

continuación examina algunos de los elementos que vienen siendo calificados ordinariamente de condiciones objetivas: reciprocidad (§ 104a), legalidad del ejercicio del cargo (§ 113), disolución del matrimonio y divorcio (§§ 170 y 172), verificación del duelo (§ 210), aparición del resultado muerte o lesiones graves (§ 227) y sobreseimiento en los pagos y apertura del concurso (§ 239 y sigs. de la Ordenanza concursal), deduciendo de este estudio (pág. 52 y sigs.) que ninguno de ellos puede estimarse condición objetiva de penalidad, ya que en todos nos encontramos, bien ante una característica del tipo, bien ante un presupuesto procesal. Una abundante referencia bibliográfica (págs. 57-65) remata este estudio que aparece con el número 20 en la colección de *Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien*. Los análisis del autor pueden, sin duda, ser trasladados al Derecho español en algunos casos. Por ejemplo, los relativos a la reciprocidad (art. 137 Cód. pen.), que también entendemos que puede considerarse en nuestro Código como un presupuesto procesal. En cambio, otros delitos no presentan paridad alguna con los ejemplos que se deducen del Código penal; verbigracia, la sentencia condenatoria en el falso testimonio en contra del reo en causa criminal (art. 326, párrafo primero, Cód. pen.); aquí el tipo del delito exige una acción (tipificada) del sujeto activo: el falso testimonio en contra del reo y en una causa criminal, y otra acción del juez: la sentencia condenatoria. Si en el supuesto de falso testimonio del artículo 326 del Código penal se toma con las necesarias reservas la exigencia de una relación de causalidad entre la acción del sujeto activo y la de dictar sentencia, ya que entre una y otra media la libre apreciación de la prueba por parte del juez y también la interferencia de la voluntad libre de éste, será difícil llegar a la misma conclusión a que llega Bemann en todos los casos del Código penal alemán que maneja, a saber, que estamos ante un presupuesto procesal o un elemento del tipo (sobre la base de que éste tipifica la acción punible *del sujeto activo*). Pero no se puede desconocer que Bemann aporta un punto de vista inédito al estudio de las condiciones objetivas de la penalidad digno de ser meditado.

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA

BETTIOL, Giuseppe: «Sulla consuetudine penale». Estr. Riv. et. d. dr. pen; X, n.º 2 Ed. Giuffrè Milano, 1957.

Una vez más—recuérdese su trabajo de 1931—plantea Bettiol el problema de la eficacia de la costumbre en el Derecho penal. El presente ensayo, destinado al volumen en honor de Teodoro Rittler, es un fino análisis en el que el autor conjuga su postura con la que ha venido postulando el primero en torno a tan sugerente tema.

Estudia, en las primeras páginas, el pensamiento de Rittler. El profesor austríaco, en tiempo de absoluto predominio de la dogmática formal, ausente de toda consideración que no fuese la estricta técnica legislativa, ha reelaborado los problemas de nuestra disciplina, referidos de modo es-

pecial a las fuentes y a la interpretación de la norma jurídica positiva. He aquí el mérito de Rittler, a juicio de Bettiol.

Dos caminos se le presentaban al que intentara tal reelaboración: o quebrar la «mitología formalística» del sistema en nombre de las exigencias morales, sociales o políticas—escuela del derecho libre con todas sus secuelas—, o mantener una posición jurídicoformal, lo suficientemente elástica como para no prescindir de contactos continuos con el mundo de las necesidades sociales de las que emana el Derecho. Por esta última se decidió Rittler.

En su sistema acepta este autor el «Tatbild»—que representa técnica y metodológicamente las exigencias de certeza y seguridad jurídica—y a la vez su construcción se informa, y está siempre solícita a indicar y valorar momentos y elementos sustanciales en la vida del derecho positivo, con lo que se libera del reproche de acentuado formalismo que en un tiempo se le hiciera a Ernesto Belling.

A seguido nos ofrece Bettiol la postura que mantuvo Rittler en 1929 (1). En una época en la que el formalismo kelseniano llega a la catástasis, Teodoro Rittler plantea un tema que entonces parecía olvidado: la virtualidad de la costumbre en el ámbito penal. También por Binding se llevó a cabo un planteamiento afirmativo, si bien el autor hace notar que, a la vista de su conocido sistema, era por demás justificado.

El pensamiento de Rittler viene concretado en el párrafo de Bettiol que transcribimos: «Nel pensiero del Rittler cosí la consuetudine esplica la piú ampia efficacia nel campo penale sia come *consuetudo praeter legem* sia come *consuetudo secundum legem* sia come *consuetudo contra legem*» (pág. 34). No podía por menos, dice el profesor italiano, si se tiene en cuenta el absoluto predominio del principio de legalidad, que ser tildado de revolucionario o, cuando menos, de vanguardista. Bien es verdad que Rittler extrae la validez formal de la regla consuetudinaria de la «Rechtsmacht» del Estado, con lo que su construcción lógica se nos presentaría sin contradicción alguna. Ahora bien: este engarce no pasa inadvertido para la aguda mirada de Bettiol, que ve en él un medio para no romper el principio del sistema unitario de las fuentes del Derecho y no figurar como partidario de una jurisprudencia de intereses o de valores. Pero todavía más, y en esto se explaya el autor, no se comprende cómo puede obtener la costumbre su título de legitimación de la «Rechtskraft» del Estado de la que deriva la norma positiva que agrede y anula.

Dos notas singulares cabe entresacar—orillando la especial temática—de la posición de Rittler: a) Ruptura del principio de la unidad del ordenamiento «formalísticamente» entendido. b) Llamada de atención sobre el mundo de las necesidades sociales y de los hechos que no encuentran tutela o adecuada calificación en el mundo normativo estatal.

Bettiol, manteniendo un punto de vista que en la dogmática actual sería el correcto, en orden a razones provenientes del funcionamiento de los

(1) V. *Gesetztes und nicht-gesetztes Strafrecht*, en «Zeit für die ges. Strafrechtswissenschaft», 49, págs. 461 y ss.

órganos legislativos y de certeza jurídica, posterga a la costumbre a un rango netamente inferior al de la ley escrita.

Ponderativas en extremo son las palabras con que Giuseppe Bettiol finaliza su estudio: «Aver richiamato l'attenzione degli studiosi su tali delicati ed importanti temi costituisce un grande merito per il penalista che tutto il mondo onora: il nostro dissenso su taluni punti nulla toglie alla forza di una argomentazione su di un tema particolare che nell'opera di Rittler si inserisce nella cornice di un ampio, serrato e coerente sistema del diritto penale austriaco.»

MANUEL COBO

BOCKELMANN, Paul: «*Strafrechtliche Untersuchungen*» (Investigaciones jurídico-penales), Gotinga, Verlag Otto Schawartz & Co., 1957, 274 páginas.

Este volumen acoge 15 estudios del profesor de la Universidad de Gotinga, Bockelmann. Algunos tocan problemas de la parte especial: hurto («El hurto de objetos colocados dentro de vehículos a motor», págs. 209-215), apropiación indebida («¿Es admisible una interpretación correctora del § 246?», págs. 216-228), estafa («Sobre el concepto del perjuicio patrimonial en la estafa», págs. 229-241), delitos contra el patrimonio en general («El tratamiento de las obligaciones imperfectas en el Derecho penal patrimonial», págs. 242-257) y receptación («La prueba del dolo del receptor», págs. 258-269). En realidad, ninguno de estos trabajos, correspondientes todos al período 1949-1957, es inédito, indicándose al final (página 274) fecha y lugar de su aparición.

La imposibilidad de dar cuenta detenida de cada uno de ellos nos obliga aquí a llamar la atención tan sólo sobre dos en los que vienen a condensarse, por otra parte, las ideas más importantes del autor sobre los temas que más detenidamente ha tratado, a saber: la participación y el grado de ejecución, temas a los que se refieren los demás no mencionados antes expresamente.

El primero de los trabajos a que acabo de aludir lleva por título «La evolución moderna de los conceptos de autoría y participación» (págs. 109-125). Fue enviado por Bockelmann al Congreso de Atenas, donde, como es sabido, no se llegó a un acuerdo satisfactorio en este punto (1). En la teoría actual de la autoría y participación reaparece, dice Bockelmann (página 109) la duda sobre si es efectivamente correcto distinguir entre una y otra; si no sería mejor, como han hecho los códigos italiano y danés de 1930, mantener un «concepto unitario» de autor que abarque todas las formas pensables de intervención en un delito determinado. A esta idea se oponen los siguientes reparos: a) Supondría la renuncia a un tratamiento individualizador. b) Implica concebir el delito como un puro proceso causal. c) No garantiza la simplicidad deseada, como lo demuestran los mis-

(1) Cfr. el informe de A. Légal sobre los trabajos de la primera Sección del Congreso en «*Rev. Science criminelle et de droit pénal comparé*», 1958, págs. 196 y ss.