

Estimación de la teoría del "tipo de autor" en la legislación penal española

JUAN DEL ROSAL

Decano de la Facultad de Derecho de
la Universidad de Valladolid. Abogado
de los I. C. de Valladolid y Madrid

SUMARIO: I. *Estructura técnico-dogmática del Código penal español.*—II. *Descubrimiento de algunos elementos subjetivos, personales y normativos: a) Doctrina general; b) Doctrina especial.*—III. *Examen especial de algunos artículos del Código en relación con el "tipo de autor" y el "tipo criminológico".*—IV. *Breve estimación de la Ley de Vagos y Maleantes.*—V. *Conclusiones.*

I. Estructura técnico-dogmática del Código penal español

Tanto por la fecha de nacimiento como por las ideas informadoras de nuestra legislación penal, no cabe duda que el Código penal español está fundamentado en el "principio del hecho". A saber: el objeto de la estimación penal es la acción realizada por la persona con su correspondiente resultado dañoso (1). De modo que resplandecen,

(1) Daños a la publicación un capítulo de una obra de próxima publicación titulada: "La personalidad del delincuente en la técnica y legislación penales". Véase a este respecto JUAN DEL ROSAL: *Ideas históricodogmáticas del Código penal español*, en *Información Jurídica*, Madrid, noviembre, 1947. De propio intento hemos omitido el estudio de lo que se ha pretendido llamar realizaciones legislativas del *Derecho penal de autor*, sobre todo, en la época de la pasada guerra. No sólo fué Alemania la que nos lo ofreció en su "Derecho penal de guerra", sino que incluso otros países, como Inglaterra, lanzó buen número de disposiciones relativas a la regulación de esta situación social extraordinaria. La técnica penal alemana, con una altura muy por encima de la de las restantes naciones, orientó sus preceptos penales de guerra en una dirección duramente represiva. Para esto no reparó en los principios del Derecho penal clásico, sino que intentó echarlos a un lado para hacerse del instrumento poderoso de defensa y represión que le deparaba el sistema punitivo. Por esto se vino en llamar al Derecho penal "De-

con sus vicios y virtudes, las convicciones y creencias penales del Derecho clásico.

Ahora bien; no se olvide que si bien las paredes sistemáticas del Código penal español fueron echadas en 1848, tampoco es menos evidente que, en el decurso de un siglo justo, la legislación penal española ha padecido varias reformas totales y parciales. Y todas ellas, en mayor o menor escala, han confluído a la hora de la redacción de la "refundición del año 1944". Aparte de las huellas que ha decantado el proceso de los regímenes políticos españoles en las normas penales, los redactores de las distintas modificaciones legislativas han intentado, con mayor o menor acierto, traducir las corrientes histórico-dogmáticas, tanto en punto a la configuración técnica de los preceptos, cuanto en la terminología y contenido de las instituciones generales (libro I) y de los delitos en particular (libro II). Así es que la estructura técnica, en cierto modo, conserva la misma fisonomía que la del Código del 48; pero si exceptuamos algunos conceptos—generales y especiales—, veremos a seguida que hasta la expresión formal ha cambiado de tono. Con mayor motivo, puede decirse otro tanto, aunque aumentado, de los aspectos técnicos y sustanciales del articulado. Pues no solamente han experimentado modificaciones los delitos hasta ahora vigentes, desde 1848, sino que recoge nuevos supuestos delictivos y remodelan otros muchos. De suerte que todo esto nos pone sobre la vereda de preguntar al texto penal vigente si en verdad son interpretables con los modernos instrumentos del saber penal los preceptos del mismo, o bien si el legislador ha intuído—aun sin pretenderlo—algunos salientes del actual pensamiento punitivo. Ambos extremos pueden afirmarse, con mayor razón aún si tenemos en cuenta que la referida reforma del año 1944, a pesar, de la modestia con que fué concebida y resuelta—según dice el propio legislador—, no alcanzó los reducidos límites que se propuso, sino que antes bien, como ya hemos dicho en otro lugar (2), sugiere una serie de problemas técnico-dogmáticos que con anterioridad a la misma ni tan siquiera hubiera sido posible plantearlos.

Debido a lo anteriormente dicho, cabe tantear el terreno en busca de una base en la que sea posible apoyar una indagación del "tipo

recho de lucha". Pues bien; durante ese lapso de tiempo se dictaron algunas Leyes en las que se quiso ver la realización de la "teoría del tipo de autor". Aquí omitimos cualquier referencia extranjera si bien en las publicaciones citadas de MEZGER puede verse.

(2) "A pesar de que la estructura *sistemática* del Código del año 1848 permanece intacta al través de tantas modificaciones hasta la fecha, sin embargo, la enumeración de materias, la nueva redacción de otros títulos, la adición de nuevas figuras de delitos, nos hace observar la enorme diferencia en punto a la ordenación del contenido del "texto refundido" en relación con los anteriores sistemas positivos." Véase JUAN DEL ROSAL: *Principios*, etc., obra cit. tomo I, página 422. Nuestro buen amigo y excelente Fiscal de la Audiencia de Madrid, V. GONZÁLEZ, acaba de recoger esta misma afirmación nuestra. Véase: *Asociación para cometer el delito de robo*, en la *Rev. Graf. de Legist. y Jurisp.* Madrid, julio-agosto, 1947, págs. 54-55.

de autor", tanto *criminológico* como *normativo*, si bien no se olvide que aquí utilizamos con preferencia la primera modalidad a la segunda, en vista de lo expuesto en los dos capítulos anteriores.

De suerte, que la pregunta a la que vamos a intentar responder en el desarrollo de esta modesta *lección*, dijérase que queda así: ¿Nos da pie el texto penal vigente para verificar algunos hallazgos del llamado *Derecho penal de autor*? O por mejor decir: ¿ha tenido en cuenta el legislador español el "aspecto personal", o, en una palabra, la *personalidad* del autor en algunos de los preceptos penales?

II. Descubrimiento de algunos elementos subjetivos, personales, y normativos

Todo sistema legislativo presenta algunas contradicciones, pues de lo contrario dejaría de serlo para convertirse en una utopía. Si cada sistema penal aspira a ordenar hechos reales, justo es que, a su vez, reviera esta infinita variedad de la vida sobre su propia ordenación, indicándonos lagunas, contradicciones o insuficiencias, ya que de suyo la existencia real y viviente no se deja captar en estamentos cerrados como si fuera una materia inerte. La vida alienta la contradicción. Existe un fondo inaccesible—*ineffable*, como decía DILTHEY—ante el cual la misma razón habrá de sentirse derrotada (3).

Antes de entrar en el examen de los elementos *subjetivos, personales y normativos*, incorporados al Código penal, conviene no echar en olvido estos dos presupuestos a lo largo del estudio que hagamos: *primero*, que el principio metafísico que constituye el fondo del cuerpo legal es de carácter *personalista*, en el sentido que el Derecho y la Cultura convergen en el ser humano, puesto que el propio legislador expresamente alude en el *Preámbulo* a los "principios del Cristianismo y el sentido católico de la vida" (4); *segundo*, que la mención que hace el legislador en los preceptos penales a los elementos citados habrá de ser, por consiguiente, interpretada con una óptica político-criminal de distinto norte a como se vino haciendo por los penalistas

(3) V. L. ZIMMERMANN: *Aufbau des Strafrechtssystem*, 1930. En esta obra del que fué nuestro maestro de la Universidad de Marburgo, se intenta construir una Dogmática de *leges ferendae*, raída de la menor brizna de contradicción. Es, por tanto, una Dogmática penal de lo que *debiera ser*.

Algunos penalistas—recuérdense entre otros, ANTOISEL, ANOSSOW—quisieron radicalizar los elementos irracionales de nuestro Derecho. Véase la crítica asaz dura que sobre la postura del primero hicimos en nuestra obra *Política criminal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1944.

Véanse entre otras publicaciones, E. MEZGER: *Criminología*, Ed. Rev. Derecho Privado Madrid, 1942. W. DILTHEY: *Hombre y mundo*, Fondo de Cultura Económica México, 1941; principalmente, páginas 9-101. E. CASSENER: *Intropología filosófica*, Fondo de Cultura Económica, México, 1945; principalmente, páginas 17 y sigs. y 125 y sigs. L. RECASENS SICHES: *Vida humana, Sociedad y Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 2.^a ed. 1945, págs. 232 y sigs.

(4) Véase una exposición detallada de la "Estimativa jurídica" en la obra citada de RECASENS SICHES, págs. 371-535.

alemanes, en cuanto a las leyes que nos pusieron de paradigma de la teoría del "tipo de autor".

Una vez establecidas las anteriores presunciones, bueno será separar igualmente los elementos *subjetivos* de la doctrina general de los de la parte especial del Código. Puesto que son dos clases de normas que ejercen diferente función técnica y práctica y tienen, por otra parte, diverso radio de acción. Ya que "la norma general, como las normas individualizadas, en las cuales se concreta y singulariza aquélla respecto de cada situación, constituyen dos ingredientes necesarios ambos en el orden jurídico" (5). Igualmente el sistema jurídico-penal—lo mismo que la Ciencia del Derecho penal—emplea ambas nociones. Las primeras, en el *Libro Primero*, llamado "doctrina general"; la segunda, en el *Libro Segundo*, bajo el nombre de la "doctrina de los delitos en particular" (6). De este modo, se facilita la comprensión y se consigue un mayor relieve en cuanto a la hermenéutica deducida del Código.

En forma de orientación general, puede decirse que la reforma penal del año 1944 ha sobreestimado los elementos *subjetivos*. La razón parece tener varias explicaciones. Por un lado, con ello no se hace más que recoger una tendencia imperante en el área de los delitos y de las penas, que había ya ganado vigencia en Leyes y Códigos penales extranjeros. También pudiera obedecer a una especie de secuela de la hucha conjonctural de la "escuela politicocriminal", que intentó estañar el aspecto clásico con el positivo, pues no se olvide que el "texto refundido del año 1944" ha bebido de continuo en la fuente del Código del 1928 (7). Pero, en verdad, la justificación de este rumbo habría que hallarla en un horizonte más lejano y profundo: el Derecho penal, con mucho más motivo que las demás ramas jurídicas, es una pura exigencia ética (8). Y en una concepción católica del Derecho—como en la del texto legal—habrán de prevalecer sobre los demás valores, los morales y los de una justicia encaminada a la realización de los esenciales valores del ser humano. Si bien no se debe confundir el fin del Derecho con el de la Moral, pues el "fin del Derecho positivo", afirma taxativa e inequívocamente SUÁREZ, no es la

(5) V. L. RECASENS SICHES: Obra cit., pág. 324. Para un estudio de los elementos normativos y descriptivos véase el interesante volumen segundo del *Diritto penale italiano* (Cedam, Padua, 1945), del prof. F. GRESPIGNI, págs. 21 y siguientes.

(6) Idéntico criterio empleamos ya en el estudio de las *Ideas históricodogmáticas*, etc., supra cit.

(7) Este "subjetivismo" le ha hecho exclamar a algún funcionario fiscal que debería desterrarse del Código. Véase JUAN DEL ROSAL: *Ideas históricodogmáticas* cit. Véase P. DORADO MONTERO: *La psicología criminal en nuestro Derecho legislado*, Madrid-Rens, 1910.

(8) V. JUAN DEL ROSAL: *Política criminal*, obra cit. ÍDEM: *Principios*, tomo II, volumen I obra cit. Si bien debe tenerse presente que esta exigencia no implica ruptura alguna con la *certeza y seguridad* que el mundo jurídico supone para el ser humano. En este sentido véase BETTOL: *Diritto penale*, cit., pág. 187.

beatitud del individuo, sino tan sólo aquello que resulta necesario para el bien común" (9).

Como consecuencia de las anteriores afirmaciones, tenemos que el "Código penal español de 1944", sin pretender, por supuesto, deshacer el viejo *principio objetivo*—sostén de la seguridad jurídica de la persona—adopta posiciones subjetivistas destacables, o bien ha esmaltado de expresiones de esta índole algunos párrafos de la Ley, como veremos a seguida. Con esto no desea, claro está, sustituir el *principio objetivo del hecho*, sino antes bien, *completarlo* por medio de alusiones al *autor*, con lo que la interpretación penal cobra nuevas perspectivas, puesto que no se satisface con las exigencias formales del texto, sino que tendrá que llegar al fondo sustancial del precepto, en donde cobra vida y movilidad la humana persona del supuesto delincuente. Será, pues, una interpretación más sustancial que estrictamente formal, más histórica que abstracta, más viva y lejana de la letra muerta del contexto" (DEL ROSAL) (10). Hora es ya, por tanto, de expurgar el texto vigente español en busca de los elementos *subjetivos, personales y normativos* (11).

a) *Doctrina general*.—Entre otras referencias del *Libro Primero* a *elementos subjetivos y personales*, basta citar los siguientes: *voluntarias* (art. 2.º), *grado de malicia* (art. 2.º), *voluntario desistimiento* (art. 3.º), *propósito para delinquir* (art. 8.º, núm. 1.º), *por razón de las circunstancias del menor* (art. 8.º, núm. 2.º), *teniendo siempre en cuenta las condiciones subjetivas del agente y no el alcance jurídico del acto cometido* (art. 8.º, núm. 2.º), *el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo* (art. 8.º, núm. 6.º); *el que impulsado* (art. 8.º, núm. 7.º), *provocada intencionadamente por el sujeto* (art. 8.º, 7.º), *impulsado por miedo insuperable* (art. 8.º, 10), *propósito de delinquir* (art. 9.º, 2.º) (12), *intención* (art. 9.º, 4.º), *obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia* (art. 9.º, 7.º). En el artículo 10 pueden citarse las *circunstancias agravantes* 1.º, 2.º, 5.º, 6.º, 14 y 15, si bien omitimos otras de menor importancia, pero radicadas en el ánimo del sujeto. En el artículo 11 se alude expresamente a los *motivos*. Y, finalmente, la expresa referencia al *reo habitual*, en el artículo 17, 3.º, *parte segunda*.

(9) V. L. RECASENS SICHES: *Obra cit.*, pág. 180. Todo lo contrario aconteció con la postura neohegeliana de los penalistas alemanes de la última hornada, quienes intentaron confundir la esfera de lo jurídico con la de lo moral. Recuérdense las posiciones de WEIZEL, DAHN y SCHLAFSTEIN, ante todo.

(10) V. JUAN DEL ROSAL: *Ideas histórico-dogmáticas*, etc. trabajo citado.

(11) La importancia de estos tres elementos en la Dogmática moderna, sobre todo en la "teoría del tipo legal" fué expuesta por E. MEZGER: *Tratado de Derecho penal*. Ed. Rev. de Dro. privado, Madrid, tomo I, 1935, págs. 318 y siguientes, 2.ª ed., 1946. La bibliografía ante todo, alemana es copiosísima. No merece la pena citarla. Véanse las bibliografías que insertamos en nuestras obras *Política criminal*, *Una nueva concepción del delito*, *Principio de Derecho penal español*, obras citadas ya.

(12) Con objeto de no exagerar con excesivas citas, entresacaremos las más importantes referencias subjetivas.

Ya en el ámbito de las "penas", tenemos, por ejemplo, según *arbitrio del Tribunal* (art. 52), así como el castigo que hace de la tentativa imposible en el *párrafo segundo; disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal* (art. 60, *párrafo primero*, también el *párrafo segundo*); los *Tribunales podrán dejar de imponer dicha pena, teniendo en cuenta la naturaleza y circunstancias del delito y del culpable* (art. 61, 2.^a); *teniendo en cuenta...*, y la *personalidad del delincuente impondrá la pena señalada por la Ley en el grado que estimen conveniente* (art. 61, 4.^a); los *Tribunales podrán imponer la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, aplicándola en el grado que estimen pertinente, según la entidad y número de dichas circunstancias* (artículo 61, *reglas 5.^a y también 6.^a*). En la *regla 7.^a de este artículo*, aun cuando vienen en consideración las "circunstancias", sin embargo el Código reafirma expresamente el "principio del resultado", al decirnos: *y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito*. Todo lo contrario sucede con el artículo 63, en donde no sólo los Tribunales compulsarán las *circunstancias atenuantes y agravantes del "hecho", sino, principalmente, el caudal o "facultades del culpable"*. Idéntica línea—explicable por tratarse de un menor de dieciocho años—guardará el Tribunal, *puediendo, en atención a las "circunstancias" del menor y del "hecho", sustituir la pena*. En el artículo 66, igualmente, el Tribunal goza de *arbitrario imponiendo la pena en el grado que estime conveniente*. Y en el último de los artículos de esta sección—en el número 67—, el legislador es ya más explícito, al decirnos que *los Tribunales, en los delitos contra las personas y su honor, honestidad, libertad y seguridad y propiedad, atendiendo a la "gravedad de los hechos", y al "peligro que el delincuente represente", podrán acordar en sus sentencias, la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que hubiere cometido el delito, o en que resida la víctima o familia, si fueren distintos, dentro del período de tiempo que el mismo Tribunal señale, según las circunstancias del caso* (13).

En la *remisión condicional* se aduce por el legislador algunos aspectos subjetivos personales, tales como, por ejemplo, que el reo haya delinquido por primera vez; en la estimación de la *condena condicional* habrá de tener presente la *edad y antecedentes del reo, naturaleza jurídica del "hecho punible"* y circunstancias de todas clases que *concurrieren en su ejecución*. Y en la *libertad condicional* también aparecen elementos de esta índole, como, verbigracia, *intachable conducta, garantías de hacer vida honrada* (véanse artículos 98 y 99). La modalidad introducida por el legislador del 1944, en lo tocante a la "redención de penas por el trabajo" no deja de ofrecernos algunos aspectos de los citados elementos: exigencia de buena conducta, la

(13) En algunos otros artículos vemos rastros de estos elementos como en los artículos 83, 90, 91.

no concurrencia de "peligrosidad social", a juicio del Tribunal (artículo 100) (14).

En cuanto a los *elementos normativos*, nos basta con indicarlos a vuelo de pluma, por no ser objeto especial de nuestra atención en estas lecciones (15). Por otra parte, como dijo acertadamente nuestro maestro de la Universidad de Friburgo, profesor ERIC WOLF, los "elementos típicos normativos de los tipos penales son extraordinariamente numerosos; todos los elementos del tipo tienen carácter normativo, pues todos en absoluto son conceptos jurídicos y, por tanto, conceptos valorativos, teleológicamente edificados" (16).

Así, por ejemplo, en el *Libro Primero* tenemos, entre otros: *Juez instructor, delito, derechos de un extraño, bien jurídico, deber, ejercicio legítimo de un derecho, oficio, obediencia debida, procedimiento judicial, los efectos del delito, incendio, explosión*, y otras de estas circunstancias; *carácter público* (17). Basta y sobra con sólo aducir algunos que otros, pues sería interminable su enumeración. Así: *ofensa de la autoridad, radiodifusión, hecho punible, funciones públicas, reo reconocidamente habitual de otro delito, empresas, responsabilidad subsidiaria, Estado* (18), *autoridad, funcionario*, etc., etc.

b) *Doctrina especial*.—No conduciría a nada hacer aquí una exposición exhaustiva: de modo que, con objeto de no recargar con demasiados artículos estas *notas*, apuntaremos únicamente algunos de los más importantes.

La inmediata referencia a *elementos subjetivos y personales* por parte de la estimativa penal la tenemos, verbigracia: se *concertare para el mismo fin, fin de hostilizar a España*, equiparación de la frustración y de la tentativa con el delito consumado, *apreciando las circunstancias del "hecho" y del "culpable"*; *intentare penetrar; actos directamente encaminados; a sabiendas; con ánimo deliberado; el Tribunal apreciando las circunstancias del "hecho" y del "delincuente"*;

(14) Véase el artículo 118.

(15) "Mientras que los elementos típicos objetivos y subjetivos de que hasta ahora se ha tratado se refieren a aquellas partes integrantes del tipo penal fijadas por el legislador descriptivamente como determinados estados y procesos, corporales y anímicos, y en consecuencia, han de ser constatados caso por caso por el Juez cognitivamente, en los elementos típicos "normativos" se trata de presupuestos del injusto típico que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación del hecho." V. E. MEZGER: *Tratado*, obra cit., pág. 320.

(16) V. E. WOLF: *Strafrechtliche Schuldlehre*, obra cit., pág. 79, nota 7. W. SAUER: *Filosofía jurídica y social*, Ed. Labor, Barcelona, 1933, págs. 208 y sigs. E. MEZGER reproduce el juicio de Wolf; véase *Tratado*, obra cit., página 320. F. W. FREY: *Die Grundlage der Schuldlehre im nationalsozialistische Strafrecht (Diss)*, 1936.

(17) Véanse artículos 8.^o, números 2, 4, 9, 7 y 11; artículo 9.^o, circunstancia 9.^o; artículo 10, circunstancias 3.^o, 4.^o y 10.^o Estos elementos son de distinta naturaleza y variados. Véanse, entre otros artículos, por ejemplo, los números 10, 12.^o, 14.^o, 16.^o, 17.^o; artículos 11, 13, 15, 16, 17, 18 y otros muchos más.

(18) Véanse los artículos 10, 16.^o; 13, 17, 21, 20. Entre otros artículos, véanse 22, 26, 29, 32, 33, 34, 37, etc., etc.

los Tribunales atendiendo a la menor gravedad y circunstancias del "hecho" y al móvil y condiciones del "culpable"; con ánimo de atentar; los Tribunales, apreciando las circunstancias del "delincuente"; asimismo los Tribunales apreciando las condiciones personales del "delincuente"; teniendo en cuenta las circunstancias personales del "culpable"; los Tribunales teniendo en cuenta la gravedad del "hecho" y sus circunstancias, la naturaleza del documento, las condiciones del "culpable" y la finalidad perseguida, la escasa "peligrosidad social" de aquél (se refiere, claro está, al procesado) o la patente falta de intención; como "homicida"; el que de propósito; se dedicare habitualmente; participando de los beneficios de este tráfico o haciendo de él "modo de vivir"; el que habitualmente promueva, favorezca o facilite la prostitución; apartarle del peligro de la liviandad; peligro para su moralidad; contrayente doloso; en peligro la vida del niño; ánimo de lucrarse; el Tribunal, teniendo en cuenta... los antecedentes de los "delinquentes" y las demás circunstancias que hubieren podido influir en el propósito criminal; alterando maliciosamente; el que habitualmente se dedicare a préstamos usurarios (19).

Los elementos normativos esmaltan la mayoría de las figuras de delitos del Libro Segundo. Sirvan sólo de ejemplo algunos de ellos: cosa ajena; tutor; insolvencia fraudulenta; insolvencia culpable derecho real; funcionario público; documento público; documento privado; delito perseguible de oficio; un mal que constituya delito (20).

III. Examen especial de algunos artículos del Código en relación con el "tipo de autor" y el "tipo criminológico"

Parece deducirse de la exposición que acabamos de hacer que el legislador español la vacilado en algunos preceptos en apoyar exclusivamente la estimación penal en el "principio del hecho". Mejor todavía: considera que la valoración de la acción delictiva necesita otras zonas de carácter subjetivo, en las que resalte la actitud psíquica o en las que se patentice la voluntad culpable del individuo. Incluso agrava la pena en cuanto esa posición subjetiva de la persona revela

(19) Los números subrayados son los artículos citados en el texto, 120, 122, 3.º, 142, 143, 147, 148, 153, párrafo segundo, 154, 157, 2.º, 161, núm. 1, 162, 163, párrafos primero y segundo, 173, 3.º, 4.º, 174, 2.º, párrafo segundo, 198, 199, 203, 204, 208, 209, 218, 222, 223, 2.º, párrafo segundo, 235, 238, 240, 241, 242, 244, 245, 247, 252, párrafos primero y segundo, 253, párrafo segundo, 256, 259, 260, 261, 262, 264, 269, y otros de esta sección, de "falsedades"; 328, 351, 352, 353, 354 (en estos cuatro artículos se emplea la expresión "a sabiendas"), 356, 362, 304, 368, 382, 409, 470, 480, 488, párrafo tercero, 489, 493, 1.º, 500, 511, 511, 1.º, 516, 3.º, 528, 436, 438, núm. 1.º, núm. 2.º, 440, 446, párrafo cuarto, 447, 449, 453, 457, 458, 469, 479, 480, 488, párrafo tercero, 489, 493, 1.º, 500, 511, 514, 1.º, 516, 3.º, 528, 530, 534, 536, núm. 3, 542, 562, 565.

(20) Artículos que cita el profesor RODRÍGUEZ MUÑOZ en el Tratado de MEZGER obra cit., tomo I, págs. 321-322. Artículos 514, 434, 520, 521, 517, 662 y otros, 303, 306, 453, 493. Entre otros véanse los artículos 517, 520, 522, 319, 321, 323, 325, 326, 332, etc., etc.

una cierta probabilidad de recaer de nuevo en el delito. Se aparta, por tanto, en cierto modo, de aquella dirección clásica que explanó el gran CARRARA: "No debe punirse la maldad del hombre, sino la perversidad de la acción, si no se quiere confundir el oficio del legislador penal con el de moralista" (21). Se ha dado cuenta, en una palabra, de dos cosas: *primero*, de la insuficiencia que entraña cualquiera ordenación racional de conductas humanas, imposible de llevar a cabo en una detallada regulación, pues siempre la rebasa el casuismo de la vida; *segundo*, que la única manera de colmar estas lagunas, constitutivas por otra parte, de todo sistema positivo, sin necesidad de dar al traste con la base legal de los delitos y de las acciones, consiste en colocar en manos de los Tribunales un instrumento de individualización del precepto, cual supone la apelación a su "prudente arbitrio" en cuanto al instante de realizar el precepto. Y este "arbitrio judicial" en el "texto del año 1944" se desenvuelve en unos límites mucho más amplios que en los presentes cuerpos punitivos. Por esto necesita no contar pura y simplemente con la referencia escueta del "hecho", sino que habrá de alumbrar el contenido del mismo y el *porqué y cómo* de su ejecución a través de la valoración que haga *de los motivos, condiciones personales del procesado, constelaciones de circunstancias agravantes y atenuantes, finalidad perseguida, peligrosidad social que representa el delincuente*, y otros elementos más que revierten su eficacia a la hora de verificar una buena estimativa del "hecho penal". En suma, que la técnica del Código, con muy buen sentido político-criminal, no se satisface con una graduación del lado objetivo, representado por la gravedad del *daño causado*, sino, antes bien, completa y perfecciona esta faceta del comportamiento delictivo con una serie de referencias a la *persona del autor*, las cuales, para entenderlas, habremos de descender a la consciencia y al querer del individuo (22).

Aparte de las conexiones de algunas "figuras de delito" con especiales zonas concretas referidas a la llamada "culpabilidad", como ponemos por caso, en el empleo de las expresiones *malicia, voluntarias, a sabiendas, dolosas*, etc., etc. que constituirán un grave obstáculo para una interpretación correcta del artículo 565 (23), nos interesa aquí, siquiera sea en forma telegráfica, resaltar algunos de los preceptos ya mencionados (24).

(21) V. F. CARRARA: *Opuscoli di Dir. penale*, 5.^a ed., 1898, vol. II, pág. 129. Cfr. F. ANTONISEI: *Manuale di Diritto penale*. Guiffré editore, 1947, pág. 171.

(22) La teoría de los elementos subjetivos del *Injusto* no ha mostrado que éste depende en muchos casos de características subjetivas, es decir, situadas en el alma del autor. V. E. MÖZGER, obra cit., tomo I, pág. 319. Descartamos claro está, los llamados *elementos normativos* en este esbozo, por no ser su estudio propio del caso. Inútil decir que fundamentalmente el legislador español no ha perdido la base clásica del "principio del hecho o acción". Sólo a modo de complemento vienen los ingredientes subjetivos y personales.

(23) V. JUAN DEL ROSAL: *Principios*, obra cit., tomo II, vol. I, lec. 38 y 39.

(24) Véase para un estudio de este aspecto JUAN DEL ROSAL: *Ideas histórico-dogmáticas*, trabajo ya citado. Sobre los elementos normativos, véase MARTÍN

En algunos extremos el Código se ha visto obligado a modificar su punto de vista de la *gravedad del daño* producido en razón a las especiales condiciones del *culpable*. Así, nada de extraño tiene que se perciba a primeras de cambio la influencia del tratamiento del menor, el cual queda radiado del ámbito de la legislación común, y que esparce aún su huella en cuanto se halla el texto legal con un culpable, cuya edad oscile entre los dieciséis y dieciocho años (*circunstancia atenuante tercera del artículo 9.º*). Por ello nos hallamos con las palabras consignadas en los *artículos 8.º, segundo párrafo, y 3.º* y en el *artículo 65*, en relación con la antedicha circunstancia atenuante, en cuyos preceptos los Tribunales cambian en atención a las condiciones de la edad del culpable su estimación del *hecho* por las circunstancias del *autor*, puesto que en el Derecho penal juvenil impera más el ser humano que lo realizado por él (25).

Existen, de otra parte, unos cuantos artículos, en los que el legislador acuña gustosamente su valoración, apoyándola no tanto en el "hecho" cuanto en la "persona" del autor. Recuérdese a este efecto los *artículos 60* (disposición moral del delincuente), *61* ("naturaleza y circunstancias del delito y del culpable"—regla segunda—, "personalidad del delincuente"—regla cuarta), *118* ("circunstancias del culpable"), *223* ("circunstancias del delincuente", idéntica expresión repítase en el *252*), *253* ("circunstancias personales del culpable"), *318* ("las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste") y el *artículo 511* ("los antecedentes de los delincuentes y las demás circunstancias que hubieran podido influir en el propósito criminal") (26). En todos ellos, por supuesto, aparece taxativamente consignada la estimativa penal al "hecho" y al "autor". Esto es, el legislador convierte en criterio positivo lo que desde hace tiempo ronda por la esfera doctrinal: *que el delito es la obra de una persona*. Y que una comprensión enteriza del acontecimiento delictivo nos exige no dar de lado justamente al *causante del mismo*. He aquí cómo en verdad cobra estado legislativo una idea muy traída por los penalistas de las más modernas generaciones y que, dicho sea de paso, preocupa igual-

BASEDOW: *Die normativen Tatbestandselementen der Freiheitsberaubung* (Inaugural Dissertation). Thun, 1935.

(25) V. E. CUELLO CALÓN: *El nuevo tratamiento penal juvenil europeo y el tratamiento de los jóvenes delincuentes en España*, en *Rev. Gral. de Leg. y Jurisp.* Mayo, 1944 págs. 489-508. El profesor CUELLO CALÓN, experto especialista en la materia, hace en este estudio agudas observaciones críticas, sobre todo, en lo tocante a la Legislación española. La Legislación penal alemana de los últimos años introdujo un duro criterio defensista contra el menor. Véase E. WOLF: *Líneas fundamentales del nuevo Derecho penal juvenil de Alemania* (trad. DEL ROSAL), *Rev. de Estudios penales*, Valladolid, 1944-45. F. TORINO critica este trabajo de WOLF. Véase *Revista de Derecho penal*, Buenos Aires, 1945, núm. 3, pág. 507. Cfr. *Información Jurídica*, abril 1944. DEL ROSAL: *Algunos aspectos de la delincuencia juvenil* (Conferencia inédita).

(26) Téngase presente que no nos anima la intención de agotar el repertorio de los artículos con elementos de esta clase. Tan sólo queremos *ejemplificar* con algunos más sobresalientes.

mente en otros sectores del saber jurídico: el jurista no se contenta hoy con sólo enterrar su mirada en el "hecho", necesita, para su propia satisfacción de hombre histórico de este período de renovación de las ciencias causales, traspasar su visión en busca de una comprensión sustancial y profunda del "hecho" (27).

En ciertos preceptos el legislador español equipara el "hecho" a la "persona"; en otros, hasta dijérase que las "condiciones del culpable" constituyen el puntal del arbitrio judicial (28). Pero, en todo caso, es evidente que forma parte *esencial* del juicio lógico-valorativo realizado por los Tribunales. Con ello, no se hace más que dar presencia legislativa al inexcusable supuesto *antropológico* del Derecho punitivo.

Esta idea de saltar por encima del *resultado*, de no tener en cuenta en la figura de delito el *críus* encaminado a causar el mal, ha hecho igualmente fácil presa en nuestro sistema positivo, a pesar de que ello representa un principio diametralmente opuesto al propugnado por el *Derecho penal de hecho o de resultado*. Así, sin necesidad de apurar la indagación, nos basta con traer a la vista los *artículos 52 y 142* (29). En el primero de los citados artículos el legislador pune las conductas de "tentativa imposible" (30), en sus dos formas: inidoneidad de medios o inexistencia de objeto (31). Este precepto está relacionado con la contemplación que de la "tentativa imposible" realiza el Código en el *artículo XII, número 2.º, párrafo tercero* (32).

En el segundo de los supuestos, el Código penal español sigue en parte la suerte de algunos proyectos y leyes penales europeas, en los que, para reforzar el frente defensivo contra la criminalidad, no guardan reparo en equiparar la consumación con la frustración y la tentativa (33). Igualmente acusa esta influencia en el empleo que nos hace en algunas figuras de delitos de la palabra "intentare" (*artículos 153 y 154*, entre otros), sobre cuya significación polemizó la téc-

(27) V. E. MEZZGER: *Criminología y Derecho penal*, trabajo citado.

(28) Ya hemos dicho anteriormente, así como en nuestro estudio *Ideas históricodogmáticas*, ya citado, que el "texto refundido" amplía el margen de apreciación por parte del Juez. El propio legislador nos lo confirma en el "Preámbulo" del Decreto de promulgación.

(29) Véase lo dicho a propósito de este tema en el *capítulo primero* de este estudio. Igualmente, JUAN DEL ROSAL: *Ideas históricodogmáticas*, etc., supra cit.

(30) Véase JUAN DEL ROSAL: *Ideas históricodogmáticas*, estudio cit.

(31) Se ha introducido, según nos dice uno de los componentes de la Comisión, prof. F. CASTEJÓN, actual Magistrado de la Sala Segunda del T. S., "siguiendo al artículo 5.º de la Ley de 24 de enero de 1942 (Aborto)". V. F. CASTEJÓN: *Génesis y breve comentario del C. p. de 23 de diciembre de 1941*. Ed. Rosal, 1946, pág. 38.

(32) Véanse JUAN DEL ROSAL: *Acerca del pensamiento penal español*, obra cit. IDRY: *Estudios penales*, Instituto Nacional Jurídico, Madrid, 1948.

(33) En esta dirección fué la Dogmática penal alemana de la última época y el Anteproyecto prusiano los que llevaron esta *equiparación* a límites extremos. Véanse a este respecto *Nationalsozialistisches Strafrecht, Denkschrift des Preussischen Justiz Ministers*, Berlín, 1933. *Bericht über die Arbeit der antilichen Strafrechtsskommission*, Berlín, 1934, el estudio de FREISLER en este tomo *Willenstra-*

nica penal alemana, ya que en realidad parece tratarse de un "comienzo de ejecución" (tentativa), siendo así que estas expresiones equivalen a hechos de consumación. Otra prueba de cómo el legislador ha engarzado su valoración en la raíz subjetiva de la "persona" del culpable (34).

Dignos de mención son los artículos 67, 100 y 256. ¿Qué se nos dice en ellos? El intérprete capta en seguida un vocablo, cargado, por cierto, de intención criminológica. Se trata, ni más ni menos, que del "peligro" que representa el sujeto. Otro supuesto más en que el legislador efectúa un pronóstico sobre la conducta futura de la persona. Es decir, que el peso de la estimación va dirigido hacia la *personalidad*, pues aquí el hecho sirve como síntoma de la capacidad delictógena futura del culpable. En el artículo 67, el texto legal tiene en cuenta el peligro que el delincuente representa para poder acordar el Tribunal una sanción penal, consistente en la prohibición al reo que vuelva al lugar en que cometió el delito. En los otros dos artículos—100 y 256—el legislador incorpora una expresión a las normas, que viene siendo sumamente controvertida (35). Esta es: *peligrosidad social*. No podrán redimir penas por el trabajo—a tenor del artículo 100—los que, entre otras circunstancias, a juicio del Tribunal, presenten *peligrosidad social, expresamente consignada en la sentencia*.

frecht, Versuch und Vollendung, págs. 9-37, así como el de von DOHNANNI: *Täterschaft und Teilnahme*, págs. 73-85. Véase igualmente Besonderer Teil, Berlín, 1935, el trabajo de E. SCHAEFER: *Angriffe auf die politische Führung, Schutz Bewegung*, págs. 130-139.

(34) Ya dijimos, a propósito de esta cuestión en nuestra obra *Acercá del pensamiento penal y otros problemas penales*, cit., que si esta palabra *intendere* era equivalente al *unternehmen*, alemán, y al *tentare*, italiano. "Creemos que el legislador español no ha querido dar a una tal palabra—*intendere*—la misma textura significativa que la que posee en las legislaciones extranjeras mencionadas. Por eso, a nuestro modesto entender, el legislador español emplea este vocablo de *intendere* pensando en la tentativa, definida en el artículo 3.º del C. p. ordinario" (págs. 54 y sigs.).

(35) Sería inadecuado traer a colación la innumerable bibliografía sobre el problema de la *peligrosidad*, y si es o no discreto adjetivarla con la denominación de *social*. Por de pronto, podemos decir que es correcto el empleo de la expresión "peligrosidad social" siempre y cuando se entienda tanto la una como la otra palabra dentro del rigor dogmático y cultural con que hoy se contempla el problema de la peligrosidad y se comprende el término "social". De otra parte, nada hemos de temer, puesto que el "pronóstico" sobre la peligrosidad viene montado sobre bases seguras.

Se ha querido ver en este concepto la fórmula que resolviera una parte de las contradicciones del Derecho penal. Basta recordar las publicaciones de la escuela positivista y las recientes de los neopositivistas, como FLORIÁN y GRISPIGNI, para cerciorarse del propósito tan ambicioso que andaba en la noción de *peligrosidad*. Lleva razón en esto LÓPEZ-REY cuando nos dice que "la peligrosidad en Criminología y Derecho penal debe ser reducida a más modestos límites y dejar de usarse como la fórmula maravillosa que todo lo arregla. Las bases biopsicológicas, así como las sociológicas que la dieron nacimiento, no son hoy en día sostenibles". V. M. LÓPEZ-REY: *Introducción al estudio de la Criminología*, Editor, "El Ateneo", Buenos Aires, 1945, pág. 378. Aun cuando esta frase está dicha por LÓPEZ-REY con fines polémicos. Véase M. RUIZ-FUNES: *Actualidad de la venganza*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1944, pág. 108.

Y en el artículo 256, si el legislador infiere de los antecedentes y de las circunstancias del hecho la *escasa peligrosidad social*, podrá rebajar la pena (36). Henos aquí, por consiguiente, con elementos expresamente destacados por el legislador, los cuales desplazan el acento valorativo del "hecho" al "autor". O mejor dicho: el "*hecho*" *va captado en función de la "persona"*, y, *en definitiva, el juicio judicial se ejerce sobre la conducta personal y futura del culpable*. Es una "peligrosidad" de las llamadas "post-delictuales", puesto que se establece teniendo en cuenta el delito cometido. La "prognosis" sobre el delincuente viene concebida desde la planicie de la acción delictuosa ejecutada. Sinceramente, creemos un acierto este cambio de visión del legislador español y nos place que haya introducido esta noción (37).

Finalmente, nos queda por ver en esta rápida exploración tres problemas, íntimamente relacionados con el *Derecho penal de autor*. Están respunteados en los preceptos del Código y se agrupan en torno a estos tres sectores: ¿qué nos indica el Código con sus alusiones a la "habitualidad", "reincidentes" y "modo de vivir"? En otras palabras: ¿son estos términos traducciones legales del "principio de autor"? No cabe duda. Tanto en la "habitualidad" como en la "reincidencia", estamos a presencia de una "tipología" de autores, llamada "habituales" y "delincuentes reincidentes". Ambas gozan de carta de naturaleza—ganada a fuer, por desgracia, de su lamentable existencia en la vida real—en el ámbito de la Criminología. Sobre cuya tipología no existe la menor discusión. El "tipo reincidente" entra en el grupo de los llamados "tipos represivos"; en tanto que los "habituales", en la denominación de "tipos preventivos". Tanto el uno como el otro son indiscutiblemente "tipos criminológicos", y el legislador les da forma legal con objeto de reforzar el sistema de defensa, representado por las leyes penales (38). El "reincidente" hubo de admitirlo, aunque de mala gana, la escuela clásica. Por lo que toca al "habitual", el mismo FERRI nos dijo que fué la escuela positiva la que lo alumbró (39).

La "reincidencia" definida en el Código en el artículo 10, circuns-

(36) Véanse entre los múltiples trabajos sobre la peligrosidad, el estudio del prof. L. JIMÉNEZ ASCÁ: *La pericolosità*. Bocca, Torino, 1923. Y los recientes de M. RUIZ FÚNES: *Peligrosidad y culpabilidad*, en la Rev. jurídica *La Ley*. Buenos Aires, tomo XLI (1946) pág. 927. ÍDEM: *Valoración de la peligrosidad*, en la misma Revista, tomo XLIII (1946), pág. 1037. RUIZ-FÚNES: *Peligrosidad y temibilidad*, en *Rev. Jurídica Dominicana*, año VIII, núm. 22, La Orden del Ministerio de Justicia de 16 de octubre de 1947 hace mención al término "peligrosidad" cuando se refiera a delitos de la Legislación especial (véase *B. O.* 29 octubre 1947).

(37) Véase, entre otros, F. EXNER: *Biología criminal*, obra cit., para conocer los elementos con que se verifica el "pronóstico" sobre la conducta futura.

(38) Recuérdese cuanto hemos dicho en pasajes anteriores, sobre todo, en el capítulo *segundo*.

(39) V. E. FERRI: *Principios de Derecho criminal*, traduc. R. MUÑOZ. Ed. Reus, Madrid, 1933, pág. 743.

tancia 15 (40)—como la "reiteración" (41)—va más allá del "principio de la acción", pues se pune por lo que *es* la persona. Aquélla esparce su influencia en los artículos 99, 516, 3.º; 528, 4.º; 530 y 534. En estos preceptos del Código se eleva la pena en razón al carácter del reincidente, que denota a las claras un mayor peligro de infracción de los valores inscritos en la Ley penal.

La "habitualidad" sirve en el Código para caracterizar algunas figuras delictivas, valga de ejemplo los artículos 17, 3.º, *circunstancia* 2.º; 402, 415, *párrafo segundo*; 438, 1.º, y 542 (42).

En último lugar, hemos de contemplar dos artículos en los que sería posible dar con algún hallazgo respecto al "tipo normativo de autor". Estos artículos son: el 407 y el 431, 2.º. En ellos puede vislumbrarse una idea del legislador respecto a cómo *complementa* el "principio de la acción" con un tipo determinado de "persona", a quien conviene como a su propia esencia el precepto positivo. Dice así el artículo 407: *El que matare a otro será castigado como "homicida", con la pena de reclusión menor.* ¿Qué ha querido decirnos el legislador del 1944 al mencionar este vocablo de "homicida"? Por lo que nos expone el profesor CASTEJÓN, se ha querido con ello hacer una definición *directa* (43). ¿Quiere expresarnos que para la existencia del delito de homicidio se requiere en la persona ciertas cualidades que le conviertan en "homicida"? ¿Cualifica, por decirlo así, este delito hasta el extremo de conferir a quien lo perpetra carácter de "homicida"? ¿Estamos, pues, en presencia de uno de aquellos supuestos apuntados por los defensores de la teoría del "tipo de autor", en que el legislador emplea términos o expresiones en virtud de las cuales, como intérprete de la Ley, puede fijar y colegir una figura de delincuente en la realidad contingente? (44). No creo que la intención del

(40) Ser reincidente. *Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable estuviere ejecutoriamente condenado por otro u otros delitos comprendidos en el mismo título de este Código.*

(41) Ser reiterante. *Hay reiteración cuando al delinquir el culpable hubiere sido castigado por delito a que la Ley señale igual o mayor pena, o por dos o más delitos a que aquélla señale pena menor (art. 10, 14.º).*

(42) Incluso en el artículo 402, se dice taxativamente "culpable habitual". V. KRITSCHMER: *Constitución y carácter*. Ed. Labor. Barcelona, 1947, pág. 274. GÓMEZ (E.): *La delincuencia habitual*, en *Rev. de Derecho penal*, Buenos Aires, 1946, núm. 2.

(43) V. F. CASTEJÓN, trabajo cit., págs. 82 y 83. V. igualmente CUELLO CALÓN: *Código penal*. Librería Bosch. Barcelona, 1929, págs. 218 y sigs. No se olvide en este sentido el artículo 405, en que se alude expresamente al *parricida*.

(44) V. MEZGER: *Tatstrafe und Täterstrafe insbesondere im Kriegsstrafrecht*, en *ZStW.*, Ed. Gc. C'ir. A. GEMELLI: *La personalità del delincuente nei suoi fondamenti biologici e psicologico*, obra cit., pág. 22.

Acaso sea uno de los delinquentes más *caracterizables*—valga la palabra—el llamado "homicida", ya que los problemas psicológicos y psiquiátricos que presenta esta figura nos concede margen para un estudio específico de su psicología criminal. En este sentido véase el sugestivo capítulo de la obra de DAVID ABRAHAMSEN: *Delito y psique*. Fondo de Cultura Económica. México, 1946, en donde aborda, bajo el epígrafe de "Los supuestos psiquiátrico-psicológicos del homicidio", una tanda de cuestiones prácticamente referidas a la criminalidad norteamer-

precepto español vaya tan lejos, pues, a *sensu contrario*, nos hallaríamos con que aquella persona que *mata* y no presenta los caracteres de "homicida" habría de gozar de impunidad su conducta de muerte. A lo sumo, la expresión de "homicida", en el artículo mencionado, no querrá decir otra cosa, sino una mención al individuo cuya acción ha sido ya valorada por su comportamiento de *matar* a otro. ¿Habrá querido el legislador, con esa expresión, aludir en forma más inmediata a la *persona* que realiza el precepto del homicidio, sin parar mientes en una *personalización* a un grupo determinado de individuos? De todas formas, vale la pena decir que huelga esta invocación al "homicida" en la definición de un concepto, que de suyo es perfectamente *objetivable*, sin necesidad de recurrir a injerencias demasiado subjetivas que pudieran comprometer la validez jurídica del precepto.

Sólo depara base, con probabilidad de éxito, el artículo 431, 2.º, en afirmación de la tesis del "tipo normativo de autor". Justamente esta nueva corriente ha concentrado sus baterías en ese reducido terreno que el legislador, tanto español como extranjero, brinda para la explicación de un "tipo normativo del agente". No obstante, ha habido autores—entre ellos H. MAYER (45)—que han negado insistentemente la existencia de esta apoyatura legal en este delito de "rufianismo". Nuestro precepto dice así: *Incurrirán en las penas de arresto mayor, multa de 1.000 a 5.000 pesetas e inhabilitación especial: 2.º Los que cooperen o protejan la prostitución de una o varias personas, dentro o fuera de España, participando de los beneficios de este tráfico o haciendo de él "modo de vivir" (art. 431, 2.º) (46).*

ricana del más subido interés. Ante todo, hace especial mención de que en la mayoría de los casos se trata de una anormalidad de la estructura psíquica, la que lleva a estos delinquentes a la realización del hecho antisocial. Vieja tesis norteamericana, que, por otra parte, tiene también actualmente muchos contradictores en el mismo país. "Esas tendencias criminales—nos dice el citado criminólogo—se provocan más fácilmente cuando originalmente existen anormalidades en la estructura de la personalidad. Las actividades criminales y las patológicas mentales son como dos plantas que derivan su alimento del mismo suelo. La frecuencia de las anomalías mentales crasas en los delinquentes apoyan esta semejanza" (página 234). Cfr. W. HEALY y A. F. BRONNER: *New Lights on Delinquency and Its Treatment*. W. BROXBERG y C. B. THOMPSON: *The Relation of Psychosis, Mental Defect and Personality Types to Crime*, en *Journal of Criminal Law and Criminology* XXVIII. Mayo-junio 1937. Sobre este concreto problema, véase, entre otros trabajos, DONALD R. TAFT: *Criminology (An attempt at a synthetic interpretation with a cultural emphasis)*. Macmillan, New York, 1945, págs. 223 y sigs. E. H. SUTHERLAND: *Principles of Criminology*, Third, Ed. Chicago, Philadelphia, New York, 1942 págs. 103 y sigs.

(45) V. H. MAYER, en *Deutsches Strafrecht*, 1938, pág. 105. Cfr. GUARNERI, estudio cit., pág. 63.

(46) Por supuesto, damos de lado a los demás aspectos del precepto, interesándonos tan sólo la mención al "tipo del autor". Véase JUAN DEL ROSAL: *Ideas histórico-dogmáticas*, estudio cit. El "modo de vivir" aparece también en el artículo 87, párrafo segundo del C. p. esp. como uno de los requisitos que tendrán en cuenta los Tribunales para determinar el punto donde deba cumplirse la pena de confinamiento. Y la "situación del reo", en el párrafo segundo del artículo 90 del C. p. esp., para el pago a plazos de la multa impuesta.

A primer golpe de vista, parece que se confirma en este precepto el asendereado "tipo normativo de autor". Porque la expresa mención al "modo de vivir" patentiza *algo* más, mucho más, que la descripción objetiva de la *acción*. ¿Quiere esto decir, en efecto, que nos hallamos con un tipo individual, en el que se *historiza*, por decirlo así, una persona determinada? Si el "tipo de autor", en el decir de MEZGER, es un "tipo individual, en el cual se concreta la personalidad de un hombre en cuanto actúa y manifiesta esta personalidad en su acción considerada como delito; y es un tipo criminal cuando él repite, sea de modo constante y uniforme, sea de modo diverso y con características nuevas, acciones delictivas" (47), nada de extraño tiene que los autores hayan visto plasmada su idea en este precepto, puesto que, en mayor medida que en algún otro, el legislador ha sido vencido por la tentación de recalcar la significación de la *acción*, en referencia directa a una *personalización* del autor. Todavía se ve aquí, con más nitidez que en otros delitos—como los de *traición*—, pese a la opinión de SCHAFFSTEIN (48). ¿Es en este artículo preciso añadir la "sombra" del tipo legal—representado por el "autor"—para dar con una exacta interpretación del precepto? Parece que así debiera ser. Porque, en efecto, el legislador concretiza en extremo que es necesario para que exista cooperación o protección a la prostitución, que se participe de los beneficios de este tráfico o haciendo de él "modo de vivir". Esta participación en los beneficios, ¿exige que se *repita*? O mejor dicho: ¿requiere que se venga participando una u otra vez para incurrir en la sanción del precepto? Porque la última parte del precepto es bien clara: *es necesario que se convierta esa cooperación y protección en hábito de sustento de la persona*. Que su fuente o medio de vida sea esta cooperación o protección hasta el punto de constituir su modo cotidiano de existencia. No caerá, por tanto, dentro de este artículo aquella conducta que tan sólo sea un hecho episódico en su existencia esta cooperación o protección o cuando obtenga por alguna vez, pero sin llegar a ser su "modo de vivir", su comportamiento rufianesco (49). La prueba palmaria de que en este delito el legislador apela al "principio de autor" la tenemos en que los comentaristas, cuando perfilan la *esencia* de éste en la finalidad económica, nos des-

(47) V. E. MEZGER: *Tatstrafe und Täterstrafe*, etc., supra cit. Cfr. A. GEMELLI, obra últimamente citada, pág. 18. Véase la tesis doctoral de L. GLESE: *Der Begriff der Täterschaft des Delikts (subjekt des Verbrechens)* 1936, sobre todo, las dos últimas partes, págs. 54 y sigs.

(48) V. E. SCHAFFSTEIN: *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*. Junker, Berlin, 1935. Igualmente, DEL ROSAL: *Una nueva concepción del delito*. ÍDEM: *Política criminal y Principios de D. penal español*, tomo II, obras cit. En este estudio SCHAFFSTEIN critica duramente la tesis de WOLF (*Vom Wesen des Täters*, cit.), intentando dar un nuevo giro a la interpretación de *el qué* de los preceptos penales a base de integrarlos con el pensamiento de la lesión de un deber. Véanse págs. 23 y sigs.

(49) La Jurisprudencia a este respecto tampoco nos saca de dudas, pues los escasos fallos que tenemos persiguen más bien el deslinde de este tipo con otros, nero sin indicarnos en qué consiste la *particularidad* de éste.

culbren por entero la *caracterización personal* de este grupo de individuos, que, en la vida, se les conoce por rufianes u hombres despreciables (50). Así, el profesor CUELLO CALÓN expone a este particular que, "para la existencia de este delito, el provecho económico obtenido ha de tener el carácter de recompensa de la cooperación o protección prestada a la prostitución de una persona. La mera percepción de cantidades, *la ayuda económica de una prostituta por otros móviles, amor, compasión, etc.* (v. gr.: *el caso de la prostituta que mantiene a su padre o hermanos inútiles para el trabajo*), *na constituye delito*" (51).

¿Cómo entender, por tanto, la presente figura de delito? Simplemente como una manifestación del "principio de autor", en su forma de "tipo normativo del agente". Constituye la única y más clara excepción del "principio de autor", pues aquí, a diferencia de los "tipos criminológicos", nos hallamos con que el autor completa, tanto técnica como dogmática, la realidad jurídica del precepto. No es posible punir a una persona por infringir este artículo, si no conjuga su comportamiento humano en una especial modalidad, consistente en hacer de la acción delictiva una parte de su propio mundo cotidiano. Es decir, que la Ley, en este caso "ha querido captar un determinado tipo de autor" y, en consecuencia—en la terminología de BOCKELMANN—, un llamado tipo de autor criminológico. Pero entiéndase bien que el "tipo de autor no es una característica independiente del tipo legal junto a otros, sino la línea recta y la idea fundamental que atraviesa y dota de completo sentido a todo el tipo legal" (52).

(50). Así, el profesor CUELLO CALÓN nos dice: "Por tanto la cooperación a la prostitución o su protección sin finalidad económica no constituye este delito; mas no es preciso que el culpable haga de este tráfico su único medio de vivir, basta que participe más o menos con mayor o menor frecuencia de sus beneficios". V. *Derecho penal*, parte especial. Ed. Bosch, Barcelona, 1946, pág. 514. Véase también la bibliografía citada por este autor en este lugar. En cuanto a la publicidad de los actos internos, véase F. GRISPIGNI: *Diritto penale*, obra cit., 1945, pág. 29, especialmente la nota 3.

(51). Hemos subrayado los últimos párrafos. Véase CUELLO CALÓN, obra acabada de citar, pág. 514. Véase la modalidad que presenta la Legislación penal argentina que "si bien no comprende el caso de simple rufianismo, consistente en *vivir* de las ganancias de una prostituta, reprime el hecho de *administrar, regentar o sostener* una casa de prostitución". S. SOLER: *Derecho penal argentino*, tomo III. Ed. "La Ley", Buenos Aires, 1945, pág. 381.

(52). V. A. SCHOENKE: *Kommentar 2. Aufl.*, obra cit., pág. 397. Tanto GUARNERI como MAYER y KLEE (este último en *Deutsches Strafrecht*, 1940, pág. 97) critican la existencia del "tipo de autor" en este delito. Por el contrario, lo afirman, entre otros, DAHM, MEZGER, SCHOENKE, WELZEL y BOCKELMANN (este último en la forma que ya conocemos). Véase, entre otros trabajos, H. WELZEL: *Allgemeine Teil*, etc., obra cit., las páginas 120 (donde estudia el delinente habitual peligroso), 123 (nos expone el delinente violento en cuyas especiales disposiciones quisieron verse los más evidentes rastros del "tipo de autor") y 125 (sobre los "dañadores del pueblo", también de interés para el examen del *Delito p. de autor*).

El artículo 4.º de la Ley portuguesa de 20 de julio de 1912 castiga igualmente con prisión correccional de seis meses a dos años a aquel que vive a expensas de mujer prostituta. CAVALHEIRO se pregunta exactamente lo mismo que nosotros hemos hecho, que es legítima la duda de si este precepto pune al rufián o a la ru-

IV. Breve estimación de la Ley de Vagos y Maleantes (53)

La legislación penal de la pasada República creó la llamada Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933. Por vez primera en la historia legislativa penal se instituyen unas disposiciones penales preventivas, de carácter tan avanzado. Representa, por supuesto, un orden jurídico de signo contrario al Código penal ordinario: "Con esta Ley de Vagos y Maleantes—dice el principal redactor de la misma—, que es auténticamente una Ley sobre peligrosidad sin delito, toma realidad legislativa mi doctrina dualista de Códigos. En tanto que aguardamos la hora de futuro remoto del Derecho protector de los delincuentes, se precisa componer dos Códigos: uno, de la peligrosidad delictual; otro, para el estado peligroso sin delito" (54).

No hay para qué insistir en que esta Ley, que ha conservado su vigencia hasta los días de hoy, viene montada genuinamente en el "principio de autor", en vez del "hecho". Constituye, pues, la expresión legislativa más audaz de realización del *Derecho penal de autor* sobre "tipos de carácter criminológicos". Tanto la configuración del articulado de esta Ley como las medidas penales adoptadas miran esencialmente a la "personalidad" del autor en vez de al "hecho" realizado, hasta el punto que se llega—como se ha dicho antes—a la aplicación de medidas preventivas de orden *pre-delictual*. Tiene, por tanto, un corte de orientación neopositiva, puesto que las alusiones a los "tipos" de delincuentes persiguen una finalidad de carácter preventivo. Nada más elocuente a este respecto que el artículo 2.º, en donde se establece la fórmula de "estado peligroso", debido a la proclividad al delito en que viven los "tipos criminológicos" enunciados en este precepto. Unas veces, su propensión se ha fertilizado por el mundo

hianería. "Quiere decir—viene a decirnos—, y no está clara a este respecto, la disposición legal, si es el hecho o la personalidad antisocial la que constituye objeto de represión. En vista de las dos fuentes del precepto, el prof. B. DOS SANTOS considera una rufianería una infracción, consistente en vivir a costa de la mujer prostituta." Véase M. CAVALERO, obra cit., pág. 140. B. DOS SANTOS: *O. crime de lenocinio*, en *Rev. de Legis e de Jur.*, año 60, pág. 365, y año 61, págs. 2 y sigs. CAVALERO, que niega como ya dijimos el "tipo de autor", se ve obligado a reconocer que "el sentido personal de la disposición no puede ser negado" (pág. 140).

(53) Véanse, entre otros trabajos, L. JIMÉNEZ ASÚA: *La legislazione penale nella Spagna república*, Milano, Vallardi, 1931. IDEM: *La Legislación penal de la República española*, Ed. Reus, Madrid, 1932. IDEM: *Ley de Vagos y Maleantes*, Ed. Reus, Madrid, 1934. M. RUIZ-FUNES: *Tres expresiones democráticas de legislación penal*, Madrid Morata 1932. J. DEL ROSAL: *Das spanische Gesetz betr. Sichernde Massnahmen gegen Landstreicher und verdaetige Person vom 4 August 1933*, Enke Stuttgart 1935. IDEM: *Principios*, tomo I, lec. 30. RUIZ-FUNES: *El peligro y otros instintos penales*, en la *Rev. La Ley*, Buenos Aires, tomo XLIV, 1946.

(54) V. L. JIMÉNEZ DE ASÚA: *Ley de Vagos y Maleantes*, estudio cit., págs. 61 y 62. IDEM: *Estudio crítico del proyecto de C. p. italiano de 1931*, Madrid, 1922, principalmente págs. 101 y sigs. J. ANTON OJEDA: *Discurso leído en la apertura del curso académico de 1944-45*, Salamanca, 1944, págs. 105 y sigs. ALCALÁ-ZAMORA (N.): *Il sistema processuale della legge spagnuola sui vagabondi e pericolosi*, en *Riv. it. di Dir. penale*, 1937, págs. 526-542.

circundante en que se desenvuelven; otras, su propia existencia les impelerá a la ejecución de hechos delictivos. Por esto, en tal sentido, el artículo 2.º establece ciertos "tipos" de tendencia peligrosa; esto es, apunta certeramente a un "estado peligroso", con muchas probabilidades de traducirse en acciones delictivas. "Sin embargo, el concepto de represión—dice recientemente uno de los redactores de esta Ley—aplicado a la peligrosidad es impropio, puesto que no se aspira a reprimirla, sino a tratarla, cumpliendo respecto de ella una función de defensa social. La peligrosidad preventiva sólo puede referirse al peligro del delito, con la aspiración de impedirlo mediante la aplicación al delincente potencial de medidas adecuadas" (55).

Sin el menor ánimo crítico, que no hace al caso, del articulado de la presente Ley (56), podemos esquematizar sus líneas más esenciales en los términos siguientes: a) Ley de carácter preventivo, fundada en supuestos estados peligrosos *ante-delito* y *post-delictum*; b) de orientación positivista, pues sus "tipos" son de linaje criminológico; c) conserva aún huellas de orden represivo, como dice uno mismo de los autores, en el artículo 3.º y los "incorrectos párrafos del artículo 0.º"; d) es desplazada netamente la pena por "medidas de seguridad y prevención", como tenía que ser, dado que la "peligrosidad" sirve de criterio graduador de estas sanciones, ya que aquélla representa una orientación naturalística, en tanto que la culpabilidad (juicio de estimación de la pena, principalmente) contrasta con aquella por sus exigencias ético-jurídicas (57); e) está fundado, por tanto, con vista a mayor defensa social de frente a los individuos peligrosos (58); f) no guarda ningún parentesco con la teoría del "tipo de

(55) V. M. RUIZ-FUNES: *Valoración de la peligrosidad*, en la Revista jurídica *La Ley*, tomo XLIII, 1946. Buenos Aires, pág. 1073. Así como del mismo autor: *Peligrosidad y culpabilidad*, en la misma Revista argentina, tomo XLI, páginas 927 y sigs. (1946). L. JIMÉNEZ DE ASúa: *El estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo*. Madrid, Pueyo, 1922. IDEM: *El Código penal argentino*. Buenos Aires, 1943. No nos interesa aquí hacer una explicación acerca de la significación del "peligro" y del "estado peligroso". Puede verse el reciente artículo que citamos del prof. RUIZ-FUNES. Para un conocimiento científico del tema, véase la espléndida obra de B. PETROCELLI: *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*. Cedam Milán Padova, 1940. GRISIGNI (F.): *La pericolosità criminale e il valore sintomatico del resto*, en *Scuola positiva*, 1920. JIMÉNEZ DE ASúa: *La pericolosità*. Torino 1923. DE MARSICO: *La pericolosità criminale nelle ultime elaborazioni scientifiche e legislative*, en *Giustizia penale* 1923. SARYFINI: *La pericolosità criminale come stato subiettivo criminoso*, en *Scuola positiva*, 1920. IDEM: *Pericolosità criminale e delitto*, en *Scuola penal unitaria*, 1928.

(56) Véase una amplia exposición por lo que toca a las sanciones y otros extremos, en JUAN DEL ROSAL: *Principios*, obra cit., tomo I lec. 30.

(57) Entre la culpabilidad normativa y la peligrosidad existe una evidente contradicción. V. G. BERTHOI: *Diritto penale*, obra cit., págs. 253 y sigs. Por supuesto, nuestra Ley va mucho más lejos que la Ley alemana sobre delincentes habituales peligrosos. V. A. SCHÖTZKE: *Kommentar*, obra cit., págs. 82 y sigs. DEL ROSAL: *Das spanische Gesetz*, etc., estudio cit. E. MEZGER: *Ein Grundriss*, obra cit., pág. 169.

(58) V. DEL ROSAL: *Ideas históricodinámicas*, estudio cit. F. GRAMATICA:

autor", y, claro está, tampoco con lo que ha venido en llamarse *Derecho penal de autor*.

La aplicación de esta Ley apareja múltiples dificultades. Resulta que es una obra legislativa más, por desgracia, que se dicta a la comunidad española sin contar con los establecimientos oportunos y adecuados. "La eficacia preventiva de la llamada Ley de Vagos y Maleantes, si bien quedaban desnaturalizadas las medidas que autoriza por la falta de instituciones donde se cumplan, con el efecto contraproducente de que, por carencia de ellas, se transformen irregularmente en privaciones carcelarias de libertad" (59). Por otra parte, no siempre fué manejada por el poder ejecutivo para el exacto cumplimiento de su finalidad, sino que constituyó a veces un poderoso instrumento de defensa contra los enemigos políticos del régimen republicano. A medida que transcurría el tiempo, su aplicación práctica —a causa de los inconvenientes expuestos por la Memoria de la Fiscalía del Supremo— fué decayendo, como nos demuestran los autorizados testimonios de los Fiscales (60). Este lamentable estado, en cuanto a su aplicación práctica, fué el que dió origen a la Orden de 4 de septiembre de 1945, de Juzgados especiales, "conforme a lo previsto en el artículo 81 del Reglamento, que comenzaron su actuación poco después, diseminados por territorios en número proporcionado a la densidad de población" (61), con el fin de poner en práctica sus preceptos. Recientemente se ha dado a conocer un proyecto de Ley en el que se extiende el carácter represivo de la Ley de Vagos y Maleantes a los "especuladores" de divisas, mercaderías u otros artículos intervenidos (62).

Codice della difesa sociale. Génova, 1938. L. JIMÉNEZ DE ASÚA: *El C. c. argentino*, obra cit., págs. 297 y sigs. HIPPEL (R. von): *La Legge sui delinquenti abituali del 24 Nov. 1933*, en *Studi in onore della Riv. di Dir. penitent.*, 1935, página 245. RAPPAPORT (E. S.): *L'esame scientifico dei detenuti in Polonia*, en *Studi deall Riv. Dir. penitent.*, 1935, pág. 392.

(59) V. Memoria de la Fiscalía del Supremo. Ed. Reus. Madrid, 1946, página 110. RENDE (D.): *Reato di mero sospetto e sospetto di reato*, en *Jorio italiano*, 1937, pág. 299.

(60) V. Memoria cit., pág. 110. Por esto algunos fiscales, como el de Salamanca, propugna, con lo que se desvirtúa la finalidad político-social de la Ley, "usar la facultad de elevar en dos grados la pena a los multirreincidentes. En el fondo, coinciden en esa apreciación de ineficacia los Fiscales de León y Badajoz". V. Memoria, cit., pág. 110.

(61) V. Memoria, cit., pág. 111.

(62) Dice así el mencionado proyecto de Ley: "La normalidad de la vida nacional se encuentra entorpecida por los males característicos de toda posguerra, en que la escasez de productos da lugar a ilícitas especulaciones que se producen en muy diversas formas.

Una de las manifestaciones de aquéllos consiste en sustraer de la lícita circulación divisas, mercaderías u otros artículos intervenidos, la que es preciso combatir, aplicando a ella las normas adecuadas a la gravedad y perjuicio que tales hechos producen en la economía nacional y abastecimiento de las poblaciones.

En mérito a lo expuesto, el Ministro de Justicia, previo acuerdo del Consejo de Ministros, tiene el honor de someter a las Cortes Españolas el siguiente proyecto de Ley:

Interesa, como punto final de este sucinto examen, ver, a modo de *ejemplificación*, cuáles son los "tipos criminológicos" que abarca esta Ley. En su artículo 2.º se nos dice que *podrán ser declarados en estado peligroso y sometidos a las medidas de seguridad de la presente Ley*:

- 1.º *Los vagos habituales.*
- 2.º *Los rufianes y proxenetas.*
- 3.º Los que no justifiquen legítimamente la posesión o procedencia del dinero o efectos que se hallaren en su poder o entregado a otros para su inversión y custodia.
- 4.º Los mendigos profesionales y los que vivan de mendicidad ajena o exploten a menores, a enfermos mentales o lisiados.
- 5.º Los que exploten juegos prohibidos o cooperen a sabiendas de esta actividad ilícita.
- 6.º Los ebrios y toxicómanos.
- 7.º Los que suministren vino o bebidas espirituosas a menores, en diferentes lugares o establecimientos.
- 8.º Los que ocultaren o disimularen su personalidad o falsearen su domicilio o usaren o tuvierén documentación falsa u ocultaren los propios.
- 9.º Los extranjeros que quebrantaren una orden de expulsión.
10. *Los que observen conducta reveladora de inclinación al delito manifestada: por el trato asiduo con delincuentes y maleantes, y por la frecuentación de los lugares donde éstos se reúnen habitualmente; por su concurrencia habitual a casas de juegos prohibidos, y por la comisión reiterada y frecuente de contravenciones penales (63).*

Artículo 1.º El artículo 2.º de la Ley de Vagos y Maleantes de 3 de agosto de 1933 se le adicionará el siguiente apartado:

"12. Se considerarán igualmente comprendidos en la presente Ley los que por sus actividades, relaciones o modo de vivir hagan recaer sobre ellos vehementes sospechas de sustraer de la lícita circulación divisas, mercaderías u otros artículos intervenidos, o de comerciar, ayudar o de otro modo facilitar la especulación de los mismos."

Art. 2.º A los comprendidos en el artículo anterior se les aplicarán las medidas de seguridad que previene el apartado 8.º del artículo 6.º de la referida Ley." (Véase *A. B. C.*, Madrid, 31 de enero de 1948.)

(63) Hemos resumido los párrafos de la Ley en los números 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9. Como se verá, el número 10, que reproducimos textualmente, ofrece un mayor interés criminológico, no tan sólo porque tenemos aquí una configuración individual con tendencia al delito (*penchant au crime*, *Haugverbrecher*) (V. MEYER: *Kriminalpsychologie Probleme*, estudio cit., pág. 30), y la exposición histórica del profesor Q. SALDAÑA: *Criminología*, Ed. Aguilar, Madrid, 1936. A. GEMELLI: *Il delinquente per tendenza*, en *Riv. di Dir. penit.*, Roma, 1938. L. DE PINA: *O delinquente por tendencia*, en *Reforma Prisional Portuguesa*, Lisboa, 1940. DEL ROSAL: Recensión crítica a este estudio de PINA, en *Rev. de Est. penales*, tomo II, Valladolid, 1945, y otros trabajos, sino porque además el legislador español nos sitúa sobre la pista real de esta tendencia *manifestada* por el comportamiento en el mundo circundante en que vive, etc. V. EXNER: *Biología criminal*, obra cit., pág. 345. HERNÁNDEZ DE LAS HERAS: *La vagancia como estado peligroso*, en *Investigación*, núm. 203; igualmente, en *Rev. de Criminología y P. científica*, S. de Chile, mayo 1947.

II. Tipos antisociales son aquellos que en sus actividades y propagandas reiteradamente inciten a la ejecución de delitos de terrorismo y de atraco (64), y los que públicamente hagan apología de dichos delitos (65).

Y la "peligrosidad post-delictual" se fija en el artículo 3.º, comprendiendo: 1.º *Los reincidentes y reiterantes de toda clase de delitos en los que sea presumible la habitualidad criminal* (66). 2.º *Los criminalmente responsables de un delito, cuando el Tribunal sentenciador haga declaración expresa sobre la peligrosidad del agente* (67).

V. Conclusiones

Pudieran esquematizarse de la manera siguiente:

Primera. La legislación penal española recoge numerosos elementos subjetivos-personales, sobre todo en el "Texto refundido del año 1944".

Segunda. El legislador español ha pretendido con ello esclarecer

(64) Véase un estudio detallado del nuevo Decreto sobre Terrorismo, en DEL ROSAL: *Principios de Der. penal español*, tomo II, vol. I, lección 41, obra ya citada.

(65) Véase el estudio de F. GRAMATICA, ya cit., en *Riv. de Difesa Sociale*, número 2, 1947, en donde se da un nuevo giro al concepto de "antisocialidad".

(66) Obsérvese cómo la reincidencia y la reiteración suministran cierta probabilidad de "habitualidad".

(67) Si bien el juicio de pronóstico sobre la conducta futura del individuo es de suyo sumamente complejo, como nos dice EXNER en su *Biología criminal*, obra citada, págs. 447 y sigs., y reproduce M. LÓPEZ-REY en su *Introducción al estudio de la Criminología*, obra cit., en que este autor sigue casi paso a paso lo dicho por EXNER, sin embargo, esta Ley busca la apoyatura en la responsabilidad penal ya contraída para no exponerse con ello a una declaración, por parte del Tribunal, desacertada. No se olvide que la Ley sólo dice "peligrosidad del agente". Mientras que el texto penal vigente habla de "peligrosidad social", la segunda es una expresión más adecuada, técnica y dogmáticamente. Véase lo que hemos dicho en páginas anteriores sobre la llamada "peligrosidad social", y consúltese, para un mejor entendimiento, la literatura allí reseñada.

Los capítulos segundo y tercero versan, respectivamente, sobre las "medidas de seguridad" y la "aplicación de las medidas de seguridad". Y el título II del "Procedimiento". Aspectos, por supuesto, que no interesan aquí para nuestro reducido propósito.

V. MINKOFF (D.): *Dell'esecuzione penale*, en *Studi in onore della Riv. di Dir. peniten.*, 1935, pág. 259. MEZGER (E.): *Esecuzione penale ed esecuzione di sicurezza in Germania*, en *Studi in onore della Riv. di Dir. peniten.*, 1935, pág. 266. POLL (M.): *Adolphe Prins e l'evoluzione della riforma penitenziaria nel Belgio*, en *Studi in onore della Riv. di Dir. peniten.*, 1935, pág. 305. RADRUCH (G.): *Il pensiero educativo nell'esecuzione penale in Germania ieri ed oggi*, en *Studi in onore della Riv. di Dir. peniten.*, 1935. RADZINOWICZ (L.): *L'antropologia criminale e l'esecuzione della sanzione detentiva*, en *Studi in onore della Riv. di Dir. peniten.*, 1935, pág. 380. ZERBOGLIO (A.): *Incidenti di esecuzione e misure di sicurezza*, en *Studi in onore della Riv. di Dir. peniten.*, 1935, pág. 475. ALONSI (U.): *Guidicato penale e misure di sicurezza*, en *Studi in onore della Riv. di Dir. peniten.*, 1935, pág. 482. DEL ROSAL: *Estudios penales*. Madrid, 1948.

más a fondo la acción delictiva, poniendo en manos de los Tribunales un amplio margen de individualización del precepto. Y haciendo, por tanto, resaltar los supuestos antropológicos de las normas penales.

Tercera. Indudablemente, representa esta orientación actual del Código penal español un progreso técnico y dogmático en relación con los anteriores cuerpos legales punitivos.

Cuarta. Por lo mismo, se exigirán a los Tribunales una mayor ponderación y un examen más pormenorizado en su calificación penal, dado que está más en primer plano la figura del delincuente con toda su problemática humana.

Quinta. En tanto que aparecen varios "tipos criminológicos", como el *reincidente*, *habitual*, etc., sólo es posible encontrar un único supuesto del "tipo normativo de autor".

Sexta. Sobre todo, la Ley de Vagos y Maleantes ofrece anchurosos horizontes para fijar una tipología de individuos con tendencia peligrosa.

Séptima. La adopción de este nuevo punto de vista introducido por el legislador español actual dota al orden punitivo de un marcado sentido defensivo, como lo prueba el refuerzo de algunas penas, creaciones de nuevos delitos, descripciones de modalidades hasta ahora inexistentes, etc., etc.

Octava. De *legae ferendae*, es indudable que en las próximas leyes penales españolas forzosamente habrá de ser tenida en cuenta esta temática del *Derecho penal del autor*, en lo que de *complemento* y *superación* tiene del Derecho penal clásico, con el fin de cumplir del mejor modo la compleja función de las leyes penales en su doble vertiente: *represiva* y *preventiva*.

SECCION LEGISLATIVA

