables-inimputables con todo el aparato represivo y preventivo que aconseje la lucha eficaz contra el delito.
- 6.º Distinción de la conciencia de la antijuricidad de la acción, como en el párrafo 51 del Código penal alemán, a efectos de la exclusión de la imputabilidad.
- 7.º Análisis del concepto de imputabilidad en su doble acepción abstracta y concreta.
- 8.º Afirmación de la tricotomía *autor-delito-pena*, pero sin ubicar a la imputabilidad en la teoría del autor.

J. M.^a N.

ROSS, Alf: “On law and justice”. Londres, Stevens & Sons Ltd., 1958; 2 libras. 2 chelines.

Aquí nos ofrece el Profesor Ross, doctorado en la Universidad de Uppsala y Catedrático de la de Copenhague, un trabajo caracterizado por el empeño de llevar a sus últimas conclusiones los principios empíricos, idea de la que mana la exigencia metodológica en cuya virtud el estudio del Derecho debe seguir las sendas de la observación y de la comprobación. También ha de satisfacerse la exigencia de que las nociones legales fundamentales deben interpretarse como conceptos emanados de la realidad social: la conducta humana. Por tal razón el autor rechaza la idea apriorística de la “validez” que erige al Derecho por cima del mundo de los hechos, así como el principio de justicia igualmente

apriorístico. Como destacados tratadistas, entre los que el autor se ha inspirado, se citan a Hans Kelsen y a Axel Hägerström.

Dividen el libro 17 capítulos con un total de 383 páginas. En el primero de aquéllos se abordan los problemas fundamentales de la "Jurisprudencia", terminología, tradición, índole del Derecho, con un análisis preliminar del concepto "Derecho válido", ramas del Derecho en su metodología didáctica, sustentándose la tesis de que, en vez "jurisprudencia", deberá decirse "problemas jurisprudenciales".

En el capítulo 2.º se examinan el contenido y validez del sistema legal, la comprobación de preceptos legislativos atinentes a normas de conducta y de competencia. Examen de los conceptos Derecho, Fuerza, Validez, Moral y "otros fenómenos normativos". Del idealismo y realismo en la Jurisprudencia, del realismo de la conducta y del psicológico y síntesis de ambos.

Entre las fuentes del Derecho se consideran la legislación, el precedente, la costumbre, la "Tradicón de cultura", la relación entre las diversas fuentes del "Derecho válido".

A propósito de la "Interpretación", o método judicial, se formulan sendas doctrina y teoría, las bases semánticas, concibiendo los problemas de interpretación como solubles sintética, lógica y semánticamente. Tras una disertación sobre interpretación en su aspecto "orgánico", se abordan los factores pragmáticos de aquella y de la técnica de la argumentación.

El capítulo 5.º, se dedica a la terminología del lenguaje legal; el 6.º al concepto de los derechos; el siguiente a los Derechos personales y reales; el 8.º a la división fundamental del Derecho, manteniéndose el criterio tradicional de derecho sustantivo y procesal.

El capítulo 9.º se dedica a los "hechos actuales", terminología y distinciones. Siguen a ello los caracteres de la Historia del Derecho Natural, con análisis filosóficos-crítico del mismo. El capítulo 12 se consagra a la idea de Justicia; en el 13.º se abordan las doctrinas utilitarias y la "quimera del bienestar social". Los cuatro capítulos finales se ocupan de la Ciencia legal y la política.

J. S. O.

STRATENWERTH, Günter: "Verantwortung und Gehorsam. Zur strafrechtlichen Wertung hoheitlich gebotenen Handelns". Mohr, Tübingen, 1958; 224 págs.

El presente libro sobre un tema tan traído y llevado —sobre todo en los últimos tiempos— como es el de la responsabilidad por la obediencia, constituye una monografía de gran altura. Las distintas partes en que el trabajo se divide están tan lógicamente encadenadas, que su lectura requiere un auténtico esfuerzo mental, ya que el desarrollo casi silogístico de la materia hace que haya que tener continuamente presente lo anterior si no queremos perder el sentido. El libro, con el que su autor se ha "habilitado" para el profesorado, constituye un ejemplo de seriedad científica que hace que esperemos mucho de este, en cierto modo, discípulo de Welzel.

Este problema de la responsabilidad y de la obediencia, que al relacionarlos hace surgir el problema de la responsabilidad por la obediencia debida, no tiene para el autor solamente un valor teórico, sino altamente práctico, ya que como dice en el prólogo, en ninguna época como en la actual se han cometido tantos delitos por obediencia. Las bases del trabajo no tienen más remedio que ser muy amplias, ya que para encontrar una solución a los difíciles casos que pueden presentarse hay que saltar por encima del marco de la dogmática jurídica e internarse en el campo de la pura investigación axiológica, además de tener en cuenta otras parcelas jurídicas extrañas al Derecho penal y fundamentalmente la ética social. El problema toca en realidad los fundamentos de la ciencia jurídica, ya que en él se ponen de manifiesto las relaciones entre el Derecho y el poder del Estado así como las relaciones del individuo con la totalidad. Un tratamiento completo de la materia es lo que el autor se propone hacer.

Trata el autor en primer lugar de la localización del tema dentro de la dogmática juridicopenal. Analiza las opiniones que consideran a la obediencia debida como causa de justificación y las que la consideran como causa de inculpabilidad, concepción que para el autor es la dominante. Esto nos lleva a tener que considerar el problema de la colisión de deberes, pero el que una colisión de deberes pueda llevar a una justificación de la conducta por obediencia debida, hace que tengamos que determinar el *rango*, la relación de preferencia en que esos deberes se encuentran, lo que nos pone frente a la realidad de que en el fondo se trata de una cuestión axiológica. Solamente cuando independicemos la fuerza vinculante de la orden de su *intrinidad*, es cuando realmente podemos hablar de la existencia de una colisión de deberes. El deber de obediencia descansa sobre unas relaciones que están por fuera del marco dentro del cual se da la orden. El deber de obediencia se fundamenta en la autoridad del superior y tiene sus límites en la ilegitimidad de lo mandado, pero el fundamento no es la legitimidad de la orden concreta.

En el capítulo II se estudian los presupuestos formales que ha de tener la orden para que sea vinculante. Estos requisitos se sintetizan en tres: 1) competencia del superior para dar la orden; 2) competencia del inferior para ejecutarla y 3) que se guarden las formas descritas para la orden. Estos requisitos formales fueron objeto de limitación en los países totalitarios, donde lo más importante era que el superior apareciese frente al inferior como legitimado para dar la orden. También estos requisitos formales sufren una limitación en la vida militar, donde lo fundamental es una relación de dependencia y una orden. La función que los requisitos formales cumplen, es la de servir de limitación al ejercicio de la autoridad. La ausencia total de los requisitos formales conduce a la nulidad de la orden, mientras que el cumplimiento parcial de ellos sólo da lugar a la impugnabilidad de la misma.

Después de las dos guerras mundiales ha sido discutido ampliamente el límite del deber de obediencia del soldado. Los resultados de estas discusiones han sido de lo más interesante. Anteriormente a la segunda guerra mundial la doctrina no había formulado ninguna regla para resolver el problema. Decisivo y del mayor interés ha sido la posición de los tribunales que han entendido en procesos contra criminales de guerra. Aquí hay que distinguir entre el Tribunal de Nürenberg y otros tribunales extranjeros: El tribunal de Nürenberg se ha mani-

festado expresamente sobre la significación de la orden antijurídica considerando el artículo 8 del Estatuto de Tribunales Militares (Estatuto de Londres) de 8 de agosto de 1945 y el artículo 2, II, núm. 4 b de la ley número 10 del Consejo de Control de 20 de diciembre de 1945. Es cuanto a la fuerza vinculante de la orden, el Tribunal de Nürenberg se manifestó en el sentido de que para que la orden fuese vinculante, no sólo se exigía la competencia del superior y el que la orden se refiriese a cosas del servicio, sino también que había de ser conforme a Derecho. De aquí se deduce que la orden antijurídica solamente por ser orden no exime de pena. El Tribunal expresaba su convencimiento de aplicar en este caso el Derecho internacional vigente.

A pesar de esta afirmación apodíctica, el Tribunal de Nürenberg no ha representado el principio de la responsabilidad al inferior, sino que ha reconocido incluso la posibilidad de una exención de pena en el caso de cumplimiento de una orden antijurídica. A esta solución, contraria al Estatuto de Londres y a la ley 10 del Consejo de Control, llega el Tribunal por dos caminos: bien porque la orden antijurídica colocaba al inferior en un estado de necesidad o porque se encontraba en un error exculpante sobre la antijuricidad de su conducta. De aquí que sea decisivo determinar en qué circunstancias debía conocer el inferior la antijuricidad de la orden, o lo que es lo mismo, en qué medida este desconocimiento era una causa de exculpación. En relación con esto, el Tribunal de Nürenberg se manifestó en el sentido de que el inferior debía confiar dentro de determinados límites en la juricidad de la orden de su superior. De este presupuesto se sigue que el castigo del subordinado solamente tendrá lugar cuando conociera realmente la antijuricidad de la orden y cuando esta antijuricidad fuese manifiesta. Este resultado concuerda sustancialmente con la mayoría de los principios aceptados por otros Estados.

Los Tribunales alemanes de la postguerra han aceptado, igualmente, el criterio de una responsabilidad limitada del subordinado. Para justificar casos en los que se ha absuelto al inferior, se ha apelado a que la ley 10 del Consejo de Control al atribuirle a la orden antijurídica un efecto atenuante, lo que ha hecho es no reconocerle a la orden antijurídica como tal un efecto excusante, pero esto no se opone a que si se dan, se apliquen los preceptos generales sobre el estado de necesidad o sobre el error. Cuando no procedía aplicar esta ley 10 del Consejo de Control, los Tribunales alemanes han aplicado la legislación vigente al tiempo de la ejecución: para los funcionarios el § 7, II, 2 del Estatuto alemán de funcionarios y para los militares el § 47, núm. 2 del Código penal militar. Solamente el Tribunal de Friburgo ha aplicado en forma restrictiva este § 47, diciendo que la buena fe del subordinado era indiferente cuando la antijuricidad de la orden era manifiesta.

Partiendo del principio de que la orden antijurídica no obliga al subordinado, no puede hablarse de una colisión de deberes. Aun el principio de la obediencia absoluta rompe cuando se trata de delitos de alguna gravedad. Aquí resulta imprescindible una conexión axiológica.

El punto de partida que establece que la antijuricidad de la orden ha de ser conocida, cognoscible o manifiesta—el más aceptado por la doctrina, ha llegado a ser considerado como un capítulo de la teoría sobre el error. Dentro de esta dirección se afirma que al subordinado le está permitido confiar en la juricidad de la orden y, que en caso de duda, tiene que obedecer y aquí es donde reside pre-

cisamente una especialidad: el que realiza una conducta típica y cuenta con la posibilidad de que su actuar pueda ser antijurídico, actúa culpablemente según la opinión común y a pesar de ello, a causa de la orden, puede quedar exento de responsabilidad.

La obligatoriedad de la orden antijurídica es solamente un caso especial de la vigencia de un acto de soberanía viciado. Si se quiere aclarar más a fondo el problema de los fundamentos originarios del deber de obediencia, hay que preguntarse por los fundamentos sobre los que descansa la presunción de juricidad.

El fundamento de la presunción de la juricidad de la orden se puede hacer recaer sobre el imperativo de la seguridad jurídica o sobre una jerarquía de valores. En el fondo, estas teorías descansan sobre el concepto de autoridad. Lo que el funcionario o el soldado ponen en tela de juicio al no ejecutar la orden, no es en último término la seguridad jurídica, sino la autoridad del superior. Recientemente se ha criticado esta postura diciendo que es una reminiscencia de concepciones autoritarias. Esta objeción podría tener fuerza si se aceptase el concepto de autoridad en *si mismo* considerado, pero pierde gran parte de su eficacia cuando la autoridad a que hemos hecho referencia es una autoridad referida a órganos del Estado constituidos y controlados de una forma determinada (la propia dentro de un Estado de Derecho). Las relaciones entre autoridad, presunción de juricidad, y la correspondiente delimitación del deber de obediencia, sólo se comprenden con claridad cuando se analizan los elementos constitutivos del concepto de autoridad. Esto lleva a que tenga que ser investigada la legitimidad del poder del Estado y dentro de qué límites son posibles y necesarias las decisiones de carácter autoritario.

Después de un estudio sobre la legitimación del poder del Estado y de los principios materiales del orden jurídico pasa a tratar del Estado material de Derecho y de la autoridad estatal, considerando que la garantía de la vida humana responsable es la misión material del Estado.

Esta conclusión de que el hombre es persona responsable, es fundamental para todo lo que sigue. Nadie estará obligado a una obediencia ciega porque nadie puede escapar a su propia responsabilidad. Examina a continuación los límites de la obediencia en distintos grupos sociales: en el funcionario, en el soldado y en el marino, pasando al estudio de la colisión de deberes.

Como principio fundamental, válido para todo el ámbito de la actividad soberana del Estado, sienta que los actos antijurídicos del Estado son vinculantes dentro de los límites de la presunción de juricidad. La colisión de deberes no podría surgir si la obligatoriedad de la ley se hiciese depender de su juricidad efectiva. La presunción de juricidad solamente puede tender un puente sobre la antijuricidad, pero no puede eliminarla.

La dogmática jurídica no es suficiente para resolver el problema del enjuiciamiento juridicopenal del actuar en virtud de una orden superior. Primero hay que resolver el problema puramente axiológico de en qué relación de preferencia se encuentran, en el caso dado, los deberes en colisión: el deber de obediencia y el deber jurídico general de omitir un acto delictivo. Aquí fracasan las consideraciones dogmáticas. La dogmática puede sacar las consecuencias una vez que ha sido fijada esta relación entre los deberes, pero ella misma no puede fijarla.

En lo referente a las consecuencias juridicopenales, trata en primer lugar de los casos en que la obediencia debida puede actuar como causa de justificación. Esto sólo es posible cuando el deber de obediencia es superior al deber de omitir una acción delictiva. Respecto a si la obediencia debida puede actuar como causa de inculpabilidad, casi no puede formularse una regla general. Lo más que puede afirmarse es que un error de Derecho, generalmente, puede excusar en casos de dudosa juricidad. La inculpabilidad en todos los demás casos depende de las circunstancias respectivas. Por otra parte, la orden antijurídica crea el problema de la legítima defensa y de la resistencia al poder del Estado.

J. M. N.

REVISTA DE REVISTAS

A L E M A N I A

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Berlin. De Gruyter, 70 Band, Heft, 4

DREHER, Eduard: "Für und wider die Todesstrafe" ("Por y contra la pena de muerte").

El Consejero del Ministerio de Justicia de la Alemania Federal, Dr. Eduard Dreher, que tan constante e importante labor viene desempeñando en la Comisión de Reforma del Código penal alemán, desarrolla en el presente artículo, ideado primeramente como Ponencia para la propia Comisión, el antiguo pero siempre actual problema de la pena de muerte, que como es bien sabido fué objeto de total abolición en la Ley Fundamental del Estado de Bonn (no así en la de la República Democrática Alemana, donde permanece). Pretendiendo un objetivismo absoluto, que el propio autor confiesa de difícil logro, quiere limitarse a la presentación de argumentos en pro o en contra de la sanción capital, sin pronunciarse en ningún sentido, mas como quiera que los argumentos aducidos lo son a veces en un aspecto crítico, tal objetividad no siempre resulta efectiva.

En primer término plantea el asunto en el terreno del Derecho natural o metajurídico, esto es, sobre la licitud o ilicitud de la pena de muerte, y aunque reconoce el auge actual del iusnaturalismo, ayudado a veces, incluso en fallos jurisprudenciales, no cree factible pronunciarse en abstracto sobre tal cuestión. A este propósito dice ser poco convincentes los argumentos recientemente aducidos por Süsterhenn en su monografía *Wieder Todesstrafe* (Colonia, 1957), con base a un pretendido «estado de necesidad» o «legítima defensa», pues tales situaciones serían excepcionales en un tiempo normal en que se desarrolla el Derecho, no existiendo ordinariamente sus fundamentales razones de inminencia que justificarían la asimilación, más metafórica que real. Históricamente, en cambio, la justificación de la pena de muerte fué fácil en las concepciones medievales del Estado religioso, donde ostentó un claro sentido de expiación y aun de salvación del condenado, al que el sacrificio purificaba y facilitaba el acceso a la comunidad social ultraterrena. No menor justificación tuvo la pena capital en la doctrina del Estado totalitario, en que al divinizarse a sí mismo, hizo de ella un mero acto estatal, de utilidad y de combate contra el delincuente valorado como enemigo. La dificultad en cuanto a la justificación surge precisamente en los Estados democráticos y de derecho, que sientan como principio el respeto a la dignidad y valor del hombre, incluso del delincuente. Abandonados como inactuales los mitos del contrato social y la posibilidad o no de que al contratar el ciudadano dispusiere de su propia vida, el problema político se centra hoy en torno a si la pena capital vulnera efectivamente

los precitados principios de dignidad y valor humanos. Seguramente hay que afirmarlo así en el supuesto de usar de la pena de muerte con fines exclusivamente utilitarios y de prevención general, a modo de «liquidación» del delincuente como si de un animal dañino se tratara, dado que entonces el penado pasa a ser un mero instrumento o medio, a todas luces contrario a su condición de ser humano. Pero no cabe, en cambio, hablar de ataque a su dignidad si se concibe la pena como expiación correlativa a una culpabilidad precedente, en cuyo supuesto desempeña un alto sentido moral que hasta realza la dignidad humana, poniendo la ejecución al servicio de un ideal de Justicia y de restauración de una escala de valores comunitarios. Confiesa, empero el autor, que tales concepciones son de muy dudosa efectividad en el mundo moderno, donde el sentimiento de culpabilidad y expiación, religiosos en su genética, se hallan ausentes o debilitados por el materialismo o la indiferencia de la gran masa del pueblo. De ahí, que en la general creencia de que la muerte es el final de todas las cosas, la pena capital carezca de posibles justificaciones espirituales de tan difícil estimación en los Estados religiosos del pasado. A este respecto, sin embargo, hace ver el autor que según interesantes estadísticas inglesas, que pudieran repetirse en otros países germánicos, la pena de muerte se prodigó mucho más en el Renacimiento y el Absolutismo que en la Edad Media, y, dentro de ésta, con mayor prodigalidad en la Alta que en la Baja Edad Media. El retroceso es, en cambio, constante en todos los países a partir del siglo XIX, pues aun en los abolicionistas, han disminuído enormemente los casos de ejecución y el número de infracciones a las que se asigna en las leyes la pena capital. Aduce datos aportados por los institutos de opinión pública alemanes registrando un constante aumento de partidarios de su restablecimiento, que llegó a cifrarse en 1958 en un 80 por 100 (un 75 por 100 en Austria), si bien a este respecto advierte hay que tener muy en cuenta el papel de la prensa sensacionalista y, sobre todo, las veleidades de los sentimientos populares. A pesar de todo, considera que tal estado de opinión es un hecho a tener en cuenta para una posible reforma legislativa, que en este caso habría de ser constitucional. Menor importancia hay que conceder aún a los argumentos basados en estadísticas de aumento o disminución de la criminalidad en relación con la abolición o restablecimiento de la pena de muerte, tan frágiles y especiosos los favorable como los adversos, por obedecer el criminal a una compleja determinación de factores entre los que poco o nada cuenta la previsión de la eventual condena.

Muy original es la consideración de la pena capital en torno a los presupuestos de prevención especial, generalmente no tenidos en cuenta por los penalistas, pero sí por los teólogos. El condenado a muerte queda, naturalmente, al margen de las previsiones de resocialización, pero no por eso hay que excluir otras de prevención especial, puesto que su ejecución puede determinar y determina a veces en la conciencia del reo un efectivo arrepentimiento susceptible de dar altos frutos morales y religiosos estudiados con gran detenimiento por los teólogos alemanes. Escéptico asimismo, en la materia, el autor opina que no cabe generalizar, pues el fenó-

meno del arrepentimiento es estrictamente personal, obedeciendo en no pocas ocasiones a una postrera esperanza de indulto.

Descartadas las razones utilitarias y aun las de prevención general y especial, en que los argumentos en pro o en contra son escasamente convincentes, el Dr. Dreher sólo cree posible encuadrar la pena capital en un sistema de derecho plenamente culpabilista, careciendo en cambio de sentido en otro que se informare en postulados de defensa social, para el que el delincuente no es más que un enfermo sometido a tratamiento curativo o de readaptación.

ENGISCH, Karl: "Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen" ("Error sobre el tipo y error sobre la prohibición en las causas justificativas").

No se refiere este trabajo del Profesor muniqués a la doctrina general sobre el error, objeto de atención en la reciente bibliografía penal alemana, sobre todo a partir de la famosa sentencia del Tribunal Federal de 18 de marzo de 1952, sino que se limita a un estudio crítico y *de lege ferenda* sobre los párrafos 18, 20 y 40 del Proyecto de Código de 1958. El primero de los cuales hace mérito al *error sobre el tipo*, sobre sus elementos más bien, moderna versión del clásico «error de hecho» de la antigua terminología; el segundo al *erro de prohibición*, parejo aunque no exacto al viejo «error de derecho», y el tercero, en fin, a un supuesto concreto de error referido a la causa justificativa del estado de necesidad. Precepto este último no definitivamente incorporado al Proyecto, puesto que su permanencia se subordina a la redacción que se dé a dicha causa de justificación, en el párrafo 39.

El problema que plantea Engisch es concretamente el de si la doble caracterización del error sobre el tipo y del de prohibición resulta o no adecuada a los supuestos de error versando sobre las circunstancias justificativas. Afirmativamente lo resolvió sin oposición la antigua doctrina científica, y la moderna de Mezger, von Weber, Hel, Mayer y Schaffstein, así como la jurisprudencia del Alto Tribunal Federal. El propio Engisch reconoce haberla seguido hasta que la teoría finalista le ha inclinado a estimar que, en la concreta materia del error sobre las causas de justificación, resulta perturbadora la duplicidad tradicional. De sus razonamientos parece incluso deducirse un marcado escepticismo hacia la procedencia del dualismo en el error, mostrando marcada simpatía por la tesis monista, modernamente sustentada por Schroeder en la última edición a los Comentarios de Schonke. Tiene por cierto que el dualismo es una exigencia impuesta arbitrariamente por el párrafo 59 del vigente Código, pero que no responde a las exigencias de la doctrina actual ni debiera serlo tampoco conforme a las normas acogidas en el Proyecto, al menos en lo relativo al error sobre las causas de justificación, en que el párrafo 40 vale como una solución de compromiso. El blanco de sus críticas se dirigen, sobre todo, a la diferencia que en dicho precepto se hace a la ausencia de reprochabilidad en el error, que no afecta exactamente a lo culpable como

allí se afirma, sino al dolo, un «dolo típico» o *Tatbestandsvorsatz* que es, según el autor, la clave de todo el problema. Sobre la base, naturalmente, de descentrar el dolo de la culpabilidad y situarlo, al modo finalista, en la acción asimismo típica, y como tal llevando consigo el dolo. En todo caso, con finalismo o sin él, es una realidad incontrovertible que la teoría del error afecta no solamente a la culpabilidad sino también, quizá primordialmente, al dolo. Examina, asimismo, la cuestión bajo el punto de vista filosófico, el de la doble ética de «intención» y de «responsabilidad» ideada por Max Weber y acogida en lo penal por Welzel, que reduce a un juego de palabras entre intenciones objetivas y subjetivas, y posiblemente a una moral autónoma o heterónoma.

Por lo que atañe al párrafo 19 del Proyecto, que concretamente hace referencia al error sobre las causas de justificación, sin distinguir entre el de sobre elementos típicos o sobre prohibiciones, parece comprender tan sólo el primero, lo que resulta sumamente ilógico. Pues una de dos, o se admite la superfluidad del dualismo del error en toda su extensión, o se le rechaza adoptándose una tesis monista a lo Schroeder. Pero lo que resulta inadmisibles es acoger la teoría dualista en términos generales y no aplicarla después en lo que toca a las causas de justificación, que es lo que en definitiva hace el Proyecto. En todo caso, una vez enunciada la cláusula general del párrafo 19, no se comprende la especialidad del 40 referido al estado de necesidad.

HONIG, Richard: “Deutsche Strafrechtsreform im Lichte amerikanischer Strafrechtsgrundsätze” (“La reforma penal alemana a la luz de los principios penales americanos”).

Reproduce este artículo una conferencia pronunciada por el autor ante la Sociedad de Psicología forense de Hamburgo, poniendo de relieve las diferentes concepciones que en materia de Derecho penal informan la doctrina y *praxis* alemana y norteamericana, notablemente en lo que afecta a los nuevos principios sentados en el Proyecto de 1958. El signo diferencial más característico entre ambas técnicas legislativas es el conceptualismo y abstracción en la alemana, en contraste con las concreciones y casuismos de la americana. Es ello debido, incluso en los códigos de los Estados y en el *Statute Law*, al reflejo de los procedimientos de caso concreto que informaron tradicionalmente al *Common Law*, hasta tal extremo que en los Estados Unidos puede afirmarse no existió en Derecho penal el concepto abstracto de la tipicidad. En contraste con este concretismo casuista de la Parte especial de los códigos norteamericanos, la Parte especial goza de una amplitud desconocida en Alemania; así, por ejemplo, la laxa concepción del delito imperfecto de la *attempt* y de la coparticipación en la *constructive presence*.

La sección bibliográfica se halla destinada a monografías de la Parte especial, por Bockelmann. En cuanto al Apéndice de Derecho comparado, inserta un trabajo de León Schaff sobre el Derecho procesal penal polaco,

otro de Raeburn sobre la *Probation* inglesa, y otro, en fin, de Jescheck sobre el V Congreso de Defensa Social de Estocolmo, de 1958.

ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS

ESPAÑA

Revista Española de Derecho Militar

Número 7. Enero-junio, 1959

GOMEZ CALERO, Juan: "Un edicto de Felipe V" (Su contenido jurídico penal).

De los tres acostumbrados artículos que componen la sección doctrinal o «estudios» sólo éste está dedicado a materia penal.

Empieza transcribiendo el edicto dado en 1740 por Felipe V para evitar la propagación de la peste que se había declarado en Argel.

Como enfoque hace unas consideraciones sobre la época en que se dió y circunstancias políticas por que España y el Reino de Nápoles nombrado en el edicto atravesaban. Juridicamente en el aspecto doctrinal se estaba en la época de la venganza pública, y en el legislativo estaba vigente en nuestro país la Nueva Recopilación y en el orden militar las Ordenanzas llamadas «Segundas de Flandes», dadas por Felipe V y un edicto del mismo rey de 1717, y respecto a Marina la Real Cédula de 1737.

No se trataba en el edicto examinado—dice el autor—el derogar las disposiciones dictadas en esta materia, sino reforzar las tomadas por la Junta de Sanidad.

Reviste el carácter híbrido de una ordenación administrativa y penal, atribuyendo la competencia para imponer las sanciones en determinadas circunstancias a la Junta de Sanidad y dejando sólo a los Capitanes Generales, Comandantes, Gobernadores y demás Cabos de los puertos marítimos la atribución gubernativa de velar por el mejor cumplimiento de lo ordenado.

El autor, tras de extrañarse de que se establezcan penas en un edicto que tiene carácter administrativo, resalta la dureza de las establecidas, pues señalada «irremisiblemente» la de muerte para la de violación de sus preceptos; aún se establece como más dura la de quemar el barco con sus tripulantes cuando viole la prohibición de tocar en nuestros puertos, señalando una pena arbitraria para los componentes de las Juntas de Sanidad por los daños y perjuicios que resultarán a los interesados como consecuencia de la detención de un navío por su culpa o negligencia, distinguiendo que éstos sean voluntarios o excusables.

RODRIGUEZ DEVESA, José María: "La "acción penal" y la "acción disciplinaria" en el Derecho Militar español.

Modestamente se transcribe en la sección «Notas» la comunicación que con este título dirigió el autor al Primer Congreso Internacional de Derecho Penal Militar de Bruselas, de denso contenido y difícil materia.

Tras de fijar el alcance del tema que va a desarrollar y las varias acepciones que el término «disciplina» tiene, y afirmar que el Código de Justicia Militar da al vocablo la acepción jurídica estricta de conjunto de deberes, de superiores e inferiores, concernientes a la relación de mando y obediencia, no utilizando la expresión derecho disciplinario, ni el de infracciones disciplinarias o de delitos de disciplina, sino que las infracciones de deberes que no constituyen delito se agrupan en dicho cuerpo legal bajo la denominación de faltas.

Las faltas militares tienen caracteres comunes con los delitos de dicho orden; la definición del artículo 181 las equipara hablando de lo que son «delitos o faltas»; responden a los mismos principios y características de los delitos; algunas rúbricas generales están destinadas a uno y a otras, y la agrupación anterior continúa en muchos preceptos de él: retroactividad de la ley penal más favorable; aplicación de las causas de exención y modificativa o extintiva de la responsabilidad criminal y llevar aparejada su comisión la exigencia de responsabilidad civil lo mismo que los delitos.

La diferencia la marca la diversa sanción que se aplica por su comisión, pena para los delitos y correctivo para las faltas, con los diversos efectos que de la aplicación de unos y otros se deriva; y en cuanto a la sanción según el grado de ejecución, pues, por principio general, las faltas sólo se castigan cuando han sido consumadas y en algunos efectos particulares respecto a éstas de la reincidencia y multirreincidencia.

Clasifica las faltas contenidas en el Código de Justicia Militar.

Estudia después la diferencia en el orden procesal entre los delitos y las faltas militares, encontrándola en que mientras la sanción de los delitos exige un procedimiento contradictorio, es decir, de acusación y defensa, las faltas se corrigen según su naturaleza y la persona que las cometa a través de un expediente judicial o bien directamente, procedimientos ambos que tienen carácter administrativo.

Esclarece después, en lo que creo lo mejor del trabajo, la naturaleza de la falta militar, examinando la tesis que la consideran materia penal, materia administrativa y materia mixta para con sólidos argumentos aceptar la que la considera materia penal, y a continuación resuelve, creo, el difícil problema de determinar los límites de delitos y faltas en los casos concretos de diferenciación en nuestra Ley Penal Militar.

Termina su meritisimo trabajo sobre materia tan poco estudiada con unas observaciones críticas y unas observaciones finales, que son, seguramente, la meta que deseaba alcanzar y alcanzó con él.

* * *

En esta misma sección de «Notas» un artículo de De No Louis sobre «La Cruz Roja Internacional», del que a pesar de su calidad hemos de resistir la tentación de recensión, por no versar sobre la materia penal a que este Anuario está consagrado.

Después, las acostumbradas secciones de «Recensiones y noticia de libros», «Información» y «Legislación y Jurisprudencia», de las mismas características y extensión que los números anteriores.

Información Jurídica

Enero-febrero, 1959

GALLARDO RUEDA, Alberto: "El nuevo Código de Procedimiento Penal francés".

Es natural que la publicación de una ley de tanta trascendencia como el Nuevo Código de Procedimiento francés de 1957 despertase en España una viva curiosidad. Esta curiosidad la sirve con urgencia el articulista, de otro de cuyos trabajos en esta misma revista dimos noticia a los lectores de este Anuario (Fasc. II, Tomo 11), realizando la difícil labor de dar—ya que otra cosa no permite los límites de un artículo—un esquema de dicha ley, con, necesariamente someros, subrayados sobre sus novedades y reformas respecto a la anteriormente vigente y con acertado destaque de sus analogías y discordancias con la correlativa española.

Contiene este número de la Revista, cumpliendo su cometido de información legislativa, la Constitución provisional para el Irak de 27 de julio de 1958, el Código penal argentino de 1921, el Convenio sobre doble nacionalidad entre España y Chile y el Decreto de 10 de octubre de 1958, regulador de las obligaciones y deberes de los Gobernadores Civiles.

DOMINGO TERUEL CARRALERO

F R A N C I A**Revista Internacional de Policía Criminal**

(Edición española)

Febrero, 1959

BROSSON, Paul: "La firma y su proyección geométrica. Nuevo procedimiento de peritaje"; pág. 34.

Siempre es delicado el peritaje, en la falsificación de una firma, porque se trata de un texto muy breve. No es difícil ejercitarse para reproducir a mano un modelo de firma, que ofrezca dudas sobre su autenticidad. El autor del trabajo que anotamos, que desempeña el cargo de Jefe del Servicio Grafológico del Laboratorio de Antropotécnica del Instituto Profiláctico, y es Perito ante el Tribunal de París y los Tribunales del Sena, examina los diferentes métodos que comúnmente se emplean, fijándose especialmente en el que él denomina «método geométrico».

Divide el trabajo en los siguientes apartados:

Imitación lenta (imitación servil); imitación rápida (imitación libre); técnica de examen de Michaud: 1.º Constante en las firmas auténticas. 2.º Poco visible. 3.º De imitación difícil. a) Las alineaciones. b) La naturaleza en el trazado. c) Los reflujos. d) Las leyes de sucesión de los movimientos gráficos. e) Características generales. f) Los caracteres de orden secundario; método de examen grafométrico; métodos de cuadrículas; método geométrico; comparación con las firmas dudosas; firmas deformadas; autenticación de las firmas.

El método del autor, llamado proyección geométrica de las firmas, consiste, esencialmente, en reunir sobre papel de calcar, mediante líneas rectas, los puntos extremos del trazado de las firmas que deben examinarse. Señala algún caso práctico, con dibujos que dieron lugar a una figura geométrica romboide, que permitieron el estudio comparativo entre unas firmas auténticas y otras que eran objeto de peritaje.

SCHRUEDER, Oliver, Jr.: "La mala suerte de unos atracadores o las indiscreciones de una cámara fotográfica"; pág. 47.

Se describe en este artículo el curioso hecho de que pudiera descubrirse el robo en un Banco, por la acción conjunta de la policía de Cleveland (Ohio), que instalaron un aparato en un Banco que había sido objeto de tres robos a mano armada, con el que se registró una cinta cinematográfica al realizarse el cuarto atraco. El aparato tenía un dispositivo especial para poner en marcha la cámara, que funcionaba sin ruido, y la película resultó un testigo de excepción, y con ello en un plazo de treinta y seis horas los tres ladrones estaban en poder de la policía. No deja de ser curioso que hubiera importantes discrepancias entre los testigos presenciales, que no llegaron a ponerse de acuerdo en el reconocimiento de los autores del delito, mientras que la película aclaró todo, incluso los detalles más exactos, en relación con los vestidos, modo de andar, estatura, y otra serie de datos, todos a cuál más interesante.

Marzo, 1959

SANTAMARIA F.: "El valor extrínseco de las huellas"; pág. 87.

Don Florentino Santamaria, que durante largos años desempeñó la Jefatura del Servicio de Identidad de la Dirección General de Seguridad, de nuestra Patria, examina, en este estudio, dos casos prácticos, que ponen de relieve la importancia de los valores intrínsecos y extrínsecos de las huellas.

Abril, 1959

"Primer cursillo internacional de estudios sobre tráfico ilícito de estupefacientes" (O. I. P. C.); pág. 107.

Organizado por la Interpol, en colaboración con la División de Estupefacientes de la O.N.U, se desarrolló, en París, del 9 al 18 de marzo del corriente año, el Primer Cursillo Internacional de Estudios sobre el tráfico ilícito de estupefacientes. Concurrieron representantes de distintos países, se celebraron numerosas conferencias, y la utilidad práctica y teórica del Cursillo fué francamente interesante.

En el trabajo que anctamos se condensan los datos e informaciones que las diferentes personalidades que intervinieron en el Cursillo expresaron, en los siguientes criterios: «Se considera como tráfico ilícito de estupefacientes toda circulación (venta, compra, cambio, transacción, depósito, manipulación,

transporte), no autorizada de droga que entrañe el paso de una frontera.» Quedó aclarado también que es necesario, en este aspecto, no tomar en consideración sino criterios geográficos. Asimismo se puede llegar a la conclusión, como otro de los criterios antes referidos, que, «se considera como traficante internacional ilícito de estupefacientes a quienquiera que se dedique o se asocie a su tráfico internacional ilícito de estupefacientes, con excepción de los toxicómanos, que no son sino consumidores directos de la droga de que se trate».

DIEGO MOSQUETE

Revue Internationale de Droit Penal

París

I y II trimestres, 1958.

Se continúa y concluye en este número doble del Órgano de la Asociación Internacional de Derecho Penal la publicación de las ponencias nacionales y particulares presentadas al VII Congreso de dicho organismo (celebrado en Atenas, del 26 de septiembre al 2 de octubre de 1957); con lo que se completa el material acumulado en los fascículos anteriores, constituyendo el más detallado acervo científico en torno a tan importante certamen, hasta la publicación de sus Actas, en las que han de constar, asimismo, las discusiones intervenidas.

Agrupados en torno al temario del Congreso, se incluyen en el tema I, sobre *La orientación moderna de las nociones de autor y partícipe de la infracción*, los trabajos de Dragoljub V. Dimitrijevitich, profesor de la Universidad de Sarajevo; Thomas Givanovitch, de la de Belgrado; Ivan Nenov, de la de Sofía, y A. A. Piontkovsky, de la URSS. En el tema II, sobre *El control del Juez en la determinación de penas y medidas de seguridad*, los de Janitti-Piromallo, Presidente del Tribunal de Casación de Italia, y M. S. Strogovitch, de la Academia de Ciencias de la URSS. En el tema III, sobre *Las consecuencias legales, administrativas y sociales de la condena penal*, los de Raouf Ebeid, Profesor de la Universidad de El Cairo, de Ivan Nenov, de la de Sofía y del Letrado Yocas, de Tesalónica. En el cuarto y último tema, versando sobre *Las infracciones cometidas a bordo de las aeronaves y sus consecuencias*, los del Dr. Autro Ryolo, de A. Malintoppi, de la Universidad de Camerino, de Mankiewicz. Consejero jurídico de la OACI, y de E. Seago y J. M. Barrett.

Sirve de colofón al fascículo una detallada crónica del VII Congreso, firmada por Paul de Cant, Secretario general adjunto, con resúmenes de las intervenciones y publicación íntegra de las conclusiones. También se da cuenta de la nueva Directiva de la Asociación Internacional, votada en sesión extraordinaria al concluirse el Congreso, la que quedó constituida de la forma siguiente: Presidente, Paul Cornil (Bélgica); Vicepresidentes: Rappaport (Polonia), Kilmuir (Gran Bretaña), Graven (Suiza), Marc Ancel (Francia), Jiménez de Asúa (Argentina), Persico (Italia) y Mezger (Alemania); Secretario general, Bouzat (Francia), y Secretarios adjuntos: de Cant (Bélgica) y J. B. Herzog (Francia).

III y IV trimestres, 1958

Prosiguiendo su nuevo sistema de estudios monográficos, el asimismo número extraordinario de la Revista, correspondiente a los dos finales trimestres de 1958 se dedican a un aspecto del Derecho penal especial frecuentemente olvidado por los no especialistas, el militar. La idea ha sido debida al dinámico Profesor de Estrasburgo, Jacques Leauté, que hace la presentación de los trabajos, y que justamente ha sido el promotor y alma del frecuente Congreso Internacional de Derecho militar celebrado en el propio Estrasburgo en el año en curso. Se incluyen trabajos de Maurice Danse (Bélgica), Belinfante (Holanda), Venturo (Italia), Manhiewicz (Estados Unidos) y R. Domages (Francia).

Se insertan, asimismo, en el Boletín anejo, los Estatutos de la Asociación Internacional de Derecho Penal, el Programa para el próximo VIII Congreso, que ha de tener lugar en Lisboa en 1961; una crónica sobre las actividades del Grupo nacional italiano y la sección informativa ordinaria, en la que Bouzat da cuenta de los trabajos del Comité Consultivo de Expertos, reunido en mayo de 1958 por la Sección de Defensa social de la ONU; Giorgio del Vecchio reclama una «radical reforma» de las leyes e institutos penales, Herbert Krille informa sobre el papel del Ministerio Público en el Derecho civil y penal alemán, y G. Funaro sobre la labor del Primer Seminario Internacional de Criminología clínica.

A. Q. R.

Revue Penitentiaire et de Droit Penal

Enero-mayo, 1959

“Les courtes peines d'emprisonnement.”. L'utilisation en Droit pénal des prestations du droit fiscal; págs. 7 a 26.

Es la reseña de la sesión celebrada por la Société Générale des Prisons et de Législation Criminelle en 11 de octubre de 1958 para la redacción de un anteproyecto sobre la prestación penal como sustitutoria de las penas cortas de privación de libertad, tomando el ejemplo del funcionamiento de la misma como institución de derecho fiscal.

En ella, el rapporteur monsieur Ribette expone el alcance que se le quiere dar. Es una institución—dijo—que se quiere colocar en el cuadro jurídico de la libertad; ha de quedarse a mitad de camino entre la libertad y la prisión. Su aplicación ha de limitarse a las penas de privación de libertad, impuestas en juicio contradictorio, menores de tres meses y se puede aplicar incluso a los reincidentes, distinguiéndose las situaciones de prisión pura y simple, de trabajo exterior y de semilibertad, si el condenado está en libertad; el Fiscal comunica cuándo ha de empezar la prestación, determinándose si al cesar el trabajo puede volver a su domicilio o señalándose por la Administración la casa donde ha de dormir. El tribunal sentenciador conocerá de las incidencias que en el cumplimiento de la prestación puedan surgir a través del fiscal, que se las comunicará.

Son efectos inmediatos de la prestación, el que la condena no será inscrita en los registros carcelarios, y quedar, sin embargo, a su cumplimiento el que disfrute del beneficio bajo el patronato de los comités de asistencia a los liberados.

En dicha sesión se aprobaron los tres primeros artículos del anteproyecto, el primero, en que se dice la duración y alcance de esta forma de cumplimiento, que se llamará prestación, su imposición por el tribunal de primera instancia o por el de apelación, su cumplimiento en establecimiento de detención realizando el trabajo que designe la administración penitenciaria; el segundo, que establece que la petición ha de dirigirse al tribunal que condenó, que debe intervenir en la determinación de cuándo empieza y termina la prestación; la suspensión de ejecución de la condena con la presentación de la petición de ser admitido a régimen de prestación.

DUPREET Jean: "Le traitement des détenus du chef d'infractions involontaires"; págs. 27 a 33.

El artículo es la comunicación dirigida por el Director general de Establecimientos Penitenciarios y de Defensa Social de Bélgica M. Dupreet al VIII Curso Internacional de Criminología, celebrado en Malinas en octubre de 1958, para explicar la creación en la prisión de dicha ciudad en octubre del año anterior de una sección especial para los autores de infracciones involuntarias y el tratamiento que en ellas se les da, justificando la especialidad la existencia de características comunes que permiten su agrupación a fines penitenciarios y, en vista de la defensa social, al representar estos reclusos el 4,5 por ciento de la total población penal.

Ingresarán en la sección los autores de sólo infracciones involuntarias condenados a penas superiores a dos meses. El rigor de la selección hizo que en once meses sólo ingresasen en ella 58 condenados, de los que sólo uno no lo fué por delito de circulación, sino por homicidio involuntario cometido en estado de embriaguez. De los 57, 9 eran menores de 25 años, 21 tenían de 21 a 35 años y 18 de 35 a 50 años, siendo la mayoría casados, lo que es muestra de sus características diferenciales, ya que el mayor porcentaje de delitos voluntarios se cometen por jóvenes de 16 a 25 años y por individuos solteros o divorciados.

En ellos no hay problema, o es mínimo, de readaptación lo que hace que el régimen que se les aplique sea distinto al de los demás; como la mayoría cometieron los delitos por su embriaguez hay que distinguir entre los alcohólicos fortuitos, sobre los que es de esperar que el tratamiento dé frutos inmediatos, y los crónicos, en el que sólo puede verse el resultado en el período postcarcelario de libertad condicional. El tiempo de prisión se distribuye así: once horas en su dormitorio y, después, en régimen de comunidad siete horas de trabajo en los talleres, dos de paseo al aire libre, dos de refectorio y dos de recreo en lugar cerrado, pudiendo conectar la radio, visitar la biblioteca y jugar a las damas y a las cartas, cosa que aquí no ha dado lugar a ningún incidente. Los escasos intelectuales reclusos

encuentran en la biblioteca y en algunas tareas de organización una ocupación adecuada.

FRANCHIMONT, Michel: "Le jeune adulte devant la loi pénale"; páginas 34 a 60.

El subtítulo del trabajo *Ensayos sobre el estado de la cuestión después del Congreso de Estocolmo de agosto de 1958* fija los límites de este artículo sobre tan amplia materia.

El dilatado trabajo termina con unas conclusiones que empieza recordando la frase de amargo humorismo del Fiscal General belga, de convenirse cada vez más de que los juristas en su alejamiento de los «adolescentes» son partidarios de reformas y de progresos, pero enemigos de todo cambio.

Esta adscripción de ciertos juristas conservadores a los postulados clásicos no siempre es un mal, sus críticas son, en definitiva, más útiles al desenvolvimiento del derecho que las alabanzas de labios para afuera de toda idea o institución nueva; en derecho penal existe un «conformismo del anti-conformismo» y cierto temor de quedar rezagados (de «Rater le dernier coche»); por ello los debates de la Sociedad General de Prisiones y de los de la Unión Belga Luxemburguesa de derecho penal se han caracterizado por lo constructivo de las intervenciones.

También por esto los trabajos de Estocolmo, de París y de Bruselas demuestran que ha cambiado el espíritu de lucha penalista. Para ellos, la justicia no es una abstracción que se escribe con mayúscula sino un vivo sentimiento en el fondo de su corazón, un esfuerzo de comprensión humana, una llama frágil amenazada por la rutina pero capaz de reavivar la confianza en la obra penal de mañana.

PENDRIAU, André: "Les récentes réformes législatives en matière pénitentiaire"; págs. 61 a 78.

Nadie mejor que este autor, en su doble condición de Magistrado y de Subdirector de la Administración Penitenciaria, podía hacer una exposición en esta materia.

Empieza recordando que el código de instrucción criminal contenía un capítulo relativo a la prisión que el Código de Procedimiento Penal que le ha sustituido sigue conteniendo, no habiéndose podido llegar, según él, a una ley especial que fuese un código de ejecución como los existentes en algunos países.

Después enumera las leyes y disposiciones que deroga la orden de 24 de diciembre de 1958, modificando y completando el código de procedimiento penal, que son más de una veintena, y los preceptos que la aparición de este novísimo código suprimió sin ser derogados expresamente, como el artículo 13 del Código Penal sobre la ejecución de los parricidas y otras muchas leyes referentes a la ejecución de penas.

Señala como sus principales innovaciones la adopción de sistema de prueba (arts. 738 a 747) y la creación del juez de aplicación de penas

(art. 721), consagrando, dice, con esta institución la política inaugurada en 1945 con la adopción de los principios de la reforma penitenciaria que encargaba a los magistrados el vigilar la ejecución de penas en diversos establecimientos y asumir la dirección de los comités de asistencia a los liberados.

Estudia, por último, la reforma que introduce el Código de Procedimiento Penal respecto a la clasificación de establecimientos penitenciarios, los modos de cumplirse la detención y la prisión, la libertad provisional y la prisión por deuda.

Termina con unas reflexiones, en las que dice que las recientes reformas son un logro y a la vez un punto de partida. Logro en cuanto se concibe tras de una primera quincena de años dotar a la Administración de Prisiones y a la asistencia postcarcelaria de espíritu y métodos que responden a las concepciones modernas, y por primera vez que un código sienta el principio de que los condenados deben ser clasificados según su personalidad, de que el régimen de prisiones debe estar encaminado a la enmienda de los condenados y a su readaptación social, y que no se consagre la vigilancia de la ejecución de las penas por un magistrado. Punto de partida en cuanto abre amplias perspectivas que extienden el ámbito y las técnicas penitenciarias

“Chronique étrangère”; págs. 103 a 122.

En esta sección: la Argentina corre a cargo de García Basalo y versa sobre *El establecimiento de detención de la ciudad de Buenos Aires* (páginas 103 a 105); la brasileña al de Caneppa y trata *Los establecimientos penitenciarios abiertos* (páginas 106 a 116); la holandesa la escribe Lamers sobre *La evolución de los establecimientos penitenciarios abiertos en los Países Bajos* (páginas 117 a 122).

HOURCQ, V.: “Les loisirs des détenus”; págs. 145 a 162.

Este trabajo, único de carácter doctrinal, que se contiene en la parte de la revista que es Boletín de Sociedades de Patronato de Francia, empieza señalando el triple aspecto que de descansar, divertirse y cultivarse tiene el tiempo dedicado a recreo, como problema general sobre el que habrá de estudiarse los efectos que ha de producir sobre los individuos confiados a la Administración penitenciaria, casi siempre por un período largo de tiempo, reunidos en establecimientos de numerosos reclusos y donde son primordiales las conveniencias de la seguridad y sobre los que ha de desarrollarse una actividad encaminada a lograr mediante el trabajo su readaptación social.

Después estudia los efectos de las diversas diversiones posibles de los detenidos, tanto en masa o masa coral, teatro, deportes, cine, conferencias, lecturas, jardinería y trabajos manuales.

Annales de la Faculté de Droit de Toulouse

Fascículos I y II. 1958

Contiene respectivamente ambos fascículos los trabajos llevados a cabo por los ponentes franceses y españoles en las jornadas tercera y cuarta, celebradas sucesivamente en Toulouse y Barcelona durante los años 1953 y 1957, de los que ya se dió oportuna cuenta. En el primero figura un estudio preliminar del Prof. Jean Dauvillier sobre «Origen e historia de los trajes universitarios franceses», así como las Ponencias de Badenes Gasset y Saint-Alary sobre «Los derechos del hombre sobre su propio cuerpo», de Cabrera y Boyer sobre «Las repercusiones de la seguridad social sobre las responsabilidades civiles», de Quintano Ripollés y R. Merle sobre «La evolución del Derecho penal moderno», de Ourliac sobre «Las costumbres meridionales y los fueros» (excusándose la Redacción por no publicar el trabajo del Prof. García Gallo, a causa de no haber llegado a tiempo el original), y de Legaz Lacambra y Guy Heraud sobre «La influencia de Kelsen».

En el segundo fascículo vuelven a ocuparse los mismos Ponentes y en igual orden sobre los temas de «Orientaciones modernas del derecho y la propiedad agraria», «Las incidencias de la seguridad social en el derecho de familia», «Consecuencias penales y civiles del delito de imprudencia» y «Crisis de los derechos locales y su supervivencia en la época moderna», esta vez, en el último de los temas, con la aportación de la Ponencia de García Gallo.

A. Q. R.

ITALIA

Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale

Enero-marzo. 1959

BOUZAT, P.: «Premiers aperçus sur le réformes pénales en France»; página 9.

En este artículo—escrito en lengua francesa—, el autor, Decano y Profesor de Derecho penal de la Universidad de Rennes y Secretario general de la Asociación Internacional de Derecho penal, da cuenta sintética de las importantes reformas recientemente operadas en Francia, en las materias de Procedimiento penal, Organización judicial, Derecho penitenciario, Derecho penal y Derecho de la infancia delincuente, merced a las especiales facilidades dadas para ello por la nueva Constitución de 1958 que confirió al Gobierno la facultad de legislar sin intervención parlamentaria. La más resonante de estas reformas es la promulgación del nuevo Código de Procedimiento penal, que bien merece estudio aparte.

En cuanto a la *organización judicial*, la idea dominante ha sido concentrar los tribunales en los grandes centros de población, ya que la dis-

persión de estos órganos jurisdiccionales, comprensible en la época de Napoleón I, en que fué dictado el primitivo Código de Instrucción Criminal, es inadecuada en los tiempos actuales, de ferrocarriles y motorización: Los crímenes siguen siendo juzgados por las Cortes de Assises en las capitales de departamento; los delitos—juzgados hasta ahora por los tribunales correccionales establecidos en la capitalidad de cada distrito («arrondissement») —serán también enjuiciados en la capital del respectivo departamento, en la que quedarán reagrupados los tribunales correccionales de la zona departamental; las contravenciones, sancionadas hasta ahora por los tribunales de simple policía, en cada cantón, serán enjuiciadas en lo sucesivo, en la sede de cada distrito, por los llamados tribunales de Policía, bajo cuyo nombre se han reagrupado los anteriores tribunales cantonales de simple policía.

Esta concentración de tribunales ha sido acompañada de importantes reformas concernientes al *estatuto de la Magistratura*, en el que se simplifican escalas, categorías y régimen de ascensos—con mayores concesiones al criterio de antigüedad—y se crea en París un «Instituto Nacional de Estudios judiciales»; si bien, desgraciadamente—dice el autor—nada se dispone para una especialización de jueces penales.

Las *atribuciones* de los diversos tribunales también han sido alteradas, especialmente en la cuantía de las multas imponibles.

En el ámbito *penitenciario* se ha atendido en mayor medida a la individualización y al tratamiento de los penados jóvenes y de los psicópatas, al régimen de semilibertad y vigilancia postcarcelaria y se instituye el *Juez de ejecución* de las penas.

En materia de *Derecho penal*, las novedades normativas afectan a la *retirada judicial del permiso para conducir automóviles*—anteriormente confiada a la autoridad administrativa—y a medidas concernientes a la *embriaguez* y al *alcoholismo*.

También se ha realizado un notable esfuerzo para la prevención de la *delincuencia juvenil*, mediante la ordenanza de 23 de diciembre de 1958, modificativa de la de 1945, básica en la materia, y por la de 5 de enero de 1959. En su conjunto, las últimas reformas procesales y penales francesas merecen al articulista juicio favorable.

MALINVERNI, A. Profesor extraordinario de Derecho penal en la Universidad de Cagliari: «Il rapporto di causalità ed il caso»; pág. 47.

El tema del nexo causal, monográficamente tratado por penalistas italianos contemporáneos de tanta autoridad como Antolisei, es aquí examinado por Malinverni en su especial relación con el caso fortuito, determinante, a veces, de responsabilidad penal en los supuestos de responsabilidad objetiva, bien que éstos vayan siendo cada vez más escasos en la actualidad y sustituidos por figuras culposas.

La pugna entre las contrapuestas teorías de la «conditio sine qua non», llamada también de la «equivalencia»; adoptada por parte de la doctrina germánica y por la prevalente jurisprudencia italiana de casación, y la de la «causalidad adecuada», parece resuelta en favor de la primera, más

bien que por el artículo 40 del Código penal (que se limita a afirmar genéricamente la necesidad del requisito causal, sin definirlo) por el 41, a propósito del concurso de causas.

Pese a la simpatía que al autor pueda inspirar la más moderna tesis de la «causalidad adecuada», no deja de reconocer el escaso apoyo que a esta teoría brinda el Derecho positivo italiano; no obstante, ensaya la posibilidad de abrirle paso, teniendo en cuenta que el Derecho no puede aceptar, sin más, conceptos de causalidad, válidos en Filosofía, sino que requiere construcciones autónomas:

La exhaustiva indagación de un concepto de causa extendida hasta el infinito, como conjunto de todas las condiciones necesarias y suficientes de un evento, es realmente imposible y está fuera del campo jurídico penal y de cualquiera otra disciplina que se proponga finalidades prácticas.

Por otra parte, así como alguna condición atípica o anómala (*«inverosimil»*) es el término preferido por Malinverni) puede resultar jurídicamente irrelevante para ser reconocida como causa o concausa de un evento, a la inversa, no podría negarse, a efectos penales, valor causal a determinados comportamientos tendentes a un resultado delictivo y verosimilmente aptos para producirlo—esto es, dotados de eficacia causal potencial—, aunque fueran carentes de éxito en el caso concreto; es el supuesto de los delitos intentados o imperfectos. Acaso piense el profesor de Cagliari—aunque sin expresarlo en estos mismos términos—que si el criterio de la adecuación vale, en contra del reo, para el conato criminal, también debe operar, en favor del reo—con efecto impositivo o discriminante—, en los eventos insólitos, constitutivos de consumación para la tesis clásica. Con lo que, también implícitamente, mantendrá en el terreno de la causalidad una postura unitaria, en vez de una opinable idea dualista que, admitiendo la doctrina común para las formas consumadas—en que la realidad ha evidenciado la eficacia causal del comportamiento—reserva la teoría de la adecuación o probabilidad para los grados imperfectos o preterintencionales, en que el evento pretendido ha de ser indagado a través de conjeturas o juicios de probabilidad o verosimilitud: «lo que era de esperar»; «lo que normalmente ocurre o comúnmente acaece en tales casos» (*«quod plurimumque fit»*).

El nervio del trabajo de Malinverni está, particularmente, en su consideración del caso fortuito y de la fuerza mayor; no como exclusión de la culpabilidad, según la opinión más extendida, sino como ruptura del nexo causal; tiene, conforme a este criterio, el caso naturaleza abjetiva y no subjetiva o atinente a la culpabilidad; incide sobre el nexo causal, excluyendo de él al agente, y puede verificarse en un momento anterior, coetáneo o posterior a la actividad del mismo.

En este mismo número de la Rivista—entre los comentarios a la jurisprudencia—se insertan una nota de BISCARETTI DI RUFFIA, sobre la *sentencia absolutaria para el Obispo de Prato*, dictada en 25 de octubre de 1958 por la Corte de Apelación de Florencia, revocatoria de la pronunciada por el Tribunal Penal (pág. 194) y otra de PISAPIA, titulada *«Adulterio artificiale?»*, a propósito de un fallo del Tribunal de Padua, de 15 de febrero

de 1959, en que, revocando el anterior absolutorio de la Pretura de la misma ciudad, estima que la fecundación artificial de la mujer, sin consentimiento de su marido, constituye adulterio (pág. 243).

Abril-junio, 1959

PETROCELLI, B.: "Norma penale e regolamento"; pág. 369.

El ilustre Magistrado y Profesor examina la auténtica naturaleza jurídico-penal que corresponde a los reglamentos que, por delegación o remisión de la ley, vienen a especificar y concretar las conductas sancionadas, más o menos en blanco, por el texto primitivo. Discrepando Petrocelli de la orientación jurisprudencial que declara que tales preceptos administrativos forman parte integrante de la norma penal a ellos alusiva—con la importante e inadmisibles consecuencia de ser irrelevantes como ignorancia o error jurídico-penales las inadvertencias que recayeran sobre la regulación administrativa en cuestión—y afirma, por su parte, que son meros presupuestos de hecho para la entrada en acción de la norma penal, pero no elemento de dicha norma. Con ello se impide—agrega—que puedan elevarse al rango de preceptos penales incluso mínimas disposiciones de carácter local.

SEMIANI BERNARDI, F.: "Retentore e reati fallimentari"; pág. 428.

Dedica el autor el presente artículo (destinado a los Escritos en memoria de Salvi) a la trascendencia penal que pueda revestir el hecho de que el acreedor asistido del privilegio de retención se niegue, en caso de quiebra de su deudor, a entregar o consignar en manos del curador de la quiebra la cosa sostenida. En resumen, cree Semiani que ello no constituye el delito de sustracción tipificado en el artículo 232 del Código, ni ningún otro, por estar amparado dicho acreedor por la causa de justificación de ejercicio de un derecho (art. 51 C. p.).

MANTOVANI F.: "La nuova disciplina penale nella lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui"; pág. 452.

Se exponen los rasgos generales de la Ley de 20 de febrero de 1958, núm. 75, sobre abolición de la reglamentación de la prostitución, en cuyo primer artículo se dispone la clausura de los meretricios, aportándose a continuación, en la parte central del texto, amplias y profundas modificaciones al Código penal, en cuanto a los delitos de lenocinio, explotación de prostitutas y conductas análogas, ya previstas en los artículos 531 a 536 y reformándose el tipo de impulsión al libertinaje, disciplinado anteriormente en el artículo 198 del Texto Unico de las leyes de Seguridad Pública (T. U. leggi P. S.). A las penas conminadas, se agrega la previsión de adecuadas medidas de seguridad. Analiza el autor, en minucioso esfuerzo hermenéutico, el contenido de la ley y, sin perjuicio de su conformidad con su sentido y esencia, apunta el temor de que algunas de sus normas puedan encerrar peligros de extensión arbitraria y excesiva, dada, entre otras, la generalidad de la fórmula del favorecimiento.

“Legislación”; pág. 493.

Bajo el título *La veste definitiva del Codice della strada*, se informa acerca de la Ley de 26 de abril de 1959, núm. 207, que modifica en algún punto el texto de dicho Código, promulgado por Decreto de 27 de octubre de 1958, núm. 956, y prevé su entrada en vigor para el 1 de julio de 1959.

ADOLFO DE MIGUEL GARCILÓPEZ

La Scuola Positiva. Rivista di Criminologia e Diritto Criminale.

Milano. Ed. Giuffré. IV serie, año I. Fasc. I, 1959

Con el presente cuaderno se reanuda la publicación de la *Scuola Positiva*, que a raíz de la muerte de F. Grispigni había dejado de ver la luz pública.

En Mantova, con motivo de la reunión en honor a Ferri, se lanzó la idea de no dejar en silencio Revista tan gloriosa. La buena acogida que obtuvo tal sugerencia hoy se concreta en el primer fascículo que presentamos.

Consta, en primer lugar, de una *promessa*, suscrita por el Consejo de dirección—profesores De Mársico, Altavilla, Nicéforo, Frosali, Santoro y Ranieri—, en la que se delinear, de modo esquemático, los principios informadores de la Revista.

Las colaboraciones son las siguientes:

DE MARISCO, Alfredo: “Sui rapporti fra psicopatía e Diritto penale”; páginas 5-31.

Una zona de gran incerteza científica es la comprendida entre las categorías de sujetos imputables e inimputables o semi-imputables. Y no sólo de gran incerteza, sino de gran confusión en orden a su correcta delimitación. Ello no es obstáculo, antes al contrario, para que exista el deber de precisar, en base a los resultados de la psicología y de la psiquiatría, lo que hay de cierto e incierto, perfilando los lindes de la imputabilidad.

El anterior planteamiento general y la contradicción evidente que ofrece el estado actual de la cuestión—de frente al simplismo de la Jurisprudencia, la complejidad entre los psiquiatras—, son los motivos que llevan al que fué profesor de la Universidad de Roma a confeccionar el presente trabajo.

En primer lugar expone, con acertado criterio, las bases en que se han venido fundando las legislaciones para definir la imputabilidad disminuida por vicio parcial de mente, que muestra, a su juicio, una gran desorientación.

De aquí, pues, que sea necesario tomar una posición de frente a lo que por psicopatía se entienda, antes de entrar en el estudio de la temática que ella ofrece en el Derecho penal. Ahora bien; el hecho de que usemos en el terreno jurídico los descubrimientos del saber biológico—dice De Mársico—, no nos hace olvidar que la norma penal contempla, por su finalidad

práctica, el mayor número de casos cualitativamente homogéneos, encuadrables en ella, y no casos diversos por defecto o por exceso.

A continuación lleva a cabo una breve historia de lo que por psicopatía se ha entendido, en base, principalmente, al pensamiento de Magnan, Kraepelin, Schneider, Kahn, Bleuler y Vallejo Nájera. A su juicio, en la tesis examinadas, son afirmados, de modo concorde, dos aspectos de la psicopatía, que a su vez son puestos en referencia con el resto, con vigoroso relieve: La perturbación de la afectividad, o esfera del sentimiento, y la dificultad de afirmar, así como la imposibilidad de negar, su conexión con dolencias que marquen el antecedente o ulterior desarrollo. Tras exponer las tesis de Karpmann—que señalara la ineficiencia de la explicación simplemente psicológica de las psicopatías y también de la constitucional, sosteniendo que la mayor parte de ellas entra en el cuadro de las *neurosis*—, y también la de Trillat, nos dice que el problema puede ser colocado en vías de solución si se busca la forma de fijar el concepto de enfermedad, ya que el binomio enfermedad-psicopatía no debe tomarse como antagónico. De Mársico acepta, de buen grado, la tesis de Cerletti en torno a la enfermedad mental. Concluye el razonamiento afirmando que existe una independencia del concepto de enfermedad y el sustrato anatómico-patológico, fundamentado su aserto a la vista del criterio de aquellos del mismo tipo.

El segundo punto que se debe precisar es lo que por efectividad se entiende. Opina De Mársico que es, en definitiva, la resonancia que la realidad extrínseca (inmaterial o material) y el interés de otro suscitan en nuestra sensibilidad. Tras exponer una serie de consecuencias, a deducir de la anterior formulación, llega a la de que la conexión entre alteraciones de la sensibilidad y alteraciones de la conciencia o de la voluntad, o de entrambas, es materia de afirmación no por su *ser* sino por su *grado*.

Después de haber criticado las posturas de Welzel y Maurach apunta de modo tajante: «Que la partición de la actividad psíquica en comportamientos estancos—intelecto, voluntad, sentimiento—de los cuales los dos primeros pueden ser de pertenencia del psiquiatra y no al tercero, es un error tanto desde el punto de vista naturalístico cuanto jurídico».

De todo ello—dice más adelante—podemos quizá extraer un fruto, preguntándonos si no existe un grupo de psicopatías que en atención al derecho positivo, nos denuncie la existencia de la enfermedad mental con influencia sobre la capacidad de entender y de querer. En esta misma línea de pensamiento es sumamente interesante su tesis en orden a los *complejos* como causas eliminadoras de la imputabilidad.

En base a los mismos criterios expone De Mársico problemas tan controvertidos como el de la «locura moral» y el de la influencia de las psicopatías sobre el proceso de motivación del delito y, en consecuencia, sobre la culpabilidad, así como en la variedad de la aplicación de la norma (estados emotivos y pasionales, acciones a corto circuito, causas putativas de justificación, agravantes, etc.), en atención al Código penal italiano.

En conclusión, cree que no es audaz formular que el tema de la imputabilidad no debe quedar amurallado entre las categorías de los imputables.

de los no imputables y de los semiimputables sobre la base de un concepto de enfermedad que excluya las psicopatías, mientras éstas tienen también en el Derecho positivo vigente un largo campo de influencia.

ALTAVILLA, Enrico: "Dolo, colpa e pericolosità del non imputabile"; páginas 31-507.

Completa el autor, con el presente artículo, su anterior estudio sobre el «elemento psicológico del delito del imputable y del no imputable», publicado en 1953, en la revista italiana de *Diritto penale*.

Arranca su meditación de la modificación sufrida a raíz de la vigencia del código Rocco. Eran tradicionales principios del código Zanardelli, que la imputabilidad debe subsistir, o no subsistir, o ser disminuida, en el «momento en el cual ha estado cometido el delito». Parecería, además, que siendo la punibilidad un elemento constitutivo del delito, el artículo 43, dándonos la noción del elemento psicológico entienda referirse a los sujetos *punibles*, o sea, *imputables*, considerando la imputabilidad como presupuesto del delito.

Ahora bien; con la redacción del código Rocco el problema varía. Se ha dado en él disciplina jurídica al «*fatto costitutivo reato*» cometido por el imputable, declarándolo punible (art. 1 y 85). Igualmente, al cometido por el inimputable, contra el que la sociedad hace surgir, en su defensa, las medidas de seguridad reguladas en el mismo código (art. 203).

De esta forma es unitaria la estructura del delito tanto para el imputable como para el que no lo es. Por ello, el artículo 85 habla de *fatto previsto dalla legge como reato* y de delito hablan los artículos 87 y 92, y el artículo 222 admite que un inimputable puede cometer un delito culposos u otro delito, esto es, doloso o preterintencional. También el artículo 224, referido al menor no imputable, repite la dicción del artículo 85 para los imputables, por cuanto se refiere a un *fatto previsto dalla legge como delito* y después diferencia el delito culposos de los «otros».

La importancia de esta precisión es lo que lleva al autor a confeccionar un estudio particularizado de la casuística que ofrece.

Cabe destacar los apartados dedicados al estado de inconciencia preordenado a la comisión del delito, en conexión con la vieja teoría de las *actiones liberae in causa*, así como, en general, los epígrafes dedicados a las diversas particularidades del elemento subjetivo en el delito del no imputable.

SANTORO, Arturo: "Il tabù retribuzionistico della pena"; págs. 50-58.

Constituye el presente artículo una interesante crítica de la postura sostenida por algunos autores, de gran relieve en Italia—Petrocelli y Bettiol—, y en especial, a la tesis que ellos mantienen sobre el fin y esencia de la pena.

Si bien se ha clausurado la llamada lucha de escuelas dentro del ámbito penal, el hecho de que algunos autores sigan aferrados a un concepto exclusivamente *retribucionistico* de la pena, nos da a entender, según Catoro, que la primera afirmación no es del todo exacta. Su contumacia en orden al concepto de la pena como talión y venganza, le hacen llevar a cabo una crítica que, en cierta medida, no deja de ser razonable.

Con base en una concepción de la función de la pena de carácter *polivalente*, en la que se asocia el intento retributivo con el de la prevención general y especial, critica el pensamiento de Petrocelli y Bettiol en torno al tema. Señala las contradicciones que en orden al escepticismo de la función reeducativa de la pena, han manifestado ambos autores. Santoro apoya su tesis no sólo desde el plano especulativo sino, como buen jurista, desde la propia realidad jurídico positiva.

FROSALI, Raoul A.: "Positivismo, e dogmatica giuridica penale"; páginas 58-65.

El propósito del autor es aclarar, o al menos contribuir a ello, uno de los puntos en que dos concepciones distintas de la ciencia penal discrepan, a la hora de una construcción general del Derecho penal: El positivismo criminológico y sus relaciones con la dogmática jurídico penal.

Expone el autor, con buen sentido, los peligros a que puede conducir un absoluto predominio del método técnico jurídico en el estudio del Derecho penal. Propugna por lo que se ha venido en llamar «fase jurídica del positivismo criminológico». Con ello se tiene en cuenta, de un lado, el estudio con método jurídico de las instituciones penales, y de otro, la contemplación sociológica, antropológica, etc., tanto del fenómeno delictivo como de su autor. De aquí que crea se hacen compatibles las exigencias de la lógica formal con el estudio de la personalidad del delincuente, dando vida a un «sano método unitario», que no debe confundirse con el hoy superado método unitario de la escuela alemana que floreció, especialmente, en la etapa nazi.

En definitiva, los positivistas se deben valer prevalentemente del método jurídico, o sea, tanto del *inductivo* cuanto del *deductivo*, pero el segundo deberá usarse sobre fundamentos obtenidos por inducción; de otra parte, la inducción se presentará, de modo prevalente, como inducción de conceptos, de institutos jurídicos.

RANIERI, Silvio: "Adulterio e fecondazione artificiale"; págs. 65-85.

¿En qué consiste el adulterio? ¿Cuándo se consuma? Estos son interrogantes abiertos para el jurista italiano, de modo especial, a la vista de la ambigua redacción del artículo 559 de su Código penal. En el presente artículo Ranieri, con buen criterio, los plantea como problemas previos al tratamiento del tema de la fecondación artificial como presunto modo de cometer el delito de adulterio.

El profesor de Bolonia parte de su argumentación, con un sereno estudio del problema de la antigua doctrina, con lo que nos pone de manifiesto su conocimiento del pensar clásico—valga el vocablo—penal. Se detiene, de modo especial, en el estudio del bien jurídico que tal delito ofende, y desde otra perspectiva, de si es la cópula u otros actos la que agota el tipo de adulterio. Tras su interesante pesquisa por la doctrina y legislación anterior, define el elemento material del delito como la «unión del cuerpo de la mujer con aquél de un hombre diverso del marido, verificado por medio de sus órganos sexuales».

Ahora bien, ¿se da este supuesto en la fecundación artificial de la mujer sin el consentimiento del marido y con semen diverso? ¿Se ofende con ello el vínculo matrimonial y el orden de la familia, como hace el adulterio? Ranieri lo niega, en base a reflexiones que proceden no sólo de supuestos técnicos, sino, incluso, de la propia naturaleza de la mujer y que han de tener de suyo interés a la hora de la construcción penal de la figura en cuestión. Por último, apunta, que si bien la mujer ofende con su conducta al contrato matrimonial, no cabe encajarla en la figura penal del adulterio.

DI TULLIO, Benigno: "Sulle reazioni abnormi e sugli sviluppi psicopatologici di maggiore interesse nel campo criminologico"; págs. 85-109.

Tras unas páginas de las que señala cómo la diagnosis diferencial entre el acto criminoso como expresión de una normal capacidad de entender y de querer, y el acto criminoso como expresión de un estado de anomalía o de una enfermedad que excluya o atenúe grandemente tal capacidad, representan el problema central de la criminología clínica y de la psicopatología forense. Este problema, erizado de dificultades, solo puede resolverse con un profundo conocimiento de los varios problemas psicológicos, psicopatológicos y psiquiátricos, que son la base de los problemas criminológicos. Por consiguiente, sólo a través de una serie de formación criminológica pueden abordarse so pena, en caso contrario, de abocar al fracaso. Lleva a cabo, en posteriores páginas, un estudio sobre los principales tipos de reacciones y desarrollos anormales, como depresiones reactivas, reacciones primitivas, de conversión, histéricas, etc., con lo que nos muestra su excelente preparación criminológica, que pudimos comprobar en las interesantes lecciones dictadas en su cátedra de Antropología Criminal de la Universidad de Roma, por si no fueran bastantes sus innumerables publicaciones, confeccionadas con un material de investigación de primera mano.

Consta también el presente número de notas a sentencias a cargo de los profesores Altavilla y Guarneri, así como de secciones dedicadas a la crónica legislativa y bibliográfica.

MANUEL COBO

S U I Z A

Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique

Enero-marzo, 1959

LOPEZ-REY, Manuel: "La prévention et le traitement de la delinquance juvénile"; pág. 3.

Sobre la base de las tendencias dominantes en el campo de la delincuencia juvenil que seguidamente reseñaremos levanta el profesor López-Rey, Jefe de la Sección de Defensa social de las Naciones Unidas, con in-

dudable maestría, el cúmulo de consideraciones y argumentos que vienen a constituir el núcleo de su trabajo. Las tendencias internacionales a que acabamos de hacer mención son las siguientes: 1) Identificación progresiva de la delincuencia con otras formas de compartimiento y, especialmente, con la inadaptación. 2) Aumento progresivo del límite superior de edad en los delincuentes juveniles. 3) Creencia, muy extendida, en que la intensificación de los programas de política y prevención social constituye, por sí misma, el más adecuado medio para la prevención de la delincuencia juvenil. 4) Acentuación de la intervención de los Tribunales de menores e instituciones de prevención social en la vida individual y familiar.

Estudia el autor, especialmente, las dos primeras tendencias reseñadas: En orden a la identificación de la delincuencia juvenil con otras formas de comportamiento, especialmente, la inadaptación, va trazando el cuadro completo de las causas que han conducido a este extremo, a la par que refuta la teoría dominante y, en diversos apartados—heterogeneidad del término, exigencias—examina hasta qué punto esta generalización exagerada puede ser útil, luego de someterla a la necesaria corrección, porque—dice—nada se gana en la prevención del delito y tratamiento de la delincuencia juvenil, utilizando un término tan vago como el de «inadaptación». Como final de su estudio sienta el autor las siguientes conclusiones: a) como término la inadaptación no rinde buenos resultados dada la arbitrariedad de su significación; b) todo el mundo es, en última instancia, más o menos inadaptados; c) comportamiento antisocial e inadaptación no son términos equivalentes; d) para la inadaptación el concepto funcional dominante es el resultado de una concepción orgánica de la vida, resultado, a su vez, de una concepción netamente materialista; e) la delincuencia no es la expresión de una desorganización social, sino, más bien, el reflejo fiel de la estructura, de las características y de las aspiraciones de una sociedad concreta.

En lo que se refiere al aumento del límite superior de edad, el profesor López-Rey critica cuidadosamente los argumentos que de antiguo se citan a favor de esta tendencia: a) arbitrariedad de las definiciones legales sobre delincuencia juvenil; b) falta de madurez por debajo de cierta edad; c) los menores viven dentro de un mundo propio; d) es la personalidad del menor, no la naturaleza del acto cometido por él, lo que debe ser tenido en consideración.

Refuerza el autor su afirmaciones con algunas consideraciones demográficas de gran interés.

Por último, termina el trabajo con una serie de conclusiones o consideraciones que engloban, dentro de la tendencia del autor, las razones expuestas a lo largo del mismo. El artículo viene acompañado de un anexo sobre delincuencia juvenil.

PAILLARD, René: "La témoignage de l'enfant et de l'adolescent"; pág. 16.

Pone de relieve en este artículo el abogado Paillard la innegable importancia y transcendencia del testimonio de niños y adolescentes, insistiendo en la conveniencia de revisar el procedimiento a fin de ponerlo al nivel

de dichos niños y adolescentes, cuyos testimonios pueden ser perfectamente útiles siempre que se conozca y, por tanto, se valore debidamente la psicología de los menores.

Después de discurrir sobre la esencia misma del testimonio, afirma que el error sobre uno o varios puntos no debe nunca producir como resultado que desechemos el todo de la declaración o testimonio. Es necesario dar a los menores la oportunidad de mudar de parecer, de rectificar sin que sientan en su fuero interno dañado su orgullo; cosa perfectamente posible si se les sabe comprender.

El testimonio de un niño, de un menor, tiene un valor, no general, sino específico, siendo su personalidad particular la que determina, en cada caso, este valor que no es consecuentemente fijo, sino variable. El conocimiento de esta personalidad implica un estudio sobre la misma; no es bastante la opinión de los padres, los cuales suelen ser malos conocedores de sus hijos. Llevados de sus sentimientos tienden a exagerar los defectos y las virtudes, pasando por alto algunos puntos esenciales que no desean poner de manifiesto. Afirma el autor que dicha personalidad debe ser objeto de un examen médico-psicológico que revele del modo más preciso que sea posible la medida de afectividad, de interés, de sinceridad. Es necesario—prosigue—ponerse al nivel del joven testigo, considerar sus medios, sus posibilidades, antes de tomar en consideración su testimonio.

Seguidamente expone sus ideas sobre los medios que han de ser puestos a disposición del informador para que pueda valorar debidamente las declaraciones de menores con base en su personalidad. El valor del testimonio del menor—continúa—no debería depender de la fijación de una edad legal; a lo más podría admitirse la exclusión del testimonio de niños cuyos actos no pueden, todavía, ser sometidos a consecuencias legales.

Termina este trabajo poniendo de manifiesto el autor la oposición que sus ideas han de suscitar e insistiendo en que sobre las reglas comúnmente admitidas de garantías procesales se encuentra un principio superior: la salvaguardia de los intereses del niño y del adolescente. Confiando en que sus ideas contribuyan a resolver el problema, ofrece como dato práctico la legislación del Estado de Israel. Viene acompañado el artículo de una documentada nota bibliográfica.

GRAVEN, Jean: “Le tatouage et sa signification criminologique”; pág. 26.

Se inserta en este número de la Revista internacional de Criminología y Policía técnica la primera parte del trabajo del profesor Graven bajo el título *Le tatouage en général*. Desarrolla el tema el prestigioso Decano de la Facultad de Derecho de Ginebra, dividiendo su estudio en varios apartados que facilitan la exposición del todo por medio de consideraciones parciales que cumplen función de ángulos de perspectiva.

Comienza, pues, con un tema de gran valor humano y criminológico, tratando de la asimilación del criminal al salvaje y precisando cuidadosamente las ideas de Lombroso al respecto. Llega el autor a profundizar en la significación del tatuaje hasta poner de manifiesto su significación hon-

da cargada de sentidos, para fijar lo que pueda haber de cierto en las afirmaciones de Lombroso, a fin de matizarlas.

Trata, seguidamente, del tatuaje entre los marinos y soldados, investigando si existe en ellos una tendencia atávica o puramente ocasional. De igual modo va estudiando la significación del tatuaje en las mujeres—con sus derivados de estimulante estético—el tatuaje entre los niños—precocidad criminal según Lombroso—y el tatuaje religioso y terapéutico, resaltando que el tatuaje religioso viene a ser una prueba, un testimonio de amor.

Considera luego el llamado contagio y circunstancias del tatuaje, examinando detenidamente las razones por las cuales en un cierto medio el tatuaje llega a alcanzar gran difusión. Lacassagne afirma haber visto en la prisión de Mléjad a dos detenidos que por imitar a sus compañeros se habían tatuado en el brazo la divisa «Pas de chance». En este dominio es innegable la influencia del medio, pero entiende el profesor Graven que si bien no cabe afirmar como hacia Lombroso la existencia de atavismo en los que se tatúan, tampoco es prudente seguir la tesis de Baer, afirmando con él que el tatuaje se propaga de la manera más simple, exclusivamente por las circunstancias sociales e individuales de la población penal. No es exacto—afirma—asimilar el criminal al salvaje, ni el tatuado al criminal, pero es absurdo negar al tatuaje toda importancia desde el punto de vista de la criminología.

Se insertan a continuación dos artículos—*La guerre des violons* y *La balistique d'effets dans les blessures par armes à feu*—debidos a las plumas de I. D. Lifschitz y E. Lapagesse que versan sobre temas especiales de inaudable interés para los técnicos.

Seguidamente, J. Mathyer publica unas documentadas notas de policía científica.

Además de los artículos anteriores, encontramos en el presente número las habituales notas bibliográficas y de información y, bajo el título *Echós et variétés*, la crónica de narraciones policíacas, la sección *A travers le monde*, de D. Poncet y A. Widmer, y, finalmente, una nota con el nombre de los autores de los artículos publicados por la revista en el volumen XII (1958) de la misma.

NOTICIARIO

IN MEMORIAM

El Padre Agostino Gemelli

El 15 de julio último murió en Milán el P. Agostino Gemelli. Nació en dicha ciudad en 1880, empezó sus estudios de Medicina en la Universidad de Pavía, doctorándose en 1902. En 1903, ingresa en la Orden franciscana y continúa sus estudios en Bonn, Francfort, Munich, Viena, Amsterdam, Colonia, Lovaina y Mannheim. Recibió el sacerdocio en 1908.

Era Rector de la Universidad Católica del Sagrado Corazón de Milán, que él había fundado en 1921, en la que dictaba la cátedra de Psicología y dirigía el Laboratorio de Psicología clínica, dependiente de ella, Presidente de la Academia Pontificia de Ciencias del Vaticano, Miembro del Consejo de Educación Pública de Italia, de la Academia de los Licei de Roma, de las sociedades de Anatomía y Fisiología de París y de Ciencias Naturales de Milán. Fué Profesor honorario de Psicología en la Universidad de Pavía y docente de Psicología Experimental en la de Turín, doctor *honoris causa* de varias universidades y había sido objeto de distinciones y varias veces condecorado por los gobiernos de diversas naciones.

No limitó su actividad a esta intensa labor docente y académica, aún encontró tiempo para una ingente labor de investigación y publicidad, que empieza en 1908 con la aparición de «Le dotrine moderne de la delinquenza» y tras de cerca de cien obras más termina con su vida, cuando preparaba la tercera edición de «La personalitá del delinquente nei juri fundamenti biologici e psicologici», que creo fué la fundamental, y de la que al aparecer la segunda edición hizo el profesor Pérez Vitoria una extensa reseñación en este Anuario (tomo I, fasc. III). Funda en 1914, la Revista «Vita e pensiero», que dirigió y en la que colaboró, y, posteriormente también, para dirigirlas y colaborar en ellas la «Rivista de Filosofia neoescolástica», y la titulada «Archivo de Psicología, Neurología y Psiquiatría», da conferencias y cursillos y acude a congresos en una incansable actividad.

En España da un ciclo de conferencias en 1923, en la Universidad de Barcelona, sobre «Los problemas de la Filosofía y de la Ciencia», en 1955, una sobre el tema «¿Por qué soy psicoanalista?», en el Salón del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, cuya medalla se le impone entonces, así como la Gran Cruz de Alfonso X el Sabio. En 1957 asiste al VII Congreso Católico Internacional de Psicoterapia y Psicología Clínica, que se celebra en Madrid. De sus obras han sido traducidas al castellano: «Psicología experimental», «Psicología de la edad evolutiva», «El psicoanálisis en la actualidad y otras de tema religioso y aun político.

El ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES une su duelo al de Italia y al de la entera cristiandad, por la pluma del que por razones de afecto y devoción a su docencia reclamó el triste honor de expresarlo, aun sabiéndose el más modesto de sus colaboradores.

IV CONGRESO INTERNACIONAL DE CRIMINOLOGÍA

TEMAS DE ESTUDIO DEL CONGRESO

Los aspectos psicopatológicos de la conducta criminal

(La Haya. 5-12 septiembre 1960.)

Conferencias: Presidente: Sr. Sellin (Estados Unidos)

Primera conferencia: «Medicina mental y práctica criminal», Sr Zilboorg (Estados Unidos).—Segunda conferencia: «Derecho Penal y delincuentes mentalmente anormales», Sr. Mannheim (Gran Bretaña).—Tercera conferencia: «Los datos criminológicos sobre los delincuentes mentalmente anormales», Sr de Greeff (Bélgica).—Cuarta conferencia: «La integración en la política criminal de los datos criminológicos sobre los delincuentes mentalmente anormales», Sr. van Bemmelen (Holanda).

SECCIONES

Primera sección: «Métodos de examen y de tratamiento». Presidente: Sr. Cornill (Bélgica).

Informadores generales: 1. «Métodos médico-psicológicos», Sr. Deniker (Francia).—2. «Métodos sociológicos», Sr. Christiansen (Dinamarca).—3. «Medicina Legal y Policía científica», Sr. Thélin (Suiza).—4. «Penología», Sr. Marnell (Suecia).

Segunda sección: «Temas especiales». Presidente: Sr. Ribeiro (Brasil).

Informadores generales: 1. «Epilepsia», Sr...—2. «Delitos sexuales», Sr. Tappan (Estados Unidos).—3. «Robos en los grandes almacenes», Sr. Gibbens (Gran Bretaña).—4. «La edad y la anormalidad mental», Sr...

Tercera sección: «Investigación científica». Presidente: Sr. Pompe (Holanda).

Informadores generales: 1. «¿Cuál es el estado actual de las investigaciones relacionadas con la personalidad del delincuente mentalmente anormal?», Sr. Maillioux (Canadá).—2. «¿Cuál es el estado actual de las investigaciones relacionadas con la posibilidad de considerar el cuidado de los anormales sin privarlos de su sentimiento de responsabilidad?», Sr. Versele (Bélgica).

SEGUNDO CONGRESO DE LAS NACIONES SOBRE PREVENCIÓN DEL DELITO Y TRATAMIENTO DEL DELINCUENTE

1. *Antecedentes.*

En su resolución 415 (V) del 1.º de diciembre de 1950, la Asamblea General de las Naciones Unidas dispuso que se convocara cada cinco años un Congreso Internacional sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente. El primer Congreso de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y tratamiento del delincuente se celebró en el Palacio de las Naciones de Ginebra, del 22 de agosto al 3 de septiembre de 1955.

II. Fecha y lugar.

El segundo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente se celebrará en Church House y Carlton House, Londres, del 8 al 20 de agosto de 1960, por invitación oficial del Gobierno del Reino Unido.

III. Participantes.

El Congreso comprenderá participantes de tres categorías:

1) Miembros, designados oficialmente por sus gobiernos, expertos en materia de prevención del delito y tratamiento del delincuente y con conocimientos o experiencia especializados en los temas de estudio que figuran en el programa del Congreso.

2) Representantes de los organismos especializados y de las organizaciones no gubernamentales que se interesan por las cuestiones de defensa social o se ocupan de las mismas.

3) Participantes a título personal que estén directamente interesados en la prevención del delito y el tratamiento del delincuente, tales como funcionarios de policía, funcionarios de establecimientos penales o de instituciones para delincuentes menores, funcionarios de la administración de justicia, trabajadores sociales, el personal docente de las universidades, miembros de los colegios de abogados, etc.

Entre los participantes figurarán también los expertos o representantes de organizaciones no gubernamentales que se hayan distinguido por sus trabajos científicos en materia de prevención del delito y tratamiento del delincuente que sean invitados a asistir al Congreso por el Secretario General de las Naciones Unidas.

Las Naciones Unidas no sufragarán los gastos de los participantes.

IV. Programa.

Después de considerar las recomendaciones del Comité Asesor Especial de Expertos en materia de prevención del delito y tratamiento del delincuente, así como las propuestas del Secretario General, la Comisión de Asuntos Sociales, en su duodécimo período de sesiones aprobó el programa del Congreso, que comprende los temas siguientes:

1) Nuevos tipos de delincuencia de menores: su origen, prevención y tratamiento;

2) Servicios especiales de policía para la prevención de la delincuencia de menores;

3) Prevención de los tipos de delincuencia que son consecuencia de los cambios sociales y del desarrollo económico en los países poco desarrollados;

4) Penas privativas de libertad de corta duración;

5) Tratamiento anterior a la excarcelación y asistencia postinstitucional; ayuda a la personas que están a cargo de los reclusos;

6) Integración del trabajo en las prisiones con la economía nacional, inclusive en lo que respecta a la remuneración de los reclusos.

Para examinar estos temas, el Congreso se dividirá en dos secciones principales y, si hace falta, se establecerán varios grupos de trabajo. Tam-

bién se organizarán conferencias sobre temas que estén estrechamente relacionados con los del programa; las conferencias irán seguidas de discusiones de mesa redonda.

Se prevé que el Congreso celebrará unas seis sesiones plenarias, en el curso de las cuales examinará los informes de las Secciones. Las recomendaciones o conclusiones del Congreso serán comunicadas al Secretario General y, si fuere necesario, a los órganos de las Naciones Unidas encargados de establecer principios generales de acción.

Los idiomas oficiales del Congreso serán el español, el francés y el inglés. En todas las sesiones de las Secciones y en todas las sesiones plenarias se contará con interpretación simultánea en esos tres idiomas.

El programa del Congreso comprenderá además otras actividades conexas, tales como una exposición, visitas a instituciones, exhibición de películas cinematográficas, etc.

V. *Documentación.*

La Secretaría presentará al Congreso un informe general sobre cada tema del programa, que será preparado por un relator nombrado al efecto. Además, la Secretaría preparará y presentará declaraciones sobre cada uno de los temas del programa en las que darán a conocer determinados puntos de vista y se plantearán una serie de cuestiones para que las estudie el Congreso. Varios organismos especializados y organizaciones no gubernamentales también presentarán documentos sobre diversos temas del programa para información del Congreso.

Se tiene el propósito de distribuir la documentación con suficiente anticipación, a fin de permitir una preparación a fondo para los trabajos del Congreso.

Los participantes sólo recibirán un juego de documentos; los que se les envíen antes del Congreso no volverán a distribuirse en Londres.

VI. *Inscripción.*

Las personas interesadas en asistir al Congreso deberán pedir una tarjeta de inscripción al Jefe de la Sección de Defensa Social, Sede de las Naciones Unidas, Nueva York. Las solicitudes deberán presentarse el 29 de febrero de 1960 a más tardar. La inscripción será gratuita.

PREPARACION DEL VIII CONGRESO DE LA ASOCIACION INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL

En contra de las primeras impresiones que habían previsto un tema único para el próximo octavo Congreso Internacional de la AIPD, la última reunión de su Consejo directivo ha decidido seguir las pautas tradicionales de plural temática. A estos efectos se han fijado como materias a tratar: *Primera cuestión: La culpa (imprudencia)*, que era la originariamente pensada como única; *Segunda cuestión: Técnica del juicio*; *Tercera cuestión: Publicidad de los procedimientos penales*; *Cuarta cuestión: La aplicación de la ley penal extranjera por el juez nacional*. No designados

aún en firme los Ponentes generales, si se han elegido los encargados de comentar los referidos cuestionarios, habiéndolo sido, respectivamente, los penalistas Cornill (Bélgica), Ancel (Francia), Herzog (Francia) y Van Bem-melen (Holanda), comentarios de cuya centralización y difusión será encargado el Secretario General adjunto Herzog. Para la ulterior preparación del certamen se han previsto cuatro reuniones previas en Italia, Francia (París o Estrasburgo), Venezuela y Alemania (Friburgo Br.). Desde luego, se mantiene como lugar de celebración del VIII Congreso Lisboa en el otoño de 1961, acogándose la invitación hecha en nombre del Gobierno portugués por el Decano Bezeza dos Santos. Pese a tan relativamente lejana fecha, las comunicaciones individuales han de ser dirigidas antes del 15 de octubre de 1959 al Secretario General Pierre Bouzat, 43 Avenue Aristides Briand, Rennes (Francia). Se ha previsto, como de costumbre, la publicación de las comunicaciones en la «Revue Internationale de Droit pénal». La lengua oficial del Congreso, como la de la Asociación, sigue siendo la francesa, en lo que afecta a la publicación de las actas.

INDICE GENERAL

Fascículo II

Páginas

SECCION DOCTRINAL

La protección de la personalidad en el orden criminal, por EUGENIO CUELLO CALÓN	247
Proyectos de Tribunal Penal Internacional, por FEDERICO CASTEJÓN ...	255
El artículo 3.º de la Ley penal del automóvil en la Jurisprudencia, por FERNANDO ALAMILLO CANILLAS	305

SECCION LEGISLATIVA

Ley de Orden Público de 30 de julio	345
--	-----

SECCION DE JURISPRUDENCIA

De la responsabilidad médica, por JUAN DEL ROSAL	365
Jurisprudencia penal correspondiente al primer cuatrimestre de 1958, por JOSÉ M.ª GONZÁLEZ SERRANO	373

CRONICAS EXTRANJERAS

El juez de aplicación de las penas en Francia, por ALBERTO LAGUÑA ARRAZÓLA	389
Aspectos generales de la declaración de Delhi, por JOSÉ M.ª MARTÍNEZ VAL	398

REVISTA DE LIBROS

ANCEL, Marc; con la colaboración de MARX, Ivonne: "Les Codes Pénaux Européens", por Eugenio Cuello Calón	405
ANTOLISEI, Francesco: "Manuale di Diritto Penale.—Leggi complementari", por Manuel Cobo	408
BERSEZIO, Vittorio: "Il problema della delinquenza minorile nella legislazione dei paesi civili ed in relazione all'O. N. U.", por Domingo Teruel Carralero	410
CAMBRIDGE DEPARTMENT OF CRIMINAL SCIENCE: "The results of probation", por José Sánchez Osés	411
CLARK, ANN. M. & CLARKE, A. D. B.: "Mental deficiency", por José Sánchez Osés	412
CLEMMER, Donald: "The prison community", por José Sánchez Osés ...	413
GILES, F. T.: "Children and the Law", por José Sánchez Osés	415
HENTIG, Hans von: "Zur Psychologie der Einzeidelikte. I. Diebstahl. Einbruch. Raub", por José M.ª Rodríguez Devesa	417
HENTIG, Hans von: "Zur Psychologie der Einzeidelikte. II. Der Mord.", por José M.ª Rodríguez Devesa	418
CUELLO CALÓN, Eugenio: "Introduction au Droit criminel de l'Angleterre" MESSINA, Salvatore: "Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Roma", por Manuel Cobo	420
	426

O'SULLIVAN, Richard y BROWN, Roland: "The Law of defamation", por José Sánchez Osés	427
PÉREZ ARGILES, Valentín: "Homosexualidad", por Domingo Teruel Carralero	428
PHILP, H. L.: "Jung and the Problem of Evil", por José Sánchez Osés.	430
PIRODDI Antonio: "L'errore di fatto nel Diritto Penale", por Gonzalo Rodríguez Mourullo	430
ROSAL, Juan del: "La humanitas en el mensaje de S. S. Pío XII al IV Congreso Internacional de Derecho Penal", por José M. ^a Navarrete ...	432
ROSAL, Juan del: "Sulla imputabilità", por José M. ^a Navarrete	433
ROSS, Alf: "On law and justice", por José Sánchez Osés	434
STRATENWERTH, Günter: "Verantwortung und Gehorsam. Zur strafrechtlichen Wertung hoheitlich gegotenen Handelns", por José M. ^a Navarrete	435

REVISTA DE REVISTAS

Alemania

ZEITSCHIFT FÜR DIE GESAMTE STRAFRECHTSSIWISSENSCHAFT.—Heft, 4. 1958, por Antonio Quintano Ripollés	443
---	-----

España

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR.—Enero-junio, 1959, por Domingo Teruel Carralero	447
INFORMACION JURIDICA.—Enero-febrero, 1959, por Domingo Teruel Carralero	449

Francia

REVISTA INTERNACIONAL DE POLICIA CRIMINAL.—Febrero-marzo, abril, 1959, por Diego Mosquete	449
REVUE INTERNATIONALE DE DROIT PENAL, I, II, III y IV.—Trimestres 1958, por Antonio Quintano Ripollés	451
REVUE PENITENTIAIRE ET DE DROIT PENAL.—Enero-mayo, 1959, por Domingo Teruel Carralero	452
ANNALES DE LA FACULTE DE DROIT DE TOULOUSE.—Fascículos I y II, 1958, por Antonio Quintano Ripollés	456

Italia

RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE.—Enero-marzo, abril-junio, 1959, por Adolfo de Miguel Garcilópez ...	456
LA SCUOLA POSITIVA. RIVISTA DI CRIMINOLOGIA E DIRITTO CRIMINALE.—Fascículo I, 1959, por Manuel Cobo	460

Suiza

REVUE INTERNATIONALE DE CRIMINOLOGIE ET DE POLICE TECHNIQUE.—Enero-marzo, 1959, por Joaquín Morales	464
NOTICARIO	471

Devesa; HENTIG, Hans von: Zur Psychologie der Einzeldelikte. II. Der Mord, por José M.^o Rodríguez Devesa; "Introduction au Droit criminel de l'Angleterre", por Eugenio Cuello Calón; MESINA, Salvatore: "Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Roma", por Manuel Cobo; O'SULLIVAN, Richard, y BROWN, Roland: "The Law of defamation", por José Sánchez Osés; PÉREZ ARGILES, Valentín: "Homosexualidad", por Domingo Teruel Carralero; PHILP, H. L.: Jung and the Problem of Evil", por José Sánchez Osés; PIRODDI, Antonio: "L'errore di fatto nel Diritto Penale", por Gonzalo Rodríguez Mourullo; ROSAL, Juan del: "La humanitas en el mensaje de S. S. Pio XII al VI Congreso Internacional de Derecho Penal", por José M.^o Navarrete; ROSAL, Juan del: "Sulla imputabilità", por José M.^o Navarrete; ROSS, Alf: "On law and justice", por José Sánchez Osés; STRATENWERTH, Günter. "Verantwortung und Gehorsam. Zur strafrechtlichen Wertung hoheitlich gebotenen Handelns", por José M.^o Navarrete.

Revista de Revistas 443

Alemania: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Heft 4, 1958, por Antonio Quintano Ripollés. España: *Revista Española de Derecho Militar*, enero-junio 1959, por Domingo Teruel Carralero; *Información Jurídica*, enero-febrero 1959, por Domingo Teruel Carralero. Francia: *Revista Internacional de Policía Criminal*, febrero, marzo, abril 1959, por Diego Mosquete; *Revue Internationale de Droit Penal*, I, II, III y IV trimestres 1958, por Antonio Quintano Ripollés; *Revue Penitentiaire et de Droit Penal*, enero-mayo 1959, por Domingo Teruel Carralero; *Annales de la Faculté de Droit de Toulouse*, fascículos I y II, 1958, por Antonio Quintano Ripollés. Italia: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, enero-marzo, abril-junio 1959, por Adolfo de Miguel Garcilópez; *Le Scuola Positiva. Rivista di Criminologia e Diritto Criminale*, fasc. I, 1959, por Manuel Cobo. Suiza: *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique*, enero-marzo 1959, por Joaquin Morales.

Noticario 471

