

La obra está refrendada con multitud de ejemplos de la vida real, que ayudan a conocer el problema del delito y, como el propio autor dice: «los hechos quedan, las teorías pasan». Lo importante para él es la experiencia, que considera fundamental en el estudio de la poco conocida problemática del hombre delincuente. Esa experiencia es la que falta a la mayoría de los criminólogos actuales, y de ahí que la Criminología no termine de encontrar el lugar científico que le corresponde.

Es cierto que lo que recoge Hentig en sus tres volúmenes se podría haber escrito en muchas menos páginas, pero el exceso de erudición y casuística no perjudican la obra, sino todo lo contrario, ya que la hace más amena y permite conocer con mayor profundidad la realidad del delito.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

RODRIGUEZ DEVESA, José María: «Derecho Penal Español, Parte General». 2.^a edición, Madrid, 1971; 838 págs.

El pasado año —exactamente doce meses después de su primera aparición—, ha sido publicada la segunda edición de la *Parte General del Derecho penal español*, cuyo autor es el profesor RODRÍGUEZ DEVESA, Catedrático de la disciplina en la Universidad Complutense de Madrid. La puesta al día de tan importante obra recoge las innovaciones —considerables en cantidad y calidad—, introducidas el 4 de agosto de 1970 por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social. En un panorama doctrinal, como el patrio, escaso de producción científica en el campo jurídico-penal, debe, pues, saludarse la aparición de esta obra que, tanto por la extensión y detalle con que aborda y estudia la problemática concerniente a la Introducción y a la teoría jurídica del delito, como por la fundamentación doctrinal, dogmática, bibliográfica y, asimismo, jurisprudencial [un total de 845 sentencias de nuestro Tribunal Supremo aparecen consultadas en las páginas del libro] de que hace gala, merece el calificativo de verdadero Tratado de Derecho penal.

Desde el prisma estructural, el Tratado del profesor RODRÍGUEZ DEVESA aparece integrado por tres partes fundamentales e independientes: la primera, relativa a la *Introducción*; la segunda, concerniente a la teoría jurídica del delito y la tercera constreñida al tratamiento de la pena y de las medidas de seguridad. Cada una de ellas merece, por consiguiente, un comentario por separado.

I. La parte primera, dedicada, según se ha dicho, a la *Introducción*, comienza por el estudio del concepto del Derecho penal —en cuanto conjunto de preceptos (Derecho penal objetivo), y en cuanto facultad del Estado para imponer penas y medidas de seguridad (Derecho penal subjetivo). Un concepto que, *relativizado* —según palabras del autor— por la nota de legalidad obligará en cualquier caso al estudio de un determinado Derecho positivo condicionado por las circunstancias de tiempo y lugar. Tras definir el concepto de Derecho penal objetivo como «el conjunto de normas estatales referentes a los delitos y a las penas y otras medidas preventivas o reparatorias [como son, en el último supuesto, las de reparación de los daños y perjuicios, habida cuenta de que el artículo 1.902 del Código civil español lleva al campo

del Derecho penal la materia relativa a la responsabilidad civil dimanante de delito] que son su consecuencia», el autor no vacila en subrayar la naturaleza de Derecho público interno modernamente asignada a esta singular rama jurídica, rechazando, por otro lado, como ajenas al Derecho penal a las denominadas medidas ante o pre-delictuales, cuya inclusión supondría, por el contrario, un grave riesgo de confusión de nuestro Derecho con el administrativo y, sobre todo, un grave peligro si no ataque, al principio de legalidad informador del moderno Derecho penal clásico-liberal. De otro lado, y ya en un plano puramente científico, frente a todo intento de «absolutizar» el conjunto de saberes que integran nuestra disciplina, opone acertadamente RODRÍGUEZ DEVESA la «naturaleza problemática» del Derecho penal y fija como una cima a alcanzar por sus cultivadores y estudiosos la de darle una base racional desligándolo, de esta forma, de toda suerte de tabúes psicológicos e históricos; en suma, racionalizarlo.

Seguidamente, estudia nuestro autor la problemática relativa a las relaciones del Derecho penal con otras ramas jurídicas, destacando la autonomía de nuestra disciplina, al igual que la inflación de las sanciones de naturaleza administrativa; lo cual no es, en modo alguno, óbice para que niegue la autonomía o carácter sustantivo de los «pretendidos derechos penales» (como, *ad exemplum*, el económico, fiscal, mercantil, etc.).

Al tratar, en otro orden de cosas, del denominado Derecho penal subjetivo, acepta RODRÍGUEZ DEVESA que la problemática concerniente al fundamento del *jus puniendi* cuestiona, asimismo, el fundamento del Derecho penal objetivo, aunque, en cambio, según veremos en la parte dedicada al estudio de la pena, siguiendo a Max Ernst Mayer —para el cual, las teorías del Derecho penal eran, metodológicamente, un *prius* lógico de las teorías de la pena—, rechaza que el problema del fundamento y fines de la pena sea, a la vez, el de su justificación y el de la justificación y fines del Derecho penal mismo.

En lo que respecta al método, destaca nuestro autor la naturaleza no unívoca, sino interdisciplinaria del método conveniente para el estudio del Derecho penal, para el cual es un importante auxiliar el sistema, si bien, constata RODRÍGUEZ DEVESA, no debe olvidarse que el sistema no es el fin de la ciencia, ni debe ser una prisión que inmovilice el progreso científico, habida cuenta de que la importancia concedida por influjo de la filosofía neokantiana al sistema no está en modo alguno justificada, ya que éste debe reducirse a ser un método auxiliar ciertamente valioso como criterio ordenador. Asimismo, subraya la intercorrelación entre objeto y método, de modo que entre las especies de métodos fundamentales para el Derecho penal actual sobresale no solo el conocimiento y aplicación del Derecho vigente, sino también el método comparado, con la reserva, no obstante, de que la importación de soluciones extranjeras no debe reducirse a cuestiones de mera técnica jurídica —cuestión entonces relativamente fácil de practicar—, sino que debe comportar la identidad de la problemática suscitada.

Una novedad digna de destacar es el capítulo dedicado al estudio de las denominadas Ciencias auxiliares del Derecho penal que el autor denomina Enciclopedia de las Ciencias penales y estudia dentro del apartado dedicado

a la Criminología, su objeto, sistema y método, subrayando, de esta suerte, la importancia de las investigaciones criminológicas modernas, sin las cuales, por ejemplo, las que denotan la realidad de la ejecución de las penas de prisión, no puede hacerse «disquisición alguna sobre los fines de la pena...», ni puede comprenderse la existencia de una serie de sustitutivos de las penas: cortas privativas de libertad». Ello no obstante, afirma el autor la dependencia de la Criminología respecto al Derecho penal, habida cuenta de que el concepto de delito es en la actualidad un concepto jurídico que aquella Ciencia ha de aceptar como punto de partida en su ulterior desarrollo; lo que implica, a juicio de RODRÍGUEZ DEVESA, que la Criminología tenga de antemano un campo de actuación delimitado por el Derecho penal, a pesar de que aquélla no tenga por objeto el estudio de las normas jurídico-penales, sino el de los hechos y fenómenos reales que subyacen en esa normativa. Debe también constatarse la importancia que el autor otorga a la Estadística criminal, apartado que, incluido dentro del capítulo destinado al estudio de la Criminología y de las Ciencias auxiliares del Derecho penal, contiene datos de innegable valor político-criminal, como son, por ejemplo, los relativos a la pena de muerte en España durante el decenio 1957-1966; datos, en suma, de primera mano, puesto que han sido evaluados y publicados con anterioridad por el autor en la Revista de Estudios Penitenciarios, 1967, 359 ss.

De otro lado, debe asimismo constatarse como novedad la ausencia en la *Introducción* de la temática relativa a las teorías penales, que el autor trata de modo sucinto en la parte correspondiente al estudio de la pena. Pero, sobre todo, conviene destacar que la concepción exployada por RODRÍGUEZ DEVESA al comienzo de su Tratado en el sentido de que la relativización inherente al concepto del Derecho penal —derivada, en suma, de la nota de legalidad— y que, a su juicio, impone necesariamente la concreción del objeto al estudio de un determinado derecho positivo, en este supuesto el español, se deja sentir fuertemente a todo lo largo de esta primera parte, pero especialmente al tratar de la historia del Derecho penal, que nuestro autor constriñe, consecuente con su tesis inicial, cáusticamente al examen del proceso codificador del Derecho penal español vigente, aunque no sin dedicar antes sendos apartados al «status» de la legislación penal de principios del XIX y, sobre todo, al proceso político y legislativo que enmarca nacimiento y muerte del Código penal de 1822, promulgado el 9 de julio de ese mismo año, pero cuya vigencia —debido a la entrada en nuestra patria de los Cien mil hijos de San Luis, que realmente fueron noventa y un mil, y a la subsiguiente caída del gobierno representativo y constitucional—, si la tuvo fue, tal y como reconoce un ilustre tratadista y especialista en la materia, «breve, imperfecta y desigual».

Tras el estudio de la codificación del Derecho penal vigente, partiendo del Código de 1848, pasando por el de 1870, un Código carlista de 1875, el de la Dictadura de Primo de Rivera (1928), la reforma llevada a cabo en 1932, el texto refundido de 1944, el revisado de 1963 y las reformas posteriores que han actualizado el Código penal vigente (con mención, además, de los distintos anteproyectos o proyectos de Código penal que no lograron fructificar), además de la legislación penal especial, pasa el autor a examinar la problemática de las fuentes, incluyendo entre las inmediatas, no sólo a

la ley, sino también a la analogía, la costumbre y al Derecho internacional; tratando, por otro lado, dentro del prisma de la ley penal intrínsecamente considerada el concurso de leyes, materia que la mayoría de la doctrina suele llevar al final de la teoría jurídica del delito. Sin embargo, RODRÍGUEZ DEVESA sostiene este criterio sistemático, en base a considerar que tal materia pertenece a los problemas concernientes a la interpretación de la ley penal y no a la problemática de la unidad y pluralidad de acciones. En este punto, es, asimismo, novedosa su incardinación del asesinato como *delictum sui generis*, es decir, no como un homicidio agravado o cualificado por la alevosía, la premeditación, etc..., sino, antes bien, como un *aliud* respecto al homicidio. Entre las consecuencias prácticas que ello supone, está la de que entre ambos delitos existe no una relación de especialidad, como sostiene la *communis opinio* —para la cual el homicidio forma el núcleo básico del asesinato, el cual pasa, por tanto, a ser una forma cualificada o agravada de aquél—, sino de subsidiariedad tácita, viniendo consecuentemente en aplicación preferente la norma contenida en el tipo *sui generis* respecto a la norma genérica, ley subsidiaria.

Destaca, asimismo, en el examen de las cuestiones referentes al ámbito temporal y espacial de la ley penal la enorme profusión de datos de derecho positivo que enriquecen, sin duda alguna, el contenido importante de la obra. Observados, por último, los problemas relativos a la extradición, se concluye el apartado dedicado a la ley penal extrínsecamente considerada, para dar paso a las fuentes mediatas del Derecho penal: la jurisprudencia y la doctrina científica.

Un capítulo dedicado al examen del Derecho extranjero —sin duda el más completo realizado hasta la fecha en un Tratado de esta especie en nuestro suelo—, en el que se da una casuística e informativa noticia del Derecho penal y de la producción científica sobre la materia existente en los países europeos, africanos, americanos, asiáticos y pertenecientes a Oceanía, finaliza la *Introducción*.

II. La segunda parte, sin duda muy elaborada, la dedica RODRÍGUEZ DEVESA al estudio de la teoría del delito. En base a una distinción entre el concepto formal y el concepto material del delito, define a éste, desde el último prisma, como «una acción típicamente antijurídica y culpable, a la que está señalada una pena». Une, pues, nuestro autor las notas o elementos de tipicidad y antijuridicidad, considerando, por otro lado, que la punibilidad ha de venir ínsita en la definición jurídica del delito, por cuanto se representa como «la diferencia última entre el ilícito penal y las demás conductas antijurídicas».

Analiza seguidamente la evolución de la teoría jurídica del delito, partiendo del sistema clásico (Listz, Beling), enumerando las variantes o modificaciones introducidas en tal sistema por el concepto neo-clásico del delito, especialmente a través del descubrimiento de los elementos normativos del tipo —descubrimiento que, según el autor, rompe la neta distinción entre la tipicidad y la antijuridicidad—, de los elementos subjetivos de lo injusto y de la naturaleza normativa de la culpabilidad. La denominada «Escuela de Kiel» y el llamado «Derecho penal de autor» o «Derecho penal de la voluntad»

(*Willensstrafrecht*) marca otra etapa en la evolución de la teoría jurídica del delito, si bien, y a pesar de sus esfuerzos primeros por encontrar un concepto unitario de delito, produjo efectos claramente negativos y contraproducentes, no sólo por no haber alcanzado aquella meta, sino también y sobre todo por el ataque que sus premisas implicaron para la idea de seguridad jurídica.

Por último, este proceso evolutivo culmina con la concepción finalista, doctrina no unitaria del delito y que el autor rechaza decididamente por estimar que «conduce inevitablemente a una concepción *intelectualista*, exclusivamente racionalista, del actuar humano, lo que es inexacto»; ello, aparte de que lleva consigo un vaciado de la culpabilidad, la cual «queda —al incorporarse el dolo al tipo subjetivo de lo injusto de los delitos dolosos— reducida a un muñón»; de tal suerte que «el desarrollo del finalismo ha conducido a la dogmática alemana a excesos peores que los del más extremo método analítico».

Anclado nuestro autor en la problemática del concepto de delito en nuestro derecho positivo, opta, basándose en criterios históricos y de naturaleza sistemática, por la postura, con arreglo a la cual el término «voluntarias» contenido en la definición legal del párrafo 1.º del artículo 1.º del Código penal es sinónimo de dolosas —en contra de la tesis dominante—; premisa de la que lógicamente se deriva la afirmación de que, en principio y por regla general, sólo se castigan los delitos dolosos, postura que, a su juicio, matiza mucho mejor el verdadero alcance del concepto legal del delito.

Dentro, en suma, de la teoría jurídica del delito, RODRÍGUEZ DEVESA establece, a la hora de estudiar tan intrincada materia, una bipartición sistemática entre elementos o caracteres esenciales y accidentales del delito. En el primer grupo vienen incluidos, a su vez, lo que él denomina caracteres positivos (es decir, los elementos del delito, a saber: acción, antijuridicidad tipificada, culpabilidad y punibilidad) y los caracteres negativos, que hacen alusión a las eximentes o causas de exención de la responsabilidad criminal, esto es, a las causas que excluyen la acción, las causas de justificación, de inculpabilidad, etc..., y aquellas otras causas que el autor incluye bajo la rúbrica excesivamente genérica, a mi juicio, de causas de exclusión de la pena. Las circunstancias modificativas de la responsabilidad (en sentido atenuatorio o agravatorio) integran el grupo de los elementos accidentales de la infracción penal.

El estudio detallado y enormemente erudito que el autor hace de los elementos del delito requiere comentar cada uno de los apartados a ellos asignados de forma independiente.

Así, el concepto de acción del que arranca el Profesor de la Universidad Complutense de Madrid es un concepto «necesariamente» jurídico, por cuanto el concepto de acción que al Derecho penal interesa «guarda estrecha relación con la ley penal y en ella ha de apoyarse», lo cual no se corresponde, según palabras del propio autor, con la opinión dominante, aunque coincide en la pretensión de construir un concepto de acción sobre una base o estructura ontológica. Examina, a este respecto, la polémica doctrinal, que ha producido verdaderos ríos de tinta, en torno al concepto de la acción, manifestando después de dar detallada cuenta de cada una de las corrientes

en boga (concepto causal, finalista y social de la acción) sus preferencias por el concepto causal, pues, desechado el concepto finalista por la disgregación que produce en el concepto del delito, «la imprecisión del concepto social es tan notoria que me parece no vale la pena insistir sobre ella». El concepto que propugna de acción —«acaecimiento previsto en la ley y dependiente de la voluntad humana»— tiene la ventaja de cubrir «todas las posibles hipótesis que ofrece la ley».

Examina seguidamente RODRÍGUEZ DEVESA los delitos de acción y los de omisión, negando en los de omisión pura o simple la existencia de un coeficiente psíquico volitivo en el momento en que debería haberse realizado la acción que el ordenamiento jurídico-penal espera realice el sujeto en cuestión. La problemática referente a los sujetos de la acción permite al autor entrar a considerar el arduo y poco elaborado en nuestro Derecho tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, problema que, a su juicio, se reduce «a poner coto a determinadas actividades de entes corporativos», lo cual pertenece al Derecho penal, no siendo en modo alguno necesario para ello exceder las fronteras de la responsabilidad individual. Otro supuesto que, según RODRÍGUEZ DEVESA, es distinto del planteado, es el relativo a la responsabilidad del que actúa en nombre de otro; problema que planteado recientemente en la doctrina jurídico-penal alemana y consagrado en la fórmula legal del actual parágrafo 50 a del *StGB* por medio del concepto «*Handeln für einen anderen*», posee en el ámbito jurídico penal inglés una antigüedad que data ya de un siglo, ya que el referido principio no es otro que el de la denominada responsabilidad vicarial, subsidiaria o delegada, es decir «*The Responsibility for the Acts of Another*», como derivado de la «*vicarious responsibility*» y opuesto, en definitiva, al principio de la denominada responsabilidad criminal directa de las corporaciones (*personally corporate responsibility*) (1). Ello no obstante, tan interesante temática no ha atraído profundamente la atención de la literatura jurídico-penal hispana.

Definidas y delimitadas conceptualmente la tipicidad y la antijuridicidad, solo la conducta típicamente antijurídica puede ser constitutiva de delito. En la base a esta premisa, RODRÍGUEZ DEVESA entra de lleno en el examen de la antijuridicidad y de las teorías producidas en torno a su naturaleza —que él sustenta de carácter fundamentalmente objetivo—, dedicando especial atención al inicio, desarrollo y consagración de los denominados elementos subjetivos de lo injusto. Ello no obstante, para el nacimiento de la acción delictiva es menester que la conducta antijurídica esté tipificada, esto es, que realice la conducta descrita en el tipo legal. Una exhaustiva y detallada observación de los diferentes estadios por los que ha pasado la teoría del tipo, desde la inicial postura de Beling (que concibe al tipo como algo valorativamente neutral, puramente descriptivo) a la adoptada por el autor alemán en 1930, momento en que el tipo aparece ya coloreado de valoraciones, pasando por la introducción y difusión de tales doctrinas en nuestra patria y culminando en el examen de las distintas acepciones del tipo, forma parte.

(1) Véase mi extenso comentario con anotaciones bibliográficas al libro de Leigh, *The Criminal Liability of Corporations in English Law*, London, 1969, en *ADPCP.*, XXV, 1 (1972), págs. 181-199.

del capítulo dedicado a la antijuridicidad tipificada. Destaca el autor ante todo el valor de la tipicidad como postulado jurídico-penal y constitucional, en cuanto precipitado lógico derivado del principio de legalidad, para, acto seguido, pasar a estudiar la estructura y elementos del tipo; extremo este último en el que dedica gran atención a la teoría de los elementos negativos del tipo que parece compartir, tras poner en claro los argumentos a favor y en contra.

El estudio del paso de la antijuridicidad formal a la antijuridicidad material y de los denominados delitos de peligro concluye este importante apartado elaborado por RODRÍGUEZ DEVESA con singular maestría y no menor detalle y honradez científicos.

La culpabilidad, su presupuesto y formas —destacando que, en nuestro Código, la forma básica es el dolo—, son temas que integran un capítulo que muestra, una vez más, que el autor opta por la concepción tradicionalmente asignada a la culpabilidad en la teoría del delito, al afirmarse su naturaleza predominantemente subjetiva.

En otro orden de cosas, el autor examina la parte correspondiente a los denominados caracteres negativos del delito, básicamente estructurada en causas de exclusión de la acción, de la antijuridicidad, de la culpabilidad y de la pena.

El autor comienza, pues, por el estudio de la fuerza irresistible como causa de exclusión de la acción, precisamente en este apartado y no en el dedicado con anterioridad a la acción como elemento del delito, ni tampoco al tratar de la imputabilidad o de la capacidad de acción. Propugna, a este respecto, la relevancia, como causas de exclusión del primer elemento del delito, de los movimientos reflejos, estados de inconsciencia (sueño, sonambulismo, embriaguez letárgica, narcosis, etc...).

En los capítulos dedicados, por otra parte, al estudio en particular de las causas de justificación ha de consignarse, asimismo, la amplitud que RODRÍGUEZ DEVESA da a los problemas planteados por el que actúa en cumplimiento de un deber, en el ejercicio legítimo de un derecho o de un oficio o cargo, destacando especialmente el tratamiento otorgado al tratamiento médico, sobre todo con referencia a los problemas que en tales supuestos plantean el consentimiento y las especies diversas de tratamiento médico (curativo, no curativo, con fines experimentales, etc...). Insuperablemente estudiado aparece el tema de la obediencia debida, que el autor incluye entre las causas de justificación y que aborda tanto desde el punto de vista del Derecho penal común como desde el militar, al igual que desde el punto de vista del Derecho comparado. La problemática de la fuerza vinculante u obligatoria de los mandatos antijurídicos obligatorios es abordada con acierto y exhaustividad, centrándola nuestro autor en el derecho positivo. El problema central de la obediencia debida es, según su criterio, el de que la cuestión de si hay mandatos antijurídicos obligatorios sólo podrá ser resuelta confrontando el propio derecho positivo, por cuanto es un problema diverso por completo al de si deben existir órdenes contrarias al derecho y obligatorias. Tras examinar el problema en la doctrina y en la jurisprudencia, RODRÍGUEZ DEVESA estudia el sistema del Código penal, planteándose, en primer término, si el inferior que obedece un mandato de esta clase incurre

o no en el delito de desobediencia. Del examen del artículo 369 deduce que el mandato que no infrinja clara, manifiesta y terminantemente una ley debe ser obedecido, so pena de incurrir en el delito de desobediencia. Y, dado que el deber no nace de la infracción de la norma legal, sino del hecho de que ésta infracción sea o no clara, manifiesta y terminante, cabe, a su juicio, la posibilidad de que existan mandatos antijurídicos obligatorios, es decir, mandatos en los cuales la infracción de la ley no es notoria. De modo que, aun en los casos dudosos, el subordinado viene obligado a la obediencia, aunque el mandato sea (objetivamente) antijurídico.

La problemática de las causas de justificación concluye, en suma, con sendos y amplios capítulos, con interesantes sugerencias, dedicados a los problemas que plantean el estado de necesidad y la legítima defensa.

En lo que respecta a las causas de exclusión de la culpabilidad, el autor distingue entre causas de inimputabilidad y causas de exculpación. Comienza el estudio de las primeras por la enajenación mental, el trastorno mental transitorio, la menor edad de dieciséis años y la sordomudez, optando en lo que hace referencia a la enajenación por el método psiquiátrico-psicológico o mixto, unido a un criterio de mayor flexibilidad legal respecto al internamiento que deberá imponerse únicamente cuando esté indicado por razón de la dolencia.

Dentro del apartado correspondiente a las causas de exculpación, recibe especial consideración la problemática del error, sistemáticamente tratada entre los caracteres negativos del delito y dentro de la culpabilidad —frente a algunas corrientes que, como las derivadas de la doctrina finalista de la acción, tratan del tema dentro del tipo—, por cuanto, sin perjuicio de la diversidad de efectos que el error genera, puede, y este es el principal, dar lugar a la exclusión de la culpabilidad. Tras dar una definición del error, examina RODRÍGUEZ DEVESA sus clases, efectos y algún caso de error debido a la falta de correlación o congruencia entre el delito cometido y el que realmente se pretendía cometer (art. 1.º, párrafo 3.º). Una interpretación correcta de la eximente de caso fortuito lleva al autor a sostener que es totalmente desacertada la conclusión de que cuando se causa un mal con ocasión de realizar un acto ilícito nunca podrá apreciarse caso fortuito, debiendo, por el contrario, estimarse siempre que ha sido causado culposamente. Por último, miedo insuperable, estado de necesidad exculpante, no exigibilidad de otra conducta y encubrimiento entre parientes son otras causas de exculpación estudiadas con suficiente detenimiento.

El apartado dedicado al examen de los caracteres negativos del delito concluye con el estudio de las denominadas —siguiendo la nomenclatura y sistemáticas adoptadas por la dogmática alemana— causas de exclusión de la pena, que el autor distingue entre causas de naturaleza personal de exclusión de la pena, causas de extinción de la responsabilidad criminal y ausencia de las condiciones objetivas de procedibilidad. Su tratamiento sistemáticamente aparte lo justifica RODRÍGUEZ DEVESA en base a considerar que en todos estos casos se está en presencia de supuestos en los que realmente se ha cometido una acción típicamente antijurídica y culpable, además de punible, pero la pena a ella asignada por la ley no se hace efectiva total o parcialmente a causa de la existencia de un obstáculo legal.

En tal dirección, comienza nuestro autor por el estudio de las causas personales de exclusión de la pena, es decir, las inmunidades (del Jefe del Estado, diplomáticas, parlamentarias, clericales), y justifica su tratamiento en este lugar y no en la problemática relativa a la ley penal, es decir, a la hora de tratar la esfera de vigencia personal de las leyes penales, por cuanto «el principio de igualdad ante la ley penal no admite excepciones», postulado harto deseable, pero que no corresponde a la realidad, ya que de ser cierto equivaldría a que el tratamiento jurídico-penal de un procurador en Cortes, un Jefe del Estado nacional o extranjero, fuese idéntico al deparado a cualquier ciudadano normal, cuando en realidad esto no es, ni mucho menos, así. La desigualdad o, mejor, las excepciones impuestas a las leyes en ciertos casos concretos no son otra cosa que excepciones al principio de igualdad de la ley y, por tanto, excepciones al ámbito de vigencia, basada en la soberanía o *jus majestaticum*, de la ley penal. El ejemplo más claro lo proporciona, a este respecto, la historia inglesa, donde, sentado el principio constitucional o público de que el rey no puede delinquir («*The king can do no wrong*»), se hacía, pues, necesario declarar el trono vacante para, de esta suerte, rebajar al personaje regio a la calidad de un ciudadano normal, someterlo a proceso y, generalmente, ajusticiarlo.

Es sumamente meritorio el esfuerzo desplegado por el autor al plantear nuevos y ricos problemas en tan áspero tema como el de las inmunidades diplomáticas que, a mi juicio, debería venir sistemáticamente encuadrado en un capítulo de Derecho penal internacional, cuya ausencia se hace sentir en los tratados de Derecho penal. Ello no obstante, la impropiedad de la rúbrica empleada por la dogmática alemana de «causas personales de exclusión de la pena» se pone, una vez más, de manifiesto en esta problemática, donde muchas de las excepciones se deben no a la calidad personal, sino al cargo. De ahí que, por ejemplo, sea un principio inconcuso en la *common law* inglesa la viabilidad del procesamiento de un rey destronado o de un Jefe de Estado destituido y exiliado en Inglaterra. Algo similar podría decirse respecto a las inmunidades de carácter parlamentario, en las que el muro frente a la ley lo constituye el cargo. Por otro lado, lo dicho acerca de la referida rúbrica de «causas de exclusión de la pena» debe asimismo valer para demostrar su impropiedad en relación con el cumplimiento de la condena (supuesto éste en que la pena no se ha excluido, sino más bien cumplido), y, *ad exemplum*, para los casos de amnistía en que, amén de concederse el perdón *in genere*, es decir, sin referencia a calidades personales individuales, el momento procesal en que suele concederse aquél suele, por regla general, ser anterior al de recaída de la sentencia firme condenatoria, por lo que no ha llegado a imponerse pena alguna. En lo que respecta al perdón del ofendido, cuya problemática trata sugerentemente el Profesor RODRÍGUEZ DEVESEA, sus efectos son también muy diversos según el momento en que sea otorgado por el agraviado. Así, si se concede una vez impuesta la pena, aquel supondrá desde luego la extinción de la responsabilidad criminal, pero no si se otorga en el momento de iniciarse el proceso, situación en la que la cuestión de la responsabilidad penal queda todavía por dilucidar y, por consiguiente, aquél no puede excluir pena alguna. Pero, además, considero que, según ha admitido recientemente el T. S., al absolver

de un delito de amancebamiento por estimar que el tiempo transcurrido desde que la víctima tuvo conocimiento del hecho y el momento de interponer la querrela criminal sin que, en el *interim*, aquélla hubiese actuado en el sentido pretendido, equivale a un *perdón presunto o tácito*, en tal supuesto se erige al perdón del ofendido en una verdadera causa de exclusión de la antijuridicidad, por cuanto excluye no la pena, sino el delito.

Por último, tras el detenido estudio de los elementos accidentales del delito, es decir, de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, concluye el Profesor de Madrid la parte referente a la teoría jurídica del delito con el examen exhaustivo y casuístico de las formas de aparición del delito, y, de lo relativo al concurso de delitos y, en suma, de las clases de codelincuencia o participación.

III. «Las consecuencias jurídicas del delito» es la rúbrica que engloba todo lo relativo a la pena, a las medidas de seguridad, a la responsabilidad civil derivada de delito y, finalmente, a las costas procesales.

Definida la pena como privación o restricción de bienes jurídicos establecida por la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional competente a aquel que ha cometido un delito, el autor examina la problemática del fundamento y fines de la pena, distinguiendo dos planos: estáticamente, la pena es una consecuencia primaria del delito y en tal sentido puede afirmarse que es retribución por el delito cometido; y dinámicamente, la pena posee idénticos fines que la ley penal, pudiendo en tal sentido afirmarse que persigue una finalidad de prevención general.

Seguidamente y después de un examen somero de las teorías penales, son estudiadas las clases legales de penas con arreglo a la escala general del Código penal español, comenzando el autor su estudio por separado y dedicando especial atención a la pena de muerte, privativas y restrictivas de libertad, limitativas de derechos, pecuniarias y a la reprobación. El planteamiento asumido por el autor al tratar la pena de muerte —declarada anticonstitucional por el *Supreme Court* de U. S. A. en fecha reciente (2)— no puede sino calificarse de afortunado, por sus acertadas premisas y no menos moderadas conclusiones. Así, partiendo de que el tema de los argumentos

(2) En uso de las atribuciones que posee como órgano de control de la constitucionalidad de la normativa estatutaria y de la *common law*, el *Supreme Court* de los Estados Unidos de Norteamérica ha declarado el 28 de junio de 1972 anticonstitucional a la pena capital, por considerar que: «*la imposición y ejecución de la pena de muerte (en estos casos) constituye un castigo cruel y desusado, violando la octava y decimocuarta Enmiendas*». El dictum emitido por el denominado *Burger-Court* —en alusión al nombre de su nuevo Presidente— fue de cinco votos contra cuatro, debiendo destacarse el hecho de que los cinco votos que optaron por la declaración de anticonstitucionalidad eran miembros del antiguo *Warren-Court*. Los casos debatidos fueron tres: *William Henry Furman v. Georgia*; *Lucious Jackson Jr. v. Georgia* y *Elmer Branch v. Texas*. El tenor de la 8.^a Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América reza como sigue: «*Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted*». La cláusula «*Nor cruel and unusual punishments inflicted*» de la octava Enmienda se declara aplicable a todos los Estados de la Unión a través de la cláusula del proceso debido con arreglo a la ley (*Due*

a favor y en contra, al igual que el de su legitimidad, no deben ser planteados en términos absolutos, examina el autor nuestra legislación penal común y especial a través de un largo período histórico para concluir adoptando una postura personal: «en circunstancias normales, soy partidario de su abolición», en base a consideraciones de dignidad humana, por la ausencia de conocimientos exactos sobre la relación que guarda con el delito y, en fin, porque en circunstancias de normalidad no puede tolerarse la aplicación masiva de la pena capital, aparte de lo enormemente poderoso y decisivo que debe ser el error judicial.

Al abordar el problema de las penas cortas de prisión, estudia como sustitutos más característicos de aquellas: la condena condicional y el perdón judicial —cuya naturaleza como sustitutivo es muy discutible—, tratando de la libertad condicional en lo relativo a la fase de la ejecución de las penas privativas de libertad; dedicando, asimismo, especial y detenido tratamiento a las reglas de aplicación de la pena previstas en el arcaico sistema de nuestro Código. El cuadro legal de las medidas de seguridad impuesto por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970 es sistematizado y examinado con rigor, rechazando el autor cualquier intento de admisibilidad en el Derecho penal de las medidas pre-delictuales y dejando, en suma, con ingenio y razones más que suficientes, muy mal parada a la referida normativa.

Por último, sendos capítulos concernientes a la responsabilidad civil dimanante del delito y a las medidas reparatorias impuestas en base a la misma, como también a las costas procesales, concluyen el Tratado, cuya sistemática, erudición, replanteamiento de nuevos problemas sobre temas que parecían ya agotados y sobre cuestiones no tratadas o, a lo sumo, simplemente glosadas, al igual que el enorme aparato bibliográfico que contiene —de una utilidad innegable para el estudioso del Derecho penal— y el esfuerzo realizado por el autor para dar a su obra una metódica y orientación esencialmente pedagógicas, son todos ellos méritos innegables que avalan la bondad del mismo y le erigen en un instrumento de estudio y consulta imprescindible no sólo para el alumno que pasa por nuestras aulas, sino también para los profesionales y estudiosos del Derecho penal.

PEDRO-LUIS YÁÑEZ ROMÁN.

Process Clause) contenida en la Enmienda 14.^a, según se ha declarado por el Tribunal Supremo en los casos *Robinson v. California*, 370 U. S. (1962), 660 ss.; *Gideon v. Wainwright*, 372 U. S. (1963), 335 ss., 342 y *Powell v. Texas*, 392 U. S. (1968), 514 ss. La sentencia de 28 de junio de 1972 que, en virtud de la regla judicial «*stare decisis*», impide la imposición de la pena capital por cualquier tribunal inferior al Tribunal Supremo, en tanto éste no cambie esa doctrina, no ha supuesto, en contra de lo que pudiera parecer, derogación alguna de estatutos o normas legales en vigor, ni la «abolición» de leyes que fijan la pena capital.

RODRIGUEZ FLORES, María Inmaculada: «El perdón real en Castilla (siglos XIII-XVIII)». Universidad de Salamanca, 1971; 280 págs.

Los estudios históricos de Derecho penal han sido tradicionalmente descuidados en nuestro país; a la escasez de monografías especializadas se une el hecho de que la parte histórica es habitualmente la menos cuidada en los tratados y manuales de la asignatura, con muy pocas excepciones. Por ello, los penalistas españoles han recibido con tanto aplauso aportaciones de los historiadores del Derecho como las de los profesores Orlandis y Tomás Valiente, entre otros pocos más. Ahora debe sumarse a ese reducido elenco el libro de la profesora Rodríguez Flores, que, bajo la dirección de Tomás Valiente, constituyó su tesis doctoral.

Las fechas entre las que se estudia el tema del perdón real no han sido elegidas al azar. La investigación toma como punto de partida el reinado de Alfonso X por ser «el monarca castellano con el que aparecen los primeros síntomas de lo que después sería el Estado en el sentido moderno del término», y finaliza con el siglo XVIII, a las puertas del Estado constitucional. Durante todo ese período los poderes del Monarca gozan de una intensa solidez, y asistimos a la consagración del absolutismo real, para el que resulta indiscutible la facultad de atar y desatar. Entre los siglos XIII al XVIII el poder de perdonar las penas impuestas por los tribunales se defiende y practica en el marco de unas coordenadas prácticamente inmutables, razón por la que el presente estudio no es evolutivo, sino sistemático. Las fuentes principales han sido la legislación real y la de Cortes, las crónicas, la literatura jurídica y los documentos procesales de la época.

La obra se divide en tres grandes capítulos: Caracteres generales, procedimiento y requisitos, eficacia del perdón.

a) *Caracteres generales.* El perdón es «el acto emanado del poder real como atributo del mismo y su plasmación es un acto penal por el que el reo beneficiado se ve libre de la pena que debiera merecer por su delito». Son notas integrantes del concepto: todo perdón presupone delito, es un atributo exclusivo del Poder, es un acto de gracia voluntario y discrecional, y el interesado no puede exigir su concesión. Tiene a veces un claro sentido moral (acto de justicia, de equidad, de misericordia), pero en ocasiones prevalece en su otorgamiento un criterio político (conservar la paz, evitar males mayores). Reviste, *lato sensu*, el carácter de privilegio, al consistir en «la exención del cumplimiento de una ley, como concesión graciosa», y precisamente de una ley penal.

El lenguaje es generoso en términos alusivos a esta institución: remisión, indulto, perdón, condonación, gracia, restitución, abolición, indulgencia, conmutación, mitigación, composición, *placet*, amnistía, habilitación. La profesora Rodríguez Flores penetra en el sentido específico y en los matices diferenciales de cada una de esas figuras respecto de las demás. Esto nos lleva al tema de la clasificación de los perdones. Por el número de beneficiarios, cabe distinguir los generales y los particulares, comprendiendo entre los primeros los universales, los colectivos y los de Viernes Santo, que en realidad eran «la acumulación ocasional en esa fecha de cierto número de