

Séame permitido explicarme con alguna mayor claridad. Nuestra Legislación criminal deja abierta la *construcción científica*, y no podrá, á nuestro parecer, obrar jamás de otra manera. Aun cuando el Código penal defina la tentativa como el principio de ejecución, el asesinato como un homicidio cometido con premeditación y reflexión, la Ciencia deberá esforzarse siempre en fijar las nociones de la tentativa y del asesinato; la misma tarea atañe, sea dicho de pasada, á toda jurisdicción que no sea ejercida como un oficio. Es evidente que sucede exactamente lo mismo con todas las nociones del Derecho Penal, y de un modo muy especial con los caracteres que constituyen la noción general del crimen. Para no alargar demasiado estas indicaciones, me limitaré á este último punto.

Si afirmo que en virtud de las investigaciones de la Legislación comparada la teoría general del crimen se perfeccionará, no solo en relación á la cantidad, sino también por lo que respecta á la cualidad, desde luego preveo la objeción que podrá dirigirseme. Se dirá que el concepto de la intención criminal, por ejemplo, no puede ser obtenido sino por el Derecho *nacional* de cada país y su desarrollo histórico, y que, por consecuencia, la cuestión de saber si el conocimiento de la ilegalidad es uno de los elementos del concepto de la intención, no puede ser resuelto sino por el método «histórico-dogmático», es decir, que no podría serlo en Derecho alemán sino por el Derecho alemán, jamás por el Derecho francés ó inglés.

Dos razones opondré á esta objeción, que es muy frecuente. En primer término, diré que la reflexión histórica nos conduce directamente á relaciones internacionales recíprocas. Se puede citar á Julio Clarus en las investigaciones estrictamente históricas sobre el Derecho Penal alemán; y si el español Covarrubias no ha sido apreciado en la medida á que le hacía acreedor su mérito, á pesar de la influencia predominante que ejerció sobre Carpzov, explícate esto únicamente porque estas relaciones, como muchas otras, han pasado inadvertidas, hasta hoy, á los adeptos de la Escuela histórica. A este propósito se impone, en mi concepto, la idea de que el desenvolvimiento de la noción de la intención criminal, tal como se ha producido en Italia desde Julio Clarus, en España desde Covarrubias, hasta nuestros días, podría proporcionarnos elementos preciosos para el Derecho alemán, que ha sufrido de una manera esencial el influjo de esos dos escritores, y se ha desarrollado en

condiciones análogas; y que por lo tanto, una consideración «histórica» que crea poder prescindir de semejante estudio de Legislación comparada, debe estimarse como «no histórica». Desde el momento en que un Estado da á otro su Código penal completo, como lo ha verificado Prusia en 1851, ¿podrá negarse el importante influjo que aquel Estado ejerce en la ciencia del Derecho Penal y en la jurisprudencia del segundo, aun cuando nos coloquemos en el punto de vista extremo de la Escuela histórica? No dirijo cargo alguno; me limito á consignar el hecho irrefutable de que, en el siglo XIX, el conocimiento científico del Derecho nacional dependió, como nunca, de las investigaciones comparativas.

Más fundamental es aún lo que tengo que contestar en segundo término. Limitándome al Derecho Penal, diré que el método histórico-dogmático nos abandona con frecuencia. Se me antoja que constituye un empeño de infantil candidez seguir aquel método para intentar la determinación de las relaciones entre los delitos perpetrados por omisión y por comisión. Porque, abstracción hecha de la circunstancia que únicamente puede procurar la práctica judicial presentando las aclaraciones auténticas sobre la interpretación dada á las leyes en una época determinada — cuya fuente se agota incesantemente por el transcurso del tiempo, habiendo menos esperanza de conocerla á medida que más nos remontamos en el pasado de nuestro Derecho — aquel método actúa sobre una base histórica falsa, á saber: que las Legislaciones nacionales anteriores han partido de una idea preconcebida de los delitos perpetrados por omisión, en relación con los ejecutados por comisión. Ni aquellas Legislaciones ni las más recientes han sido dictadas de esta suerte. Dudo que nadie se atreva á sostener lo contrario.

En vista de lo dicho, formulo la siguiente proposición: *Toda la doctrina general del delito, EN SUS ELEMENTOS FUNDAMENTALES, puede y debe ser edificada independientemente del Derecho vigente.* Qué es lo que constituye una acción para el Derecho criminal; cuáles son las circunstancias que hacen desaparecer su ilegalidad; cómo deben ser definidas las nociones de la imputabilidad, de la intención, de la negligencia, etc., etc. — todo esto nos lo dan á conocer las leyes civiles y penales en una pequeña parte, ora expresa, ora tácitamente. — Y el dogmatismo que se negara á acudir á otras fuentes de conocimiento, se vería pronto obligado á renunciar á su orgullo doctrinario. Las más

importantes y notables sentencias del Tribunal Supremo del imperio alemán acerca de la tentativa imposible, la complicidad, la noción de la causalidad, han sido dictadas *praeter legem*. ¿Y los trabajos científicos de los colegas *dogmáticos*? ¿De dónde han sacado las mejores enseñanzas que les debemos sino es de los Códigos?

De desear es que desaparezcan las malas inteligencias en esto. La Ley nacional nos dirá cuándo y cómo deben ser penados la tentativa y hasta la preparación del delito; pero corresponde á la Ciencia inquirir y desarrollar las nociones de la tentativa y del acto preparatorio. Sólo los conceptos descubiertos por la Ciencia, y, por consiguiente, puestos en la corriente vivificadora de las discusiones científicas, son capaces de impedir la enervación de la jurisdicción, lo cual acontecería irremediabilmente si la Legislación llegase en algún tiempo á formular sin vacíos la teoría del delito.

La ciencia del Derecho Penal, considerada en este sentido, es decir: la explicación de los caracteres generales del concepto del delito, es necesariamente internacional. La noción de la responsabilidad penal es idéntica en Francia y en Suecia, aun cuando los límites del discernimiento sean diferentes en uno y en otro de ambos países. La distinción entre ocasionar y causar (*occidere et mortis causam praebere*), no pierde su valor científico, porque, según el derecho alemán, la circunstancia de ocasionar meramente, haga responsable de las consecuencias. La idea de la provocación y de la participación principal, reside en su quinta esencia, independientemente de cualquiera forma de Derecho primitivo. ¿Y quién se atreverá á sostener que todas las actividades psíquicas, cuyo análisis es indispensable para el criminalista, que las nociones de la voluntad, de la premeditación, de la resolución, de la reflexión, etc., son nacionales inglesas ó específicamente portuguesas?

Quien conozca, aun cuando sea de un modo superficial, la literatura del Derecho Penal de los países civilizados, sabe cuánto puede aprender siempre un país de otro, sobre todo, en este terreno. La ciencia del Derecho criminal inglés, alemán, francés, como todas las otras, van por sendas diferentes. Cada una tiene sus lados fuertes y sus lados débiles; cada una tiene sus defectos y sus excelencias. En todas partes hallamos junto á tierras bien laboradas, otras cuyo cultivo es reciente; la una se distingue por su carácter práctico; la otra por la profundidad de sus ideas; aquí se conservan fielmente las tradiciones

y se cultivan; allí sin miramiento alguno y con los alientos de la juventud, se abrazan los más audaces progresos; acá se utilizan los resultados de las ciencias naturales, en provecho de la jurisprudencia; más allá en cambio se ponen á contribución, para las investigaciones del Derecho criminal, las enseñanzas del criticismo filosófico. Por todas partes se advierte vida propia, fuerza arrolladora, una lucha sin reposo para descubrir la verdad y una sed inextinguible de saber. Pero faltan la influencia y la fecundación recíprocas. Si todas estas corrientes pudieran ser llevadas por un mismo cauce, si toda esta poderosa fuerza pudiera ser concentrada, si el entusiasmo en el trabajo y el celo por la Ciencia que imperan en los diversos países pudieran ser impulsados hacia un trabajo común de noble emulación ¿no tomaría nuestra Ciencia un vuelo poderoso, desconocido hasta el presente? Esta unión es posible. Es verdad que en este caso la *Legislación comparada*, iría más allá de lo que su mismo nombre indica. Habría que juntar ó unir á los códigos penales la ciencia y la jurisprudencia de los diversos países, formando una unidad superior. UNA CIENCIA DEL DERECHO CRIMINAL UNIVERSAL, SACADA DE TODOS LOS DERECHOS PARTICULARES PERO SUPERIOR Á TODOS ESTOS, he ahí cuál será la segunda y suprema tarea que deberá constituir el objeto de los estudios de los ulteriores volúmenes.

VI

En cuanto precede, me he limitado á expresar mi personal manera de ver, ignorando si mis amigos se hallarán de acuerdo con ella. Sería aún prematuro fijar definitivamente y en detalle, el plan para la continuación de nuestra obra; mas, por esta misma razón, no podré ser calificado de inmodesto, si deduzco las consecuencias de este punto de vista respecto de nuestro trabajo.

La *parte general* de nuestra exposición comparativa comprenderá, según mi parecer, *tres Secciones*:

En la primera se examinarán las *fuentes del Derecho Penal*: la ley y su fuerza obligatoria en relación al tiempo, lugar y á las personas.

Seguirá la segunda Sección, que es la más difícil: la teoría del delito, los elementos objetivos y subjetivos de la infracción. A mi modo

de ver, es absolutamente necesario confiar esta Sección á un solo colaborador. Ante la conexión íntima que en su conjunto tienen las cuestiones de detalle, corre riesgo de desvanecerse la unidad de miras, si las diferentes Secciones se redactan por personas que tengan criterios divergentes en cuanto á los principios fundamentales. Sin embargo, conviene, en mi sentir, establecer ante todo la teoría del delito de un modo uniforme. No ignoro que el primer ensayo de semejante construcción adolecerá de defectos y de imperfecciones graves, siendo hasta posible que se frustre por completo; pero el ensayo menos feliz, será más provechoso para nuestra Ciencia que la yuxtaposición de tratados aislados, por muy preciosos que sean, si no tienen entre sí cohesión alguna. El peso que echamos sobre las espaldas de un solo hombre es inmenso, mas puede ser aligerado en gran manera proporcionándole determinados auxilios.

La tercera Sección está reservada para la *teoría de la pena*: concepto, sistema, graduación y exclusión de la pena. Esta materia quizá pueda ser distribuída entre varios.

Para la parte general, se han reservado dos volúmenes de cincuenta pliegos de impresión, calculándose que bastarán sesenta pliegos, y que el resto quedará para la parte especial. Nuestros colaboradores se consagrarán, no á suministrar abundantes detalles, sino á esclarecer los puntos de vista cardinales, y sólo de esta suerte tendrán prenda segura que les garantice el reconocimiento de sus lectores. La segunda Sección versará, pues principalmente, sobre la dogmática del Derecho, mientras la política criminal será el asunto capital de la tercera Sección.

La materia de la *parte especial*, consistirá en la *exposición de los delitos en particular y de sus penas correspondientes*. Se podrá ampliar la división del trabajo, y conseguir una ejecución individual, ó, cuando menos, dividida en varias secciones, en cuanto la redacción elabore un sistema completo, determine los detalles, fije los puntos de vista más notables, y ponga simultáneamente á disposición de los colaboradores el material legislativo.

Este trabajo presenta dificultades muy serias, pero no insuperables.

He aquí ahora los puntos más importantes que solo puedo indicar muy brevemente:

1.º La exposición de la parte especial del Derecho Penal, presentará en primer término una imagen *completa* de los *intereses* que los di-

versos Códigos protegen contra los delitos. A este fin, todas las infracciones criminales, sin distinción alguna, penadas por las leyes de los diversos pueblos, deben ser examinadas desde el punto de vista del interés que la pena ampara. Al lado de la vida, de la libertad, de la honra, de la propiedad y de otros derechos de los particulares, están colocados los intereses de la comunidad, y todos se condensan en una sola teoría, que debe necesariamente ser mucho más completa é instructiva que todos los sistemas de Derecho nacional. La redacción deberá procurar que este sistema tenga una gran elasticidad, á fin de que pueda adaptarse á la concepción de los diferentes derechos sobre el mismo grupo de delitos (basta por ejemplo, recordar los llamados delitos contra la religión).

2.º Se completará el sistema, calificando y comparando los varios delitos pertenecientes al mismo grupo, los cuales no constituyen, en definitiva, sino especies de atentados contrarios al legítimo interés protegido por la pena. Mediante esta operación se agruparán los delitos graves y los delitos menos graves con el delito ordinario, con lo que fácilmente se advertirá la utilidad práctica que para la Legislación tienen la calificación y comparación antes expresadas. El ensayo *Sobre los homicidios*, escrito por el Dr. Rosenfeld, que conocen sin duda casi todos mis lectores, ó que, en caso contrario, el editor alemán se apresurará á facilitarles, podrá servir de explicación á lo que precede.

3.º Los grados de la pena, sólo han de ser considerados en cuanto revelen la apreciación jurídica del hecho.

4.º Por ahora y en razón de motivos completamente estrínsecos, no se tratará de la Legislación penal especial (leyes penales militares, delitos marítimos, etc., etc.). Las ideas admitidas en los países que están á la cabeza del progreso, serán las predominantes en lo que se refiere á la definición de esta materia, variable de suyo. No se renuncia, sin embargo, en absoluto, á abarcar más adelante en nuestro trabajo ese grupo tan ámplio é importante en la práctica.

Tal es mi plan. Ninguno de nosotros puede hoy asegurar que tendrá la felicidad de poder ejecutarlo. No depende de nuestra voluntad el éxito exterior de la obra. Si los numerosos cultivadores de la ciencia del Derecho penal comparado de los diversos pueblos nos apoyan eficaz-

mente, nos será fácil encontrar en un plazo próximo el número indispensable de suscriptores á todo el libro. Esperamos que esta cuestión previa tendrá una solución favorable. Por mi parte, puedo afirmar que venceremos toda otra dificultad, desde el momento en que estén cubiertos los gastos de publicación, de cualquiera de las dos ediciones. No obstante el considerable sacrificio que tendrán que hacer nuestros colaboradores, contamos con ellos. Abrigo esta convicción, que á la vez eleva y conforta mi ánimo, fundándome para ello, en las experiencias recogidas al redactar el primer volumen. Y si por acaso las fuerzas nos abandonaran, otros proseguirán nuestros trabajos. La Ciencia del Derecho penal ha tomado recientemente rapidísimo vuelo, porque sus representantes no se inspiran en móviles pequeños y fugaces, sino que tienen su aspiración muy alta; cada uno de nosotros, apoyado sobre las espaldas de sus predecesores, trabaja para lo porvenir. En todo caso, podríamos confiadamente transmitir á las jóvenes generaciones el trabajo que no pudiésemos terminar: para nuestra Ciencia, la era de los epigones no se divisa ni aun en lontananza.

DR. VON LISZT.

SUMARIO

I

LA PENÍNSULA IBÉRICA

1. ESPAÑA

POR

ERNEST ROSENFELD

Doctor en Derecho. Halle.

2. PORTUGAL

POR

J. J. TAVARES DE MEDEIROS

Abogado en Lisboa.