

Aportación al estudio comparado de los sistemas penales europeos

AGUSTIN FERNANDEZ ALBOR

Profesor Adjunto de Derecho penal de la Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: I. CONCEPTO Y ANTECEDENTES DEL DERECHO COMPARADO.—II. SU IMPORTANCIA EN EL DERECHO PENAL. PRINCIPALES SISTEMAS JURÍDICOS ACTUALES.—1. *Sistemas romanistas*. A) Características. B) Codificación. Sus etapas. a) Formación. b) Estabilización. c) Moderno. Especial referencia a la Nueva Defensa Social.—2. *Sistema de Common law*. A) Características. B) Proyección en el Derecho penal. a) Generalidades. b) Clasificación de los delitos. c) El principio de legalidad y el arbitrio judicial. Referencia a la Defensa social.—3. *Sistemas de los países socialistas y democracias populares*. A) Características. B) Evolución del Derecho penal. a) Primer período (1917-1925). b) Segundo período (1926-1953). c) Tercer período: Los Nuevos Fundamentos.—III. CONCLUSIONES.

I. CONCEPTO Y ANTECEDENTES

La preocupación ya sentida entre los antiguos legisladores por las leyes y ordenamientos extraños, demuestra la unidad del espíritu humano y la existencia de un Derecho superior que tiene su proyección en los distintos ordenamientos jurídicos, y que Legaz denomina "homonomias universales" que indican las afinidades supremas y que constituyen una tendencia genealógica del pensamiento humano (1).

Como es sabido, Aristóteles llevó a cabo la compilación de las Constituciones de las *Polis* de su tiempo, por lo que es considerado como el primer caso de comparación jurídica occidental. También debe citarse la *Mosaicarum et romanorum legum collatio*, que comparaba el Derecho romano con el judaico (2). La unidad legisla-

(1) LEGAZ LACAMBRA, L., *La filosofía del Derecho y el Derecho comparado*. Discurso pronunciado en la apertura de curso académico de 1960-61. Universidad de Santiago, 1960, p. 11. LUCAS VERDÚ, P., *Consideraciones en torno al concepto, método y funciones del Derecho constitucional comparado*. Separata del Boletín Informativo del Seminario de Derecho político de la Universidad de Salamanca. Septiembre-octubre 1955, p. 74.

(2) LEGAZ, *La Filosofía del Derecho y el Derecho comparado* cit., p. 11. Vid. SOLÁ CAÑIZARES, F., *Derecho comparado*, en Nueva Enciclopedia Jurídica

tiva por móviles políticos es lo que se pretende en Egipto, Grecia y la Magna Grecia, pero va a ser el Derecho romano el elemento unificador para el mundo entero. Ello es debido a que la unificación del Derecho se manifiesta en las civilizaciones en su apogeo, por eso Lucas Verdu señala que sólo se puede averiguar la esencia del Derecho comparado cuando los diversos ordenamientos susceptibles de comparación han alcanzado el nivel que los configura en totalidades orgánicas, sistemáticas y ordenadas alcanzadas en un elevado grado de racionalización (3). Ya Lambert, en su famosa obra *La fonction du Droit comparé*, consideró que los Derechos "comparables" son los que confrontan los sistemas jurídicos de un grado semejante de civilización (4).

El Derecho comparado supone una contrastación de sistemas jurídicos distintos. Si por un lado nos ofrece una visión general del Derecho, por otro tiene un gran valor para el perfeccionamiento del Derecho nacional. El examen de diferentes prácticas nacionales muestra los problemas, preocupaciones y tendencias existentes en los diversos sistemas jurídicos y cuáles son, en las legislaciones, los sistemas adoptados para la aplicación práctica. Sin embargo, los títulos empleados por algunos autores que bajo la denominación "Derecho comparado" estudian el Derecho alemán, inglés, francés, etc., son inexactos; esto, en realidad, debe titularse "Derecho extranjero". El estudio de las legislaciones extranjeras es un paso previo para la posterior comparación, pero el comparatista ha de tener presente que no es suficiente comparar la *legislación*, es necesario conocer los motivos que han impulsado al legislador en cuestión a dar la ley. Las leyes responden a principios, costumbres, que no deben ser ignorados por el legislador, y el comparatista ha de examinar no sólo el texto frío de la ley, sino también el de las conexiones que ésta tiene con las condiciones naturales en que se desarrolla y saber si se pueden transportar con facilidad de uno a otro país, profundizando las razones históricas y sociales que han cristalizado en la promulgación de un Código y los resultados obtenidos en su aplicación práctica. Pero, además, no ha de limitarse al contenido de los Códigos, sino también al de las leyes especiales y los diversos elementos de sistemas represivos y preven-

Seix, t. VII, p. 6. Vid. GUTTERIDGE, H. C., *Le droit comparé*. Trad. al francés por los estudiantes del Instituto de Derecho comparado de la Universidad de París, bajo la dirección de René David. París, 1953, p. 29 ss. DAVID, René, *Les grands systèmes de droit contemporains*. París, 1964, p. 4 ss.

(3) LUCAS VERDÚ, *Consideraciones* cit., p. 75.

(4) LAMBERT, *La fonction du Droit comparé*. París, 1903. Cit. por Solá en *Derecho comparado* cit., p. 5. Vid. también VON LISZT, F., *Legislación penal comparada*. Trad. Adolfo Posada. Madrid, 1896. p. XI. E. GARÇON señala la relación que liga los fenómenos de la criminalidad y las leyes represivas, de tal forma que los pueblos que han llegado al mismo grado de cultura y civilización, de evolución económica y moral son traídos a reprimir las mismas faltas por medidas semejantes. Vid. prólogo a la obra de Kenny *Esquisse du Droit Criminel Anglais*. Trad. par Adrien Paulain. París, 1921, p. XI. Vid. RADBRUCH, "Derecho comparado", en *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Trad. W. Rocés. México, 1951, p. 12 ss.

tivos —si nos limitamos al Derecho penal— de cada Estado, realizando así una investigación jurídico-sociológica (5). Por ello, resalta Sola que “el Derecho comparado consiste en la comparación científica de sistemas jurídicos distintos o de un aspecto de los mismos y de las causas que los han producido y los efectos que han resultado en los medios sociales respectivos” (6).

Desde otra perspectiva, Marc Ancel considera el Derecho comparado “como una sociología jurídica que pretende menos yuxtaponer las reglas legales nacionales que abrir paso a las corrientes legislativas que experimenta, en una época determinada, la civilización común a varios Estados vecinos” (7). Si analizamos esta posición, observamos el sentido sociológico del Derecho comparado y la coincidencia con los autores citados al principio al considerar la existencia de una civilización común, cuando se ha alcanzado un nivel cultural y como consecuencia de los sistemas jurídicos, en su evolución, se encuentran en un plano de igualdad. Por eso el citado autor pone como ejemplo las medidas de seguridad en el Derecho positivo que han sido la consecuencia de movimientos, de corrientes legislativas, que se han producido en el segundo cuarto del siglo xx y que apreciados por los juristas han atravesado las fronteras nacionales y han permitido el mejoramiento del Derecho nacional (8).

II. SU IMPORTANCIA EN EL DERECHO PENAL

El desarrollo que el Derecho comparado ha alcanzado últimamente pone de manifiesto su importancia no sólo en lo referente a la ciencia jurídica en general, sino también en lo que concierne al

(5) Vid. LEGAZ, *La Filosofía del Derecho y el Derecho comparado* cit., p. 11. SOLÁ, *Derecho comparado* cit., p. 5. ANCEL, M., *Introduction comparative aux Codes pénaux européens*. París, 1956. *Centre français de Droit comparé*, p. 13 s. *Les Codes pénaux européens*. París, 1958, t. I, p. XIII s. VOX LISZT. *Legislación penal comparada* cit., p. XVIII ss. GARÇON, Prólogo a la obra de Kenny cit., p. XIII: “Hoy, como en otro tiempo, es necesario conocer la ciencia extranjera, tanto la ciencia social como las ciencias físicas y naturales. Podremos encontrar en las leyes italianas, inglesas y alemanas, y en los trabajos de criminalistas extranjeros, ideas fecundas y justas que prudentemente utilizadas pueden contribuir al progreso de nuestras propias instituciones...” RIGAUX, M. et TROUSSE, P., *Le faux en Droit pénal comparé*. Bruxelles, 1957, p. 350. Vid. GORLA, G., *Diritto comparato*, en *Enciclopedia del Diritto*, Ed. Giuffrè. Milano, 1964, p. 930.

(6) SOLÁ, *Derecho comparado* cit., p. 5 Vid también, del mismo autor, *Iniciación al Derecho comparado*. Barcelona. 1954, p. 98, donde desarrolla y analiza esta definición resaltando que la comparación ha de versar sobre los derechos vigentes en el momento de la comparación. Entiende Gorla que “comparar” en el campo del Derecho, como en cualquier otro campo, significa por sí, una actividad o proceso de conocimiento de dos o más fenómenos jurídicos (históricamente determinados) para conocer qué hay de común o de diverso en ellos. Vid. GORLA, *Diritto comparato* cit., p. 928.

(7) ANCEL, *Introduction* cit., p. 10. *Les Codes* cit., p. X.

(8) ANCEL, M., *Les mesures de sûreté en matière criminelle*. (Rapport à la C. I. P. P.). París, 1950, p. 51 ss. *Introduction* cit., p. 8 s. *Les Codes* cit. p. IX s.

Derecho penal en particular. Como dice Marc Ancel, en una materia donde reina el principio de legalidad, el texto mismo de la ley positiva, el texto del Código tiene una importancia que es superfluo señalar (9). Bajo apariencias diferentes, las legislaciones represivas de todos los pueblos civilizados presentan una sorprendente semejanza que se evidencia a través de la comparación a fondo de los principios, que forman como un Derecho común general, y que se encuentran en cada una de ellas (10). La existencia del principio *nullum crimen sine lege* da a la ley penal un predominio e importancia, en el ámbito del Derecho comparado, que sobrepasa al Derecho civil, ya que se presta mucho más fácilmente que el Derecho privado a esta confrontación de orden cuasisociológico (11).

El estudio comparado de los diferentes sistemas jurídicos actuales manifiesta en el campo del Derecho penal un cierto número de tendencias. Por eso, al llegar aquí hemos de imponernos unos límites no sólo en la materia, sino también en el espacio para simplificar su exposición. Vamos a referirnos —en lo que a la materia se refiere— al Derecho penal, y en cuanto al espacio, nos limitaremos a tres grandes sistemas jurídicos: romanistas, *common law* y socialistas. Los dos primeros poseen una misma idea de la vida social y económica, pero también tienen profundas diferencias que trataremos de resaltar. Estas diferencias obligan a una comparación cautelosa, sin olvidar que existen, por el contrario, imitaciones e influencias entre ellos. Sobre el concepto de protección penal, los sistemas aparecen, en cierto sentido, profundamente divididos. Las nuevas condiciones de vida y el ambiente psicológico de las sociedades contemporáneas obligan al estudio

(9) ANCEL, *Introduction* cit. y *Les Codes* cit., p. IV. Vid. también VON LISZT, *Legislación penal comparada* cit., p. IX.

(10) GARÇON, cit., p. IX s.

(11) ANCEL, *Introduction* cit., p. 11. *Les Codes* cit., p. XI. Vid. el informe de Marc Ancel en las discusiones a las *Journées organisées pour commémorer le 80 anniversaire de la société de Législation comparée: 3.^a Journée, "la méthode du droit comparé en matière de droit pénal"*, en *Rev. int. de Droit comparé*, 1949, p. 511 ss.

Señala Herzog que el motivo por el cual los estudios de Derecho comparado han dejado al Derecho penal fuera del campo de las investigaciones comparativas, es debido, entre otras razones, a que "las concepciones universalistas de los primeros comparatistas les llevó a considerar secundarios los trabajos de Derecho penal comparado en la medida en que la uniformidad del Derecho penal les parecía imposible o incluso no lo consideraban deseable. El citado autor impugna en su interesante trabajo la posición de algunos comparatistas que si bien parten de una posición cierta al considerar que si la función del Derecho comparado es la de separar los principios que son comunes a todos los sistemas de Derecho contemporáneo con el fin de asegurar la aproximación sistemática, se equivocan al considerar que la comparación de las instituciones penales está condicionada por elementos políticos y sociales variables de un país a otro, que su desarrollo histórico no fue el mismo en todos los países y que no reina ninguna uniformidad, ni en cuanto a la determinación de los hechos punibles ni en cuanto a los medios empleados para reprimirlos. HERZOG, Jacques-Bernard, *Les principes et les méthodes du droit pénal comparé*, en *Revue Internationale de Droit comparé*. París, abril-junio 1957, p. 337.

de sus elementos y causas y los Códigos represivos han de adaptar la ley a estas nuevas condiciones sociales. Los sistemas jurídicos muchas veces, a pesar de pertenecer a distintos países, pueden ser agrupados bajo un mismo título por su mismo origen, concordancias entre los términos empleados por los distintos Códigos y el ejemplo que supone para la legislación nacional las experiencias que se llevan a cabo en otros países.

Si bien todo sistema jurídico supone un conjunto de reglas o instituciones en interrelación coherente y funcional, este mismo sistema normativo-institucional está condicionado por bases sociológicas (hecho social) e influenciado por determinadas ideologías (idea). Para la comprensión y comprobación del sistema jurídico hemos de tener en cuenta tres factores: *la norma*, que requiere su estudio técnico jurídico realizando una labor de interpretación, cotejo y comentario; *el hecho social*, que pide la comprobación del substractum económico, sociológico, cultural e incluso geopolítico; y por último, *la idea*, que supone una estimación jurídica, de valoración y justificación con influencia iusnaturalista. En el primero, se comprueba la posición de la norma jurídica, sus relaciones intrasistemáticas y extrasistemáticas. En el segundo, se verifica su eficacia social organizadora, si es aceptada y cumplida, es decir, si suscita *consensus* social. En el tercero, se fundamenta, es decir, se busca una de las bases metafísicas del Derecho. Ante estos factores se han tomado distintas posiciones. Los que consideran que la primera técnica es la única típica, la segunda es pura sociología y la tercera es metafísica. Para otros, el Derecho ha de tener en cuenta los factores sociales, ya que en otro caso sería puro formalismo. Por último, se considera por otro grupo que han de ser considerados los tres factores. La primera predominó en el siglo XIX, la segunda se abrió camino más tarde y es la más extendida en los países socialistas.

En líneas generales, un sistema de Derecho se caracteriza por un conjunto de reglas e instituciones jurídicas comunes a una determinada colectividad, por lo general vinculado a un Estado, pero que también puede corresponder a varios Estados (12). Cada sistema tiene su técnica jurídica propia, pero esto no impide las influencias más o menos profundas que lo modelan o modifican en un determinado momento. Esta confrontación de legislaciones represivas es, a juicio de algún autor, más justificada en materia penal, ya que aquí se percibe más claramente la política criminal dominante en los diferentes Estados que tienen una comunidad de origen, que permite un cuadro completo

(12) SOLÁ, *Derecho comparado* cit., p. 5, nota 8. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, en *Comparative juridical review*, 1964, vol. I, p. 12: "El conjunto de normas e instituciones que integran un Derecho positivo constituye lo que se llama un sistema. Un sistema jurídico es, así, el conjunto de reglas e instituciones de Derecho positivo por las que se rige una determinada colectividad." Vid. ARMINJON, NOLDE y WOLFF, en *Traité de Droit comparé*. París. 1950. I, p. 10. Vid. también Helmut COING, *El sentido del Derecho. Historia y significado de la idea del sistema de jurisprudencia*, p. 21 y 24.

de legislaciones penales aplicables a la Europa de hoy y que no podría hacerse, con la misma facilidad, en el terreno del Derecho privado (13).

1. *Sistemas romanistas*.—En este grupo incluimos el Derecho que los ingleses denominan impropriamente “continental”, la formación y la evolución de sistemas que rigen actualmente en Europa, de enorme interés para la ciencia comparativa en general y, en particular, para la ciencia criminal (15).

A) Siguiendo a René David (16), podemos decir que los sistemas romanistas son los sistemas legales de los países de la Europa continental (17) que basan su unidad en la existencia de una tradición común, en la civilización europea. Como características unitarias de este sistema se citan las ideas de justicia y de moral con la profunda influencia del iusnaturalismo. A pesar de la formación de nacionalidades, hasta el siglo XIX las Universidades europeas han sistematizado el Derecho, como disciplina autónoma, con base en el Derecho romano y canónico, que son las fuentes jurídicas comunes, sin cuyo estudio no puede haber un verdadero conocimiento histórico del Derecho de las naciones europeas y que le dan un carácter de semejanza, uniformidad y hasta de unidad (18). Durante siglos, los juristas del continente, profesores, magistrados y prácticos, han empleado las mismas

(13) ANCEL, *Introduction* cit., p. 11 ss. El Derecho penal positivo en ciertas materias particulares, como el problema de la infancia delincuente, por ejemplo, es de informes o datos criminológicos. La existencia y las exigencias de las ciencias criminológicas que, al lado del Derecho criminal, juegan un papel análogo al de las ciencias políticas con respecto al derecho constitucional, son una razón nueva y suplementaria que justifica la aproximación de codificaciones de Derecho penal entre los países que tienen una comunidad de origen donde las necesidades derivan de su posición geográfica.

(14) Vid. SOLÁ, *Derecho comparado* cit., p. 6, nota 16.

(15) ANCEL, *Introduction* cit., p. 5.

(16) DAVID, René, *Les Droits romanistes*, esteno. de la *Faculte Internationale pour l'enseignement du droit comparé. Session de printemps*. Madrid, 1961. Del mismo autor, *Les grands systèmes* cit., p. 18 y 27 ss.

(17) Existen Derechos romanistas fuera de Europa y, por el contrario, algunos países continentales, Rusia y demás Repúblicas socialistas, no son romanistas. Los países hispanoamericanos están influenciados fuertemente por el Derecho europeo, aun cuando presentan matices originales. En otros países de civilización distinta, como Turquía, Japón y Libia, la recepción ha sido total. Esta recepción ha sido parcial en Etiopía, Irán y Egipto. Por último, existe otro grupo formado por Escocia, Chipre, Malta, Canadá, Africa del Sur y Filipinas, en el que la influencia del *Common law* se hace sentir, si bien en concurrencia con los Derechos romanistas. En Filipinas, después de la guerra entre España y Estados Unidos, esta influencia ha ido a más, y en la actualidad es la que rige, aunque con excepciones.

(18) ORTOLÁN, M., *Curso de legislación penal comparada*. Lecciones pronunciadas en la Facultad de Derecho de París. Madrid. 1845, p. 132 s. Recuerda Quintano Ripollés que Riccobono, en Italia; Koschaker, en Alemania, y Alvaro D'Ors, en España, han demostrado decisivamente la alta significación del Derecho romano en la génesis de Europa. QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Les droits romanistes*, en *Faculte Internationale pour l'enseignement du droit comparé*. Helsinki, 1961, núm. 124, p. 1.

clasificaciones y el mismo idioma científico. Otra de sus características es la distinción entre Derecho público y Derecho privado.

B) Pero la característica más importante de este grupo es la adhesión a la técnica de la codificación. Consecuencia de esto es la facilidad para ser transportados elementos jurídicos de uno a otro Código, ya que las diferencias entre ellos —motivadas por la diferencia de lengua, régimen político, administrativo, etc.— son secundarias si se comparan con las existentes en los otros grupos. La codificación es muy importante sobre todo para hacer la distinción con el *Common law*. Cuando hablamos de codificación nos referimos a la napoleónica, que representa la ambición de agrupar las disposiciones jurídicas solucionando todos los problemas, incluso los que puedan presentarse en el futuro.

Los Códigos penales europeos actuales tienen su base en los del siglo XIX, y éstos son la consecuencia de los movimientos de reforma que se producen en Europa a finales del siglo XVIII. En este movimiento de codificación se pueden distinguir tres períodos: a) de formación, b) de estabilización y c) moderno (19).

a) A principios del siglo XVIII los monumentos de Derecho penal en Europa son la *Carolina*, en Alemania; las *Recopilaciones*, en España, y las *Leggi e Costituzioni*, en el Piamonte. Pero todos tienen un límite: el territorio de cada país. Sin embargo, aun cuando varían en cuestiones de detalle, en el fondo son semejantes. Los actos castigados, naturaleza de la pena y su aplicación al delito tienen en Europa un sistema único (20). Por influencia de Voltaire, Montesquieu y Beccaria se inicia el movimiento de reforma penal. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, pide una reforma de las instituciones penales. Montesquieu busca un Derecho penal sobre la base de 1.º, legalidad; 2.º, responsabilidad, y 3.º, pena retributiva. Este movimiento, que se inicia a finales del siglo XVIII y que se termina con las aportaciones decisivas de Bentham, Romagnosi y Feuerbach, va a dar su fruto en el siglo XIX.

b) El Derecho penal actual se inicia en realidad en este período de estabilización que tiene sus raíces ideológicas en la "ilustración". El siglo XIX, con la codificación, cierra un largo período de barbarie y destierra la arbitrariedad. Asegura los derechos individuales, popularizando su conocimiento por su sencillez y claridad (21). El principio de legalidad *nullum crimen nulla poena sine lege* formulado por Feuerbach es la lógica consecuencia de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que en su artículo 8.º dice: "La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée." Esta

(19) Vid. ANCEL, *Introduction* cit., p. 14. *Les Codes* cit., p. XIV.

(20) ORTOLÁN, *Curso de legislación penal comparada* cit., p. 133.

(21) Vid. ORTOLÁN, *Curso* cit., p. 10. QUINTANO RIPOLLÉS, *Les droits romainistes* cit., núm. 127, p. 1.

fórmula del principio de legalidad se recoge en el artículo 4.º del Código penal francés de 1810, que sirve de modelo a los Códigos de este siglo. A partir de este momento, la única fuente del Derecho penal es la Ley. La analogía y la costumbre, que habían sido en el antiguo Derecho penal fuentes inmediatas, quedan desplazadas a otro rango muy inferior.

La influencia política de la Revolución francesa en Europa tiene repercusión en el Derecho penal. Holanda, el Reino de Nápoles, Suiza, etc., siguen el sistema penal francés. También, por razones políticas, permanecen al margen de la influencia francesa otros países. Austria sustituye el Código de 1787, de José II, por el de 1803. Feuerbach redacta el Código penal de Baviera, promulgado en 1813.

Al derrumbamiento del imperio napoleónico, aquellos países influenciados por su codificación tratan de suprimirlos, pero ya no se puede volver a las disposiciones del siglo XVIII. Es demasiado brusco y supone una regresión introducir de nuevo la penalidad y procedimiento del antiguo régimen. La influencia francesa ha sido tan fuerte que incluso se extiende a los países que, en principio, habían permanecido ajenos a ella.

Las ideas e instituciones europeas de esta época han entrado en el derecho penal y el sistema de codificación se impone (22).

En la segunda mitad del siglo XIX se observa que los elementos comunes aglutinantes de este sistema, tales como Derecho romano, canónico e idioma científico común se han aflojado. Sin duda por la influencia de los Códigos nacionales que fraccionan la legislación, limitándola a su propio país y empleando su propio idioma. Todo ello motivó que se haya dicho por algún autor que el carácter de semejanza y tendencia hacia la unidad era todavía más marcado en el Derecho criminal anterior al siglo XVIII (23). Pero las influencias entre los distintos Códigos penales europeos es innegable y está por encima de estas variaciones políticas más o menos duraderas.

c) El principio de legalidad existente en todos los países romanistas sufre en nuestro siglo un fuerte y primer ataque con la Escuela positiva, que considera ineficaces los medios tradicionales de la Escuela clásica (24). Los positivistas piden una reforma radical. Son deterministas y proponen reemplazar la pena por las medidas de seguridad. Algunas de estas ideas positivistas se tienen en cuenta por Von Liszt, Van Hamel y Prims, sobre todo en lo referente al estado peligroso. Por otro lado, y durante el período comprendido entre las

(22) Vid. ORTOLÁN, *Curso* cit., p. 204 ss. En Suiza, Código penal del Cantón de Tesino (1816), Saint-Gall (1819) y Basilea (1821). En Polonia, el Código penal de 1818. En el reino de las Dos Sicilias, el Código general de 1819, que en su segunda parte, dedicada a las leyes penales, suprime las penas de argolla, exposición, marca, mutilación de la mano y muerte civil. Parma y Plasencia, Código penal de 1820. España, Código penal de 1822. Malta, 1825. También los proyectos de Códigos penales de Baviera, Sajonia. Hannover, etc.

(23) ORTOLÁN, *Curso* cit., p. 220.

(24) QUINTANO RIPOLLÉS, *Les droits romanistes* cit., p. 4.

dos guerras, surge el totalitarismo, que influye en la legislación penal, sobre todo alemana, inmediatamente anterior a la última guerra.

El segundo ataque se le dirige por la Nueva Defensa Social, en los años que siguen a la segunda guerra mundial. Pero, dentro de este movimiento, no existe una posición unitaria. Su creador, Gramatica, mantiene una posición extremista, tratando de sustituir el Derecho penal clásico por la Defensa Social. El Derecho penal represivo debe ser, según él, sustituido por un sistema preventivo y reeducativo. Dentro del mismo movimiento se mantiene una posición moderada por Marc Ancel (25), que trata de armonizar este movimiento con el Derecho penal clásico, sin renunciar, por tanto, al principio de legalidad. El movimiento de Defensa Social es esencialmente de política criminal.

Existen dos concepciones de la Defensa Social. La primera, la antigua, supone la protección de la sociedad contra el crimen. La segunda, la Nueva Defensa Social, es el movimiento de política criminal renovada. La política criminal es la organización de la reacción social contra el crimen. Lo esencial de esta reacción no es la intimidación de la pena, sino la prevención del crimen.

Sus orígenes están, sobre todo, en Platón, que expone que lo esencial es prevenir para evitar el crimen y que hace la distinción entre el delincuente curable y el incurable. A estos últimos no se les debe imponer la pena de muerte, pero sí el internamiento definitivo, y a los primeros este internamiento ha de hacerse para su reeducación. San Agustín, en *La Ciudad de Dios*, ya habla de la mejora y no de la destrucción; Clemente XI, de la reeducación, y el Derecho canónico, de la penitencia. La idea de protección del Estado, de la sociedad y la reeducación; la primera la encontramos en la famosa *Carolina*.

La Defensa Social es un movimiento de hoy, actual, pero en su desenvolvimiento se distinguen tres fases: 1.^a La aplicación de medidas de seguridad (deficientes mentales, alcohólicos, etc.) en todos los

(25) ANCEL, Marc. *La Defense sociale nouvelle*. París, 1954. Hay una traducción española de "La Ley". Buenos Aires, 1962. Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A., *La evolución del Derecho penal moderno*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES Madrid, 1955, t. X, p. 288, y CUELLO CALÓN, F., *La moderna penología*. Barcelona, 1958, p. 28. P. A. BERISTAIN, S. J., *Estructuración ideológica de la nueva defensa social*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1961, p. 409-432, y *Análisis crítico de la Nueva Defensa Social*, en Rev. Estudios penitenciarios núm. 157 (abril-junio), 1962, p. 5-22. BOUZAT, P., *Traité de Droit Pénal et de Criminologie*, París, 1963, I, p. 58 ss. Para Maturach "la nueva dirección, muy discutida en el presente (desde 1949), no ha conseguido hasta la fecha un perfil claro. El grupo dominante en esta dirección, si bien acoge en principio la relación entre culpabilidad y pena, quiere dar nueva vida a las funciones de la pena, aseguradoras de la sociedad, por individualización de la sanción punitiva (conforme a la personalidad del autor), y por acentuación de la idea de readaptación (Ancel). Un grupo más radical dentro de esta dirección delata una clara tendencia peligrosa a la teoría de Ferri de la *diffesa sociale*. MAURACH, R., *Tratado de Derecho penal*. Trad. y notas de J. CORDOBA RONDA. Barcelona, 1962, I, p. 62.

países de la Europa continental, 2.^a Adolf Prins publica *La defensa social y las transformaciones del Derecho penal*. Trata de la unificación del Derecho penal en lo que concierne a la defensa social. No suprime la pena ni el Derecho penal, ni admite totalmente el determinismo positivista. La Unión Internacional de Defensa Social es una base firme (26). 3.^a Filippo Gramatica, en 1945, inicia este movimiento y funda en 1949 la Sociedad Internacional de Defensa Social. Lanza una ofensiva contra el Derecho penal clásico que trata de sustituir por la Defensa Social. Sin embargo, Ancel, como antes hemos señalado (27), cree que esta postura es muy fuerte. Para él la reforma del Derecho penal debe limitarse a lo *estrictamente* necesario. El Derecho penal actualmente en vigor está basado en el Derecho penal clásico, y la Defensa Social pretende no destruir, sino *perfeccionar* el Derecho penal clásico (27^{bis}).

¿Cuál ha sido la influencia de la Defensa Social sobre los grandes sistemas jurídicos del mundo? Este grupo que ahora examinamos, con su sistema codificado y técnica jurídica de origen romano, alcanza su mayor importancia con el dogmatismo jurídico representado por Carmignani, Carrara y Binding. Este movimiento se manifiesta en dos escuelas y comprende un primer período neoclásico que se inicia con el Código español de 1848, y un segundo período comprendido entre las dos guerras mundiales con todos los proyectos y Códigos iberoamericanos. La América latina, después de 1920, ha seguido las tendencias neopositivistas, y el Código de Cuba se denominó de Defensa Social. En España, la Ley de Vagos y Maleantes de 1933 está influenciada por las modernas corrientes de política criminal del profesor Jiménez de Asúa y es sensible a la Defensa Social. Los Códigos conocen las penas y medidas de seguridad, dando así entrada a un dualismo o binarismo penal.

Existe un bloque continental de legislación penal y asistimos a una aproximación entre el Código francés y el alemán (28). Lo esen-

(26) PRINS, A., *La Defensa Social y las transformaciones del Derecho penal*. Versión española y prólogo sobre *La génesis de la Defensa Social* de FEDERICO CASTEJÓN Y MARTÍNEZ DE ARIZALA. Madrid, 1912.

(27) ANCEL, *La défense sociale nouvelle* cit.

(27 bis) Señala Rivacoba, de acuerdo con Antón Oneca, que "la nueva teoría de la defensa social, iniciada por Felipe Gramatica y brillantada después por Marc Ancel, en cuanto orientación resocializadora del Derecho penal, mediante una siempre creciente humanización del mismo, apoyada no sólo en un movimiento sentimental, sino preferentemente en un conocimiento científico del acto criminal y de la personalidad del delincuente, no puede negarse que tiene alguna coincidencia con la doctrina doradiana, así como en la común lucha contra la pena. Y se explica uno que se le haya recordado encomiásticamente como precursor." RIVACOBA, M., *El centenario del nacimiento de Dorado Montero*. Santa Fe, 1962, p. 70 s.

(28) Sobre la influencia del antiguo Derecho germánico en el Derecho francés y de éste en el Derecho alemán moderno, vid. NAVARRETE URIETA, J. M., *La omisión del deber de socorro. Exégesis y comentario del artículo 489 bis del Código penal*, en Rev. Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, vol. núm. 6, 1959, p. 421.

cial de este sistema es un equilibrio entre el neoclásico y las reivindicaciones del positivista y las de la Defensa Social. Equilibrio también entre la retribución de la pena y la pena medicinal.

Sin embargo, entre el positivismo y la Defensa Social existen grandes diferencias. El primero es determinista, reemplaza la responsabilidad por la peligrosidad, suprime la pena del Derecho penal clásico por las medidas de seguridad. La noción fundamental de la segunda, de la Defensa Social actual, es la responsabilidad, mantiene la pena, pero no necesariamente para todos, no es favorable a la generalización de las medidas de seguridad y se adapta al principio de legalidad.

La Nueva Defensa Social ha sido enjuiciada de distinta manera por los autores. En nuestra patria, Cuello Calón admite que respeta los derechos de la persona y que por su finalidad de resocialización del delincuente debe ser acogida con simpatía, pero que debe limitarse a determinados sujetos; para los no necesitados de tratamiento debe mantenerse el Derecho penal de fondo retributivo (28 bis). Distinta es la opinión de Quintano Ripollés, que hace una fuerte crítica de este movimiento que considera "romántico" y una nueva especie de "correccionalismo socializado" (29). La posición extremista de Gramatica, para nosotros, debe ser rechazada enérgicamente por su ataque directo al Derecho penal, pero la de Ancel, que limita la reforma del Derecho penal a lo estrictamente necesario, puede ser admitida ya que no rompe los postulados tradicionales del Derecho penal.

A pesar de los ataques recibidos, los códigos romanistas continúan con su fidelidad al legalismo. El juez no tiene, sin embargo, aquellas limitaciones de los antiguos códigos penales que consagraron el legalismo más absoluto al señalar penas fijas para cada infracción sin dejar margen al juez. El problema del arbitrio se plantea en cada época con signo distinto y hoy día, precisamente, hay más voces que claman por un mayor arbitrio judicial (30).

Hoy, mediante la aplicación de las circunstancias agravantes y atenuantes, se lleva a cabo, en cierto modo, una individualización que no hace peligrar el principio de legalidad. Claro está que varía, dentro de este sistema romanista, la aplicación de tales circunstancias. En España, Italia y Portugal las circunstancias agravantes y atenuantes, y las eximentes, se regulan por la ley. Sistema parecido se utiliza por los Códigos de Alemania, Suiza y Austria, que no predeterminan las circunstancias atenuantes. En general, éste es el sistema de los países romanistas (31). En el Código penal español, aun cuando las circuns-

(28 bis) CUELLO CALÓN, *La moderna penología* cit., p. 28.

(29) QUINTANO RIPOLLÉS, *La evolución del Derecho penal moderno* cit., p. 293 ss.

(30) NAVARRETE URIETA, J. M., *Alfonso de Castro y la Ley penal*, en *Rev. de la Escuela de Estudios penitenciarios*, XV, 1959, p. 1411. Vid. ANTOLISEI, F., *Manuale di diritto penale*, Milano, 1957, I, p. 3. Vid. mi trabajo *Algunas observaciones sobre el arbitrio de los jueces penales* en el libro homenaje al P. PEREDA.

(31) Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *Les droits romanistes* cit., p. 5. Sobre la

tancias atenuantes y agravantes están enumeradas en los artículos 9.º y 10.º, se permite la aplicación de atenuantes análogas a las enumeradas en el número décimo del mencionado artículo 9.º, a diferencia de las agravantes, que solamente pueden imponerse las taxativamente enumeradas en el artículo 10.º

La pena es considerada como retribución a pesar de los ataques que contra ella se dirigen por los preventivistas, sin que por esto deje de cumplir una función de prevención especial sobre el delincuente y sobre la colectividad. Postura ecléctica que asigna a la pena diversos fines (32).

El principio de legalidad, la responsabilidad moral basada en el libre arbitrio y la pena retributiva siguen constituyendo los tres pilares básicos en los que se asienta el Derecho penal de los países romanistas.

2. *Sistema del "Common law".*—Inglaterra presenta unas peculiaridades sociales, consecuencia de su separación del continente, que los tiempos modernos no han hecho cambiar mucho (*Le Continent isolé*). Por consiguiente, su Derecho debe ser igualmente peculiar y debe estudiarse con un punto de arranque especial.

A) Una de sus características históricas ha sido "el principio de continuidad". En efecto, en la mayor parte del continente ha habido una ruptura con el pasado jurídico, motivada por revoluciones, independencias o por la Codificación. En Inglaterra su historia jurídica ofrece una continuidad desde los inicios hasta llegar a la conquista normanda, que es el verdadero punto de partida. Señala Radbruch que muchos de los rasgos característicos del espíritu nacional inglés tienen su fundamento en el hecho de que en Inglaterra la Edad Media no se ha separado de la Edad Moderna por un profundo corte, sino que, por el contrario, se prolonga todavía en el presente (33).

La recepción del Derecho romano que se produjo en los comienzos de la Edad Moderna en los países de la Europa continental, motivada por la necesidad política de la unificación, no alcanzó a Inglaterra (34). El Derecho inglés no está romanizado y por ello se distingue de los sistemas jurídicos de base romanista.

Otra característica es que no ha habido Codificación y aunque los *Statutes* puedan considerarse en cierto modo como codificación parcial, en realidad no son más que condensación de lo que ya existía, y no una nueva ley. La ruptura que se produce en la Europa continental

individualización de la pena vid. CUELLO CALÓN, *La moderna penología* cit., p. 29 ss.

(32) Vid. CUELLO CALÓN, *La moderna penología* cit., p. 15 ss.

(33) RADBRUCH, G., *El espíritu del Derecho inglés*. Trad. de F. VELA. Madrid, 1958, p. 13. Sobre el origen de la *Common law*, vid. ANCEL, M., *La "Common law" d'Angleterre*. París, 1927, p. 31 ss. (Hay una edición, la segunda, de 1929, París.), y ARMINJON, NOLDE y WOLFF, *Traité de Droit Comparé* cit., II, p. 494. DAVID, *Les grands systèmes* cit., p. 20 y 369 ss.

(34) Con anterioridad, era frecuente que los juristas británicos visitaran Italia, enseñando a su vuelta el Derecho romano, pero Enrique III lo prohibe por considerar que podía "porter attente" a sus facultades reales.

a fines del siglo XVIII con el Derecho anterior no se produce en Inglaterra, que sigue ligada a la teoría del precedente. Stephen, en el siglo XIX, trata de hacer un Código penal, pero su proyecto sólo alcanzó importancia por la influencia que tuvo en los dominios y en el Código canadiense. Este proyecto de Código, sin embargo, no significa conversión a la Codificación, ya que es un Código de *Common law*. Bentham y John Howard tienen más influencia en el Derecho continental que en este sistema que tiene por característica su continuidad y rigidez a la vez que su flexibilidad que le permite a veces reaccionar con más rapidez que los sistemas continentales. Tendencias que serían luego reivindicadas por los sostenedores de la Defensa Social.

Consecuencia de esto es el principio del sistema de "*Judge made law*", en el cual el juez juega el papel principal, de manera que puede decirse que el Derecho inglés es de *predominantly judicial character*, y la actividad creadora de los Tribunales ingleses, cuyos informes y expedientes van hasta el siglo XIII, no tiene paralelo en los Tribunales continentales modernos, donde los jueces son meros intérpretes de la ley. En Westminster se empieza a crear la "*Common law*" gracias a una táctica que consiste en apoyarse en la costumbre inmemorial que no es otra cosa que el sentido de la justicia querido por el juez inglés (35). El instrumento de esa creación fueron los *writs* o actos de procedimiento (36). Como puede comprobarse, el Derecho inglés ha nacido en las resoluciones jurídicas, dándose el caso de que el Derecho sustantivo procede del que en el continente es adjetivo.

La influencia de los profesionales en la elaboración de este sistema es grande, teniendo en cuenta que la *common law* la han venido haciendo los jueces con sus decisiones y que son elegidos, al contrario que en el continente, entre los juristas más distinguidos. El funcionamiento del precedente es interesantísimo. Según la doctrina inglesa, las decisiones judiciales no solamente tienen una autoridad díganos "persuasiva", sino que son vinculantes en casos de la misma especie o tipo, y son vinculantes individualmente, no meramente como parte de una serie de decisiones judiciales (37).

En resumen, como características del Derecho inglés más importantes se pueden señalar las siguientes: 1.º) Predomina la idea de con-

(35) Se ha dicho que la *Common law* está formada por la costumbre local, pero en realidad lo que dicen los ingleses es que los jueces aplican, en los asuntos de *Common law*, la "*inmemorial custom*". Pero esto no quiere decir que aplicaran costumbres de un determinado lugar, sus decisiones se apoyaban incluso en la *factio* de que era lo querido por la "costumbre inmemorial", siendo así que no había tal costumbre práctica. Sobre la importancia de los jueces en el Derecho inglés, vid. RADBRUCH, *El espíritu del Derecho inglés* cit., p. 43 y 59. Vid. también BLEDEL, R., *Introducción al estudio del Derecho público anglosajón*. Buenos Aires, 1947, p. 27 ss. R. C. K. ENSOR, *Jueces y Tribunales en Inglaterra, Francia y Alemania*. Trad. E. GÓMEZ ORBANEJA, Madrid, 1935, p. 13 ss. BALCELLS, PÉREZ RALUY y VIDAL SOLÁ, *La Organización Judicial en Inglaterra*. Barcelona, 1960.

(36) Vid. HOOD PHILLIPS, O., *A first book of English Law*, p. 7.

(37) Otra característica la encontramos en las obras sobre Derecho inglés. En primer lugar, se aprecia su carácter práctico, que se manifiesta en la incor-

tinuidad; 2.º) No hay distinción entre Derecho público y Derecho privado; 3.º) La acción precede al Derecho (*action preceeds right*); 4.º) No se encuentra en las obras jurídicas una Teoría de la acción; 5.º) Es un derecho elaborado por los juristas de espíritu conservador; 6.º) Desconfianza de las generalizaciones y predisposición a lo concreto; 7.º) El pragmatismo; 8.º) Búsqueda de la seguridad por medio del precedente.

B) Por lo que al Derecho penal respecta, nos encontramos que aun cuando en el fondo las soluciones concretas que consagra son casi las mismas que las del Derecho continental —como se observa en las causas de justificación, participación, coautores, cómplices, así como en los delitos contra la propiedad, homicidios, lesiones, seguridad del Estado, etc.— se observa que no ha sufrido influencia de otras legislaciones penales modernas, desenvolviéndose libremente y con una técnica peculiar, terminología propia y categorías particulares que resaltan su profunda originalidad (38).

a) Señala Pound (39) que los problemas que se presentan en el Derecho penal son tres. El primero se refiere a la individualización de la pena, a su aplicación al delincuente y no al delito en abstracto, que fue recibida con fuerte resistencia, pero que hoy se reconoce por los sociólogos como fórmula justa. El segundo, a la superación de la idea retributiva, y el tercero, que trata de hacer del Derecho penal un medio eficaz para reprimir los actos antisociales y proteger a la sociedad. *El common law* ha considerado al delincuente en abstracto, es un hombre libre que ha elegido el mal y ha de soportar las consecuencias que de él se derivan. El Derecho penal puritano ha opuesto fuerte resistencia a las tres exigencias de la moderna ciencia penal.

Se ha tratado por algunos autores de definir el delito, pero resulta difícil, en este sistema, hacer la diferenciación entre delitos e infracciones civiles porque con frecuencia la diferencia reposa en el procedimiento legal que se siga, ya que el mismo hecho puede ser civil y

poración de las últimas sentencias de los Tribunales. Siempre llevan una *Table of cases*; es decir, una relación de casos que afectan a las materias de que trata la obra. También contienen una lista de *statutes*. La sistemática es distinta de la del sistema continental. Se estudia más bien la relación jurídica de ambas partes que el derecho subjetivo. Por último, hemos de señalar que en su lectura hay que prevenirse contra el peligro de las traducciones literarias, y así ocurre que *Civil law* no significa Derecho civil, sino Derecho romano; que *Jurisprudence* no es Jurisprudencia, sino la Teoría General del Derecho; *Doctrine* son las decisiones judiciales, etc. Vid. La advertencia de ROSCOE POUND, *El espíritu del "Common law"*, p. 11 ss. Vid. GARCÍA-Pelayo, M., *Derecho constitucional comparado*. Tercera edición, Madrid, 1953, p. 286. COTTU, M., *De la Administración de la justicia criminal de Inglaterra y espíritu del sistema gubernativo inglés*. 2.ª ed. Trad. de José M.ª BLANCO, p. 129 ss.

(38) GARÇON, *Prólogo* cit., p. X s. Vid. VON LISZL, F., *Legislación penal comparada* cit. p. 810 ss. Sobre el desenvolvimiento del Derecho penal inglés, vid. ROSCOE POUND, *Criminal Justice in America*, Cambridge, Massachusetts, 1945, p. 83 ss.

(39) POUND, *El espíritu del Common law* cit., p. 62 ss.

delictuoso simultáneamente. Dificultad que estaba acentuada cuando los Tribunales civiles podían juzgar los “*Appels de félonie*” (40).

b) Es típico del sistema inglés la clasificación de los delitos en *treason*, *felony* y *misdemeanors* (41) con un criterio de simplificación que le aleja del romanismo. Estos tres grupos se denominan *indictables* y son juzgados por el jurado, a diferencia de las pequeñas infracciones que lo son por los jueces de paz sin intervención del jurado. Se considera *treason* todo ataque a la seguridad del Estado o de la reina. Las otras *felonies* (porque en realidad la *felonie* comprende la *trahison*) comprenden los delitos graves: asesinato, homicidio, *burglary*, *house-breaking*, bigamia, violación, *embezzlement*, falsificación, etc. Los delitos menos graves que hoy se denominan *misdemeanors* fueron conocidos en un principio bajo el título de *transgressions* o de *trespasses* y comprende la *conspiracy*, fraude, estafa, etc. Estas denominaciones propias de la *common law* no corresponden exactamente a la distinción de crímenes y delitos de la legislación francesa, ni tampoco a la alemana, que distingue delitos y contravenciones, ni a la española, que los clasifica en delitos y faltas.

Es difícil definir correctamente *felony* y *misdemeanor*, así como señalar su diferencias, debido a que actos de igual gravedad son colocados bajo una u otra rúbrica. Los autores coinciden al decir que esta distinción está llamada a desaparecer o, en el mejor de los casos, exige una revisión. Para unos, el mejor medio de distinción sería enumerar todas las infracciones especificando en qué clase es colocada cada una de ellas. Las *felonies* son siempre infracciones de carácter grave (42). Otros autores consideran que responde a exigencias de procedimiento, no siempre a una gravedad objetiva cuantitativa (43).

En realidad, el problema que examinamos al buscar la diferencia entre estos dos tipos tiene su origen en el carácter tradicional que

(40) KENNY, C. S., *Esquisse du Droit Criminel Anglais* cit., p. 23. BLACKSTONE define el delito como “la violación de derechos y de deberes públicos, respecto a la sociedad considerada como tal”, y STEPHEN: “Un delito es la violación de un derecho considerado en relación a la tendencia mala que esta violación indica con respecto a la sociedad en general.” Según ellos, las infracciones de leyes son delitos cuando causan perjuicio a la sociedad. Citados por KENNY en *Esquisse* cit., p. 4 ss. JENKS, Edward, *El Derecho inglés*. Trad. J. PANIAGUA, Madrid, 1930, p. 213. Vid. GILES, F. T., *El Derecho penal inglés y su procedimiento*. Trad. E. JARDI, Barcelona, 1957, p. 81.

(41) Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *Les droits romanistes* cit., núm. 127, p. 6. RUBINSTEIN, Ronald, *Iniciación al Derecho inglés*. Trad. E. JARDI, Barcelona, 1956, p. 326. KENNY, *Esquisse du Droit Criminel* cit., p. 49, nota 1 y p. 116 ss. VON LISZT, *Legislación penal comparada* cit., p. 809. JENKS, *El Derecho inglés* cit., p. 225.

(42) Por ello, cuando una persona presencia un hecho de esta categoría tiene no sólo derecho, sino deber de hacer todo lo posible para detener al autor, mientras que en el supuesto de *misdemeanor*, la *Common law* no lo autoriza sin haber obtenido previamente un mandato *ad hoc* librado por el juez. KENNY, *Esquisse* cit., p. 49 y 122: Los *Status* sólo lo permiten en determinados casos.

(43) QUINTANO RIPOLLÉS, *Les droits romanistes* cit., p. 6: “Así, por ejemplo, el hurto es siempre una *Felony*, a pesar de que la pena señalada no pasa en

tiene el sistema de *common law*. Los cambios en las costumbres e ideas de la sociedad nos presentan hoy como *misdemeanors* delitos de indudable gravedad. Supone un anacronismo que un delincuente pueda ser juzgado en ciertos casos por *felonie* ante un juez de paz y que por *misdemeanor* pueda ser acusado ante la Cámara de los Lores. Tampoco depende esta clasificación del perjuicio causado, ni de la gravedad de la pena, sino de razones históricas que se remontan a los tiempos antiguos (44).

El casuismo de las normas penales en este sistema parece que tiene relación con el sistema legalista de tipo romanista. Los proyectos de codificación ingleses no le han dado demasiada importancia a la clasificación *felony misdemeanor*. El primer proyecto no tenía en cuenta esta distinción, y el último, de 1880, si bien la respetaba, no le daba demasiada importancia. Pero es difícil la codificación porque el sistema inglés no permite una sistematización por la gran variedad de tipos (45).

c) La ausencia de Códigos en el Derecho inglés, así como la falta de una norma expresa, nos sitúan ante el problema del principio de legalidad, las penas y el arbitrio judicial en este sistema. Su técnica legislativa y la práctica judicial ya hemos visto que se diferencian de la de los sistemas romanistas. Con frecuencia la ley se limita a decir que un hecho constituye *felony* o *misdemeanor* y son los jueces, en quienes se deposita una enorme confianza, quienes han de decidir con una discrecionalidad grande cuándo no existe el precedente. Esta confianza en el juez ha llevado a algunos autores a negar al sistema penal inglés su pertenencia al principio de legalidad, si bien, a juicio de otros, esta libertad de incriminación de los jueces es más aparente que efectiva y en la práctica el *case system* es más estricto que el sistema romanista (46), opinión en la que se basa Ancel para asegurar que este sistema se mantiene en la línea del principio de legalidad sin seguir el sistema clásico adoptado por el sistema romanista (47).

ciertos casos el máximo de cinco años de prisión. mientras que el incesto, simple *misdemeanor*, puede tener una duración de hasta siete años.

(44) Vid. KENNY, *Esquisse* cit., p. 125: "El robo que es *felony* y la embriaguez que es *misdemeanor* están castigados con la misma pena." RUBINSTEIN, *Iniciación al Derecho inglés* cit., p. 326.

(45) Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *Les droits romanistes* cit., p. 6. "Por ejemplo, en las Tablas de Archbold se encuentran especies de incendio criminal, 17 de golpes y heridas y 24 de faltas de documentos." KENNY, *Esquisse* citada, p. 128.

(46) QUINTANO RIPOLLÉS, *Les droits romanistes* cit., p. 7: "El gran criminalista inglés STEPHEN ha podido decir a este propósito que el juez francés —y por la misma razón el juez de no importa qué país romanista— goza de más poder que el inglés en la determinación de infracciones... Cada elemento de la infracción en Inglaterra que motiva una decisión deviene obligatoriamente para todos los jueces en lo sucesivo y limita, por consiguiente, sin poder de discusión, hasta en los más ínfimos detalles." Vid. RADBRUCH, *El espíritu del Derecho inglés*, cit. p. 60.

(47) ANCEL, M. cit. por QUINTANO RIPOLLÉS en *Les droits romanistes* citada, p. 7.

Los jueces tienen gran poder ya que se considera indispensable un sistema judicial fuerte e imparcial hasta el punto de no necesitar las circunstancias atenuantes porque el juez puede dosificar la pena a su criterio. Thompson entiende por legalidad aquella situación en la que todos los órganos del Estado están ligados con conformidad con un control formal a las reglas de Derecho, bajo un nivel mínimo de respeto para los derechos del hombre. Se requiere la existencia de ciertas instituciones judiciales que varían según el régimen político. Lo fundamental es la independencia del juez y si existe están dadas las condiciones para que exista un régimen de legalidad (48). El régimen inglés descansa en la confianza y pericia del juez, que simboliza no la arbitrariedad, sino la seguridad, por eso se consideran más arbitrarios los Códigos clásicos con los que el juez no puede imponer la pena en su justa medida (49), si bien dentro de ciertos límites para evitar el posible peligro. La *Criminal Justice Act 1948* suprimió, en materia de penología, las penas de azotes, trabajos forzados y cadena perpetua e introdujo medidas correccionales para los delincuentes sensibles a determinados tratamientos. Reforma que según la doctrina había de intentarse con la esperanza de prevenir la repetición de una infracción que se considera por algunos como único objeto legítimo de la pena y que llevó a Whately a decir que "todo pronunciamiento de una pena es un ejemplo de su fallo" y que aún se exageró por Whichcote al decir que "la ejecución de malhechores no es más al honor de los legisladores que la muerte de los enfermos al honor de los médicos" (50). Esta posición tiene puntos de contacto con las nociones de Defensa Social, si bien no son admitidas con facilidad por la doctrina penal inglesa refractaria a la denominación de defensa social, política criminal y medidas de seguridad que, nacidas en el sistema romanista, no se integran con facilidad en el sistema de *common law*. Pero el resque- mor se limita a la terminología y no a los conceptos. Las "predisposiciones" naturales del sistema de *common law* —reglas de actuación y poder del juez, medidas extrapenales de protección o asistencia, preocupación por la reforma y eficacia en materia penitenciaria y de reeducación que se ha desarrollado en la segunda mitad del siglo XIX, a partir de John Howard y Bentham— son evidentes y resaltan que el sistema inglés es un medio preparado a ella pero refractario a la

(48) Considera el profesor de la Universidad de Manchester que es característico de este sistema la manera de nombrar y revocar jueces, pero trasladado a otro país no funciona. El juez inglés puede ser revocado por el Parlamento, pero no puede serlo por la Administración. Vid. GILLES, *El Derecho penal inglés* cit., p. 8.

(49) Vid. RUBINSTEIN, *Iniciación al Derecho inglés* cit. p. 12. JENKS, *El Derecho inglés* cit., p. 213 ss. RODRÍGUEZ DRANGUET, A., *Defensa Social*, p. 57 siguientes.

(50) Citados por KENNY, *Droit criminel anglais* cit., p. 38. Vid. también RUBINSTEIN, *Iniciación al Derecho inglés* cit., p. 332.

(51) ANCEL, M., *La notion de défense sociale en droit positif comparé*, en número 334, p. 2, de la *Faculté internationale pour l'enseignement du droit comparé*.

terminología y teorías por su procedencia continental. Se podría concluir que la política tiene más influencia allí donde no se la define ni se hacen teorías (51). Una vez más, el Derecho comparado es lección de modestia. La realidad se debe buscar bajo las apariencias y la terminología. Con distinta denominación, las instituciones tienen el mismo sentido, así las medidas de seguridad en el Derecho continental se recogen en el *common law* con diferentes nombres. Es evidente que los sistemas romanistas se preocupan principalmente de las definiciones generales y de las soluciones abstractas al revés del método del *common law* que en definitiva son quienes la aplican más ampliamente. En realidad, la Defensa Social está más desarrollada en el *common law*.

3. *Sistema de los países socialistas democracias populares.*—Lo primero que nos interesa aclarar es qué se entiende por democracia popular. Según la ideología comunista, es una forma especial de la dictadura del proletariado, realizada en condiciones particulares, que trata de asegurar, con ayuda de la U. R. S. S., el tránsito al socialismo (52). La transición del capitalismo al socialismo requiere varios períodos con distinto método y contenido, según las distintas épocas y características de cada país (53). El tránsito a la sociedad socialista es, a su vez, etapa intermedia para llegar al comunismo. Hay que observar que la transición se da con ayuda de la U. R. S. S. y por ello el modelo soviético se toma como camino a seguir.

A) La primera característica del Derecho socialista es su carácter revolucionario, puesto que establece la dictadura del proletariado. El Derecho y el Estado coinciden. Es evidente que este sistema configura una nueva forma de vida. Es un fenómeno social de la nueva época. Los objetivos del socialismo son el pueblo: que éste contribuya a la experiencia de sí mismo.

Otra característica de los países socialistas es el ritmo acelerado de la legislación. Los principios fundamentales de todos los países socialistas son parecidos. La distinción entre Derecho público y Derecho privado no existe. Su idea fundamental es que el Derecho es una reglamentación con distinción de sistemas dentro de la doctrina socialista (54).

(52) LUCAS VERDÚ, P., *Curso sobre las democracias populares* en el seminario de Derecho político de la Universidad de Santiago. 1962.

René DAVID, en la segunda parte de su obra (*Les grands systèmes* citado, p. 153-308), bajo el epígrafe general "Los Derechos socialistas", dedica el capítulo primero al "Derecho soviético" y el segundo a "Los Derechos de las democracias populares".

Vid. SERRANO VILLAFANE, E., *Concepción comunista del Derecho*, en *Revista Est. pent.*, 1961, p. 3006-3015 y 3150-3155. Especialmente interesantes son los trabajos de P. I. STUCKA, E. B. PASUKANIS, A. J. VYSINSKIJ y M. S. STROGAVIC en *Teorie sovietiche del diritto* a cura di UMBERTO CERRONI, Milano, 1964.

(53) BLAGOJEVIC, B. T., *Cours des droits socialistes*. Universidad de Trieste (julio-agosto, 1963). Hago la cita por las notas tomadas personalmente en dicho curso.

(54) BLAGOJEVIC, B. T. y KNAPP, M. V., *Cours de Droit socialistes* citado. Vid. también de KNAPP, *L'introduction au droit Tchécoslovaque*, en número 161 "Faculté Internationale pour l'enseignement du droit comparé", Stras-

El sistema de los países socialistas presenta en materia penal, al compararlo con otros sistemas, una influencia política mucho más fuerte. El vaivén de la política soviética repercute de manera directa en la legislación penal desde la implantación del régimen político que comienza a partir de la revolución rusa de 7 de noviembre de 1917. El Derecho socialista soviético tiene, pues, en esta materia, rasgos originales que lo pone aparte de los otros sistemas, por ejemplo, de los romanistas (55).

B) Para conocer el desarrollo del Derecho penal soviético hemos de distinguir tres períodos, adaptando nuestro trabajo a las fases que estudia Bellón (56).

a) El primer período abarca desde 1917 hasta 1926, fecha en que se inicia el período de industrialización. Con anterioridad, la antigua Rusia pertenecía al sistema romanista, si bien tenía rasgos autóctonos (57), pero la Revolución de Octubre rompe con la tradición romana occidental. En este período, llamado del comunismo de guerra, se aspira a la conquista del poder por el proletariado y a la destrucción del Estado capitalista. La revolución ha creado un nuevo régimen. El Derecho núm. 1 del Estado socialista es el derecho a la paz; durante la revolución se termina el Estado capitalista y se transfiere el poder al pueblo. El Derecho socialista está desarrollando la dictadura del proletariado. Una sola clase denominante: el pueblo entero (58). Este período tiene repercusión en el Derecho penal y surgen los primeros decretos de carácter penal con base en "la conciencia socialista del Derecho y con Tribunales de justicia inspirados en la lucha de clase cuyo fin es, como señala Krylenko, la defensa de los intereses de la clase trabajadora. Los Tribunales son un medio formal para la defensa y protección de los derechos de clase de esos traba-

bourg, 1962, y de BLAGOJEVIC. *Introduction au droit yougoslave*, Strasbourg, 1962, p. 2. Sobre los fundamentos ideológicos de la revolución rusa. vid. RUIZ FUNES, M., *El Derecho penal de los soviets*, Buenos Aires, 1929, p. 11 ss. NAPOLITANO, T., *Il nuovo Codice penale sovietico. I principii e le innovazioni*, Milano, 1963, p. 3 ss. DAVID, *Les grands systèmes* cit., p. 22 s., 147 ss.

(55) QUINTANO RIPOLLÉS, *Les droits romanistes* cit., núm. 127, p. 7. MIDENDORFF, W., *Sociología del delito*. Trad. José M. RODRÍGUEZ DEVESA, Madrid, 1961, p. 37.

(56) BELLÓN, J., *Droit Pénal Soviétique Pénal Occidental*, Paris, 1961. Del mismo autor *Le Droit Soviétique*, en "Que sais-je?" *Le point des connaissances actuelles*, núm. 1.052, Paris, 1963, p. 82 ss. Vid. también René DAVID et John HAZARD, *Le Droit Soviétique*, Paris, 1954, II, p. 101 ss., y ANCEL M., *La Réforme Pénale Soviétique. Conde Pénal, Conde de Procédure Pénale et Loi d'Organisation Judiciaire de la R. S. P. S. R. du 27 octobre 1960*, Paris, 1962.

(57) Sobre los antecedentes históricos de la legislación penal de la Rusia imperial vid. en *Legislación penal comparada*, de VON LISZT, el trabajo de FOJNITZKI. Trad. española de POSADA, Madrid, 1896. T. I: *El Derecho criminal de los Estados europeos*, p. 656 ss. RUIZ FUNES, *El Derecho penal de los soviets* cit., p. 21 ss. BLAS ZULETA, L., *Notas sobre Derecho penal soviético*, en "Boletín de información del Ministerio de Justicia", Madrid, 1963, núm. 596, p. 5. ANCEL, *La Réforme Pénale Soviétique* cit., p. IX ss.

(58) KRUTOGOLOV, A., *Cours de droit socialistes, Trieste* (julio-agosto, 1963)-

jadores. A consecuencia de todo esto se origina, en los primeros tiempos comunistas, un verdadero caos legislativo (59).

En 1919 se publican los "Principios directores de Derecho Penal". En 26 artículos se contienen las nociones esenciales de lo que podría ser parte general de un Código penal. Se considera el delito como acción u omisión peligrosa para el orden social y que obliga al Estado a entrar en lucha contra los autores del acto. "El Derecho penal contiene las reglas de derecho que defienden el sistema de relaciones sociales que interesan a la clase dominante contra las lesiones, calificadas de delitos por la aplicación de una pena". "El Derecho penal de los soviets tiene como fin proteger, por medio de la represión, el régimen social que representa los intereses de la masa trabajadora, constituida en clase dominante, en el período de la dictadura del proletariado, que realiza la transición del capitalismo al comunismo (60). Se aborda también el estudio de las circunstancias agravantes e incluye en ellas la brutalidad; las atenuantes, con especial estudio de los delincuentes menores, pero con capacidad de derecho penal, a quienes se aplica una pena atenuada, que puede ser sustituida por procedimientos médico-pedagógicos, buscando así con la educación del menor su adaptación a la sociedad, y se aplican medidas de seguridad a los delincuentes que no pueden comprender el alcance de sus actos. Especial interés tiene el estudio de la pena como defensa de la clase dominante contra los que atenten contra el orden establecido, pero se descarta el principio de retribución que se sustituye por el de adaptación del delincuente al medio, con el aislamiento e incluso su muerte si esta adaptación no es posible (61). Es interesante también observar que los delitos en particular, es decir, los que se entienden por parte especial en los Códigos, no son tratados en estos Principios. Como hace notar

(59) RUIZ FUNES, *El Derecho penal de los soviets* cit., p. 41. Vid. en p. 40. en relación con este tema, algunas ideas del discurso de KRYLENKO, pronunciado el 23 de octubre de 1922 ante el Comité Ejecutivo Central panruso. Vid. también CUELLO CALÓN, E., *La reforma de la legislación penal de la Unión Soviética*, en "Anuario de Derecho penal", 1960, p. 9 s. Vid. sobre la posición de N. V. KRYLENKO, el trabajo de STROGOVIC, *Sulla impostazione di alcuni problemi del diritto nelle opere di P. I. Stucka, N. V. Krylenko, E. B. Pasukanis*, en "Teorie sovietiche del diritto", cit., p. 299-320, especialmente p. 310 ss.

(60) Vid. RUIZ FUNES, *El Derecho penal de los soviets* cit., p. 42. CUELLO CALÓN, E., *El Derecho penal de la Rusia actual*, en "Rev. General de Legislación y Jurisprudencia", Madrid, 1922, t. 141, p. 37. DEKKERS, R., *Introduction au droit de l'Union soviétique et des Républiques populaires*, Bruxelles, 1963, p. 61 s.

(61) FREUND, *L'Evolution du droit penal des soviets*, en "Revue Internationale de Droit Penal", 1925, p. 40-72, cit. por RUIZ FUNES en *Derecho penal* citado, p. 43: "No se propone otro fin que la protección social. Declaran los Principios que debe ser humana y evitar a los condenados sufrimientos inútiles". CUELLO CALÓN, *La reforma de la legislación penal de la Unión Soviética* citado, p. 10. En su anterior trabajo, *El Derecho penal en la Rusia actual* cit., p. 37, señala CUELLO que "estos preceptos están calcados de la modernísima defensa social que inspira más o menos los proyectos y anteproyectos más recientes (alemán, suizo, sueco, italiano)". DEKKERS, *Introduction au droit de l'Union Soviétique* cit., p. 62.

Freund, la parte especial se juzga inútil, ya que el juez no tiene necesidad de reglas precisas para apreciar el carácter culpable de un acto hasta determinar los motivos que han llevado al delincuente a cometer el hecho criminal. Si estos motivos son para atentar al nuevo sistema político tiene una gravedad mucho mayor que si responden a condiciones particulares (62).

Los "Principios" no eran suficientes para contener el caos reinante. Por otro lado, los jueces sin preparación jurídica suficiente —en algunos casos nula—, sin límites ni reglas para aplicar las penas, y todo ello teñido por un fuerte color político, dio lugar a un aumento impresionante de la criminalidad que se desenvolvía en un caldo de cultivo óptimo.

La terminación de la guerra civil y la iniciación del desarrollo económico obligan a los dirigentes soviéticos a organizar, con bases más firmes, el nuevo Estado. Nacen así diversas leyes, entre ellas el primer Código penal soviético de 1922, dividido en dos libros, el primero dedicado a la parte general y el segundo a la especial, con un total de 227 artículos frente a 247 que tenía el proyecto. Tiene como fin la defensa de los trabajadores contra todo delito peligroso socialmente, y, como medios de defensa, las penas y otras medidas de defensa social. En su artículo 6.º se considera al delito como la acción u omisión socialmente peligrosa, en el artículo 7.º se trata del estado peligroso y en el artículo 24 se dice que para la determinación de la medida penal ha de conocerse la personalidad del delincuente, motivos que le han llevado a delinquir, así como el peligro existente en él y en la acción realizada. Como medidas de defensa social —denominación que sustituye a la de medidas de seguridad— se determinan el tratamiento médico obligatorio, el internamiento en institutos especiales para deficientes morales o mentales, etc. Se enumeran las circunstancias de justificación y modificativas. La pena tiene en este Código distintos fines, entre los que destacan la prevención general y la prevención especial, buscando así la adaptación social del delincuente. Es interesante destacar el artículo 10, que permite al juez aplicar la analogía cuando falten normas concretas para aplicar la pena a un delito, en cuyo caso se aplican las que se imponen a delitos análogos. Esto supone una reacción contra el principio de legalidad, que, como se hace notar por los autores, fue implantado por una revolución y ahora es destruido por otra. Por tanto, se considera como fuente del Derecho penal la analogía y también la conciencia socialista del juez.

En lo referente a su parte especial, al estudiar los delitos en particular se observa la exclusión de las contravenciones, sólo trata de los delitos, y la inclusión de los delitos militares en un Código común. Como novedades, se pueden citar figuras especiales de lesiones, el trabajo antihigiénico, los delitos contra la economía, etc.

(62) FREUND, *L'evolution du droit penal des soviets*, p. 44 ss., cit. por RUIZ FUENTES en *Derecho penal* cit., p. 42 s.

El Código de 1922, por haber roto con los moldes tradicionales, fue criticado de distinta manera por los autores. La mayoría coinciden en afirmar que responde a circunstancias históricas que motivan su carácter político al que no puede sustraerse, pero a pesar de todo puso fin al período anterior de absoluta confusión penal. Las posturas extremas se mantienen por la *Rivista penale*, que en un artículo anónimo hace una fuerte crítica (63), y por la Escuela positiva, que le dedica grandes elogios. En realidad, como dice Jiménez de Asúa, "A un pueblo que se debate en hondas convulsiones interiores, que ha tenido que luchar contra la enemiga de las grandes e incomprensivas potencias europeas y que trata de construir un nuevo sistema de organización social, no puede exigírsele todavía demasiada finura en su reciente técnica jurídica."

El Código fue adoptado con ligeras variantes por otras Repúblicas de la Unión, pero pronto fue necesario completarlo con otras disposiciones y adaptarlo a la nueva política económica. A consecuencia de todo ello, en 1924 se dan "Los principios fundamentales de la legislación penal de la Unión Soviética", en los que se marcan las líneas que han de ser guía de los Códigos de cada República, conservando autonomía en todo lo demás. Merece especial consideración la terminología empleada, "peligrosidad", "medida de defensa social", en sustitución de "culpa" y "pena"; el abandono de la pena retributiva, renuncia al dualismo de las sanciones, consideración de la personalidad del delincuente y creación de establecimientos de defensa social. Sobre las bases de estos principios fue redactado el Código penal de 1926 (64).

(63) *Volomen* 97, 1923, p. 390: "una confusión de disposiciones inorgánicas e incoherentes, como sólo pueden salir del cerebro de gente criminal y desequilibrada, que son indignas de tomarse en consideración por los cultivadores de la ciencia", cit. por RUIZ FÚNES en *Derecho penal de los soviets* cit., p. 80 s. En el cap. IX hace este autor un detallado estudio de las críticas de Florián, Santoro, von Harten, Zaitzeff, Jiménez de Asúa y Freund. Vid. también su crítica en el cap. XII.

(64) CUELLO CALÓN, *La reforma de la legislación penal de la Unión soviética* cit., p. 10. RUIZ FUENTES, *El Derecho penal de los soviets* cit. p. 91 ss. DEKKERS. *Introduction au droit de l'Union Soviétique* cit., p. 67. JIMÉNEZ DE ASÚA. I., *Las tendencias actuales del Derecho y de las legislaciones*, en "Acto académico en honor del profesor Luis Jiménez de Asúa", Santa Fe, 1959, p. 41: "El Código ruso de 1926 no es más que el de una de las repúblicas rusas, el de la República Federal Socialista Soviética Rusa, la Gran Rusia... está inspirado principalmente en el positivismo italiano".

Acertadamente recuerda MATRACII (*Tratado* cit., I, p. 61 s.) que "el Código penal soviético de 1926, partiendo de estos pensamientos, intentó, desde su punto de vista, suplantarse la culpabilidad (*vinâ*) por la peligrosidad social del autor (*obschestvennaja opasnost'*). El derecho consuetudinario se mostró, sin embargo, más fuerte que la voluntad impuesta por el legislador; teoría y práctica en la Unión Soviética han vuelto de nuevo, desde hace tiempo, al derecho penal de la culpabilidad". Añade el autor citado que lo mismo cabe decir del sistema de "medidas de protección social" (*mery social'noi zascity*) del Código penal soviético (medidas de corrección judicial, médicas y pedagógicas). "El derecho soviético ha vuelto desde hace tiempo al concepto de pena (*nakazanie*)".

b) El segundo período comprende desde 1926 a 1953. En su primera fase se promulga el Código de 1926, que comienza a regir el 1.º de enero de 1927, y que decididamente adopta la terminología positivista con fuerte influencia política. La criminalidad es el resultado o producto de la lucha de clases, y el criminal es, por definición de este sistema, un producto de las sociedades capitalistas. Si desaparece esta distinción, desaparece la criminalidad. El Derecho penal es mantenido a título provisional y tal como hemos visto en los Principios, base de este Código, se emplean los términos “medida” y “peligrosidad social”, y se califica la pena de muerte como medida suprema de defensa social. En su parte general se estima que los hechos sin peligro no son objeto de medida, solamente a los peligrosos se les aplicarán para su readaptación o curación (arts. 6, 7 y 9). Con estas medidas no se trata de imponer una pena ni sufrimiento al delincuente, porque no tiene carácter retributivo. Se aplican a los delincuentes dolosos y a los culposos. Su matiz fuertemente político se ve con claridad cuando considera circunstancias de mayor peligro, para la imposición del máximo de pena, cometer el delito con el fin de intaurar en el poder a la burguesía, la relación del delincuente con el capitalismo y cuando resulta daño para el Estado, y entre las atenuantes, ser el delincuente obrero o aldeano. Algunas de ellas suprimidas por la ley de 25 de febrero de 1926. El sistema de aplicación de estas medidas es desconocido en los países romanistas e ingleses porque se señala un límite mínimo cuando las infracciones se dirigen contra el Estado, a diferencia de las cometidas contra los particulares que no contienen más que un máximo de gravedad al estilo inglés, aunque, como dice Quintano, en Inglaterra, naturalmente, este límite es constante. Todo ello resalta la desigualdad de tratamiento según se trate de delito contra los intereses públicos o se trate de infracciones de Derecho común. El delito político en los países socialistas está severamente castigado, pero hemos de reconocer que también en los países romanistas se ha endurecido el castigo contra este tipo de delincuencia, desde la última guerra (65). La ruptura con el principio de legalidad se mantiene en su famoso artículo 16, que admite expresamente la analogía, y también en la técnica de redacción de las definiciones de los delitos, que por su demasiada amplitud y falta de concreción puede dar entrada a la arbitrariedad, sobre todo cuando se trata de delitos contra el régimen político o económico (66).

(65) RUIZ FUNES, *El Derecho penal de los soviets* cit., p. 95 ss. QUINTANO RIPOLLÉS, *Les droits* cit., núm. 127, p. 10 s.

(66) QUINTANO RIPOLLÉS, *Les droits romanistes* cit. núm. 127, p. 7 s.: “Se cita a veces en calidad de ejemplo contrario a tan alta significación del dogma legalista el caso de Dinamarca, país fuera de la menor sospecha de totalitarismo, cuyo Código penal de 1930 admite, sin embargo, la analogía... Apenas si vale la pena subrayar que ese precepto no tiene nada que ver con la analogía de los sistemas soviéticos o nazis, tratándose solamente de una regla de interpretación, *analogia legis*, absolutamente normal en la función judicial, incluso en los sistemas romanistas de legalidad más estricta”. Vid. DAVID y HAZARD, *Le Droit Soviétique* cit., II, p. 124.

Esta característica del Derecho soviético de aplicación de la analogía prescribe el principio clásico "nullum crimen, nulla poena sine lege", pilar del sistema romanista y axioma necesario para la garantía del individuo, que es sustituido por la interpretación de la ley según la regla de "conformidad al fin revolucionario". De esto resulta que si en un caso dado la aplicación de la ley no sirve al fin revolucionario, el juez podrá abstenerse de aplicarla.

El Código de 1926 cae precisamente en lo que tanto criticó a los Códigos burgueses: las injusticias de clases (67).

Diversas y numerosas disposiciones se han dado, después de su vigencia, motivadas por distintas razones, entre las que tienen especial importancia las políticas y económicas, sin olvidar las necesarias para luchar contra el aumento de la criminalidad (68). Bajo Stalin continúa vigente este Código y disposiciones posteriores, con ligeras variantes motivadas por la constitución de 1936, llamada "staliniana".

c) Desde 1954, con la muerte de Stalin, se inicia el tercer período. Con gran sorpresa de los penalistas occidentales, Rusia viene a un neoclasicismo. Se restaura el principio de legalidad y pena retributiva basada en la responsabilidad moral.

Este cambio se inicia con la polémica entablada entre los juristas partidarios del sistema entonces vigente y los que se inspiran en el principio de legalidad, que piden insistentemente que el artículo 16, relativo a la analogía, y el artículo 7.º, que aplicaba medidas de defensa social a personas consideradas peligrosas por sostener relaciones con ambientes criminales, sean radiados. Se insiste en reforzar el sistema vigente realizando un análisis de los delitos existentes y penas aplicables. Las peticiones más importantes son la vuelta a la pena y abandono de la defensa social, la sustitución de peligrosidad por culpabi-

(67) RUIZ FUNES, *El Derecho penal de los soviets* cit., p. 103 s.: "Lo que sí podemos afirmar es que las injusticias de clase que algunos penalistas apuntaron en los Códigos burgueses como síntoma evidente de la incomprensión por el Estado de la función social del Derecho penal, no aparecen, precisamente, corregidas en el Código soviético. Donde pensábamos hallar un Código penal nuevo hemos encontrado simplemente un cuerpo de leyes fundado en un eclecticismo doctrinal y en una justicia de clase, mecánica e irreflexiva, que ahonda en nuestro espíritu la huella del pesimismo que dejara la eterna desarmonía de los principios de la realidad". JIMÉNEZ DE ASUA, a pesar de las alabanzas que dedica al Código de 1926, reconoce la protección que se dispensa a las clases dominantes en el Soviet. Vid. Prólogo, *El Nuevo Código penal de la Rusia Soviética*, precedido de un estudio preliminar de M. Grodinsky. Trad. directa de los manuscritos alemanes de Luis Jiménez de Asúa y José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid, 1917, p. 16. Vid. también QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Compendio de Derecho penal*, Madrid, 1958, I, p. 120. MIDDENDORFF, *Sociología* cit., p. 38.

(68) Vid. CUELLO CALÓN, *La reforma de la legislación penal de la Unión Soviética* cit., p. 10 s. Durante este período nos encontramos el Proyecto de Código penal de 1930, sin parte especial y sin dosimetría, y el de 1938, que consagraba el retorno del Derecho penal soviético al principio de legalidad. Vid. BELLON, *Droit Pénal Soviétique* cit., p. 95 ss. SOLER, S., *El proyecto Krylenko de Código penal*, Madrid, 1933. ANCEL, *La Réforme Pénale Soviétique* cit., p. XV.

lidad, el establecimiento del principio *nullum crimen nulla poena sine lege* y la supresión de la analogía.

Todo ello conduce a que el 25 de diciembre de 1958 el Soviet Supremo apruebe los Nuevos Fundamentos, para todas las Repúblicas federadas. En 1960 se da un nuevo Código que reemplaza al de 1926. Supone esto un retorno a la pena castigo e idea de retribución. El sistema, no obstante, acusa una cierta sensibilidad y supone una humanización de la legislación penal.

Las leyes que dicta el Soviet Supremo de la Unión, solamente contiene principios generales, dejando el detalle a los Soviets Supremos de las Repúblicas. Así, por ejemplo, llevar un arma blanca puede ser delictivo en unas Repúblicas y en otras no, como Armenia, donde es costumbre llevarlas. La calumnia a la mujer, en Uzbekistán, puede castigarse con la muerte, dada su trascendencia y consecuencias en un pueblo musulmán. Cada República federada tiene su Código, pero todas están sometidas a estos Principios Fundamentales. El nuevo Código de la República rusa, con importantes variaciones de penas y principios de culpabilidad, presenta la novedad de suprimir la analogía que en los primeros tiempos se intentó disfrazar de interpretación analógica o extensiva y que en los últimos apenas se aplicó. Se restablece la expresión "delito" y "pena" en sustitución de "acción peligrosa" y "medidas de defensa social", se reducen las penas y se suprimen algunas circunstancias agravantes. Este cambio es la lógica consecuencia de la proyección de los Nuevos Principios en las distintas Repúblicas, a las que sirven de guía en la elaboración de sus Códigos.

Toda esta reforma, tan reciente, del Derecho penal soviético evidencia una aproximación a los sistemas penales no socialistas, y de manera más fuerte a los romanistas. Como resumen del nuevo sistema soviético se pueden señalar: restablecimiento del principio de legalidad de los delitos y de las penas, prohibición de la analogía y vuelta a la nomenclatura clásica de delitos, penas y responsabilidad (69).

Ahora bien, el Derecho soviético ha influenciado los otros países socialistas, pero las razones históricas de cada uno de ellos presentan variaciones en la forma. Aunque hay que decir que esta influencia ha sido mutua y que los Códigos penales de las democracias populares, edificados en el antiguo sistema penal soviético, quedan ahora

(69) Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *Les droits romanistes* cit., p. 13, y *La reforma del Código penal de la U. R. S. S.*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, Madrid, 1960, p. 115 ss. CUELLO CALÓN, *La reforma de la legislación penal de la U. R. S. S.* cit., pág. 25. Vid. BELLON, *Droit Pénal Soviétique* cit., p. 204 ss., y *Le Droit Soviétique*, en "Que sais-je?", cit., t. 85. ANCEL, *La Réforme Pénale Soviétique* cit., p. XXIII ss. Vid. también DEKKERS, *Introduction au droit de l'Union Soviétique* cit., p. 105 ss. y 108: Los principios de Derecho penal dados por el Soviet Supremo en 1958 fueron incorporados en seguida en la legislación de cada una de las Repúblicas de la Unión. Así, la República de Rusia ha votado su nuevo Código penal el 27 de octubre de 1960. que entró en vigor el primero de enero de 1961. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice penale sovietico* cit., p. 29 ss. y 127 ss. MAURACH, *Tratado* cit., I, p. 61 s.

desfasados. El Código penal polaco, el búlgaro, el húngaro, etc., habían roto con los sistemas occidentales. ¿Seguirán la nueva orientación soviética? ¿Se aproximarán también a los sistemas occidentales? Si en los próximos años se sigue por ellos la nueva orientación soviética de aproximación, resultará más fácil para unos que para otros, porque el legislador búlgaro de 1951, por ejemplo, había conservado la antigua terminología, y el Código yugoslavo de 1951 figuraba ya como intermedio entre el sistema occidental y el de las Repúblicas socialistas y se mantuvo fiel al principio de legalidad, así como a las nociones clásicas de delito y pena retributiva (70).

El sistema penal de los países socialistas ofrece ahora grietas derivadas de la aproximación del Derecho soviético a los sistemas occidentales. Pero si los países socialistas siguen nuevamente al modelo

(70) Vid. ANCEL, M., *Les Codes pénaux européens* cit., I, p. 273 y 56 s. MEZOPY, L., *Die Ungarischen Strafgesetze*, Berlín, 1960. KADAR, *La responsabilité pénale en droit hongrois*, en *Annales de la Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Strasbourg. VIII. Travaux de l'Institut de Sciences Criminelles et pénitentiaires. La responsabilité pénale. Travaux du colloque de philosophie pénale présentés par J. Léauté*, París, 1961 (Daloz), *Troisième partie. Les tendances modernes*, p. 489-509. RACZ, Georges, *Le nouveau Code pénal hongrois*, en *Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé*, oct.-dic. 1962, t. XVII, p. 705-721. ANDREJEW, *L'évolution de la responsabilité pénale en Pologne*, en *Annales* cit., p. 539-551. BAVCON, *Probleme de la responsabilité pénale des délinquants en Yougoslavie*, en *Annales* cit., p. 553-557. Vid. PORRES, F., *El sistema legislativo penal yugoslavo*, en ANUARIO DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1964, p. 145-157. Vid. también ZLATARIC, Bogdan, *Le droit pénal nouveau de la Yougoslavie*, en *Les grands systèmes de droit pénal contemporains. II. Institut de droit comparé de l'Université de Paris*. Publicada bajo la dirección de Marc Ancel y Nikola Szentice, París, 1962. En noviembre de 1961, la Asamblea Nacional de la República socialista checoslovaca ha adoptado un nuevo Código penal (ley núm. 140/1961) que ha reemplazado al Código anteriormente en vigor en materia penal (el antiguo Código penal, ley 86/1950, modificado por la ley núm. 63/1956). Vid. Jan TOLAR y Gustav PRENOSIL, *Le nouveau Code pénal et le nouveau Code de procédure pénale de la République socialiste tchécoslovaque*. Separata de la *Revue internationale de droit comparé*, 1962, núm. 4, p. 747. Vladimír SOLNAR, *La réforme du droit pénal et de la procédure pénale en Tchécoslovaquie*, en *Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé*, octubre-dic. 1962, t. XVII, p. 683-703. También de SOLNAR, vid. *Les conditions de la responsabilité pénale d'après le nouveau Code pénal tchécoslovaque de 1961*, en *Bulletin de droit tchécoslovaque*, publicado por JEDNOTA CESKOSLOVENSKYCH PRAVNÍKŮ (Union de Juristes tchécoslovaques), 1/2, 1962, p. 1-30, y Stefan BEIER, *Les principes de l'infliction de peines aux termes du Code pénal tchécoslovaque de 1961*, en *Bulletin de droit tchécoslovaque*, 1/2, 1962, p. 31-55. En el mismo lugar, p. 57 ss., vid. *Code penal du 29 novembre 1961*, núm. 140 du Recueil des lois de la République socialiste tchécoslovaque. Publié le 8 décembre 1961, entré en vigueur le 1er janvier 1962. Trad. francesa de Albert KAFKA. Vid también DEKKERS, *Introduction au droit de l'Union soviétique et des Républiques populaires* cit., p. 117 ss. La República democrática alemana basó su Derecho penal en el Derecho ruso, pero a partir de 1961 se inició un movimiento de reforma de su legislación penal. Vid. MIDDENDORFF, *Sociología* cit., p. 38, y SIGISMONDI, A., *Il convegno sul sistema delle pene futuro-codice penale socialista della Repubblica Democratica Tedesca*, en *La Scuola positiva*. Milano, 1963, fas. 1, p. 52 ss. DAVID, *Les grands systèmes* cit., p. 273 s. y 276. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Las tendencias actuales* cit., p. 41 s.

soviético, asistiremos a una aproximación en los grandes sistemas penales europeos.

III. CONCLUSIONES

A través de las consideraciones expuestas se observan, entre los diferentes sistemas legislativos examinados, profundas diferencias, en principio, que en los últimos años tienden a atenuarse.

Los nuevos dogmas políticos y sociales han tenido repercusión en el Derecho penal. Las nuevas legislaciones sociales se han proyectado de distinta manera en los diferentes países. Algunos han subordinado su Derecho penal a consideraciones políticas.

Por lo que respecta a la Defensa Social, esta corta incursión nos ha demostrado que los países occidentales (*Civil law*) e hispanoamericanos la admiten. Los países del *Common law* no emplean la terminología utilizada por la Defensa Social, pero existen sus equivalencias. El Derecho soviético, en principio, la admite sin reservas, pero el Código de 1960 la repudia.

Hemos llegado al fin de nuestro trabajo. En este recorrido de legislación comparada se nos han presentado principios opuestos, motivados, las más de las veces, por accidentes políticos e históricos. En los distintos sistemas examinados han aparecido las sombras entre ellos existentes, pero también sus luces, sobre todo con la aproximación que se observa en los últimos años que tiende a atenuar sus divisiones y diferencias.

