

tructoría con el máximo interés para el castigo de los hechos en la decisoria.

5.^a Partiendo de los principios señalados en los dos números precedentes—el de la preferencia y el de la distinción en fases procesales—nos permitimos propugnar un sistema, rigurosamente original (con el carácter siempre relativo que a esta palabra ha de concederse, dado el apoyo de toda producción humana en construcciones anteriores), consistente en atribuir la jurisdicción al Estado preferente en la respectiva fase procesal. La ley preferente en cada una de las fases es, además, la inmediatamente subsidiaria en la otra. Nuestro sistema, en líneas generales, puede, pues, formularse así:

A) Fase instructoria.

Ley preferente = La del Estado de aterrizaje.

Ley subsidiaria de primer grado = La del Estado más interesado en la represión.

Leyes subsidiarias de segundo y posteriores grados = Las de los Estados a los que, excluidos los anteriores, haya de serles reconocido, sucesivamente, el máximo interés en el castigo de los hechos.

B) Fase decisoria.

Ley preferente = La del Estado más interesado en la represión.

Ley subsidiaria de primer grado = La del Estado de aterrizaje.

Leyes subsidiarias de segundo y posteriores grados = Las de los Estados a los que, excluidos los anteriores, haya de serles reconocido, sucesivamente, el máximo interés en el castigo de los hechos.

En tanto que es siempre fijo el criterio para determinar cuál sea el Estado de aterrizaje, ya que no puede ser otro que aquél en que después de cometida la infracción se pose la aeronave (aclarados previamente los casos dudosos), varía el conducente a precisar cual sea el Estado más interesado en la represión, en los distintos supuestos que han de presentarse, aunque cabe, sin duda, establecerlo "a priori", como se hace con detalle en el texto de este trabajo, sin que quepa, no obstante, análoga posibilidad en orden a señalar aquellos Estados a los que haya de reconocerse, sucesivamente, el mayor interés en el castigo de los hechos, toda vez que sólo es posible determinarlos, en cada caso, después de ejecutada la infracción y atendidas las circunstancias concurrentes en la misma (pabellón de la aeronave, territorio sobrevolado, nacionalidad del agente o de la víctima, etc.).

6.^a Los principios que propugnamos requieren, sin embargo, para su aplicación, dos clases de normas complementarias: a) De procedimiento, que constituyen la parte adjetiva del propio sistema y se integran en el mismo, orientándose primordialmente a asegurar el necesario conocimiento de las infracciones cometidas a bordo de aeronaves a los Estados llamados a intervenir en las respectivas fases procesales, por lo que regulan, de modo especial, los trámites a cumplir por los Comandantes de tales aparatos, Jefes de aeropuertos, autoridades gubernativas o policíacas o Cónsules en el extranjero que reci-

bieren parte a ese respecto, órganos de conducto reglamentario y Tribunal que conozca del asunto. b) De implantación en el orden internacional, que—ante lo utópico que resulta, por el momento, pensar en una Convención internacional en la que participasen todos los países del mundo—han de consistir forzosamente en tratados multilaterales, aceptados sólo por un cierto número de Estados, o, incluso, de simple carácter bilateral, en los cuales se acuerde la vigencia del sistema propugnado, con sus normas tanto materiales como procesales, a cuyo efecto sugerimos ya la oportuna fórmula.

R É S U M É

L'auteur dans son travail sur la compétence pénale en matière aérienne arrive à des résultats qu'on peut résumer dans les conclusions suivantes:

1. *Dans la Droit aérien on doit éviter l'usage du terme "compétence", pour se référer à la faculté de connaître qu'on accorde aux Etats, en le remplaçant par celui de "jurisdiction", qui scientifiquement est le plus convenable.*

2. *Un problème placé dans la Droit pénal entre les bornes des normes matérielles et celles du procès qui l'intègre, est celui de préciser la jurisdiction de l'État qui devra juger dans les relations internationales les infractions commises à bord des aéronefs; elle peut être examinée par les experts consacrés à l'étude des normes de deux genres, car elle est souvent l'antécédent indispensable pour l'analyse positive d'importantes questions.*

3. *La superposition de compétences (ou de jurisdictions) ou l'ubiquité de la répression qu'elles aient été preconisées par la doctrine dans le Droit aérien et acceptées habituellement par les législations positives, supposent un système dans lequel les lois de plusieurs États peuvent être appliquées en même temps pour la punition d'une infraction, mais sans nous procurer, comme il serait convenable, une norme qui d'une façon générale, permanente et identique, serve à résoudre ce conflit; ont doit partant la rejeter et par contre établir une disposition hiérarchique des lois pénales dans laquelle on fixera pour chaque cas concret la loi préférante et les lois subsidiaires qui ne pourront pas être appliquées qu'en défaut de celles qui devraient avoir été appliquées primordialement.*

4. *Les différents systèmes examinés dans la doctrine et dans les législations pour la punition des infractions commises à bord des aéronefs (quoiqu'ils attribuent respectivement leur jurisdiction à l'État soumis, à celui du pavillon de l'appareil, à celui de la nationalité de la victime, à celui de l'atterrissage ou à celui dont les droits ou les intérêts essentiels aient été attaqués) sont excessivement absolutistes car ils ne considèrent que les intérêts de l'instruction ou que simplement*

ceux de la répression, mais pas tous les deux, harmonisant, comme il faudrait, la plus grande facilité dans la phase de l'instruction avec le maximum d'intérêt pour la punition des faits dans la phase de décision décisive.

5. En s'appuyant sur les principes remarqués dans les deux paragraphes précédents, il présente un système strictement original (avec le sens relatif qu'on doit accorder toujours à ce mot car toute oeuvre humaine doit s'appuyer sur d'autres antérieures); il accorde la juridiction à l'État préférent pour la phase respective du procès. La loi préférente pour chacune des phases est aussi la loi immédiatement subsidiaire pour l'autre phase. Son système peut être présenté ainsi en termes générales:

A) Phase de l'instruction.

Loi préférente: Celle de l'État de l'atterrissage.

Loi subsidiaire du premier degré: Celle de l'État le plus intéressé à la répression.

Lois subsidiaires du deuxième degré et des degrés postérieurs: Celles des États auxquels on doit reconnaître successivement le plus grand intérêt dans la punition des faits après avoir exclus les antérieurs.

B) Phase de décision.

Loi préférente: Celle de l'État le plus intéressé à la répression.

Loi subsidiaire du premier degré: Celle de l'État de l'atterrissage.

Lois subsidiaires du deuxième degré et des degrés postérieurs: Celles des États auxquels on doit reconnaître successivement le plus grand intérêt dans la punition des faits après avoir exclus les antérieurs.

Tandis que le critérium pour déterminer l'État de l'atterrissage est toujours fixe, car il doit être nécessairement l'État dans lequel l'aéronef vient d'atterrir après la commission de l'infraction, le critérium pour préciser l'État le plus intéressé à la répression varie dans les cas différents. On peut sans doute l'établir "a priori" comme l'auteur le fait dans cet étude; pourtant on ne peut pas faire de même pour indiquer les États auxquels on doit reconnaître successivement les plus grand intérêt dans la punition des faits, car on ne peut pas les déterminer qu'une fois l'infraction commise et selon les circonstances de celle-ci (pavillon de l'aéronef, territoire survolé, nationalité de l'infacteur ou de la victime, etc.).

6. Les principes qu'il propose demandent deux sortes de normes complémentaires pour leur application: a) celles de procédure, qui constituent la partie adjectivée du système même et qui s'intègrent dans ce dernier; leur but essentiel est celui d'assurer la connaissance nécessaire, par les États qui doivent intervenir dans les phases respectives du procès, des infractions commises à bord des aéronefs; c'est pour cela qu'elles établissent d'une façon spéciale les voies à suivre par les commandants des appareils, par les chefs des aérodromes, par les autorités gouvernementales, consulaires et de la police, ainsi que les organes de conduite réglementaire et le tribunal auquel l'affaire doit être soumis; b) celles

d'établissement dans l'ordre international. Ces normes, à cause de l'impossibilité actuelle d'une réunion de tous les pays du monde, ne peuvent pas être que des traités multilatéraux, acceptés seulement par un certain nombre d'États, ou encore des traités de simple caractère bilatéral, dans lesquels on décide la mise en vigueur du système nécessaire.

S U M M A R Y

The author in his study about the competence in aerial matters arrives to some results which can be resumed as follows:

1. In the Aerial Law one must avoid the use of the term "competence" when referring to the power of knowing which is granted to the States, changing it by that of "jurisdiction", which is scientifically more adequate.

2. A problem placed in the Penal Law between the limits of the material rules and those of the process, is to determine the jurisdiction of the State, which must judge in the international relations about the violations done on board of the airships; it can be examined by the experts devoted to the study of the rules of both types because it is very often the indispensable antecedent for a positive analysis of important questions.

3. The superposition of competences (or of jurisdictions) or the ubiquity of the repression, even if they have been preconised by the doctrine in the Aerial Law and generally accepted by the positive legislations, suppose a system in which the laws of the different States can be used at the same time to punish a violation, but without give us, as it should be convenient, a rule that could finish this conflict in a general, durable and identical manner; therefore, one must reject it and on the contrary one must establish a hierarchical disposition of the Penal Law in which the principal laws will be fixed for every single case, and the secondary too, which can be applied only in defect of those which should have been applied originally.

4. The different systems examined in the doctrine and in the legislations for the punishment of the violations done on board of the airships (even if they attribute their jurisdiction to the submitted State, to that of the flag of the ship, to that of the nationality of the victim, to the one of the landing or to the one whose rights or whose essential interests have been attacked) are exceedingly absolutist because they only consider the interests of the instruction or simply those of the repression, but not both of them, harmonising, as it should be done, the greatest facility on the phase of instruction with the greatest interest for the punishment in the phase of resolution.

5. Basing himself on the principles examined in the precedent paragraphs the author displays an original system (taking this word in its relative sense as every human work must be based on precedent ones);

he gives the jurisdiction to the most suitable State for the respective phase of the law-suit. The most suitable law for each phase is also the secondary law for the other phase. His system can be shown in general terms as follows:

A) Phase of instruction:

Most suitable law: The one of the State of the landing.

Secondary law of first grade: The one of the most interested State in the repression.

Secondary laws of second and following grades:

Those of the States to which one can acknowledge the greatest interest in the punishment of the contested point after having discarded the former ones.

B) Phase of resolution:

Most suitable law: The one of the most interested State in the repression.

Secondary law of first grade: The one of the State of the landing.

Secondary laws of second and following grades: Those of the States to which one can acknowledge the greatest interest in the punishment of the contested point after having discarded the former ones.

Though the criterion for determining the State of the landing is always a fixed one, because it must be necessarily the State in which the airship has landed after the commission of the violation, the criterion for determining the most interested State in the repression changes with the different cases. One can, undoubtedly, establish it "a priori" as the author does in this study; but one cannot do the same thing to point the States out to which one can acknowledge the greatest interest in the punishment of the contested points, because they can only be determined after the commission of the violation and according to the circumstances of this one (flag of the airship, country over which it has flown, nationality of the transgressor or of the victim, etc.).

The principles which he proposes need two kinds of complementary rules for their application: a) those of legal procedure which constitute the secondary part of the system and which integrate themselves in this one; their main purpose is to assure the necessary knowledge to the States which must intervene in the respective phases of the law-suit for the violations done on board of the airships; therefore they establish principally the ways to follow by the commanders of the planes, by the chiefs of the aerodromes, by the authorities of the Governments, of the Consultates or of the Police and the organs of conduct fixed by the Law and the court of justice to which the subject must be submitted; b) those of establishment in the international order. These rules, due to the present impossibility of a meeting of all the countries of the world, can only be multilateral treaties, accepted only by a certain number of States, or even treaties of pure bilateral character, in which the procedure of the necessary system is determined.

Teoría del Derecho penal especial

ENRIQUE JIMENEZ ASENJO

Abogado-Fiscal de la Audiencia de Madrid

SUMARIO: I. *Premisas racionales y fijación de conceptos.*—II. *Derecho penal especial material, o ideal (codificado)* A) Precedentes doctrinales históricos. B) Sistematización de la parte especial del Código. Problemas internos. C) El problema de fijación del ilícito jurídico penal (delito). D) Nosología penal. E) Taxonomía legal penal: Criterios doctrinales y legales. F) Ordenación delictiva gradual: Teorías. G) Teoría de los valores y el Código penal. H) Conclusión. I) El ejemplo histórico. J) Exposición crítica de la parte especial del C. penal vigente de 1944.—III. *Derecho penal especial formal o accidental (no codificado)*. A) Su noción didáctica. B) Ensayo de sistematización. C) Consideración crítico-histórica del problema. D) Relación de dependencia entre el D. general y el particular. E) Clases de leyes especiales. F) Índice del D. Penal especial vigente.

I. *Premisas racionales y fijación de conceptos.*

Es evidente que, siendo lo especial un concepto correlativo y opuesto a lo general, la idea del Derecho penal especial nos viene dada por comparación y exclusión del Derecho penal general o común, lo cual implica la necesidad de que se determine previamente el alcance y contenido de este último.

En tres sentidos puede tomarse su significación o concepto: material, histórico y jurisdiccional. Según el primero—material—, el Derecho penal general contiene las normas fundamentales o los principios esenciales referentes a la imputabilidad, culpabilidad, responsabilidad y punibilidad humana, o sean, los últimos principios, las últimas razones que inspiran el “*ius puniendi*” de una legalidad dada o incluso de la humanidad entera, en cuanto aspiración suprema del hombre.

Tales normas, debidamente articuladas, vienen recogidas, por tradición histórica, en los cuerpos legales codificados—Códigos—, ver-

daderas constituciones jurídicas de cada país. Tal ocurre con el Código penal nacional común, cuyo libro primero contiene, debidamente articulada, la teoría legal de la culpabilidad y punibilidad humana, bajo el título genérico y suficientemente expresivo de "Disposiciones generales sobre los delitos y faltas, las personas responsables y las penas", con lo cual constituye como un Derecho complementario y accesorio de las reglas específicas o típicas contenidas en sus otros dos libros, dedicados a los delitos y faltas en particular. En este sentido, el Delito penal general es el Derecho para todos los delitos y para todos los ciudadanos, contemplados solamente como tales, "sub specie homine".

En sentido histórico, la concepción de este Derecho penal se basa en consideraciones de orden empírico o contingente. Según él, se entiende por el Derecho penal general el contenido en el Código penal común, sea cual fuere su naturaleza intrínseca, ya se halle emplazado en el libro primero de los conceptos genéricos o en los segundo y tercero, que contienen las reglas específicas de cada ente delictivo o tipo de infracciones. Es, pues, un concepto puramente formal. Será, por tanto, Derecho penal especial aquél que se encuentra desperdigado en las leyes especiales o particulares que vagan independientes del Código en una legalidad dada. Es un criterio puramente circunstancial quien da vida y mantiene este Derecho libre y, por tanto, tan accidental como las circunstancias de la vida misma que le crea. Por ello que es de aspiración unánime y constante de la técnica el de integrarlas en el seno común del Código, procurando lograr lo más posible una permanente y total unidad legislativa no alcanzada plenamente aún. En este sentido, el Derecho penal general es el Derecho de los actos humanos que son delitos siempre; el segundo, de los que pasan y varían.

Por último, en el sentido jurisdiccional se considera Derecho penal común aquél que está dado para todos los que delincan dentro del territorio o jurisdicción del Estado legislador, sin consideración especial alguna, por virtud de los principios de igualdad y universalidad penal. En sí, es el Derecho penal de toda la nación y de todos los ciudadanos, consagrado por el artículo 8.º del Código, al declarar que "las leyes de policía y las penales... obligan a todos los que habiten en territorio español". Se oponen, pues, al mismo los Derechos penales particulares, dados para clases o grupos determinados de personas—fuero personal—, o el que se da para los que habitan o se hallen en un sector determinado del territorio exento, permanente o accidentalmente de la jurisdicción común—fuero territorial.

Normalmente, se atiende a este significado al tratar de resolver las cuestiones de competencia jurisdiccionales heterogéneas—territorial, personal o funcional—, de marcado carácter procesal, por lo que su estudio se reserva a esta rama jurídica, reteniendo para la sustantiva la consideración de los problemas que suscita el estudio de los otros dos, los cuales se ofrecen normalmente como problemas técnicos de aplicación metodológica o criteriológica de la ley a los casos a considerar.

y constituyen cuestiones de Derecho penal material estricto. De este modo, estudian los actos que deben prohibirse, la clasificación jurídica de delitos—el injusto abstracto—, su graduación penal correlativa y, finalmente, la aplicación de los principios generales de la punibilidad a los mismos. Particularmente, en el segundo aspecto se nos ofrecen dignas de consideración las cuestiones relativas a las normas de la relación que guardan entre sí las dos ramas jurídicas, especial y general, consideradas, y las de aplicación combinada de las reglas especiales con las comunes del Código, en los casos a juzgar. En resumen: en el primer aspecto se nos plantean esencialmente los problemas de la organización racional del articulado de un Código penal, o sea, la gran cuestión, por lo compleja y delicada, de la confección de un Código (Derecho penal especial material). En cambio, en el segundo interesan fundamentalmente aquellos otros que se refieren a la solución de la concurrencia o prelación de textos legales o leyes en los casos considerados (Derecho especial formal).

Ambos Derechos no son independientes entre sí, sino que sufren recíprocas interferencias, de tal modo que, históricamente, pueden registrarse múltiples ejemplos de leyes especiales que, nacidas sueltas y libres (tal el abandono de familia, etc.), se incorporan luego al Código para formar un título, capítulo o artículo propio, o bien, alguno de éstos se desprende de su casilla numérica codificada para adquirir, por virtud de una reforma accidental, vida propia, como ocurre con la ley de bandidaje y terrorismo, que ha sustraído para sí preceptos del delito del robo codificado.

I. DERECHO PENAL ESPECIAL MATERIAL (CODIFICADO)

A) *Precedentes doctrinales históricos*

Al enfrentarse el propósito codificador del pasado siglo con la materia penal heredada, el espectáculo que se les ofrecía para el logro de su imperio no podía ser más desconsolador, puesto que los textos apenas si ofrecían más que una masa ingente de leyes y principios anárquicos abusivos y contradictorios muchas veces, como el producto bruto de la práctica diaria, y cuya catalogación en un sistema legal racional apenas si podía vislumbrarse. El deseo era, esto no obstante, tan decidido, la necesidad tan apremiante y la aspiración tan común y sentida, que, al fin, se logró una meta muy satisfactoria, aunque, naturalmente, como todo lo humano, susceptible de superación constante. La codificación francesa, primero, y la universal, después, y en ella la nuestra, ganaron, con la promulgación del Código penal, una de sus más claras y definitivas victorias, de la que aún vive la técnica jurídica.

Los penalistas carecían de un antecedente como el que poseían los civilistas en el Derecho romano, que, incluso, les ofrecía un plan ya articulado, como ocurría con las instituciones de Gayo y Justiniano —personas, cosas y acciones—, y tenían que improvisarlo todo. Fueron los filósofos del iluminismo quienes les ofrecieron sugerencias inestimables para abordar, con alguna garantía de éxito, la labor, y esencialmente Beccaria, que sentó principios que se han hecho inmortales. “Las leyes—dijo—sólo pueden fijar el castigo de los crímenes así como no puede infligirse una pena si no ha sido fijada antes por ella.” Principios de legalidad de los delitos y las penas. En segundo lugar declaró que el “contrato social” (la ley) obliga igualmente a las dos partes; la sociedad y el individuo. “Esta cadena, añadía que desciende del trono a la cabaña, sus nudos son iguales para el más grande y el más miserable de los hombres.” Principio de igualdad penal. Como tercer principio, declaró que el Soberano, que representa a la sociedad, no puede hacer más que leyes penales pero no le corresponde juzgar... sino que es necesario que haya un Magistrado encargado de las sentencias. “Esto representa una doble garantía: la política, de separación de poderes y la procesal “nullum crimen sine iudicio”. En cuarto lugar afirmó que la atrocidad de las penas es opuesta al bien público. Así, pues, debe existir “una proporción entre los delitos y las penas adecuada al daño que acarrearán al bien público y los motivos que inducen a cometerlos”. Era, pues, necesario fijarlos previa y determinadamente en la ley y esta incertidumbre sobre lo que es de delito y sus penas “haría que la moral y las leyes no fueran contradictorias en las naciones; ni se verían leyes opuestas entre sí, ni se opondrían a los hombres a las penas más severas; las palabras vicio y virtud no serían nombres vanos y en fin la incertidumbre sobre la existencia de los ciudadanos no produciría en los cuerpos políticos un sueño letárgico y destructor”.

En definitiva, condenaba la interpretación de las leyes con tan gran convicción como correspondía al estado espiritual que de ella tenía formada su sociedad contemporánea. “Nada más peligroso que este axioma; es preciso consultar el espíritu de la ley. Esto es abrir un camino al torrente de la opinión personal... Cada hombre tiene su manera de interpretar y aun diferenciar según las circunstancias. El espíritu de las leyes sería pues el resultado de la buena o de la mala lógica de un Juez; si está influido por una digestión fácil o penosa, dependería de la debilidad del acusado, de la violencia de las pasiones del Magistrado, de sus relaciones con el ofendido, en fin, de todas las pequeñas causas que cambian la apariencia de las cosas en el espíritu inconstante del hombre”.

El fundamento del legalismo penal se había proclamado clara y sinceramente y sobre él los legistas caminaron con paso seguro. Definitivamente triunfó en la práctica, siendo su realización más fiel el primer Código Penal de la Convención del 25 de septiembre de 1791, que, inspirado en estas ideas por medio de Rousseau, sancionó, unas escalas de penas fijas y sin circunstancias modificativas de la respon-

sabilidad criminal, según delitos definidos, sistema de la legalización del subjetivismo penal, introducidos, por imperativo de la práctica, en los Códigos posteriores. El formalismo legal adquirió en este momento su máxima consagración. La batalla histórica estaba ganada.

B) *Sistematización de la parte especial del Código.
Problemas internos*

Dos grandes problemas de sistemática tuvo que resolver la codificación penal; el de articular los principios fundamentales de la responsabilidad y penalidad humana y el de la catalogación y clasificación de los delitos, con sus penas. El primero, se refería a la codificación del injusto concreto, o sea la injusticia penal de cada hombre o subjetiva y el segundo al injusto abstracto, o sea la injusticia penal de cada hecho; esto es objetiva.

El primero fué abordado y resuelto con indudable acierto, de tal modo que a pesar del tiempo transcurrido se conservan esenciales sus líneas maestras en los primeros títulos de todos los Códigos del mundo. En cambio, el segundo, no obstante el éxito de lograr un objetivo común sobre los problemas fundamentales de su codificación, aún ofrece muchos puntos vulnerables a la crítica constitutiva y revisionista del sistema heredado y además ser la parte especial, como observa Garraud, la más antigua y la más variable de las legislaciones positivas, de tal modo que ha sido este catálogo de hechos punibles el objeto casi exclusivo de los Códigos antiguos.

La importancia jurídica del propósito queda manifiesta con observar que, la determinación específica de los delitos y sus penas, representa la consagración fija y legal de los principios fundamentales "nullum crimen, nulla poenae sine lege", por lo que sólo son delitos los definidos en la ley y como están definidos y no pueden imponerse otras penas ni en otra extensión que la consagrada por ley. De este modo se hace efectivo el axioma político que proclama que el Código Penal es la Carta Magna del delincuente.

Tres son las cuestiones fundamentales que han de resolverse en la realización práctica del problema planteado, o sea la confección sistemática de un Código Penal.

1.º La definición de los actos humanos que deben prohibirse; o sea, determinación del ilícito jurídico o delitos. 2.º Clasificación orgánica de los mismos; y 3.º Graduación coordinada, según su gravedad intrínseca. La primera implica una auténtica operación de nosología penal, o definición de las especies delictivas; la segunda, de taxonomía legal, porque representa una clasificación artística de las mismas, y la tercera, una mensuración de la culpabilidad humana o de la justicia íntima represiva.

La determinación de qué acciones deben o no prohibirse es problema de índole político-social y constituye la esencia—*la ratio essendi*—de todo

el Derecho penal y, por tanto, se sustrae a la competencia propia del propósito concreto que estudiamos, que se ocupa fundamentalmente de los otros dos. Esto no obstante, evidentes razones del método nos obligan a verificar una sucinta exposición de aquél que sirva como base o premisa lógica de los ulteriores razonamientos específicos sobre la cuestión abordada.

C) . *El problema de fijación del ilícito jurídico penal (delito)*

1.º La cuestión abordada—qué acciones humanas deben prohibirse—plantea a fondo, ahora, la del concepto fundamental del delito; pero sólo desde un punto de vista intrínseco o sustancial, en el sentido que responda cumplidamente a la pregunta planteada: ¿en qué condiciones es justa una prohibición? Es evidente que carecen de valor a este efecto todas las definiciones formalistas que se fijan sólo en la infracción externa de la ley o incluso la concepción técnica, de ser acción típica; puesto que lo que interesa en esta coyuntura es la “ultima ratio” que justifica su legalización o tipificación; el porqué se prohíben.

En cierto modo se trató de responder a la cuestión al distinguirse los delitos en “mala in se” o “prohibita quia mala” y en delitos “mala quia prohibita”. Se pena, en efecto, porque las acciones son malas o porque es útil que se haga; mas la cuestión queda a mitad del camino, pues aun cabe indagar: ¿cuándo y porqué las acciones del hombre son malas?

Una primera barrera ofrecieron los filósofos iluministas al arbitrio humano. Todo acto de autoridad ejercido por un hombre sobre otro hombre es tiránico, sino es absolutamente necesario. La necesidad se gradúa en relación a la conservación del pacto social: “Todo castigo que va más lejos de la necesidad de conservar esta unión es por naturaleza injusto.” (Beccaria). “Todo lo que se aparta de esta base es abusivo y se debe mirar como poder de hecho y no de derecho.”

Es evidente que siempre quedará al arbitrio, para poder justificar sus arbitrios, la razón imponderable de “la necesidad” de conservar el orden o la unión social, según sus concepciones políticas o sociales, que aún campea libre en el Derecho. Carrara hizo un gran esfuerzo por cerrar este escape a la libertad de la tiranía legal, diciendo que el delito civil sólo se justificaba moralmente “cuando castigaba un acto externo del hombre... políticamente dañoso... a la seguridad de los ciudadanos”, según combinación “ad hoc” de los elementos de su definición. Frank fué más completo diciendo que es delito “cualquier ataque a la seguridad y a la libertad, bien de la sociedad, bien de los individuos”. En una excesiva síntesis de la dirección anterior se le ha reducido a la fórmula de Hamon: “Todo acto que lesiona la libertad individual”, en donde el límite de la discrecionalidad legislativa se halla tan indefinida que en realidad es absoluta.

Finalmente, es conocido el esfuerzo que, en este sentido, hizo el positivismo por fijar estos límites mediante la definición dada por Garofalo de su delito natural, diciendo que lo son las ofensas a los sentimientos altruistas fundamentales de piedad o probidad en la medida media en que son poseídos por un grupo social determinado. Los actos que no atacan esos sentimientos son delitos legales, o artificiales, o de creación política; las ofensas a la probidad son las agresiones violentas o fraudulentas a la propiedad, a los derechos reales, civiles o fe pública y a la piedad, a las personas y sus atributos; libertad, honor, honestidad y las demás, los que atacan al Estado, el orden social o público, los derechos políticos, etc., son delitos de creación legal.

Esta definición, no obstante la agudeza que la distingue, tampoco consigue la meta propuesta, pues es evidente que deja incontrolado un margen extraordinario a la libre actividad de los legisladores caprichosos. Es cierto, como asegura el maestro de Pisa, que "el Derecho debe intervenir siempre que sea necesario para tutelar el derecho; pero el penal no puede hacerlo sino cuando el derecho no ha sido violado ni puesto en inminente peligro. Es defectuoso si falta al primer canon; es exorbitante si excede el segundo, aunque sea contra un acto in-moral o intrínsecamente malo".

Fracasado el intento de lograr la fórmula sintética determinante, "a priori", del ámbito del lícito y el ilícito jurídico, y dentro de este último el civil del penal, la técnica buscó, por medio del sistema de las garantías políticas, el camino o caminos de lograr la meta deseada, y al efecto, elaboró, sobre los principios de legalidad y especialidad penal, ensayos de sistematización de las especies o tipos delictivos, cuya creación abandona a la prudencia y experiencia de los legisladores, construyendo así la noción legalista y técnica del delito, sobre la base formal de definirle como la mera infracción de la ley del Estado promulgada como defensa de los intereses sociales por ella protegidos. Esto nos sitúa, por tanto, frente al segundo problema que hemos denominado nosología penal, que ha abordado con indudable originalidad la nueva concepción técnico-jurídica del delito, pero de valor muy precario y formal.

D) *Nosología penal*

El problema esencial de una nosología penal, o sea, de la descripción de los delitos—en cuanto entes jurídicos—según sus caracteres o notas genuinas, capaces para dotar a cada especie de individualidad propia, parte de una noción puramente formal o externa a la naturaleza o esencia del delito mismo. Los juristas de esta escuela técnico-jurídica no se ocupan de las razones sociales, políticas, económicas, morales, etc., que aconsejan o inducen a prohibir ciertas acciones humanas, sino que se sitúan "sur la melee", tras la barrera del campo

penal y se entregan a la confección pura y simple del esquema teórico-legal, la cápsula en que debe vaciarse el contenido del delito. No discuten lo que éste sea en sí, sino cómo debe formularse o "tipificarse". Aún más, los juristas de esta escuela tampoco han abordado, dentro de su campo, este problema desde el punto de vista deontológico, como ahora lo hacemos, o sea, cómo deben formularse los tipos o conceptos delictivos, sino que se han limitado a realizar una mera labor de exégesis o interpretación racionalista sobre las especies ya promulgadas, exponiendo didácticamente sus elementos ideales al estudio de la crítica jurídica. El trabajo de investigación puede, sin embargo, verificarse en sentido contrario, partiendo de la idea o el concepto y llegar a la especie o al caso, en un propósito de selección y depuración técnica.

Siguiendo esta tendencia, hemos de partir del concepto original de la escuela, de que el delito es "una acción típica". El tipo es el medio técnico ingeniado por los juristas para cumplir, en primer término, la exigencia de defender las garantías jurídico-penales, y en segundo lugar, ofrecer un instrumento útil de interpretación de los preceptos legales, y ahora, por lo que vamos viendo, de confección de los códigos y las leyes en general.

Tipo—concepto, idea, figura, ente—es "el conjunto de todos los presupuestos (o requisitos) de los hechos punibles a cuya existencia se liga (por la ley) una consecuencia jurídica" (Mezger). Esto es: una pena y responsabilidad civil. Frank, muy semejante, lo define por sí como "la suma de hechos (o circunstancias) de cuya existencia depende la aplicación de la pena"; v. gr.: el homicidio, el desacato, el robo...

Existe un sector doctrinal que, no muy descaminado distingue el tipo general, compuesto de las notas características de todo delito, y el especial, que se compone del conjunto de características de una determinada especie delictiva. El primero, por tanto, será el género, y se encuentran relacionados uno y otro, según la gradación general en que ambos—género o especie—se encuentran coordinados o subordinados en general.

Todo tipo penal se compone, o debe componerse, para ser irrecusable por la técnica, de sujeto, la acción y el objeto. El sujeto lo constituye normalmente el hombre en general, y a él se refieren los preceptos legales bajo la fórmula indiferenciada de "el que ejecuta el acto, el que mate, falsifique, injurie, robe". Este "él" es cualquiera, todo hombre, toda persona... La expresión sufre una evidente restricción en aquellos delitos que exigen una cualidad subjetiva o personal para delinquir; ser funcionario, en la malversación; autoridad, en la prevaricación, etc. Los que intervengan, sin reunir tal condición típicamente subjetiva, participarán bajo el concepto ordinario de la coautoría o complicidad, etc.

La acción se suele designar por el resultado final pretendido, no el verificado, como característico del tipo. Las modalidades de la acción referentes al tiempo, espacio, medios, etc., ni interesan, dice Mez-

ger, pues no influyen en la existencia o ausencia de tipicidad. Existen excepciones en aquellos casos en que la ley las toma en cuenta para determinarlos, agravarlos o atenuarlos; así, la publicidad, en la injuria; la casa habitada, en el robo, etc., que, por ser circunstancia relevante, logran influir en el tipo, alterando su estimación. El objeto del delito se refiere o debe referirse al objeto de la acción, y es aquel objeto corporal sobre el que recae la acción típica: robar, matar, adúlterar. O sea, la del verbo activo de la oración gramatical, y con el hombre, el documento, la cosa, etc., dañada se le suele llamar también objeto del hecho.

En este aspecto debe distinguir el objeto de la acción; del objeto de la protección, que es el bien jurídico protegido, y aunque a veces coincidan otras, se separan; como en los hurtos, en que el objeto material, o sea, la cosa, difiere del jurídico, el derecho de propiedad. El objeto material es siempre una parte o elemento integrante del tipo legal; el de la protección representa el contenido valorativo total del tipo general, y es una síntesis valorativa de dicho tipo. Por ello asegura dicho autor es éste y no el primero el determinante para una sistemática desde el punto de vista crítico de la parte especial del Derecho penal.

Por ello, los diversos tipos de esta parte pueden ser referidos a un número de ellos fundamentales, que constituyen como la espina dorsal, las categorías de referencia orgánica del sistema; de los que se destacan el homicidio, entre los que atacan la vida; la injuria al honor, el robo a la propiedad, la violación a la honestidad, la falsedad documental contra la fe pública, el atentado a la autoridad, y entre ellos se distinguen tipos subordinados, formas típicas, derivados de aquel núcleo fundamental, y constituyen modificaciones degradadas o agravados del mismo. Es el bien jurídico del tipo nuclear, la nota directriz o determinante en la interpretación de los tipos y, previamente, en el señalamiento de su rango y gravedad penal. En la realidad las cosas no ocurren tan simplemente, sino que el legislador acude unas veces a una anfibología para definir los supuestos; otras da por conocido el concepto; algunas acude a referencias extrañas; muchas tiene que explicar sus propias palabras, todo como consecuencia obligada y como manifestación del sentido confuso y abigarrado de las diversas fuerzas históricas concurrentes a la manifestación de las ideas jurídicas. Se ve que esta escuela no enseña más que un método pedagógico o nosológico de conceptos o tipos delictivos, pues el problema vital determinante del valor moral o social que se debe "tipificar" queda intacto. La parte especial del Derecho penal, dice Bel'ng, es "un catálogo" dentro del cual se hallan seleccionados los tipos delictivos. El agregar o construir figuras es misión del legislador. El jurista sólo debe aprender a entender y manejarlos.

E) *Taxonomía legal o penal: Criterios doctrinales y legales*

En sus orígenes, pudo discutir la codificación si, en efecto, el Código debe clasificar los delitos o simplemente enumerarlos, más o menos arbitrariamente agrupados. ¿Debe presentar una exposición sistemática? El problema se halla, prácticamente, superado, puesto que todos los Códigos del mundo los han clasificado y, además, siguiendo pautas muy semejantes, con lo cual se ha logrado un gran avance en la depuración y unificación del derecho heredado. La clasificación o taxonomía penal representa una indudable superioridad sobre la enumeración abigarrada, porque el orden expositivo es más racional y muestra la grey delictiva agrupada por relaciones de identidad o semejanza, que son siempre una ayuda para mejor comprender su naturaleza propia y apreciar la proporcionalidad y rango de cada uno.

Pero ¿cómo lograr una clasificación certera y, si posible fuera, definitiva por exacta y justa? ¿Qué orden debe seguirse? (1). He aquí el problema que en segundo lugar reclama nuestra atención.

Durante largos siglos, dice Florián, dominó una distinción de carácter formal inferida de un elemento procesal, según que la persecución jurisdiccional fuera obra de cualquiera o solo del lesionado. Esta es la distinción en delitos públicos y privados, o contra la colectividad y los particulares que, desde el Derecho romano, dominó hasta la codificación. La división, además de inconsistente, como lo prueba la experiencia histórica cuya serie ha ido disminuyendo hasta quedar reducidas a tres hoy, adulterio, injurias y calumnias, carece de relieve para nuestro objeto. La cuestión, después de diversos ensayos de sistematización, ha sido unánimemente centrada sobre dos ideas: primera, la ley debe perseguir un fin práctico, por lo que, abandonando los virtuosismos doctrinales, debe procurar escoger el criterio más apto para dotar de orden, claridad y sencillez al esquema clasificador, y segunda, el mejor de todos los criterios o, al menos, el más aceptado, se basa en la diversidad objetiva de los delitos y las faltas, o sea, la naturaleza del derecho que atacan. Garraud aconseja, además, que el mejor modo de clasificar los hechos punibles es por grupos, situando bajo un mismo título las infracciones que poseen un

(1) Son tantos los delitos, dice I. MARCOS GUTIÉRREZ, tantas las clases o especies de ellos, tanta la diversidad de unos aun dentro de las otras, tantas sus circunstancias; tantas tan variadas y tan obscuras las combinaciones humanas, tanta y tan solapada la malicia del corazón del hombre que nos maravilla se haya encontrado suma dificultad en señalar o fijar la verdadera medida o cantidad de los delitos para que podamos venir en conocimiento de su mayor perversidad, el más o menos perjuicio que causan al Estado y pueda de consiguiente aplicarse a cada uno la pena más justa y conveniente. En cuyo punto tan delicado, no tuvieron que fatigarse, ni en que tropezar los estoicos, pues aunque filósofos, por otra parte venerables, incurrieron en el gran absurdo de creer que eran iguales todos los delitos: obra citada, pág. 19 7.º 3.º. LARDIZABAL refutó muy bien la teoría de su tiempo que pretendía graduar el delito por la pena señalada confundiendo el antecedente con el consiguiente. Según él se mide por el daño causado a la sociedad, al que se unen otras muchas causas diversas.

carácter común, y separando, seguidamente en capítulos y secciones, las diversas especies del mismo género delictivo. Este consejo ha sido seguido por nuestros Códigos y el suyo.

Es aleccionador observar el contraste que ofrecen las clasificaciones teóricas de los tratadistas y la que adoptan los Códigos, pues en tanto éstos suelen hacer su propia clasificación partiendo de los delitos contra el Estado, aquéllos organizan su plan didáctico iniciándolos por las infracciones contra la vida y la integridad corporal del individuo. Así ocurre, por ejemplo, en Alemania, con von Liszt y Binding; en Austria, con Stooss, y en Italia, con Alimena. No puede decirse, añade J. Asúa, que esta división no es propia de tratados, puesto que en ellos se adopta independientemente de la que siguen los Códigos.

Se podrían, pues, ofrecer a la consideración crítica tantas clasificaciones o planes cuantos fueran los autores o Códigos de quienes se pretendiera exponer; pero no interesando sino aquéllos que hayan poseído una influencia práctica más destacada (2), puesto que no se trata ahora de elaborar ninguna propia utilizable en Código ni tratado alguno, sino conocer solamente el sesgo histórico de la cuestión, bastará hacerlo con aquéllos que más hayan poseído en la progresión histórico-doctrinal penal.

Rossi, inspirado por el Código francés, los clasificó en: 1.º, contra la persona; 2.º, contra la personalidad del cuerpo social; 3.º, contra la propiedad, y 4.º, contra las propiedades públicas. El Código napoleónico, recogiendo la clasificación ternaria de crímenes, delitos y contravenciones, según la gravedad y en razón de la competencia de los órganos jurisdiccionales, los articula en "crímenes y delitos contra la cosa pública" y "contra los particulares". Los primeros los subdivide en crímenes y delitos contra la seguridad del Estado, contra la Constitución y contra la paz pública. La segunda categoría comprende dos especies maestras: contra las personas y contra la propiedad, que desenvuelve luego en especies.

Bentham los divide en públicos, privados, reflejos y semipúblicos. Los reflejos eran aquéllos que sólo dañaban al propio delincuente y no son imputables ante la ley, y los semipúblicos sólo afectan a una corporación o a una comunidad y no es son exigibles como comunidades sino a las personas que las constituyen por actos individuales. Así, pues, sólo queda en pie la división en públicos y privados. Los primeros los subdivide en delitos contra la seguridad exterior, la justicia, la policía, la fuerza pública, el tesoro público, a tolerancia, la moral, la religión. De los segundos hace cuatro clasificaciones: contra las personas, las propiedades, la reputación y la condición civil.

Carrara hace, a su vez, una clasificación propia de más carácter didáctico que legislativo, pues la división fundamental es binaria; así

(2) Puede verse una exposición muy significativa de los autores más destacados, especialmente alemanes en CUELLO: *Derecho Penal*, v. II, cp. 1.º (por nota).

los denomina delitos naturales, si lesionan un derecho particular, individual o familiar; y sociales si perturban un derecho universal de la comunidad, incluyendo en los primeros los que van contra su vida, integridad corporal, el honor, libertad personal, familia, propiedad, y en los segundos, contra la justicia, la moral, la tranquilidad pública, salud social, religión, fe pública, regalía y delitos políticos. Sobre estas falsillas se ofrecen, con más o menos variantes accidentales, las demás clasificaciones de los autores, todas ellas, como se ve, susceptibles de superación.

F) Ordenación delictiva gradual: Teorías

Resuelto el problema previo de la clasificación objetiva de los delitos, corresponde abordar ahora el de su ordenación gradual, según su gravedad intrínseca, con lo cual se cierra el ciclo racional del estudio de la teoría sistemática del Derecho penal especial material.

Aunque a primera vista parece indiscutible, no sólo la utilidad, sino, incluso, la necesidad de verificar la labor propuesta, no han faltado opiniones en cierto modo adversas. “La doctrina de la gravedad de los delitos, trascendental en la construcción jurídico-objetiva de los clásicos, carece hoy de importancia”, afirma resueltamente Jiménez Asúa. “Sin embargo—añade, paliando el absolutismo de la afirmación—, aquélla tiene un valor inestimable... como índice de la interior perversidad del sujeto.”

Estas posiciones estuvieron circunstancialmente justificadas cuando el positivismo dominaba en la dogmática penal y proclamaba excesivamente que “no hay delitos, sino delincuentes”, llegando en sus excesos a negar, incluso, la existencia del Derecho penal y reducirle a un capítulo de la sociología criminal. La pena no se debía imponer—añadían tales preopinantes—ni medir según la gravedad del hecho, sino en vista de la *temibilidad* del culpable, manifiesta en su conducta.

Hoy, tras la escuela técnico-jurídica del delito, preponderante en este área jurídica, y que tan relativa atención presta a la sociología y antropología criminal y demás ramas afines, juntamente con la libérrima experiencia político-penal vivida en la última guerra y tras ella, carecen de vigencia aquellas estridentes posturas racionales. Tan cierto como que haya delincuentes es el hecho de que también hay delitos, así como hay enfermos y existen enfermedades, porque lo genérico humano no niega lo específico de cada hombre, sino que lo presupone. Igualmente es exacto que uno de los índices de la criminalidad se halla en la índole del hecho realizado, y por tanto, se va al hombre a través del acto, como se va también a través de su conducta.

El actual sentido del Derecho a penar rechaza unánimemente el sofisma draconiano (3), que proclama la igualdad de todos los deli-

(3) Preguntado Dracón legislador tan conocido por su crueldad como Solón, reformador de sus leyes por su moderación, porque había prescrito la pena capital

tos y acepta, como regla inconcusa, de un recto criterio valorativo, la de que cada delito posee gravedad propia que le dota de congrua proporcionalidad en el seno de la grey delictiva. Como es preciso, en justicia, tratar desigualmente los casos desiguales, nos vemos forzados a lograr el mejor y más perfecto sistema penal ordenador de las especies delictivas, según el criterio de su gravedad intrínseca, primer paso del subjetivismo penal en su decidido afán por captar en su esencia la conciencia delictiva, en armonía con el principio legal de individualizar delitos y penas, y el subjetivismo penal, armonizarlos.

Es indudable que en la pretendida catalogación penal un asesinato o parricidio no puede merecer igual reprobación ético-social que un hurto de gallinas o la mera tenencia de un arma sin licencia; una rebelión armada, que una simple desobediencia a un policía, etc. Existe, pues, una indudable personalidad delictiva, una jerarquía de infracciones, según su propia naturaleza, que proyectada sobre el autor responsable determina una correlativa escala de delincentes de muy adecuada sistematización.

Es de advertir que la técnica jurídico-penal indica, a este efecto, que la cuestión de la motivación personal no afecta a la tipología del delito estático—dice Quintano—, esto es, considerado como ente o concepto codificado, sino a su dinámica o producción. La motivación personal—mejor que moral—tiene valor en la periferia del delito, al margen de su génesis social o jurídica, y así constituye un elemento integrante de la culpabilidad del autor y resulta que cuando hay prevalencia del valor moral personal—legítima defensa—sobre el legal o social—defensa de la vida—se destruye la imputabilidad o antijuricidad, con lo cual queda perfectamente delimitado el área del problema.

La investigación jurídica sobre la gravedad de los delitos empezó hacia la mitad del siglo XVIII, circunscrita a considerar solamente la gravedad de las especies delictivas, graduándose luego cada caso, es "post facto", o sea, al calificar cada hecho concreto atendiendo las circunstancias personales del autor, el grado de la comisión y la forma de la intervención en él.

A tres se han reducido las posiciones doctrinales adoptadas originariamente para dilucidar el problema. La primera, definida por Beccaria y desarrollada por Carmignani, deduce la gravedad de la infracción y, por ende, la proporción de sus penas, según el daño que acarrearán al bien público y los motivos que inducen a cometerlos. Si un castigo, añade el primero, igual es aplicado a dos acciones que hieren desigualmente a la sociedad, ningún obstáculo impedirá a los hombres a cometer la que sea más ventajosa aunque sea la más criminal. Ya dejamos expuesto que los motivos personales no influyen en la graduación de la culpabilidad en abstracto, o sea, no se recogen en el

contra todos los delitos; respondió que por merecérsela todos y que no había señalado para las grandes maldades mayores castigos por no haber encontrado ninguno mayor que la pérdida de la vida.

tipo, sino que sirven para matizar, y respecto al daño cometido, es preciso distinguir, según veremos.

El segundo criterio, ideado por Romagnosi y desenvuelto por Giuliani, deduce dicha gravedad del impulso o índole criminal (“spinta criminosa”). Romagnosi gradúa esta “spinta” por la consideración de tres condiciones: 1.º, la utilidad que se espera del delito; 2.º, por la facilidad de cometerlo, pues cuanto mayor resistencia hay que vencer mayor será la fuerza del mismo criminal, y 3.º, por la esperanza en la impunidad. Como la pena es la “controspinta”, el contra impulso, ésta ha de ser tanto más enérgica cuanto mayor sea el impulso criminal. Este sistema adolece, según su contradictor, Carrara, del defecto fundamental de deducir la gravedad del hecho, no de sus condiciones intrínsecas, sino de sus causas, que se hallan fuera del mismo, y esto es útil cuando el Gobierno estudia los modos de prevenir directamente los crímenes futuros mediante la supresión de dichas causas; pero no sirve para templar el rigor punitivo, según los motivos que tuvo el delincuente para delinquir, que son variables en cada caso. El legislador no reprime las acciones porque envidie el beneficio del autor, sino porque trata de suprimir el mal que éstos causan al bien público. De aquí que siendo éste largo y el beneficio corto, el delito es grave y el delincuente temible, y viceversa.

Finalmente, un tercer sistema, defendido por Rossi, quiere fundar la gravedad del delito en la importancia del deber violado, no matarás, no hurtarás, no difamarás... Este autor toma, además, en cuenta el daño inmediato o material que el delito causa en la persona o cosa atacada, junto al mediato, o sea, la alarma o mal social consiguiente a la violación del deber. Al poner en la balanza, dice Carrara, el deber moral, Rossi se hace moralista y no jurista, lo que no es propio del Derecho, que carece de títulos para convertirse en el santificador del alma. Pessina dice, por su parte, que esta teoría sólo es adecuada en el sentido de que estos males no son tres elementos de cuya mezcla se derive como último resultado el delito o mal jurídico, sino más bien son tres aspectos subordinados de un solo y mismo mal. Lo que hace que una acción sea delito es su contradicción con el Derecho, que es, en definitiva, una unidad coordinadora de todos los intereses materiales humanos de la sociedad. Esto no obstante, la teoría de Rossi es la preponderante en los Códigos actuales, ya que no se pierde en las vaguedades a que se prestan aquellas otras, o como sus contradictorias, que se apoyan en valores tan genéricos como el Derecho, la moral, para fundar la criminalidad de la acción humana.

G) *La teoría de los valores y el Código penal*

Modernamente se ha formulado una teoría filosófico-social, llamada de los valores, cuya aportación al Derecho puede tal vez proporcionar alguna ayuda a la solución de este problema, considerando a los delitos

como quebranto de un valor social y, por tanto, su gradación penal deberá verificarse según la escala estimativa social de valores de cada país. ¿Qué son los valores?

En primer lugar, no lo son las cosas agradables ni desagradables, pues si tal ocurre con ellas es por su gracia o virtud, o sea, que nos agradan por ser buenas o bellas y no al contrario. Tampoco lo son o sea, poseen valor porque las cosas sean o no deseadas, sino viceversa, pues quien tiene hambre venderá la justicia o la *Iliada* para comer... Los valores son, pues, algo objetivo que las cosas poseen independientemente de nuestro interés o sentimiento. Por tanto, el valor consiste, dice Ortega y Gasset, en una dignidad positiva o negativa, en cualidades irreales que reconocemos a las cosas en el acto de valorarlas. Valorar no es dar valor a quien lo tenía: es reconocer un valor evidente en el objeto. No es una "questio facti", sino una "questio iuris". El valor posee tres dimensiones: su cualidad, su rango y su materia. Por la primera son siempre positivos o negativos, contra las realidades, que no son nunca negativas. Nada hay en el mundo que sea tan negativo en el sentido que lo es la fealdad, la injusticia, la torpeza... Además, todo valor tiene un rango superior, inferior o equivalente a otro. Así, la elegancia es positivo e inferior a la belleza moral, a la justicia. Y su materia la constituye lo que es en sí, y así hay valores útiles, como capaz e incapaz; vitales, como enfermo y sano; selecto, vulgar; fuerte y débil; espirituales, y de éstos intelectuales; conocimiento, error; morales, bueno y malo; justo e injusto: leal y desleal; estéticos, bello, feo, elegante, ordinario, etc., y, finalmente, religiosos. Esta teoría interpreta la historia y las culturas de los pueblos como una reconstrucción o construcción de la sensibilidad o la estimativa que cada época o cada pueblo ha poseído y posee de los valores y su rango. El problema, pues, que se nos ofrece aparece como un empeño por lograr una perfecta sistematización jerarquizada de la escala valorativa de cada nación y ponderar después la medida de las penas congruentemente con aquella. El valor será, pues, para nosotros, el bien jurídico atacado, y el delito, este ataque libre o negligentemente realizado. Según sea aquella escala de valores, así será el campo de los delitos. El problema se halla sólo apuntado, como es notorio, ante la simple exposición del tema.

H) *Conclusión*

En resumen, tenemos que aceptar, en primer término, que el delito es un conglomerado de circunstancias personales, morales, ambientales, reales, etc., que calibran de modo diverso su gravedad intrínseca, y así ocurre que un delito normalmente considerado, el robo con violencia, por ejemplo, sufre una evidente agravación en los ataques cometidos repetidamente en una comarca bajo la forma del bandidaje o el atraco, en donde las circunstancias político-sociales de alarma e inseguridad adquieren un realce extraordinario. De aquí que se haya

considerado a veces abusivamente que el Derecho penal sea un instrumento dócil de la política estatal y, por ello, fluctuante como ella.

Sin embargo, debe quedar sentado que existe un substratum orgánico claramente perceptible en la escala valorativa penal, el bien jurídico atacado, la vida, la libertad, la propiedad que constituye el armazón firme del Código. Sobre ellos se articulan el resto de las circunstancias calificadores de los tipos, el modo violento o fraudulento de comisión, el daño material causado, como la duración de las lesiones o la cuantía de los hurtos; el peligro corrido, como en los delitos de incendio o la extensión de daño, como en la sedición o rebelión; bien la conjunción de dos o más valores o derechos atacados, como a vida y la propiedad, en el robo con homicidio... Todo rebela que no pueden sentarse reglas fijas a priori y que, en todo caso, la formulación de reglas o tipos definitivos de delitos es tarea o misión de prudencia legislativa, en cuanto debe inspirarse en los valores sociales permanentes heredados, incluso de habilidad política, ya que ha de amparar los intereses o calibrar circunstancias ambientales que requieren perentoria resolución. Y si alguna teoría merece ser escogida como guía, la más certera es, sin duda, la de Rossi, que es, en definitiva, la que inspira los Códigos vigentes.

I) *El ejemplo histórico*

Antes de la codificación no podía hablarse de un Derecho penal general, y correlativamente, de otro especial, porque era dudosa, incluso, la existencia de un Derecho específico que llevase el apelativo de penal o criminal, como ocurre actualmente. Esto se comprueba no sólo en la producción teórica, sino en las mismas recopilaciones legales que carecían de una parte general básica y la parte especial dedicada a las especies delictivas particularmente consideradas. La construcción sistemática de esta rama jurídica es obra de los doctrinarios y legisladores del siglo pasado.

En una primera etapa que llega hasta finales del siglo XVIII, tanto en los tratados que entonces aparecen, como en los textos legales, incluso en el Derecho romano y en el germánico, sólo existe una enumeración de delitos y cuando se menciona alguna causa de justificación o atenuación se hace ocasionalmente refiriéndola a un delito y circunstancias determinadas. Así hace notar Del Rosal que sin necesidad de remontarnos más allá del siglo XIII vemos que en el *Libellus de Maleficis*, de Alberto Jandino (sobre 1300), el criminalista de más fama (Engelmann), no hallamos vestigios de una parte general. Es a partir del instante en que el pensamiento intelectual elabora una síntesis cuando tropezamos con rudimentarias partes generales. En Francia, con Tiraquellus, 1558; en España, con Cobarrubias, 1557; en Alemania, con Vigetius, 1600... En esta primera fase predomina lo específico sobre el concepto general.

Fué a principios del siglo XIX cuando surgen en Europa los primeros tratados, siendo países precursores Alemania e Italia. La primera, con Fuerbach, que en su obra trata de la parte general y especial ya, mereciendo también especial mención la obra de Carlos von Wachter, seguido por Binding. iniciándose después el período hegeliano, dándose en ellos la paradoja, según Rodríguez Muñoz, de que, siendo cultivadores destacados del conceptualismo penal, desarrollan la parte general débilmente, en contraste con la especial. No pasa esto en Italia, donde el movimiento radica en sus clásicos (Beccaria, Romagnosi, Carmingnani, Carrara, Pessina), quienes se preocuparon más por los conceptos fundamentales, el delito, la pena, la responsabilidad, que por los delitos en particular.

Las realizaciones legales patrias siguen un camino semejante. Frente a la anarquía orgánica, que generalmente acompaña a la definición de los delitos y sus penas, en los fueros medievales, Pacheco advierte "cierto arte" y orden en las materias tratadas por el Fuero Real (1255), circunstancia que aún se advierte, con mayor regularidad, en las Siete Partidas (1256-1265), en las que atiende a la manifestación criminal y los dividen en delitos de hecho (matar), por la palabra (denostar), por escritura (falsas cartas) y por consejo (conjura), y se localizan ya esencialmente en la séptima, que se dedica a los mismos. En ellas aparecen ya, en forma rudimentaria, una serie de principios generales sobre el delito y la pena, "embrión de lo que en la técnica moderna se denomina parte general". El Fuero Viejo, cuya antigüedad e incluso autenticidad tanto se ha discutido, dedica ya el libro II a la parte penal, y el III a la procesal, procurando cierta sistematización de las materias, que aun siendo reconocida en la Nueva Recopilación (1567), ya que consagra el libro VIII al Derecho y procedimiento criminal, se le considera como "un amasijo de confusas leyes", en el cual las penales se encuentran recogidas en desorden. El sistema se repite en la Novísima (15 junio 1805), de la que se consagra el libro XII a la materia penal, de modo semejante a su precedente.

Se comprende que en tan confusas edades de la historia del Derecho penal resulte prematuro plantearse el problema de la existencia de un Derecho penal general y otro especial, por la potísima razón de que todavía el Derecho penal en sí, como valor o realidad jurídica, se hallaba nonnato.

Fué el Código de Napoleón de 1810 para empezar a regir el 1.º de enero de 1811 (el Código de los unos—1.º-1-11—), quien introduce las bases definitivas del Derecho penal moderno, y con ello plantea la posibilidad de la existencia de un Derecho penal general o común que proteja las necesidades ordinarias de la conveniencia social pacíficamente organizada, y otro especial, por alguna razón de índole práctica que determina un trato singular de severidad o templanza en el rigor punitivo ordinario.

Entrado el siglo codificador, nuestra legislación penal, siguiendo, aunque retardada y como contra corazón, el ejemplo del Código fran-

cós, se articula sobre la base o patrón universal de dedicar una primera parte o libro general a recoger los principios fundamentales del Derecho punitivo, referidos al autor, al hecho o delito y sus circunstancias y la pena, para recoger en partes o libros posteriores el repertorio de los delitos, que son como el substratum de toda la prevista delincuencia humana. Así se constituye el Derecho penal general de cada nación.

El Código de 1822 consta de un título preliminar de doctrina general, en que se define el delito y sus circunstancias esenciales, y dos partes: la primera, dedicada a los delitos contra la sociedad, y la segunda, a los delitos contra los particulares. El de 1848 se estructura ya de modo semejante al vigente; un libro primero de "disposiciones generales sobre los delitos y faltas, las personas responsables y las penas"; el segundo, a los delitos y sus penas, y el tercero, a las faltas. El posterior de 1850, el de 1870, el de 1932 y el vigente se mantienen sobre esta clasificación tripartita.

La crítica nacional se ha inclinado, en general, en favor del sistema seguido por el Código de 1822 (4), como más certera que la de sus sucesores. En primer término es más riguroso y consecuente con el principio clasificador que adopta, o sea, con la consideración del Derecho objetivamente atacado, en tanto que sus sucesores enumeran los títulos con expresiones indiferentes desde este punto de vista jurídico. Así, en tanto que el primero titula de delitos contra la fe pública (Tít. V), contra la salud pública (Tít. IV) o contra las buenas costumbres (Tít. VII), los siguientes de 1848 50, 70, 1932 y 1944 los califican de falsedades, "infracciones de las leyes sobre inhumaciones de violación de sepulturas", "delitos contra la salud pública", careciendo de un título tan justificado como el calificado "contra las buenas costumbres", o incluso "contra la familia", que también falta.

J) *Exposición de la parte especial del Código penal vigente de 1944*

El Código penal actualmente vigente (1944) adopta el índice clasificador de los delitos y las faltas de sus antecesores, los de 1932 y 1870, con variantes accidentales, que iremos indicando, así como igual-

(4) El referido Código de 1822 dividía los delitos en dos grandes apartados: delitos contra la sociedad y delitos contra los particulares. En la parte 1.ª, título 1.º, trataba de los delitos contra la constitución y orden político de la Monarquía. Tít. II, delitos contra la seguridad exterior del Estado. Tít. III, delitos contra la seguridad interior del Estado y contra la tranquilidad y el Orden Público. Tít. IV, delitos contra la salud pública. Tít. V, delitos contra la fe pública. Título VI, delitos y culpas de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. Tít. VII, delitos contra las buenas costumbres. Tít. VIII, delitos contra los que rehusan al Estado los servicios que se le deben. Tít. IX, delitos y culpas de los impresores, libreros y otras personas en el abuso de libertad de imprenta. En la parte 2.ª: Tít. I, delitos contra las personas. Tít. II, Delitos contra la honra, fama y tranquilidad de las personas. Tít. III, delitos contra la propiedad de los particulares.

mente sigue la pauta precedente sobre la estimación de la entidad penal de los mismos, si bien la altera acrecentando su gravedad o penalidad, que fundamenta en el mayor predominio que se concede al principio de "defensa social", según se explica en su exposición de motivos.

El libro segundo, que titula "Delitos y sus penas", se compone de catorce títulos, en los cuales ocupan los preferentes (hasta el octavo) los que atacan al Estado y la sociedad en sus bienes jurídicos defendibles, dedicando los restantes, a partir de este último, a la defensa de las personas y sus bienes particulares. El primero de los títulos lo componen una serie de figuras delictivas de naturaleza heterogénea, bajo la rúbrica general de "delitos contra la seguridad exterior del Estado", como la traición, la piratería y el derecho de gentes. El segundo, como contraste con el anterior, y siguiendo la regla de la división binaria por contradicción, lo titula "Delitos contra la seguridad interior del Estado", y comprende los títulos que en los Códigos anteriores se calificaban de "Delitos contra la Constitución" y "Delitos contra el orden público". La razón de este cambio es de mero virtuosismo legal, pues el contenido de uno y otro cuerpo legal es el mismo, y en el fondo tanto importa uno como otro calificativo. En realidad, todo delito ataca el sentimiento de seguridad jurídica social, y específicamente, en los supuestos de este título, lo que se ataca directa y personalmente es distinto en cada capítulo; la existencia del sistema político instaurado, en el primero; la libertad política individual, en el segundo, y el orden público, en el tercero. Dentro de este mismo título, y como perdidos, por carecer de conexión taxonómica con sus capítulos se ha trocado el dedicado a la "libertad de conciencia y libre ejercicio de los cultos" en el Código de 1870 y 1932, por el de "Delitos contra la religión", en cuyas rúbricas aparecen manifiestas dos concepciones políticas estatales diferentes frente al problema eclesiástico: el de libertad y el de confesionalidad. El capítulo VII se dedica a "las blasfemias", sin especificación alguna sobre su naturaleza; a los de rebelión, sedición y sigüentes, que, calificados antes como delitos contra el orden público, pierden aquí su nota específica, para constituir uno más de los que van contra la seguridad interior. Finalmente se añaden dos nuevos capítulos, el XI y el XII, tomado el primero de la Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941, en tanto que el segundo funde preceptos de esta última ley excepcional y de la tenencia de armas de 22 de noviembre de 1934 con la de terrorismo y robo a mano armada de 11 de noviembre de 1934, declarada en vigor por ley de 5 de julio de 1938.

El título III lo dedica a las falsedades, estimándolas, como se venía haciendo tradicionalmente, como delitos graves, y sin que haya sufrido grandes reformas. El título IV recoge varias figuras delictivas de naturaleza heterogénea bajo el título genérico "De los delitos contra la Administración de Justicia", graduados normalmente como menos graves según la terminología antigua, reincidiendo en la

falta técnica de su creador el Código de 1932, ya que ninguno de los delitos aquí comprendidos ataca o va contra aquel servicio del Estado. El título V se rotula de forma abigarrada e indeterminada, en cuanto al bien jurídico atacado, "De la infracción de las leyes sobre inhumaciones, de la violación de sepulturas y de los delitos contra la salud pública", en cuya agrupación se ve que comprende hechos de muy diversa estimación jurídica. El título VI, que castiga auténticas infracciones contra las buenas costumbres sociales, los rubrica con la indiferente calificación penal "De los juegos ilícitos". El título siguiente—VII—lo define, en contra el principio objetivo clasificador, subjetivamente como "De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos", comprendiendo especies de muy diversa estimación intrínseca y gravedad jurídica.

Con el título VIII se entra en terreno nuevo y bien característico de los integrantes del Código, como lo expresa su rúbrica, "Delitos contra las personas", que podría, sin grave inconveniente metodológico, servir de título común para todos los restantes, a semejanza del de 1822. En el Código de 1932 se sustituyó esta denominación por la de "Delitos contra la vida e integridad corporal", arguyendo que era éste el bien jurídico específico atacado y no la persona, que es el *substratum* de todos los demás delitos y, por tanto, el calificativo era recusable. En este título se castiga el homicidio, el delito clave y punto de referencia de toda la sistemática punitiva del Código del Código, puesto que es la vida el bien jurídico más racional y unánimemente estimado por toda sociedad, señalándosele la pena de reclusión menor, cuyo grado medio es de quince y dieciséis años, en números redondos, pena que puede servir de valorímetro para los demás delitos. Siguen los "Delitos contra la honestidad". Tit. IX, y en el siguiente, Tit. X, "De los delitos contra el honor", de estimativa menos grave el XI "De los delitos contra el estado civil de las personas" y los del XII "De los delitos contra la libertad y seguridad, por implicar un potencial ataque a la persona misma. El XIII lo titula "De los delitos contra la propiedad", y en él se comprenden figuras de clara concepción jurídica diversa, como son el incendio y los daños, con lo que se quebranta el significado genuino del título, señalándoseles penas tan graves como en el robo que a veces aparecen superiores que las indicadas a los delitos contra la vida, lo que no es defendible en buena taxonomía penal. Finalmente se dedica el XIV a la "imprudencia punible" bajo conceptos revolucionarios por nuevos y duros.

Finalmente, el L. III, que dedica a las faltas y sus penas, contiene cinco títulos, el 1.º De las faltas de imprenta y contra el orden público; el 2.º De las faltas contra los intereses generales y régimen de las poblaciones; el 3.º De las faltas contra las personas; el 4.º De las faltas contra la propiedad; rúbricas que, no obstante lo expresivo de sus términos, no se corresponden con el contenido específico, pues contienen infracciones de varias especies, que bien merecían una selección sistemática más rigurosa. Se termina el libro con el título V, dedicado

a las "Disposiciones comunes a las faltas" y el Código con "Disposición final" derogatoria. En general, el Código no clasifica mal pero puede y debe mejorarse (5).

Todavía la legislación penal arrastra muchos elementos torpes, fundados en la superstición, la ignorancia, los prejuicios y aberraciones político-sociales que esconden sentimientos de represión y venganza humana en las fórmulas legales. Aunque el progreso histórico moral ha sido notorio en este orden de las ideas, todavía se le ofrecen al jurista de corazón ardiente batallas muy dignas de empeñar entusiasmos y fe, pues la labor de humanización y depuración de los delitos y de las penas se encuentra alejado de su meta ideal.

III. DERECHO PENAL ESPECIAL FORMAL

A) *Su noción didáctica*

Frente al derecho pena especial que hemos denominado, por exigencias de método, material, fijándonos en la distinta consideración bajo la que se contempla su contenido específico en relación con los conceptos generales de la culpabilidad humana, se alza una segunda concepción del Derecho penal especial, que denominamos formal, porque sólo atiende al lugar, o modo como se ha formulado en relación con el Código Común, o sea que es aquel que se encuentra promulgado en textos legales singulares, distintos de dicho Código. Esto sin perjuicio del significado y contenido de cada estatuto de los promulgados, muchos de los cuales poseen valor y contenido jurídico tan amplio e intenso como el Código Común. Son únicamente razones de ordenación o método expositivo o didáctico las que determinan esta distinción, sin más

(5) La enumeración del Código dice Castejón, con referencia al de 1870, que a primera vista no tiene carácter científico, puede adquirirlo si se agrupan sus términos del modo siguiente: A) Delitos públicos: I, contra el Estado considerado en sí mismo; II, contra el Estado como representante de la sociedad. B) Delitos privados: Son de la clase I: 1.º los que van contra sus fines. Organización estática. Resistencia en el orden internacional (tít. I, de la seguridad exterior). Organización en la esfera interna (tít. II, contra los poderes públicos y contra la Constitución). 2.º, contra los medios del Estado (organización dinámica). a) En el funcionamiento normal de los poderes públicos (delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos y los deberes constitucionales). b) En el funcionamiento normal de su actividad (contra la administración de justicia). c) En la conservación del orden público (tít. III, contra el orden público). d) En el empleo adecuado del poder del Estado (contra los funcionarios públicos). En el apartado II, incluye: 1.º Contra la moral (?) (falsedades). 2.º Contra la salud (salud pública). 3.º Contra la seguridad colectiva. 4.º Relativos a la protección de menores.

En los privados comprende. 1.º Contra la integridad física de las personas: a) Vida integridad corporal y salud (tít. VII). b) Libertad y seguridad individuales (tít. XIII). 2.º Contra la integridad moral de las personas, contra la honestidad; contra el honor; contra el estado civil. 3.º Contra el patrimonio (contra la propiedad).

valor ulterior que el supuesto. Se puede, por tanto, y aceptando las indicaciones precedentes, considerar esta especie jurídica como aquella rama del Derecho penal que estudia metódicamente agrupados todos los textos penales positivos, o sea que sancionan delitos y penas, y se ha promulgado independientemente del tronco matriz o Código Penal Común. Así es una disciplina de tipo empírico o histórico sujeta a las incontroladas variantes de su vida.

B) *Ensayo de sistematización*

Siguiendo las inflexibles indicaciones del método deductivo es obvio que sería prácticamente muy conveniente determinar las razones específicas en que este Derecho penal puede resolverse y así conocerle en su complejidad total. Bajo este aspecto, es lógico que se articulen los textos en consideración a los elementos integrantes del concepto fundamental. En relación con la persona responsable, puede generar un derecho penal especial de tipo personalista; así por razón de su edad o capacidad delictiva da lugar a un derecho juvenil tutelar o protector de esta delincuencia, incipiente o viceversa la condición recidivista o incorregible da vida a una segunda rama preventiva-represiva que, en nuestro derecho, se califica de legislación contra vagos y maleantes. Si es la cualidad o condición profesional la atendida puede engendrar una proliferación de estatutos o fueros personales, tantos cuantos sean las profesiones que se contemplen, problema que ha sido abordado particularmente por nuestra legalidad y quedado reducido, teóricamente, a la rama o fuero militar, puesto que los demás fueros históricos han sido derogados. Considerada la materia o las cosas a que el derecho protege puede especificarse un Derecho penal de fondo administrativo, económico, financiero, mercantil, etc., especies de clara concepción teórica. Si al medio, el mar, la tierra o el aire, un Derecho penal marítimo, mercante o militar y al territorio jurisdiccional, no obstante la universalidad de su soberanía, cabe concebir un Derecho penal para las colonias o protectorados; como el nuestro de Marruecos y el de los territorios de Guinea.

Desde el punto de vista de la ocasión o circunstancias el poder público puede verse constreñido o enfrentarse con algunas tan excepcionales que determine una legalidad de emergencia, como ocurre con aquel que nace apremiado por la angustia de una guerra o una subversión nacional o circunstancias críticas para el orden público nacional. Este derecho aún poseyendo vida tan precaria como las circunstancias que le engendran no por ello deja de ser especial y por ello habrá que considerarlo bajo las normas interpretativas integradoras de esta rama jurídica.

Se comprende que (apoyándose las especialidades en motivos tan espaciosos como es dable concebir en vista de las indicaciones precedentes, aparezcan desordenadas y desconectadas entre sí unas de otras

las diferentes legalidades que compongan este derecho singular en el momento histórico que se le considere, y de otra parte se muestre tan variable como lo determinen los motivos, circunstancias o simplemente pretextos que surjan al choque con el complejo de incidentes y conflictos, que continuamente se ofrecen en la vida pública de las naciones y provocan, por reacción, como todo lo que nace, un sistema de defensas vitales contra todo lo que ose atacarlo. Así parece inútil pretender un esquema clasificador con vigencia permanente, al menos potencialmente, por lo que sólo es discreto tratar de ensayar una exposición enumerativa y ordenada de las leyes penales vigentes que vagan sueltas fuera del Código, y constituyen el contenido incierto de este no menos incierto Derecho penal especial formal.

C) *Consideración crítico-histórica del problema*

La publicación de los Códigos actuales ha simplificado extraordinariamente la consideración del problema, puesto que conteniendo dichos cuerpos legales las bases fundamentales de la responsabilidad humana lo especial se integra o completa con sus normas generales. Antes de la codificación no podía hablarse de la existencia de un Derecho penal especial, puesto que prácticamente no existía uno general. El hecho se comprueba incluso en las recopilaciones que carecían de un sistema clasificador "ad hoc", como ocurre ahora. Ha sido, tras la codificación, cuando en rigor de principios puede hablarse, como ahora lo hacemos, de estos dos aspectos del Derecho de penar y registrar, además, el fenómeno constante de integración y desintegración a que se hallan sometidos, tanto el contenido del uno como del otro Derecho. Lo que se comprueba con el mismo Código vigente. Así, se declara en su exposición de motivos, se han insertado en su seno las disposiciones posteriores a 1870, como son algunos preceptos del mismo Cuerpo, las leyes de seguridad del Estado, terrorismo y robo a mano armada, tenencia de armas, redención de penas por el trabajo, abandono de familia, adulterio, delitos contra la honestidad, delitos contra la propiedad y otros semejantes. Viceversa, apenas publicado este mismo Código, se emanciparon, para adquirir mayor gravedad, varios artículos del robo y de los delitos titulados de terrorismo y formar la ley de 18 de abril de 1947, llamada por autonomasia de bandidaje y terrorismo, la ley de 4 de mayo de 1948 que subtrae al título de hurto codificado su contenido para castigarlo con criterio definitorio y gravedad distinta a la señalada en aquel, el Decreto-Ley de 4 septiembre de 1946 que altera los arts. 540 y 541 del Código penal.

Este flujo y reflujo constante carece prácticamente de control, y, por tanto, el problema fundamental que se nos plantea es del orden de subordinación o prelación en que ambos—general y especial—están.

Las leyes penales especiales, dice, más lírico que exacto Saldaña, significan el plantel fecundo necesario a toda institución nueva en fase

de adaptación, el peligroso experimento pero al tiempo ápice de vitalidad. El Código penal es academia de consagración de las instituciones penales y también el panteón. La ley especial es, a veces, el noviciado o período de prueba de una institución penal, al final de cuyo período se consagra definitivamente pasando al Código o se desecha como fracasada.

Históricamente queda demostrado que el Derecho penal especial, tan ampliamente considerado, no puede oponerse al general diciendo que éste es el que se da para todos los hombres y para siempre, en tanto que el opuesto se da ocasionalmente para circunstancias, personas o cosas determinadas, pues de que se pretenda que así sea no se sigue que ocurra así, porque ya se ve que tan provisional o definitivo suele ser uno como el otro, pues hay leyes especiales más viejas que el Código mismo.

D) *Relación de dependencia entre el Derecho general y el particular*

Es interesante resaltar el contraste, que aparece manifiesto entre la fórmula reguladora de esta relación de dependencia que posee el Código civil y la del Código penal. "En las materias que se rijan por las leyes especiales, dice el primero, la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones del Código" (art. 16). En realidad, es la consagración legal del principio jurídico de que lo especial deroga lo general, por razón de orden lógico, que dice que lo que se afirma de la parte no se afirma del todo y, por tanto, goza de un "prius" conceptual en relación a lo genérico. Es, por consiguiente, regla de interpretación legal prelativa.

En cambio el penal dice textualmente: "No quedan sujetos a las disposiciones de este Código los delitos y faltas que se hallen penados en leyes especiales." De ella parece deducirse que las leyes especiales se desconectan totalmente del Código, no concediéndole, como en materia civil, el carácter de ley supletoria. Es regla de exclusión. Esto no obstante, mereció atender el consejo de la historia y la razón.

Históricamente, la regla concertada, tuvo una significación clara, inspirada en el Código francés, que sancionó una norma de exención de los preceptos comunes para la legislación militar. En el Código de 1948 se decía expresamente que "no estaban sujetos a sus disposiciones los delitos militares, los de imprenta, los de contrabando y los cometidos en contravención a las leyes sanitarias en tiempo de epidemias." En el de 1850 se reproduce la propia regla y excepciones, suprimiendo, respecto a los ejecutados, en contravención a las leyes sanitarias, la frase "en tiempos de epidemias", y añadiendo "ni los demás que estuvieren penados por las leyes especiales". El código posterior de 1870 adopta la fórmula sintética, que después ha pasado a sus herederos tal como la consideramos, pero tratando de conservar su significación originaria. Es, por tanto, evidente que el propósito

original que animó la confección de esta exclusión fué la de delimitar jurisdiccionalmente el alcance del Código penal que se promulgaba con carácter general, sancionando la vigencia expresa de Cuerpos legales especiales conjunta e independientemente con él; pero en modo alguno pretendió abordar el problema de la relación orgánica o de prelación de textos, o sea el de la interpretación de las leyes, que, naturalmente, quedó, de otra parte, reservado a los principios generales del derecho nacional.

Racionalmente se llega a la misma conclusión. No es posible admitir materia alguna represiva desligada de los principios fundamentales que gobiernan la política criminal o responsabilidad humana de un país, y, por tanto, o éstos se encuentran contenidos en las propias leyes especiales o hay que referirlas a los sancionados en el Código General, substratum de los mismos, pues lo contrario supone articular una concepción deshumanizada e injusta del Derecho, por incompleta. Esto aparte, no debe olvidarse que los cuerpos legales especiales más fundamentales—militar, contrabando, etc.—se remiten a veces como fuente de último grado al Código penal común, considerado como supletorio de sus propios preceptos.

Prácticamente se logra igual convicción, pues diariamente en la actuación de los Tribunales de Justicia se completan las deficiencias penales de las leyes especiales, acudiendo a la fuente general de Código, en su función integradora, para suplir las lagunas que se observen en ellas, hasta completar todos los problemas que se ofrecen y lograr el ciclo completo del juicio penal (6).

El precepto puede y debe, por tanto, ser interpretado, mientras no se rectifique, en el sentido que venimos haciendo, o sea corregido en la medida y sentido en que lo imponen los principios de igualdad y universalidad de la ley penal, que podría expresarse diciendo que el propio modo que se prohíbe castigar delito alguno que se encuentra previamente sancionado en la ley penal, se prohíbe también que haga excluyendo o vulnerando los principios y las reglas esenciales penales que son comunes para todos. De otra parte, puede también entenderse que el precepto sanciona, en cierto sentido, el principio general "non bis in idem", que veta el que ningún hecho punible se sancione doblemente, por entenderle comprendido en dos preceptos penales diversos, puesto que la regla de la especialidad recaba para sí el conocimiento del asunto. Esta interpretación proroga sus efectos, incluso en la aplicación de la regla del art. 68 del Código penal, determinante para el caso de concurso de normas penales, a un solo hecho: que se aplique la más grave, o sea la que tenga indicada mayor sanción, regla que no es aplicable a los casos en que concurren preceptos de una ley espe-

(6) El art. 4.º del C. P. de 1928 sancionó una fórmula más racional que la actual, diciendo: "Los delitos y faltas previstos en leyes especiales se regirán por ellas. Este Código será supletorio de las mismas, mientras en dichas leyes no se disponga lo contrario."

cial y la común, porque en ellos falta la homogeneidad o identidad de rango o clase legal, por lo cual se interfiere la regla interpretación legal que da preferencia a la especial si las normas concurrentes son de clase diversa legislativa.

E) *Clases de leyes especiales*

Independientemente de la clasificación objetiva de las leyes penales especiales, difícil de conseguir, según vimos, por su constante variabilidad, que sólo permite una enumeración ordenada de las mismas; se ha tratado, esto no obstante, clasificarlos en: a) leyes penales especiales por sí o propias, y b) leyes comunes u ordinarias con sanción penal incidental. Estas o toman prestada la pena, refiriéndose al Código penal constantemente o imponen por su cuenta correcciones morales, penas civiles, políticas, o bien regulan las penas comunes, efectuadas de manera especial. La clasificación tomada de Bravo, no es aprovechable penalmente y no ha sido acogida por la doctrina por intrascendente.

Considerada las leyes penales especiales según el criterio de su comprensión se nos ofrecen dos clases de las mismas, netamente diferenciadas; leyes especiales que abordan íntegramente todos los problemas de la responsabilidad humana, en consideración al fin que en ellos se persigue, constituyendo auténticos Códigos, por lo que se pueden denominar cerrados o completos, y leyes que se limitan a definir y castigar delitos de su especialidad, más o menos específicamente, dejando sin abordar los problemas fundamentales de la culpabilidad integrándose en el Código, y por ello se califican de abiertas o incompletas. Ejemplos de las primeras lo son el Código de Justicia Militar, la Ley de Contrabando y Defraudación, la de Vagos y maleantes, etc. En estos casos, como constituyen cuerpos legales completos, inspirados por un designio funcional singular propio, sólo cabe acudir a los preceptos del Código penal común, en último grado, en cuanto contenedor de los principios generales del derecho de penar que se sobreponen a todos los cuerpos legales como las líneas maestras de un sistema...

Las segundas, por el contrario, no se emancipan total y absolutamente de la gran matriz penal, el Código, sino que éste subsiste como legislación complementaria de la especial, la cual, naturalmente, rige pura y simplemente en todo cuanto, de una manera expresa o tácita no se encuentra regulado por sus preceptos. En este caso, el Código será supletorio de primero y único grado de las mismas. Así suelen a veces cuidarse de expresarlo las mismas leyes, como ocurre con la de Abastos; en otros se infieren del sentido y alcance de sus preceptos, y en general es éste el criterio que racionalmente predomina como "usus fori" de nuestros Tribunales. Esta interpretación se corresponde en esencia con el precepto que contiene el Código civil (art. 16) referente a este mismo problema, dentro de su propio contenido, cuya

solución resulta, naturalmente, más adecuada al fin que se propone, que la fórmula del Código penal, por lo que merece su reforma.

Por no encontrarse considerados bajo la misma especie material el hecho a juzgar y, por tanto, no ser aducible al principio "non bis in ídem" se ha declarado en Sentencia de 18 de enero de 1899 que, "cuando además de la falta académica castigada por el Consejo Universitario existen ofensas inferidas al Catedrático, no es aplicable la excepción de este artículo." El caso, por ser complejo, fué considerado en su aspecto indisciplinario por el Consejo Universitario, lo que no empece para que los Tribunales conozcan del hecho delictivo, puesto que son especies reales diferentes entre sí, y por tanto perfectamente compatibles ambas sanciones, que no repiten la propia especial delictiva o delito.

Del propio modo no existirá incompatibilidad cuando aún siendo considerado el mismo hecho sea éste juzgado bajo especie jurídica diferente, porque tampoco se excluyen entre sí. Así sancionado un hecho, conforme a las Ordenanzas de farmacia, que poseen un carácter disciplinario profesional, puede ser enjuiciado por los Tribunales de Justicia de nuevo el propio hecho puesto "que no tiene carácter de ley penal especial (S. 27 sep. 1888). Esto porque aparece claramente que no se repite o reitera la sanción en la misma consideración jurídica punitiva.

Sin duda por estimar, erróneamente, que las sanciones determinadas por los aranceles son preceptos penales propios y no disciplinarios, se declaró que la exacción indebida por los Notarios o Secretarios judiciales no constituye delito, sino que habrá que estarse a dichas sanciones (S. 16 nov. 1886 y 10 jul. 1887).

Finalmente, existen otras series de leyes especiales que, a diferencia de las comprendidas en los apartados anteriores, que legislan por sí, con exclusión del Código o antes y junto al Código, éstas lo hacen "sobre el Código" o después del mismo, puesto que se limitan a desarrollar, bajo el aspecto reglamentario, preceptos contenidos, en principio, en el mismo, por lo que nunca deben estos hallarse en contradicción con aquél, y en este caso prevalece el Código; así la que regula la gracia del indulto; la que asegura la libertad condicional, la remisión condicional, el cumplimiento de las penas; la regulación de la rehabilitación de 17 de septiembre de 1945, etc.

F) *Índice de los textos del Derecho penal especial y vigente*

Una exposición ordenada sistemáticamente, aunque sea tan concisa como nos proponemos hacerla, puede hacerse según el triple criterio que hemos indicado, destacando dentro de cada grupo el motivo especial característico de cada texto o grupo de textos legales que se consideren.

a) Derecho penal especial, constituido por Cuerpos legales com-

pletos o cerrados: Por razón del territorio jurisdiccional en que se aplica, puede distinguirse la legislación penal del Protectorado Español de Marruecos, constituido fundamentalmente por un Código penal propio. Realmente no es Derecho especial nacional, sino Derecho extranacional, y por tanto sólo cabe estudiarlo en este concepto o bajo esta condición de especialidad jurídica que en el Derecho administrativo suele ser oponente con el nombre de Derecho colonial al Derecho metropolitano. La especialidad reside sólo, pues, en su consideración jurisdiccional, y bajo tal estimación lo estudiamos nosotros.

Por razón, fundamentalmente, del fin—defender la disciplina y buen funcionamiento del ejército—, se registra en lugar preferente el Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945, reformado por Ley de 21 de abril de 1949. Es de advertir que la Jurisdicción Militar, no obstante justificarse fundamentalmente por su objeto y consiguientemente delimitarse así la materia genuinamente castrense, su contenido se complica continuamente con otras varias consideraciones de tipo personal, constituyendo así un verdadero fuero de clase o de orden público, etc., que prorrogan extraordinariamente su sentido y alcance propio. En tercer lugar cabe señalar la llamada ley de contrabando y defraudación de 14 de enero de 1929, cuya retención jurisdiccional administrativa es difícilmente justificable ante los principios orgánicos de la atribución de competencias estatales, puesto que su especialidad reside en la materia a que se aplica. Igualmente constituyen cuerpos legales penales cíclicos o completos: la Ley de vagos y maleantes de 4 de agosto de 1933 y Reglamento de 3 de mayo de 1935, la llamada de Tribunales de Menores o protección de la minoridad delincuente de 11 de junio de 1948 que refunde las anteriores.

b) El segundo grupo de leyes especiales penales la componen un núcleo en que su característica típica se encuentra, más o menos especificada, según el desarrollo que adquieren prácticamente sus preceptos sobre las materias punitivas especiales a que se aplica. Así, en primer término, se registra el llamado Código o Ley penal de la Marina Mercante de 21 de junio de 1923, la que no obstante ofrecer un cuerpo articulado de delitos y faltas, genuinos del servicio que tutela, posee un artículo, el 2.º remitiéndose a las disposiciones del libro 1.º del Código penal común, como complemento de sus propios preceptos. En igual sentido pueden considerarse incluidas en este apartado las disposiciones penales del Código de la Navegación aérea, según la Ley de Bases de 27 de diciembre de 1947, no obstante el desafuero jurisdiccional que injustificadamente se consagra en ella.

c) En un plano de subordinación más característico al Código penal se encuentran las leyes penales especialísimas, cuanto que sólo legislan penalmente según la "cosa" singular que pretenden proteger, creando en realidad delitos nuevos, sólo que pueden ver administrativas, como la de Caza de 16 marzo 1902; la de Montes de R. O. 8 mayo 1884; la de Pesca fluvial de 20 febrero 1942, Reglamento de 6 abril 1943 y Ley 4 mayo 1948; leyes de imprenta y prensa o protección de

cables submarinos, 12 enero 1887, y la de Policía de ferrocarriles, 28 noviembre 1877 y Reglamento 8 septiembre 1878, o la que por motivos políticos se conoce de represión de la masonería o el comunismo, Ley de 1 marzo 1940 y Decreto 30 marzo 1941.

Las que protegen la sociedad por motivos circunstanciales de "emergencia", como la de orden público de 28 junio 1933 y la de bandidaje y terrorismo de 18 abril 1947, y la Ley de 4 mayo 1948 sobre sustracción de materiales de comunicación.

Por razones de índole varia, para proteger la política gubernamental económica se han dictado las leyes de Abastos de 26 octubre 1939; la de 30 agosto 1946 y la de 27 abril 1946 sobre traspaso de viviendas; delitos monetarios de 24 noviembre 1938 y complementarias, y la de 27 abril 1946 de índole social, emigración, Ley 21 diciembre 1907, texto refundido 20 diciembre 1924, y leyes protectoras del trabajo.

Finalmente, existen las leyes defensoras de las propiedades especiales: propiedad industrial de 16 mayo 1902 y de la intelectual de 10 enero 1879; Ley de policía de imprenta de 26 junio 1883, y la de prensa de 22 abril 1938.

BIBLIOGRAFIA

- GROIZARD, ALEJANDRO, 1902: "El C. Penal", t. 1.º, art. 7.º
- ROSAL, JUAN DEL: "Ideas histórico-dogmáticas del Código Penal de 1944". *In-formación Jurídica*, núm. 54.
- QUINTANO RIPOLLÉS: "La motivación moral en Derecho penal". *R. C. de L. y Juris*. Abril, 1949.
- BECCARIA: "Delitos y penas". B. Filosófica. Cap. III.
- FERRI: "Nuovi orizzonti", pág. 4.ª, y "Sociologie Criminelle", ed. franc. París, 1905. Págs. 622-623.
- PESSINA: "Derecho penal", págs. 336 y sigs. Notas de Cuello.
- ORTEGA Y GASSET: "¿Qué son los valores?" *Rev. de Occidente*. Octubre, 1923.
- LISZT, VON FRANZ: "Tratado de D. penal". Trad. y notas de Saldaña. 1914. Pág. 482.
- CARRARA: "Programa...". (Adic. de J. de Asúa). Págs. 60, 115, 269, 249, Edic. Reus, 1922.
- CASTEJÓN, FEDERICO: "D. penal", Edic. Reus. 1931. Primera edic. Pág. 257.
- IHERING: "El fin en el Derecho".
- CUELLO CALÓN: "D. penal", t. segundo. Págs. 5 y sig.
- CUELLO CALÓN: "D. penal especial de España". 1935. Ed. Bosch.
- MEZGER: "D. penal". Ed. *R. de D. Privado*.
- BELING, ERNESTO: "El rector de los tipos del delito". *R. G. de Leg. y Juris*. T. 169 (1936), pág. 8.
- BRAVO, E.: "Legislación penal especial". Prólogo.
- FLORIÁN, EUGENIO: "Trattato di Diritto Penale", 2.ª edic., 1915. 7.ª Introduzione.
- ROSSI: "Traite de Droit Penal" V. I. Págs. 282-285. París. 1892.
- MAXWELL: "Le concept social du crime. Son evolution". París Alcan, 1914. Págs. 35 y 36.
- ROSAL, JUAN DEL: "Estudios penales". Madrid, 1948. Págs. 17 y sig.
- GUTIÉRREZ, JOSÉ MARCOS: "Práctica criminal de España". 5.ª edic., 1828.
- LADIRZÁBAL: "Discurso sobre las penas". Cap. IV, párrafo 1.º

R É S U M É

Le Droit pénal spécial, ou avec un autre nom la partie spéciale du Droit pénal, constitue la clef de la mise en oeuvre du principe fondamental "nullum crimen sine previa lege", et c'est pour cela qu'il bien mérite d'une attention soigneuse et permanente. La bonté de la politique criminelle que l'on adopte et fondamentalement la protection et la défense des droits ou des garanties juridiques pénales de la vie dépendent de la façon comment il développe sa propre théorie et son articulation légale. Il est donc convenable de bien préciser la technique de son articulation pratique et surtout de déterminer la valeur que ses préceptes possèdent en rapport avec le rang qu'ils gardent avec le Droit spécial non codifié, c'est à dire avec cet autre Droit pénal spécial, justifié par des raisons spéciales de "fuero" ou privilège, et éviter ainsi toute controverse en ce qui concerne ses relations en vigueur ou celles d'application pratique. Dernièrement on s'est consacré plus intensivement à l'étude du Droit pénal général et on a oublié l'étude du spécial, au préjudice des valeurs essentielles qui doivent protéger cette branche juridique. On tâche avec cela d'attirer l'attention professionnelle et technique sur ses problèmes et d'y centrer l'investigation des doctrinaires.

S U M M A R Y

The Special Penal Law, or with other words the special parte of the Penal Law, constitutes the key of the use of the fundamental principle "nullum crimen sine previa lege" and that is why it deserves a solicitous and permanent attention. The fitness of the Penal Policy and principally the protection and the demense of the rights or the juridical criminal guaranties of life depend from the way in which its own theory and legal articulation are developed. It is therefore advisable to fix the technique of its practical articulation and especially to determine the value which its precepts possess in relation with the rank that they hold against the Especial Law which is not codified, namely that Special Penal Law, which is justified by special reasons of "fuero" or privilege, and thus to avoid every controversy about its relations that are in force or the ones of practical application. Lately the study of the General Penal Law has been preferred and the study of the Special one has been overseen, to the prejudice of essential values which should protect that juridical branch. One intends with this to attract the professional and technical attention on these problems and to center there the investigation of the doctrinarians.