

por las que debe atravesar en la siempre buscada necesidad de reintegrarlo a la sociedad implica bosquejar el tratamiento a dispensar labor por demás fundamental.

Siguen las "Secciones" dedicadas a: Congresos y Reuniones internacionales, Legislación extranjera, Legislación nacional, Legislación provincial, Técnica penitenciaria, Jurisprudencia nacional, Documentos judiciales, Resoluciones oficiales, Nuestros establecimientos, Panorama carcelario, Noticias y comentarios y análisis de libros y revistas formando en total la Revista un grueso volumen que consta de 532 páginas.

CÉSAR CAMARGO HERNÁNDEZ

BELGICA

Revue de Droit Pénal et de Criminologie

Octubre, 1957

VERHAEGEN, Jacques: «Les impasses du Droit International pénal».

Señala el autor la contradicción existente entre las formulaciones abstractas del Derecho Internacional Penal y la realidad política y militar que sirve de base fáctica a estas formulaciones. Estas contradicciones son de tal índole que supone, prácticamente, la condenación del Derecho Internacional Penal como disciplina jurídica. Para demostrar esta tesis, el autor pasa a examinar algunos conceptos jurídico-penales básicos, tanto desde el punto de vista jurídico como militar. Empieza, de este modo, analizando el concepto de obediencia legítima. La solución del Derecho Internacional Penal, que no acepta el carácter de eximente de la obediencia legítima, choca con la realidad militar que necesita de un concepto muy estricto de la disciplina. Pero es que, al mismo tiempo, la no aceptación de esta eximente presupone la idea de que el crimen de guerra es fácilmente reconocible y que, en consecuencia, el soldado no ha de experimentar duda alguna a la hora de oponerse a una orden dada por su superior que él juzgue, sobre el terreno, como contraria al Derecho Internacional Penal. Pero esta suposición no tiene una base real puesto que la educación del soldado se basa en el máximo desarrollo de su instinto de matar y de destruir y la acción guerrera no es, precisamente, la más idónea para dar lugar a la tranquilidad de ánimo suficiente para una recta valoración jurídico-penal de la orden jerárquica. A lo cual hay que añadir, por otro lado, que esta valoración no viene facilitada, ni mucho menos, por la imprecisión de las definiciones jurídicas de las Convenciones de La Haya y Ginebra.

Estudia, en segundo lugar, el concepto de estado de necesidad. Desde un punto de vista jurídico, el concepto de estado de necesidad no es aplicable al derecho de guerra porque no hay un criterio válido para definirlo, pues este criterio, o bien expresa el interés exclusivo de una de las partes

beligerantes—lo cual significa el predominio de un interés particular sobre el interés general—o bien convierte a la simple conveniencia militar en módulo definidor del concepto, lo cual significa—como dice el Prof. de Vischer... caer en el más absoluto y arbitrario subjetivismo. El estado de necesidad significa, entonces, una justificación de la inaplicación de un derecho que, como el de guerra, ya está limitado por la necesaria concesión doctrinal y dogmática a la «necesidad nacida de la guerra misma», es decir, de la acción bélica. Desde el punto de vista militar, la objeción fundamental proviene de la siguiente cuestión: Si la guerra está, por esencia, fuera del derecho mismo y el combatiente está obligado a obtener la victoria como sea, ¿cómo se le puede exigir que deje de perseguir esta misma victoria que le justifica, para respetar un principio jurídico abstracto, cuando no contrario a la causa que él defiende?

En un tercer apartado estudia el error y la coacción en el derecho de guerra. Desde el punto de vista jurídico hay que decir que los conceptos de error y coacción se fundamentan sobre el criterio de la responsabilidad individual, criterio que no tiene aplicación en el caso de una guerra donde el libre albedrío y el claro discernimiento no están nunca asegurados. Si el Derecho Internacional Penal admite, pues, estas dos eximentes se condena a sí mismo a la impotencia. Desde el punto de vista militar la conducta legal e ilegal no están nunca claramente separadas, en situación de guerra. El soldado, para actuar satisfactoriamente como tal, tiene necesidad de apelar a una serie de mecanismos psicológicos que tienen por efecto anular buena parte de su personalidad de «hombre pacífico». Al mismo tiempo, en tales situaciones adquieren importancia decisiva elementos irracionales como el miedo, el instinto de conservación, el instinto de agresión, la sugestión colectiva, la propaganda, etc., todos ellos «manifestaciones normales del espíritu de combate».

Finalmente, estudia la intención criminal. En el aspecto jurídico empieza criticando la noción de intención criminal, poniendo de relieve que las notas objetivas que demuestran, por referencia a ellas, la existencia de esta intención son, precisamente, las notas que están en la base misma de toda acción bélica. Analiza, de paso, algunos conceptos sustitutivos, tales como el de «conciencia de ilegalidad» del Prof. Glaser, demostrando su falta de consistencia. Desde el punto de vista militar analiza algunos casos concretos, como el de Oradour, para llegar a la conclusión de que ni aún en este caso extremo puede hablarse válidamente de intención criminal, si son tenidas en cuenta las circunstancias objetivas y subjetivas del caso.

En vista de todo ello, el autor se pregunta si no ha llegado el momento de romper con el equívoco de un Derecho Internacional gobernado exclusivamente por el interés de las partes y de renunciar a las vanas tentativas de revisión y de adaptación de las leyes de la guerra, para terminar señalando la justa alarma de los elementos militares ante un Derecho Internacional Penal que les plantea la amenaza de una sanción penal por el hecho de haber cumplido, simplemente, con su deber profesional.

Noviembre, 1957

DUPREEL, Jean: «Une notion nouvelle: Les droits des détenus».

Empieza señalando la relativa modernidad del concepto de «derechos de las personas detenidas». El reconocimiento de estos derechos está históricamente ligado al desarrollo de la noción más general de los derechos del hombre. Desarrolla, en consecuencia, una breve sinopsis del proceso histórico experimentado por dicha noción, partiendo de Montesquieu y señalando las contribuciones fundamentales que en el orden penal representaron las aportaciones de Qutelet, Beccaria y Bentham. Gracias a estos esfuerzos la noción de la humanización de las penas se impuso, sustituyéndose las torturas y castigos corporales por las penas privativas de libertad. Pero al inaugurarse esta nueva técnica represiva no se había superado aún el antiguo concepto de la pena como intimidación. Es por ello que el régimen carcelario se desarrolló en sus primeros momentos, en unas condiciones terribles, como para convencer a la opinión de que las virtudes intimidantes del antiguo sistema no habían desaparecido. Fué entonces cuando aparecieron los reformadores que preconizaban la humanización del sistema carcelario. Ahora bien, si estos reformadores, desde Howard a Lucas y Ducpétiaux, se pusieron rápidamente de acuerdo sobre algunos principios esenciales, no es menos cierto que en lo que respecta a la organización del régimen en el interior de los establecimientos penitenciarios se manifestaron grandes divergencias que iban desde la afirmación de las virtudes del aislamiento total a las del régimen de comunidad, pasando por las del aislamiento mitigado. En Bélgica se impuso el régimen del aislamiento absoluto, gracias a la acción del inspector general Ducpétiaux que pretendía, de este modo, «substituir la sociedad peligrosa y corruptora de las prisiones comunes por la sociedad moralizadora de los empleados y visitantes».

En la segunda parte de su estudio, el autor analiza algunos de los derechos reconocidos a los presos en el Código Penal de 1867, tales como el derecho a la evasión, el derecho al percibo de una retribución por su trabajo. Señala que, sin embargo, la situación del preso debe examinarse, a partir de 1830, en función de la Constitución y de las leyes y reglamentos que consagraban los principios de la Declaración de Derechos del Hombre de 1789. De este modo, en evolución continua y a través de las concepciones de criminalistas como Lombroso, Ferri, Prins, Vervaeck y Heger-Gilbert, se llega a la intervención de las Naciones Unidas en el problema, reuniéndose, en 1955, el Congreso de Ginebra que, bajo los auspicios de la O.N.U., elabora un conjunto de reglas para el trato de los presos.

Pasa a continuación al análisis de las consecuencias que comporta la aplicación de estos principios. El primero de ellos es que el trabajo, elemento fundamental en toda organización penitenciaria, no es ya considerado como una agravación de la pena (regla 71). Las dificultades de la aplicación de este principio pueden resumirse así: a) Quejas de los empresarios que alegan una competencia desleal debido a la menor remuneración del trabajo de los presos y a la ausencia de cargas sociales. b) Las disposiciones del Código Penal belga (arts. 15 a 27) que limitan de manera excesiva la

porción del producto del trabajo que va a parar a las manos del preso o de su familia. Analiza el hecho de que la seguridad social no se aplique al trabajo de los presos y propone algunas posibles aproximaciones a la solución del problema. En el apartado siguiente analiza brevemente las reglas 38 (derecho de los presos extranjeros a comunicarse con sus autoridades consulares, derecho que se reconoce igualmente a los refugiados y apatridas) y 39 (derecho de los presos a la información) poniendo de relieve algunas cuestiones prácticas de su realización.

Después de haber hecho notar el carácter amplísimo del concepto de derechos de los presos, afirma que el concepto no hace otra cosa que sintetizar el proceso de transformación que convierte poco a poco en derechos sancionados lo que en un principio no era otra cosa que un conjunto de facultades concedidas por mera liberalidad. Este proceso no da señales de detenerse, antes al contrario. Es por ello que hay que establecer cuáles son los límites precisos de su desarrollo. Estos son, fundamentalmente, dos: 1.º) Las necesidades de orden público y social que obligan a no olvidar que, en definitiva, la situación y el papel social del preso no son los mismos que los del hombre libre. 2.º) Las necesidades del orden interno penitenciario que obligan a no llevar el proceso hasta límites incompatibles con el papel respectivo de presos y guardanes. Si la noción de derechos de los presos es en sí buena y conveniente, no hay que precipitar su evolución, sino que ha de seguir el mismo ritmo evolutivo de las condiciones de la sociedad libre

Diciembre, 1957

MASSION-VERNIORY, L., y CHARLES, R.: «Aspects médico-psychologiques, sociaux et juridiques de l'Homophilie».

Después de aclarar el porqué de la preferencia del término «homofilia» sobre el de «homosexualidad», los autores entran en el estudio del tema que dividen en dos partes fundamentales: I) Aspectos médico-psicológicos y sociales. II) Aspectos jurídicos y criminológicos, para terminar con una aportación muy completa de datos estadísticos, algunas recomendaciones de política criminal y una extensa bibliografía sobre la materia.

En la primera parte, los autores centran el problema sobre la cuestión de saber si la homofilia es patológica en todos los casos, o es normal, en el sentido de «no estar inscrita en el determinismo biológico del sujeto». Este problema y el de averiguar cuál es el papel jugado por los factores adquiridos, sólo pueden ser resueltos mediante un estudio médico-psicológico de la cuestión. Después de una breve visión del aspecto histórico de la homofilia, y de la exposición de las definiciones más corrientes del concepto de homofilia, los autores estudian la frecuencia de su aparición sobre la base de las estadísticas más solventes, deteniéndose especialmente en las apreciaciones de Kinsey y discutiendo algunas de ellas. Estudian, a continuación otros aspectos tales como edad, repartición y clasificación. Por lo que respecta a ésta última, se limitan a exponer las clasificaciones más conocidas, tales como las de Freud, Kraft-Ebing; Moll, Havelock; Ellis; Porot; Ey y Seelig,

ésta última hecha desde el punto de vista criminológico. Tratan a continuación de las modalidades, señalando que contra lo que se afirma corrientemente, la más extendida no es el coito anal, sino la masturbación recíproca. El capítulo fundamental es el dedicado a la etiología, en el cual discuten las principales teorías que giran en torno de las tres principales causas invocadas: la herencia, anomalías del desarrollo y perturbaciones de origen endocrino. Sobre el problema de la herencia, señalan que los autores han discutido a fondo los pros y contras, inclinándose a favor de la teoría hereditaria autores tales como Kraft-Ebing, Moll, Hirschfeld, von Römer, W. Wolff y Havelock Ellis. Después de examinar brevemente sus teorías, los autores concluyen admitiendo que para ciertos casos puede aceptarse la opinión de Szondi, para quien la homosexualidad es una enfermedad del instinto sexual que se transmite hereditariamente mediante genes especiales. A continuación exponen las principales teorías que consideran la homofilia como resultante de una anomalía del desarrollo, congénita o adquirida, deteniéndose especialmente en el examen de las teorías de Hirschfeld, Otto Weininger y Freud. Finaliza este apartado con la exposición de la teoría endocrinológica de la homofilia, cuyo principal expositor es Gregorio Mараñón, señalando que la noción de «sentido único» que plantea dicho autor no ha sido confirmada por la experimentación, para lo cual cita detalladamente las experiencias llevadas a cabo por Garrone y Mutrux, así como las realizadas por uno de los autores, La Masion-Verniory formando equipo con R. Delcourt, E. Dumont y L. Cassiers. Las conclusiones que pueden sacarse de todo ello, las resumen los autores de la siguiente manera: 1.º) Queda perfectamente establecido el carácter indiscutible de la determinación genética de la homosexualidad en ciertos casos. 2.º) Es probable, aunque está por demostrar, la inversión del carácter innato de la homosexualidad, en tanto que para diferenciación, por el contrario, no cabe ninguna duda de que la sexualidad indiferenciada en un principio puede transformarse en paradiferenciación bajo el efecto de factores de orden psicológico. 3.º) La teoría endocrinológica, reducida a sus justos términos, aporta elementos de gran interés. 4.º) La influencia de los factores adquiridos es muy considerable, pues la homofilia no es solamente un problema fisiológico, sino también—y ante todo—psicológico. Después de un breve análisis de la homosexualidad de la adolescencia entran en el análisis de las teorías psicológicas de la homosexualidad. Exponen brevemente las teorías de Kraft-Ebing, Binet y Dupré, reproduciendo la clasificación que este último autor hace de las desviaciones del instinto, clasificación que consideran totalmente arbitraria. Los autores consideran que sólo las teorías psicoanalítica, antropológica y existencialista dan una explicación satisfactoria del aspecto psicológico de las perversiones sexuales. En consecuencia, exponen las principales aportaciones de los psicoanalistas (Freud, Schultz-Hencke, G. Horney), antropólogos (von Gebattel, E. Straus, H. Kunz) y existencialistas (Heidegger, Jaspers, L. Binswanger), analizando brevemente sus conclusiones y poniendo de relieve los aspectos positivos y negativos de éstas. A continuación exponen los tratamientos más adecuados de la homofilia, señalando que éstos son, fundamentalmente dos, el tratamiento psicoterapéutico (que consiste esen-

cialmente en el psicoanálisis freudiano o en otras disciplinas de inspiración analítica, entre las que cabe incluir el análisis existencial) y el tratamiento hormonal. Después de una breve referencia al aspecto social de la homofilia, deteniéndose especialmente en el problema de un posible estatuto legal especial para los homosexuales, terminan la primera parte del estudio con unas conclusiones de orden general.

La segunda parte está dedicada a los aspectos jurídicos y criminológicos de la homofilia. Después de una breve introducción histórica, los autores examinan el problema desde el ángulo del derecho comparado, con referencias a la legislación de Francia, Países Bajos, Alemania, Austria, Suiza, Noruega, Suecia, Dinamarca, Finlandia, Rusia, Bulgaria, Checoslovaquia, Yugoslavia, Grecia, Gran Bretaña, España, Venezuela, Salvador, Portugal, Chile, Costa Rica, Ecuador, Panamá, Estados Unidos, Groenlandia, Italia, Islandia y Bélgica.

La última parte del estudio está dedicada al aspecto estadístico de la cuestión, con datos sobre la homosexualidad masculina en la ciudad de Bruselas y en su distrito judicial y tablas comparativas entre el número de homosexuales, la población belga y la criminalidad.

El estudio termina con algunas consideraciones de política criminal y una amplia reseña bibliográfica.

Enero, 1958

TAHON, R.: «Propos de procédure pénale».

Analiza el hecho de que el Código de Instrucción Criminal belga sigue siendo, en nuestros días, el promulgado en 1808. ¿Cómo es posible que este texto, formalista y autoritario, a la vez, siga vigente pese a los enormes cambios sociales, científicos, tecnológicos y doctrinales ocurridos desde la época de su promulgación? Esto se explica, en parte, por el desarrollo creciente del papel de la costumbre en el procedimiento penal, especialmente en la fase instructoria del procesado. Señala a continuación algunas de las transformaciones más profundas ocurridas en la teoría y en la práctica del procedimiento penal, por encima del texto legal. Así, por ejemplo, el progresivo aumento de la intervención de particulares, organismos profesionales y otros grupos en el procedimiento, todo ello en contra del sentido individualista que inspiró a los redactores del Código y que llevaba a la visión del proceso penal como un diálogo entre la acusación y la defensa, con el Juez como árbitro. Esto le lleva a tocar de pasada, el problema de la interferencia, cada vez mayor, de cuestiones civiles en el proceso penal, problema que puede dar lugar a que un número creciente de cuestiones civiles sean resueltas con un criterio penal. Opina que hay que mantener la unidad del derecho civil, lo cual no sólo es una exigencia de la técnica jurídica, sino que es un imperativo de la justicia distributiva, pues hay que evitar que, junto a la inevitable proliferación de textos legislativos materiales, tome cuerpo la fragmentación jurisdiccional, bajo pena de poner en peligro la unidad del derecho y de hacerlo inadecuado para cumplir su vocación social. Otra de las transformaciones viene dada por el papel

cada vez más importante de la concepción científica de la prueba. Asimismo, hay que tomar muy en cuenta las transformaciones sociales que han llevado a una concepción colectivista de la vida social, en contra del individualismo del siglo pasado. Esto ha provocado la aparición de instituciones penales, tales como las medidas de seguridad, la remisión condicional de la pena, los regímenes penitenciarios modernos, etc. En vista de todo ello, el autor constata que el Código de 1808 ha permanecido neutro, sin favorecer ni obstaculizar la evolución de las instituciones. Por ello—y siguiendo el parecer de juristas como Cornil, Marcoq y Bekaert—, estima más conveniente no emprender la reforma del vetusto texto legal, el cual puede seguir cumpliendo su papel siempre que permanezca bajo la vigilancia de «Magistrados independientes e impregnados del más escrupuloso respeto por las libertades individuales».

COURT. E. de le: «La Jurisdiction de la Cour d'appel à l'égard des sentences de Conseil de l'Ordre».

El autor empieza con una breve visión histórica del problema de las relaciones de las agrupaciones profesionales de abogados con la Jurisdicción estatal. El punto de partida está en el Decreto de 14 de Diciembre de 1810, de tendencia totalmente absolutista, puesto que daba al Ministro de Justicia el poder de inflingir, del modo más arbitrario, una medida disciplinaria cualquiera a todo abogado integrado en su respectiva agrupación profesional. Esta orientación fué cambiada en Francia con la ordenanza del 20 de noviembre de 1822, que restablecía la independencia de los Colegios de Abogados. En Bélgica el cambio vino con el Real Decreto de 5 de agosto de 1836. De este modo, la regulación de la profesión de abogado y de sus organismos profesionales está constituida, básicamente, por algunas disposiciones del Decreto de 1810 y por el Real Decreto de 1836 que lo adapta al régimen de la Constitución belga del signo liberal y democrático. Es sobre la base de estos textos que el Procurador general del Tribunal de Apelación tiene el derecho de apelar todas las sentencias disciplinarias del Consejo colegial, tanto absolutorias como condenatorias. Este principio fué confirmado por la sentencia del Tribunal de Casación belga, de fecha 16 de agosto de 1843. El problema básico se presenta, no obstante, ante el carácter atípico de las infracciones disciplinarias. Y es que, en efecto, «mientras que la represión penal sólo es aplicable contra un hecho previsto por la ley y erigido ya por ella en infracción en el momento de cometerse, en lo tocante a la represión disciplinaria es, a menudo, la misma jurisdicción disciplinaria la que imprime carácter de infracción al hecho sometido a su apreciación». Esto crea una verdadera solución de continuidad entre los órdenes penal y disciplinario, que se convierte en el primer y fundamental obstáculo para el recto funcionamiento de la institución procesal que es objeto de estudio. Otro de los problemas surge con el R. D. de 9 de diciembre de 1955, que estableció la necesidad del nombramiento de un abogado del mismo Colegio que el sujeto a expediente para asistir al Tribunal de Segunda Instancia, en caso de ejercerse la facultad de recurso que tiene el Procurador ge-

neral. El fin de ello es, según el texto legal, que «el Tribunal de Apelación y las partes puedan recibir aclaraciones sobre la índole y las razones de ciertos usos profesionales y de las reglas establecidas por el Consejo de la Orden profesional». El problema que se plantea es el de saber si esta institución supone una derogación de las leyes de organización judicial y del procedimiento. Este problema fué resuelto por el propio Consejo de Estado que estableció el carácter «sui generis» de la acción disciplinaria. Otro problema importante es el de establecer si esta intervención del abogado tiene carácter necesario o está sujeta a la discreción del propio Tribunal. El Tribunal de Casación, en sentencia de 6 de mayo de 1957, se pronuncia en favor de la discrecionalidad. El autor, por el contrario, lo hace a favor de la necesidad, si bien el ejercicio de la facultad queda al arbitrio del propio abogado nombrado. Trata, por último, el problema del fundamento de dicho recurso, estableciendo que su razón última reside en el hecho de que los Colegios de Abogados constituyen, en realidad, parte integrante de la organización judicial. Opina, sin embargo, que dado el carácter íntimo de los procedimientos disciplinarios, convendría una reforma que restringiera la publicidad de los debates que es norma de la jurisdicción de apelación.

Febrero, 1958

SCREVENS, Raymond: «De la compétence des Juridictions d'Instruction pour apprécier la recevabilité d'une Constitution de Partie Civile».

Examina el artículo 63 del Código de Instrucción Criminal belga que permite la puesta en marcha de la acción pública mediante denuncia y constitución en parte civil del sujeto pasivo del delito. El problema que se plantea es el siguiente: Cuando una persona se constituye en parte civil ante el Juez instructor, ¿tiene este último facultad de apreciar la regularidad o irregularidad de dicha constitución y, en consecuencia, de pronunciarse sobre ella? Tres teorías se enfrentan. Según la primera, las jurisdicciones de instrucción no tienen ningún poder para apreciar la admisibilidad de una constitución de parte civil hecha ante el Juez de instrucción. La segunda teoría afirma que las jurisdicciones de instrucción pueden oponer a la parte civil las irregularidades de orden público que pueden ser señaladas de oficio. Según la tercera teoría las jurisdicciones de instrucción tienen el deber de examinar la admisibilidad de la constitución en parte civil, y, especialmente, si la parte tiene un verdadero interés en la acción ejercitada y si tiene la necesaria capacidad procesal. El autor estima que ninguna de las tres teorías es plenamente satisfactoria y propone, a su vez, la siguiente tesis: «No se puede privar a las jurisdicciones de instrucción de la facultad de apreciar la admisibilidad de una constitución en parte civil. Pero como sea que su misión es únicamente la de decidir sobre la acción pública, las jurisdicciones de instrucción no tienen competencia para examinar la admisibilidad de una constitución en parte civil más que en el caso de que esta constitución tenga el efecto de poner en movimiento a la acción pública.» Desarrolla a fondo esta tesis, señalando que, en vista de lo dicho,

sólo el Procurador real tiene la facultad de poner de relieve la irregularidad de la constitución en parte civil. Para determinar esta regularidad hay que atender a cuatro notas: 1.ª) Que el daño que se alegue haya sido causado por un delito. 2.ª) Que el daño sea efectivo y actual. 3.ª) Que el daño haya sido sufrido por el mismo que se constituye en parte civil. 4.ª) Que la parte civil tenga la necesaria capacidad procesal. A estas cuatro notas hay que añadir la de haberse conformado a la ley de 15 de Junio de 1935 sobre empleo de lenguas en materia judicial. El autor examina a fondo cada una de estas notas, para llegar a la conclusión de que la solución preconizada es conforme a los principios jurídicos y ofrece, además, considerables ventajas, sin que, por otro lado, haya posibilidad de conflicto entre la jurisdicción instructoria y la decisoria.

Marzo, 1958

GLASER, Stefan: «Les controverses de Droit International Pénal».

Comenta la resolución de la Asamblea General de la O.N.U. de 11 de diciembre de 1946, que confirma, por unanimidad, los principios reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg. Esta confirmación, ¿es de carácter político—es decir, que se reconocen dichos principios pero bajo la reserva de que formasen parte efectivamente del Derecho Internacional—o tiene un carácter jurídico, confirmando los principios de dicho Estatuto sin ninguna reserva, es decir, que se admite que ya formaban parte efectiva del Derecho Internacional? El autor se muestra partidario de esta última interpretación. Para confirmarlo, hace una breve historia de la resolución de la O.N.U., analizando el proceso que culmina en la resolución de 21 de noviembre de 1947 en la que la Asamblea General confía la preparación de un Código de los delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad a la Comisión de Derecho Internacional. Esta Comisión reconoció que los principios del Estatuto de Nuremberg formaban ya parte del Derecho Internacional positivo.

La segunda cuestión es de la validez de los principios establecidos por el Estatuto de Nuremberg, especialmente en relación con tres problemas: a) Incriminación sobre la base del concepto de guerra de agresión. b) Irretroactividad en el Derecho Internacional. c) Supremacía del Derecho Internacional sobre el Derecho interno.

Problema a): Frente a Jeschek, el autor opina que al estallar la Segunda Guerra Mundial, la guerra de agresión fué reconocida a la luz de las fuentes del Derecho Internacional como un hecho criminal susceptible de punición. Para ello hay que tener en cuenta que en el Derecho Internacional la fuente más importante es la costumbre. La costumbre tiene—según el autor—su raíz en la conciencia humana del Derecho. De este modo puede decirse que hay una norma jurídica internacional desde el momento en que en la conciencia moral o jurídica de la humanidad existe la convicción de que una regla determinada ha de ser respetada, que es justo que lo sea y que todo ello es necesario para el mantenimiento de la solidaridad interna-

cional. Pues bien, el autor opina que la convicción del carácter criminal de la guerra de agresión estaba ya antes del estallido de la Segunda Guerra Mundial extemadamente extendida y profundamente arraigada en la conciencia jurídica de la humanidad. Para probarlo hace un rápido examen de los acuerdos internacionales, tratados, decisiones de la Sociedad de Naciones, opiniones de los juristas más eminentes, etc., demostrando en todos ellos la coincidencia de la condenación de la guerra de agresión como acto criminal.

Problema b): Opina el autor que el concepto no es exactamente aplicable, pues el concepto de la irretroactividad proviene del principio «Nullum crimen sine lege», principio que en Derecho Internacional hay que sustituir por el de «Nullum crimen sine iure». Ahora bien, puesto que el Derecho Internacional es fundamentalmente consuetudinario y que, de lo dicho más arriba se deduce que, desde este punto de vista el concepto de guerra de agresión estaba ya admitido por la costumbre internacional, hay que deducir que el Estatuto de Nuremberg no infringió el principio de la irretroactividad de la ley penal.

Problema c): Afirma el autor que la supremacía del Derecho Internacional sobre el Derecho interno está reconocida por la teoría y la práctica internacionales. En el aspecto teórico analiza las conclusiones de los partidarios de la teoría monista, deteniéndose especialmente en Kelsen y Verdross y afirma que tanto ellos como los partidarios de las teorías dualistas llegan a la misma conclusión: la de la superioridad del Derecho Internacional. En el aspecto práctico cita todos los textos legales que reconocen la supremacía del Derecho Internacional sobre el Derecho interno y señala que dicha supremacía es implícitamente expresada por algunas instituciones fundamentales del Derecho Internacional, tales como el principio de la responsabilidad internacional de los Estados. Confirman esta supremacía, igualmente, el principio de la responsabilidad individual en el orden internacional y, muy especialmente, las más recientes muestras del Derecho convencional. Los mismos principios elaborados por la Comisión de Derecho Internacional de la O.N.U. son, finalmente, una prueba indubitable del reconocimiento general de esta supremacía.

Abril 1958

CORNIL, P.: «La répression des infractions dites involontaires».

El autor señala la contradicción que representa la asociación de dos términos tan opuestos como sanción penal y acto involuntario. Sin embargo, y habida cuenta de que las infracciones involuntarias son cada vez más frecuentes, se hace necesario analizar el problema poniendo, de relieve sus principales características y señalando las medidas más adecuadas para remediarlo. Empieza señalando la importancia del problema, no sólo por la cantidad cada día mayor de las infracciones involuntarias o culposas—debido fundamentalmente al aumento de las actividades de orden técnico, a la práctica de deportes peligrosos y, sobre todo, al aumento de la cir-

culación por carretera—, sino también por la imprecisión con que los textos legales tratan esta clase de infracciones. Analizando las disposiciones de los Códigos penales francés y belga, llega a la conclusión de que las infracciones culposas definidas por estos textos engloban un conjunto de actos de índole diversa, que el autor clasifica en tres categorías: a) Contravenciones de reglamentos. b) Faltas cometidas por defecto de aptitud física o mental—como, por ejemplo, ciertos casos de falta de preparación profesional. c) Un conjunto mal definido de conductas defectuosas más o menos voluntarias y de las cuales el autor habría debido o podido prever las consecuencias perjudiciales.

El autor se pregunta cómo es posible que la ley penal sancione actos que ella misma califica de involuntarios, para afirmar que la respuesta a esta cuestión es más bien de orden pragmático que jurídico, pues la ley penal interviene en este género de infracciones en razón de la gravedad del mal causado.

En la segunda parte de su estudio, el autor trata de la justificación de la represión de las infracciones culposas y de las medidas aplicables a las mismas. Después de exponer y analizar brevemente la teoría de Enrico Ferri sobre la responsabilidad penal y de señalar que la lucha contra los delitos culposos ha de emprenderse sobre la vía iniciada por el positivismo, pasa a tratar de las medidas preventivas, de las represivas y de las de seguridad. Al hablar de las medidas preventivas, parte de su plan—expuesto en el IV Congreso Internacional de Defensa Social, reunido en Milán—de medidas preventivas contra las infracciones intencionales, plan que él juzga aplicable, en lo esencial, a las infracciones culposas dado que el límite entre dolo y culpa es por demás frágil, cuando no difícil de establecer. Entre estas medidas señala la reglamentación del ejercicio de profesiones y actividades especialmente peligrosas, reglamentación que ha de atender tanto al aspecto objetivo de las mismas como a sus aspectos subjetivos. Otra medida importante es la de erigir en infracciones una serie de actos que no son nocivos en sí mismos; pero que pueden dar origen a un acto delictuoso. De esta forma se crearían una serie de delitos preventivos—o «delitos-obstáculo» como los denomina Herzog—que podrían tomar formas muy variadas, tales como el hecho de embriagarse antes de conducir un vehículo o de conducir éste en estado de fatiga excesiva.

Por lo que respecta a las medidas represivas, señala el autor que para ser eficaces sólo pueden aplicarse a las infracciones que, a pesar de su calificación de culposas, tengan, en su origen, un elemento intencional. Esto le lleva a buscar una definición de las infracciones culposas que marque la diferencia de éstas respecto del dolo eventual. Señala que la intimidación inherente a la pena no es un factor esencial en estos casos, ya que muchos de ellos escapan a una motivación controlada por la voluntad. Por otra parte, cabe señalar que el régimen penitenciario no puede ser el mismo que el aplicado a los delincuentes voluntarios. Asimismo, difiere el régimen de la libertad condicional, ya que la concesión de la misma no puede girar sobre la base de la enmienda del delincuente. Si éste es un individuo normal, la enmienda—en forma de sentimiento por las consecuencias de su infracción—interviene ya desde el momento de la comisión de ésta. Estas

insuficiencias de la pena propiamente dicha demuestran la necesidad de acudir a las medidas de seguridad, las cuales, en ciertos casos, tienen profundos efectos represivos. El autor termina señalando la imperiosa necesidad de estudiar el problema a fondo e indica la profunda responsabilidad que, al respecto, tienen los penalistas.

Mayo, 1958

CLERC, François: «Le cautionnement préventif en Droit Pénal Suisse».

En la primera parte de su estudio, el autor analiza el concepto y el mecanismo de la caución preventiva, institución penal suiza que viene establecida en el art. 57 del Código Penal suizo de 1937, entrado en vigor el primero de enero de 1942. La institución procede del derecho germánico, cuyas manifestaciones actuales pueden verse en la institución inglesa de la «surety for good behaviour», aplicada también en algunos cantones suizos. La institución, que figura en la categoría de «medidas», por oposición a la de «penas», consiste en un procedimiento dictado para la prevención especial en razón de un estado peligroso caracterizado por el hecho de que una persona parece dispuesta a delinquir o, más exactamente, a cometer una infracción determinada. La caución preventiva no se aplica, naturalmente, a cualquier delincuente potencial sino, únicamente, al que podría denominarse «predelincente», es decir, al que ha manifestado, de manera inequívoca, su voluntad de cometer una infracción. Ante este caso, la ley penal es impotente, puesto que exige un comienzo efectivo de la ejecución, para poder aplicarse. Es aquí cuando aparece el papel efectivo de la caución preventiva, la cual según la regulación del mencionado artículo 57, no sólo exige que el sujeto haya manifestado su voluntad de infringir la ley penal—sea mediante una amenaza, sea mediante la declaración de su deseo de reincidir, después de haber sido condenado—, sino que exige, a modo de garantía contra toda posible arbitrariedad, la denuncia de la persona amenazada. Cumplida esta doble condición, es el Juez el que deberá tomar en consideración la petición de caución preventiva y decidir sobre su admisibilidad. En este punto se plantean algunos problemas. El primero de ellos hace referencia a quién es el Juez competente. Como sea que la legislación procesal no ha sido objeto de unificación, la solución es distinta para cada cantón, por lo que el autor se limita a exponer brevemente las distintas soluciones posibles. Exactamente lo mismo ocurre en cuanto al procedimiento a seguir, lo cual, según el autor, es digno de encomio, porque permite al Juez apreciar todas las circunstancias del caso y la oportunidad de la medida. La institución gira en torno al concepto de caución. Es a este respecto que el artículo 57 permite al Juez exigir al predelincente el compromiso de no poner en ejecución su proyecto inicial, constituyendo, para ello, las necesarias garantías. Lo esencial es, naturalmente, el «compromiso» tomado por el predelincente, lo cual lleva al autor a plantear el problema de si el establecimiento de garantías es completamente necesario del compromiso, cuestión que resuelve negativamente. Una vez impuesta la caución pre-

ventiva, se plantean diversos problemas dimanantes del párrafo 3.º de dicho art. 57, que establece la devolución de las cantidades en metálico fijadas por el Juez como garantía, una vez transcurridos dos años desde la imposición de la medida. Uno de estos problemas es, por ejemplo, el de fijar si la devolución de una cantidad en metálico ha de comprender o no los intereses legales. En general, es difícil entrar en detalles sobre los problemas técnico-legales que entraña la ejecución de la medida, debido a la diversidad de legislaciones procesales aplicables a la materia.

En la segunda parte de su estudio, el autor se pregunta por la utilidad efectiva de la institución, lo cual le lleva a examinar la frecuencia de su aplicación, frecuencia que, según las estadísticas suizas, no es muy grande. En su consecuencia, el autor analiza los obstáculos de orden psicológico y jurídico que se oponen a su aplicación. Entre éstos, cabe señalar la dificultad del deslinde conceptual entre esta figura y la del delito de amenazas, así como la dificultad que supone establecer la existencia o inexistencia de actos efectivos de ejecución. En general, puede decirse que el mismo Código Penal suizo provee de medidas suficientes para hacer frente a las situaciones contempladas por el legislador como susceptibles de caer en el campo de la caución preventiva. El autor propone finalmente algunas medidas que pongan remedio a esta situación, entre las cuales cabe destacar la exigencia de mayor independencia del Juez para decidir de oficio su aplicación, así como la creación de un régimen procesal adecuado y uniforme.

HUSS, Alphonse: «Le Cautionnement Préventif. Une institution originale du Droit pénal suisse».

En los dos primeros apartados de su estudio, el autor expone el concepto legal de la caución preventiva y analiza brevemente sus elementos y problemas desde un ángulo exclusivamente técnico-jurídico. A continuación, el autor pone de relieve algunos antecedentes de esta institución, antecedentes que cabe señalar ya en la Constitución Carolina y, especialmente, en el Derecho anglosajón, donde siempre se ha mantenido viva, hasta el punto de constituir el antecedente directo de la moderna «probation». También se encuentran algunos antecedentes en la legislación penal francesa y en la alemana.

En el apartado cuarto de su estudio, el autor se pregunta por la naturaleza jurídica de la caución preventiva, llegando a la conclusión de que no es enteramente ni una medida de seguridad ni una pena, sino que participa de caracteres propios de ambas. Es por ello que juzga necesario proceder a su análisis sobre una base comparatista y aplicándose, en particular, a analizarla:

- a) En sus relaciones con otras medidas de seguridad de carácter preventivo.
- b) Como pena principal o accesoria o como modalidad de ejecución de penas.
- c) En sus relaciones con el delito de amenazas.

d) En sus relaciones con ciertas instituciones del derecho privado.

Una vez realizado este análisis sobre la base de un estudio comparativo, con las legislaciones penales inglesa, italiana, alemana, francesa y holandesa, el autor termina preguntándose por la eficacia real de la caución preventiva en el cuadro general del sistema penal suizo. Comprueba que, en efecto, su aplicación es escasa, pero ello no le priva de poner de relieve sus ventajas intrínsecas, entre las cuales cita su enraizamiento en la tradición jurídica germánica y el hecho de que supone la intervención de los órganos judiciales en ciertos casos de apuro personal que la legislación penal no acostumbra a tener en cuenta.

Junio, 1958

LEGROS, Robert: «*Considérations sur le Secret Médical*».

Después de señalar la dificultad del problema del secreto médico, debido a la imprecisión misma del concepto, que no es reducible a formulaciones lógicas, el autor señala que la finalidad de su estudio no es la de aportar una solución definitiva al problema, sino únicamente poner de relieve cuáles son los errores que se comenten, cuál es el origen de ciertas confusiones, etcétera. Parte para ello del examen del art. 458 del Código Penal belga, señalando cómo el principio establecido por el texto legal es el de la obligación de mantener el secreto, obligación que es de porte fundamentalmente moral, pero que tiene numerosas excepciones, algunas de carácter especial y una de carácter general: el testimonio ante un Tribunal. Analiza, en consecuencia, las excepciones especiales, deteniéndose particularmente en el examen de las dificultades que plantea la obligación que tiene todo médico a dar conocimiento a la autoridad judicial de todos los casos por él tratados que puedan dar lugar a la intervención de ésta. En cuanto a la excepción general, la del testimonio ante los tribunales, señala que la verdadera índole de esta excepción radica en el hecho de que la Ley no obliga al médico a hablar, sino que le autoriza a hacerlo, sin que ello quiera decir que tenga que descubrir los secretos conocidos en el ejercicio de su profesión. Ello lleva al autor a tratar de la posibilidad de sanciones disciplinarias, inflingidas al médico que ha revelado un secreto profesional en su calidad de testigo, posibilidad que el autor niega rotundamente. Otra de las conclusiones que saca de su examen, de la excepción general citada, es la del reconocimiento de la facultad de control que tiene el poder judicial para decidir si una cuestión debe o no considerarse secreta; de este modo se impide toda arbitrariedad en la invocación del secreto. Trata a continuación de los límites de aplicación del art. 458, señalando que, aparte de las excepciones ya indicadas, hay que tener en cuenta, por ejemplo, que la materia del secreto profesional se presta especialmente al juego del estado de necesidad. Aparte de esto hay otras muchas limitaciones, tales como las resultantes del hecho de que el médico trabaja frecuentemente en equipo; de que el enfermo no es el único interesado de los pormenores de la enfermedad, sino que también hay que tener en cuenta a sus familiares; del caso de acusación grave contra el médico, etc., todo ello visto a través de una casuística bastante completa. Señala a continuación la contradicción existente

entre el hecho de que el concepto de secreto profesional adolezca de tanta imprecisión y la claridad y concisión que deben presidir a las definiciones legales, especialmente en el terreno del Derecho Penal. Lo mismo cabe decir, salvando la diferencia, de la relación existente entre el secreto profesional y los valores socialmente vigentes, pues ningún criterio objetivo permite mantener una exacta relación entre uno y otro concepto. Después de unas breves consideraciones sobre la diversidad de trato dado al secreto profesional por las distintas legislaciones, pasa a examinar el problema de si el secreto ha de reducirse a lo puramente profesional o ha de abarcar a otras esferas, tales como la de la simple amistad. Después de declararse partidario de esta segunda posibilidad, señala, no obstante, las dificultades de su aplicación práctica por causa de la falta de precisión del concepto de «confianza necesaria», que propone sustituir por el de «confianza normal». Trata a continuación del problema de la definición del concepto de secreto, para concluir que sólo pueden considerarse secretos: los hechos confiados como tales, las cosas secretas por naturaleza, las relativas a ciertas enfermedades contagiosas, al cáncer, a las enfermedades venéreas, todo lo que se refiera a relaciones inmorales y hechos ilícitos. En pocas palabras: todas aquellas cosas cuya revelación podría causar un perjuicio moral o material. Para terminar su estudio, el autor analiza dos problemas de gran importancia. El primero de ellos, englobado en la rúbrica de «Secreto médico e intención», trata de la cuestión del elemento intencional del delito de revelación de secretos profesional, poniendo de relieve que la legislación belga y francesa del siglo XIX exigía la concurrencia de dolo especial: la intención de dañar o perjudicar a una persona con la revelación del secreto. Desaparecido este elemento intencional en el siglo actual, el autor se pregunta si no sería necesario volver a su exigencia, declarándose por la afirmativa. Finalmente, examina la cuestión del fundamento de la exigencia de mantener el secreto profesional, preguntándose si este fundamento hay que buscarlo en razones de orden privado o de orden público. Afirma que su fundamento último radica en razones de interés público, pero no en el sentido que se da habitualmente a esta expresión, sino entendiendo este interés público como referido especialmente al honor profesional y a la moralidad del cuerpo médico.

Julio, 1958

TROUSSE, Paul-Emile: «La réforme du Droit Pénal Allemand».

Analiza el proyecto de parte general del Código Penal que acaba de publicar el Ministerio de Justicia de la República Federal Alemana («Entwurf des allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuch» Bonn, 1958). Parte para ello de un breve examen del movimiento de reforma del Derecho Penal habido en Alemania hasta la Segunda Guerra Mundial. Este movimiento, iniciado en 1882, con la publicación de la célebre «Der Zweckgedanke im Strafrecht», de Franz von Liszt, se caracterizó, en su primera etapa, por una encarnizada lucha doctrinal entre los partidarios de la pena expiatoria (Vergeltungsstrafe) y los partidarios de la pena utilitaria (Zweckstrafe), hasta que en 1902 la polémica se encauzó, bajo los auspicios de Kahl y el propio von

Liszt, hacia una efectiva labor reformadora que dejó de lado toda polémica estéril. De este modo, las ideas modernas sobre el Derecho Penal consiguieron tomar cuerpo en el proyecto Radbruch, que no llegó a convertirse en ley efectiva, y así, a pesar de los esfuerzos desplegados, sigue vigente el Código de 15 de mayo de 1871, y las tentativas de reforma sólo han podido cristalizar en numerosas modificaciones parciales de dicho texto. El resultado fué que estas modificaciones parciales introdujeron gran número de contradicciones entre algunas disposiciones del Código, por lo cual la reforma se hizo no ya necesaria, sino urgente. Se refiere el autor a los trabajos realizados al respecto bajo la dirección del Ministro de Justicia federal, Dr. Dreher, trabajos que han culminado en la publicación del proyecto de Parte General.

Analizando sus características, el autor señala como las más importantes, las siguientes: a) El proyecto es, ante todo, una obra de precisión y de método, sin que aporte modificaciones sustanciales al Derecho Penal en vigor. b) El proyecto toma posición en cuanto al problema de la función de la pena, declarándose partidario de un Derecho Penal basado en la culpabilidad (*Schuldstrafrecht*). c) El proyecto adopta la dualidad de penas y medidas de seguridad, porque si bien reconoce que la pena fundamentada sobre el concepto de culpabilidad puede ser insuficiente para combatir las tendencias criminales del delincuente, su presión—con la del juicio moral que ella comporta—no aprovecharía a la causa de la lucha contra la criminalidad.

El apartado cuarto lo dedica el autor al estudio detallado del proyecto, poniendo de relieve sus principales características. Señalamos, entre éstas, las siguientes: en el capítulo II se adopta una división bipartita en crímenes (*Verbhechen*) y delitos (*Vergehen*), dejando las simples contravenciones a la regulación del Derecho Penal reglamentario (*Recht der Ordnungswidrigkeiten*), aunque sin precisar el criterio de distinción entre esta categoría de infracciones y las dos anteriores; en el capítulo III—que tiene por objeto el hecho penal (*die Tat*)—destaca el reconocimiento de la tentativa imposible como hecho punible; el capítulo IV cabe considerarlo como fundamental, pues está dedicado a la exposición del régimen represivo, destacando la creación de una modalidad de las penas privativas de libertad: la de los arrestos represivos, creados como medio para resolver el difícil problema de las penas cortas de prisión, cuando la multa se muestra insuficiente o ineficaz. Después de analizar brevemente los restantes capítulos del proyecto, el autor pasa a formular algunas conclusiones, que pueden resumirse así:

a) La primera cuestión que cabe formular es la de si en el fondo no nos encontramos ante una simple redacción moderna de un Código neoclásico mejorado e insuficientemente fundamentado sobre los datos científicos actuales. A esto cabe responder afirmativamente y la causa de ello hay que buscarla en dos razones básicas: la de que el pueblo alemán, ante el recuerdo de la experiencia nazi, quiere un Código Penal seguro y respetuoso con las libertades individuales, y la de que las innovaciones de la ciencia penal no han aparecido a los autores del proyecto suficientemente maduras como para ser incorporadas al texto legal. A pesar de todo, cabe

señalar que el proyecto concilia las exigencias de la noción clásica de culpabilidad con un profundo y constante respeto por la persona del criminal y—quizá un poco en contradicción con su doctrina fundamental—ha sabido estructurar todo su sistema de penas y medidas de seguridad con la preocupación constante por la recuperación social del delincuente.

JORGE SOLÉ TURA

ESPAÑA

Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios

DIRECCION GENERAL DE PRISIONES.—MADRID

Número 136. Septiembre-octubre, 1958

TOME RUIZ, Amancio: «Conferencia del Reverendo P. Peiró en la Academia de Deontología en memoria de S. S. Pío XII y en reconocimiento a la excepcional atención que en sus discursos ha dedicado a la medicina y a los médicos»; págs. 662 a 666.

Da cuenta en este artículo Tomé Ruiz de la conferencia que pronunció el día 24 de octubre de 1958 el R. P. Peiró, con motivo de la apertura de curso en la Academia de Deontología de la Facultad de Medicina, como profesor de la asignatura.

Destaca los siguientes párrafos:

Fué Pío XII, un Papa en quien brilló evidentemente la caridad. Vivió los primeros años de su Pontificado en tiempo de guerra y al principio todo fueron esfuerzos para conjurarla, luego para localizarla y después para que Italia, su patria, se quedara al margen de ella y cuando ya sus esfuerzos fueron inútiles porque el genio del mal se había apoderado de todos éstos, sus desvelos y sacrificios se encaminaron a socorrer a los países invadidos, salvar a Roma de la destrucción, condenar los crímenes de lesa humanidad que se estaban perpetrando. Todos fueron esfuerzos para proteger y socorrer a los huérfanos, a los emigrados, a los prófugos, y, en general, a todos aquellos a quienes circunstancias aciagas, por hambre o por continuo desplazamiento, se veían obligados a abandonar sus hogares.

Con esta caridad que en él brilló en grado sumo, se conjuga también una diplomacia del mejor estilo. Fué diplomático como pocos Papas. Le venía de casta. Su abuelo paterno, Marcoantonio Pacelli, había sido Ministro de Asuntos exteriores con Pío IX. Su tío, Phillipio Pacelli fué el principal agente que hizo de intermediario en la intervención del Tratado de Letrán entre Mussolini y Pío IX. Se había educado, primero en la Escuela del Cardenal Rampolla, un hombre en el que se concentraron todas las grandezas que pueden concurrir en un hombre de Iglesia. Siguió luego con Benedicto XV, el más auténtico representante y sucesor de aquel gran diplomático que fué León XIII. Luego con el Cardenal Gasparri, a quien sucedió en la Secretaría de Estado, y, por fin, pasó por el Magis-