

se vean afectados; y desde luego, a los detenidos. Debe estatuirse claramente que el defensor letrado deberá asistir a todas las actuaciones del juicio oral *personalmente*, sin posibilidad alguna de sustituir su actuación por la remisión de escritos. La defensa no puede estar limitada por razón de "algún tipo de proceso", lo que supondría la introducción de un proceso inquisitivo.

En los casos de Sentencia absolutoria, "las costas de oficio" deben ser totales para el Estado, creándose el oportuno organismo para la obtención y administración de los fondos necesarios a tales pagos.

La "instrucción preliminar" tiene que tener caracteres diferentes según se trate de procesos "por delitos graves" (juez solamente instructor) y por "Delitos menos graves" (juez instructor y sentenciados), en este segundo caso la investigación activa no puede ser confiada al mismo juez que posteriormente sentenciará, aunque sí una fase de la instrucción, ya pública para la defensa, con alegaciones y proposiciones de pruebas, fase previa a la entrada en la "audiencia preliminar". Para evitar este conflicto se propone la mejor solución, la ortodoxa: que el Tribunal Correccional sea siempre diferente del juez instructor.

La diligencia de autopsia sólo podrá suprimirse cuando, bajo la responsabilidad del médico forense, la causa médica del fallecimiento esté clara y la haga inútil.

No ve Fairén razones para que se atente contra la organización jerárquica de los tribunales españoles, haciendo competentes para conocer de la apelación en los juicios de faltas, a las audiencias provinciales por lo que ese fragmento debe ser retirado.

En materia de recursos, en cuanto a la casación, debe darse una nueva estructura a la base correspondiente, dándosele la debida importancia.

Estas son, si no todas, las más importantes, en nuestro entender, sugerencias, que el ilustre catedrático hace en su informe sobre el "Anteproyecto de Bases para el Código procesal penal", publicado por la Universidad de Valencia, que obtuvo los beneficios de la ayuda a la investigación, del Ministerio de Educación y Ciencia, aumentando la amplia bibliografía del doctor Fairén Guillén, que honra frecuentemente con su firma las páginas de este ANUARIO DE DERECHO PENAL con artículos doctrinales relativos a la rama del Derecho en la que es destacado especialista.

DIEGO MOSQUETE

**KAUFMANN, Hilde: "Strafanspruch, Strafklagrecht" (ius puniendi y acción criminal), Verlag Otto Schwartz, Göttingen, 1968.**

Se trata del libro de habilitación de la señora Hilde Kaufmann, que ha pasado a ocupar la cátedra de Derecho penal de la Universidad de Kiel que quedó vacante al jubilarse Helmuth Mayer. En esta obra Hilde Kaufmann estudia a fondo el problema de la delimitación del Derecho penal material y formal. Este problema sólo se plantea si se parte, como lo hace la opinión dominante en la doctrina alemana, de una concepción dualista. Hilde Kaufmann comienza, por ello, por someter a un agudo análisis crítico las opiniones de Helmuth Mayer y Binder, que sustentan una concepción monista, es decir,

afirman la unidad del Derecho penal y el Derecho procesal penal. Subraya también Hilde Kaufmann la trascendencia práctica del problema de la delimitación (para el tenor literal de la sentencia, el valor de la cosa juzgada, el requisito de mayoría cualificada, procedimiento de prueba, prohibición de aplicación con carácter retroactivo, juicio de revisión, etc.).

En la delimitación del Derecho penal material y formal existen muchas dudas. Se discute con frecuencia, por ejemplo, la naturaleza jurídica de la querrela, la prescripción, la amnistía, etc. Hilde Kaufmann trata de descubrir el origen histórico de esta confusión. En el Derecho civil de la Pandectística se partía del concepto romano de *actio* (Klagrecht), que surgía en cuanto el derecho era lesionado, era una simple metamorfosis del derecho. Windscheid desarrolló una nueva concepción de la *actio* romana y deslindó claramente los conceptos de pretensión (del Derecho civil material) y acción. Ello dió lugar al abandono del concepto de acción en el Derecho civil material. Una evolución paralela se produjo en el concepto de la *exceptio*, que comprendía en un principio las de carácter material y procesal. Windscheid deslindó las de carácter material y las agrupó en el concepto de objeción (Einrede, Einwendung). Bülow transformó las excepciones de Derecho procesal en presupuestos del proceso. Con ello desapareció el concepto mismo de la *exceptio*.

Una evolución paralela tuvo lugar en el Derecho penal privado, donde también por impulso de Windscheid se substituyó el concepto de acción penal por el de pretensión penal o *ius puniendi*; las antiguas excepciones de Derecho material se transformaron en objeciones (Einreden) al *ius puniendi*.

En el Derecho penal público se utilizaban a mediados del siglo XIX los conceptos de *actio* y *exceptio*, acogiéndose después, por influencia iusprivatista, los conceptos de pretensión penal o *ius puniendi* y de los presupuestos del proceso. No se advirtió, sin embargo, que desde ese momento había que prescindir de los conceptos de *actio* y *exceptio*, por lo cual se produjo una cierta confusión. Tampoco se creó con las antiguas excepciones de Derecho material una categoría equivalente a las objeciones (Einreden) del Derecho civil. Se incluyó a todas las antiguas excepciones —de Derecho material y formal— en el concepto de presupuestos u obstáculos a la acción penal. Con lo que se acabó por incluir a todos estos presupuestos u obstáculos de la acción penal entre los presupuestos del proceso. De este modo antiguas excepciones de Derecho material, como la prescripción, la querrela y la amnistía pasaron al Derecho procesal penal. Las jalones más importantes de esta evolución doctrinal están representados por Glaser, Binding y Beling.

Esta evolución del concepto de acción penal pone de manifiesto, según Hilde Kaufmann, las causas de la actual delimitación errónea del Derecho penal material y formal, así como la incapacidad de dicho concepto para llevar a cabo este deslinde.

El concepto de *ius puniendi* carece, por otra parte, de justificación dogmática y no puede servir tampoco de ayuda para deslindar el Derecho penal material y formal. No existe un derecho subjetivo del Estado a la pena. Porque los derechos subjetivos —y aquí hace Hilde Kaufmann muy finos análisis de teoría de las normas— no pueden derivarse de imperativos (man-

datos o prohibiciones) —como pretende la teoría de los imperativos— sino sólo de preceptos jurídicos distributivos. De los imperativos se derivan sólo concretos deberes jurídicos para las personas con capacidad de acción, mientras que los derechos subjetivos pueden esgrimirse frente a personas que carezcan de dicha capacidad. Los derechos subjetivos sólo pueden derivarse de preceptos distributivos. No puede hablarse, sin embargo, de una distribución de la pena, es decir, concebir ésta como un favor o bien que se concede u otorga al Estado. Pero aún en el caso en que así se hiciese —y se reconociera un *ius puniendi*— no podría deducirse de aquí un criterio para deslindar el Derecho penal material y el Derecho procesal penal.

Hilde Kaufmann hace a continuación un examen crítico de otros criterios formulados con posterioridad para delimitar el Derecho penal material y formal. Se trata del criterio de Nawiasky de la distinción entre normas primarias y secundarias; el de Sauer de la punibilidad (*Strafwürdigkeit*); el del “merecimiento de pena” de Beling (que incluye, no obstante, en el Derecho penal material elementos, como la prescripción, que son irrelevantes para la culpabilidad); este mismo criterio, depurado por Bemman, en el sentido de incluir únicamente en el Derecho penal material los elementos de lo injusto culpable, eliminando incluso de él las condiciones objetivas de punibilidad que no puedan interpretarse como la exigencia de un injusto o culpabilidad mayor; el criterio de Gallas de atender al ámbito de aplicación del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*; el criterio de la necesidad de la pena en función de circunstancias que por guardar relación con el hecho delictivo (sin influir en la medida de lo injusto específico o de la culpabilidad) afectan a su valoración, formulado por Gallas, Schmidhäuser y Stratenwerth (las condiciones objetivas de punibilidad —a diferencia de las condiciones de procedibilidad— guardan relación con el hecho delictivo, afectan a su valoración y circunscriben la aplicación de la pena a los casos en que es necesaria). La crítica de Hilde Kaufmann es en todos estos casos convincente.

No cabe decir lo mismo, en cambio, del criterio de distinción que propone. Por analogía con el método aplicado en el Derecho civil para distinguir el Derecho material y el procesal, propone Hilde Kaufmann que se haga abstracción del proceso y se pregunte si los presupuestos de la aplicación de la pena, cuya naturaleza se discute, tendrían o no sentido entonces. Es decir, si la querrela, la prescripción o la amnistía tendrían sentido en caso de que no existiera el proceso, en caso de que el Derecho penal se aplicase de modo automático o de un modo voluntario. Cree Hilde Kaufmann que estas instituciones conservarían su sentido: no se aplicaría la pena si no mediaba querrela, si el delito había prescrito, si había recaído una amnistía. Estas instituciones pertenecen, por ello, según Hilde Kaufmann, al Derecho penal material. Desde luego estas instituciones conservarían su razón de ser aunque no existiera el proceso, no guardan una relación indisoluble con el proceso, pero sí con la *aplicación* de cualquier modo, del Derecho penal. Si hacemos abstracción no del proceso, sino de la aplicación del Derecho penal en general, la querrela, la prescripción y la amnistía carecerían de sentido. Son, pues, instituciones que no pertenecen al Derecho penal material.

La teoría de la doble naturaleza de alguna de estas instituciones, por ejemplo la prescripción, la rechaza Hilde Kaufmann con el argumento de que en cierto sentido todos los presupuestos materiales de la aplicación de la pena son también procesales, porque es necesario que exista al menos la sospecha fundada (o en una fase más avanzada del proceso, la prueba) de su existencia para que sea lícita la iniciación (o continuación) del proceso. La doctrina de la doble naturaleza debe, pues, aplicarse, según Hilde Kaufmann, a todos los presupuestos de la pena o debe abandonarse. No puede reducirse su campo de aplicación, como se hace ahora, a algunos de ellos.

JOSÉ CEREZO MIR

**MAPELLI Y LOPEZ, Enrique: "Consideraciones sobre la extorsión de aeronaves" (Estratto dalla rivista Il Diritto Aéreo). Año VIII (1969). Núm. 31. Páginas 261-283.**

Se ocupa el autor, en primer término, del problema que supone precisar la terminología del delito que consiste en "el hecho de desviar de su ruta normal y reglamentaria a una aeronave en pleno vuelo, imponiendo al comandante de la misma una determinada actuación". Unos emplean la denominación de "desviación compulsiva de aeronaves en vuelo", o "apoderamiento ilícito de una aeronave", siendo los términos que han tenido mayor difusión en los medios informativos e incluso en la doctrina científica los de piratería y secuestro. Mapelli, de acuerdo con Tapia Salinas, considera inapropiada la denominación de piratería, aparte de su marcado sabor maritimista, vinculada con tradiciones y determinadas épocas históricas, porque exige una actividad y violencia realizada desde fuera del buque o nave, por medio de la intimidación desde tierra o desde otros buques o por medio de abordaje. Tampoco puede aceptarse la denominación de secuestro, por cuanto tal término es empleado jurídicamente, aparte de un sentido de embargo o depósito judicial, como el apoderamiento o privación de libertad de una persona, con ánimo de obtener un determinado lucro a base de su libertad.

El autor del trabajo que comentamos considera que en el idioma español existe una palabra que cuadra perfectamente con estas hechas: La *extorsión*, que significa acción y efecto de usurpar y arrebatar por la fuerza una cosa.

Después de examinar hechos concretos acaecidos hasta ahora, se llega a definir la extorsión de aeronaves como "la violencia o intimidación que se realizan sobre aeronave comercial que ha perdido la protección efectiva de las autoridades situadas en tierra, a fin de desviarla antirreglamentariamente de su ruta, establecida según los planes de vuelo, con propósitos ajenos a los del servicio de transporte a que está afecta, bien tenga lugar la violencia o intimidación sobre la máquina, cosas transportadas, sus ocupantes, viajeros o miembros de la tripulación y pudiendo realizarse la violencia o intimidación por persona o personas ocupantes de la propia aeronave o por quien o quienes se encuentren fuera de la misma".

La preocupación por estos hechos es grande, mucho más cuando las medidas precautorias que puedan adoptarse carecen de efectividad práctica.