

Las normas Penales de las Modernas Constituciones

POR EUGENIO CUELLO CALÓN

Uno de los más notables penalistas españoles contemporáneos. Antiguo profesor de la Universidad de Barcelona, ahora enseña en la Central de Madrid. Autor de un conocido tratado de "Derecho Penal", y de un manual de "Derecho español". Ha publicado además: "La protección penal del cheque", "El delito de abandono de familia o de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar", "Desarrollo de la legislación penal a partir de 1936", "El nuevo Derecho penal juvenil europeo y el tratamiento de los jóvenes delincuentes en España", "Penología", "El Derecho penal de Rusia soviética", "Cuestiones penales relativas al aborto", Dirige actualmente el "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales".

Las primeras normas penales, las más antiguas conocidas, entre las que más tarde fueron acogidas en las constituciones políticas, es cosa bien sabida, son de origen inglés. La más remota, la célebre "Magna Charta" del rey Juan sin Tierra de 1215, contiene el más lejano precedente del principio de la legalidad penal: "*Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur aut dissaisiatur aut ut legatur aut exuletur aut aliquo modo destruatur nec super eum ibimus nec super eum mittemus nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*". Es este el más antiguo antecedente de la máxima, intangible y venerada, "nulla poena sine lege" (1). Siglos después, el "Bill de derechos" de 1689 en su

(1) En época no mucho más tardía hallamos en España, en nuestros Ordenamientos de Cortes, frecuentes disposiciones de los monarcas impregnadas de un marcado sen-

párrafo 10 prohíbe se impongan "penas crueles e inusitadas" precepto que hallamos reproducido en toda su integridad en algunas constituciones recientes.

La Constitución norteamericana de 1787, dos años anterior a la famosa declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, vuelve a establecer, pero en forma más sucinta y precisa la norma de legalidad penal: "No se decretará ningún *bill of attainder* (2) ni ninguna ley *ex post facto*" (Art. 1.º, Sec. IX, 3) precepto que establece una doble garantía, que ningún hecho podrá ser castigado sino conforme a la ley y que ésta ha de ser anterior al hecho. Otras dos importantes garantías penales, sin contar las abundantes garantías procesales (arts. 5.º y 6.º), se hallan en las enmiendas a la Constitución aprobadas y ratificadas en 1791: "Nadie podrá ser sometido por un mismo hecho a un segundo juicio que pueda ocasionarle pérdida de la vida o de alguno de sus miembros" (art. 5.º), disposición que en su esencia ha sido recogida en novísimas constituciones de esta postguerra; y otra garantía procedente del "Bill de derechos" inglés: "No se podrá imponer castigos crueles ni inusitados" (art. 8.º).

Muy limitado, y posiblemente nulo, fué el influjo que estas garantías de la persona de origen anglo-sajón ejercieron en el ámbito penal del constitucionalismo europeo de la anteguerra, las normas penales de las constituciones del viejo Continente vienen de fuentes europeas, proceden derechamente de la reforma penal iniciada por César Beccaria y consolidada luego por la Revolución francesa. El arrollador movimiento que aquél desencadenó, como es de todos conocido, tenía dos aspectos fundamentales: la humanización de la justicia criminal, que significaba el abandono de la bárbara penalidad del "Antiguo Régimen", la supresión de la pena de muerte agravada con crudelísimos tormentos, de las mutilaciones, de las penas infamantes, de las trascendentales, la abolición de la tortura, etc. y su sustitución por penas más suaves y mitigadas; era el otro el establecimiento de garantías de la persona, el establecimiento de un derecho cierto que protegiese su seguridad y su libertad, que arrancase al indi-

tido de legalidad, que prohíben y castigan matar, lisiar, ni tomar cosa alguna a los malhechores, hasta que no sean oídos y juzgados, conforme a la ley; en los Ordenamientos de las Cortes de Valladolid de 1293, de las Cortes de Burgos de 1301, de las Cortes de Medina de 1303, etc.

(2) Acto por el cual el Parlamento constituido en tribunal imponía pena de muerte u otra de menor gravedad a los culpables de traición o de "felony".

viduo del espantoso arbitrio judicial que entonces dominaba en el derecho punitivo. Nadie como Montesquieu (3) propugnó con tan claras razones ni con tan noble vehemencia la consignación de la garantía penal.

Ambos aspectos básicos fueron acogidos en la "Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano" (1789), ley fundamental, aún hoy incorporada a la vigente Constitución francesa (4), y así formulados: "la ley no tiene el derecho de prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad"; "la ley no puede establecer más que las penas estrictamente necesarias"; "nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley anterior al delito y legalmente aplicada". Aquí se establecen principios fundamentales del derecho penal que rigen todavía con fuerte arraigo en la mayoría de los países, un régimen penal moderado, el estrictamente necesario para el mantenimiento del orden en la vida colectiva, y garantías jurídicas que aseguren a todos no ser castigados más que por los hechos que la ley define como delitos y con las penas por ella establecidas (*nullum crimen nulla poena sine praevia lege*).

Estos principios constituyen el núcleo principal de las normas penales contenidas en las constituciones políticas de la anteguerra. La legalidad penal, como derecho del ciudadano, se halla en la vigente vieja Constitución noruega (1814) que proclama conjuntas con esta garantía, la garantía procesal, (5) y la irretroactividad de la ley (6); en la hoy derogada Constitución argentina (1853) en la que fundida con garantías procesales se exigía la existencia de una ley anterior al hecho castigado (7); en la mejicana (1917), que destaca la irretroactividad penal y la aplicación de la ley por analogía (8); en la alemana de Weimar

(3) En su *Esprit des lois* (1748), Lib. VI, Cap. LII; Lib. XI, cap. V; Lib. XII, cap. II. Vid. Jean Graven, *Montesquieu et le Droit pénal en Rev. de Science criminelle et de Droit Pénal comparé*, 1949, pág. 461 y siguientes.

(4) La Constitución francesa de 29 septiembre de 1946 declara en su preámbulo: "Reafirma (el pueblo francés) solemnemente los derechos y libertades del hombre y del ciudadano consagrados por la declaración de Derechos de 1789 y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República".

(5) Art. 96. "Nadie será condenado sino conforme a la ley, ni será castigado sino conforme a sentencia judicial. No podrá tener lugar interrogatorio mediante tortura".

(6) Art. 97. "Ninguna ley tendrá efecto retroactivo".

(7) Art. 18. "Ningún habitante de la Nación argentina puede ser penado sin juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso....".

(8) Art. 14. "A ninguna ley se dará efecto retroactivo, en perjuicio de persona alguna. En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer por simple

(1919) (9); en la peruana (1920) también unida a la garantía procesal (10); en la checoslovaca (1920) (11); en la polaca (1921) (12); en la yugoeslava (1921) (13); en la abrogada constitución republicana española (1931) (14).

El sentido de humanización del derecho penal, en el curso de este siglo y en especial, en la época de la anteguerra, había realizado grandes progresos, la intensificación en algunos países de la campaña contra la pena de muerte y las penas corporales, si bien en otros—en particular para la represión de gravísimos hechos de subversión social o política—fué restablecida la pena capital, la aspiración correccional como fin de la pena que se afirma con creciente firmeza, los regímenes para la ejecución de las penas de privación de libertad pierden en gran parte su dureza y se hacen más suaves, ganan terreno las instituciones que tienden a evitar o acortar las penas de prisión, como la condena condicional, la libertad vigilada, la libertad condicional; en una palabra la penalidad en general, salvo casos excepcionales de rigor determinados por especiales circunstancias, se mitiga considerablemente. Este sentido de moderación penal se refleja también en las constituciones políticas. La del Uruguay (1917) suprime la pena de muerte (15), la mejicana, prohíbe su aplicación a los delitos políticos y la reserva para algunas infracciones de suma gravedad (16); la misma constitución prohíbe también las penas bárbaras y crueles (17); la peruana suprime las penas

analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate”.

(9) Art. 116. “No podrá penarse ningún hecho que las leyes no hubiesen declarado punible con anterioridad a su perpetración”.

(10) Art. 26. “Nadie podrá ser condenado sino conforme a las leyes preexistentes al hecho imputable y por los jueces que las leyes establezcan”.

(11) Art. 111. “No se puede amenazar a nadie con pena o aplicársela, como la ley no lo autorice”.

(12) Art. 98. “La persecución y castigo de un ciudadano no tendría lugar sino en virtud de una disposición legal con fuerza obligatoria”.

(13) Art. 79. “Sólo a la ley corresponde establecer la pena y no puede ésta aplicarse sino a hechos que hubiesen sido previstos por ella anteriormente, como merecedores de la misma”.

(14) Art. 28. “Sólo se castigarán los hechos declarados punibles por ley anterior a su perpetración”.

(15) Art. 163. “A nadie se aplicará la pena de muerte”.

(16) Art. 22. Este artículo autoriza su imposición sólo en los casos de traición, parricidio, homicidio aleroso, con premeditación y ventaja, para el incendiario, el plaguario, el salteador de caminos, piratas y reos de graves delitos militares.

(17) Art. 22. “Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales”.

infamantes (18); la chilena, el tormento y la confiscación de bienes (19). Asimismo declaran la humanidad en el trato carcelario, ya consignada en la vieja constitución argentina, hoy derogada (20), las de Uruguay (21) y Perú (22).

Normas relativas a la extradición, abundantes en las constituciones de la postguerra, apenas se hallan en las anteriores de la actual centuria, solamente en la alemana de Weimar, que prohíbe la extradición del ciudadano (23), y en la mejicana que preceptúa la no celebración de tratados para la extradición de reos políticos (24), criterios ambos muy arraigados en la doctrina y en los tratados de extradición; más audaz la constitución republicana española de 1931 (art. 30), prohibió suscribir convenios o tratados que tuvieran por objeto la extradición de delincuentes político-sociales, extensa norma acogida en ninguna otra constitución, aunque si en algún código penal de Hispanoamérica (25). También en materia afín a la extradición, en la referente al derecho de asilo, que en la postguerra alcanzara gran arraigo en las constituciones, Rusia, en la suya vigente (1936), inicia su reconocimiento con una fórmula más tarde imitada por las constituciones vigentes de tipo comunista (26).

Para terminar esta exposición de las normas penales de las constituciones de anteguerra, he de citar el interesante y cándido precepto de la Constitución chilena que establece el deber de indemnizar por los perjuicios sufridos a favor de los absueltos, por sentencia absolutoria (27).

(18) Art. 27. "La ley no podrá establecer tormentos, castigos, ni penas infamantes".

(19) Art. 18.

(20) Art. 18. "Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no castigo de los detenidos y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al Juez que la autorice".

(21) Art. 163. "En ningún caso se permitirá que las cárceles sirvan para mortificar y si sólo para asegurar a los procesados y penados".

(22) Art. 27. "Las cárceles son lugares de seguridad y no de castigo. Está prohibida toda severidad que no sea necesaria para la custodia de los presos".

(23) Art. 112. "Ningún alemán podrá ser entregado a un gobierno extranjero, para ser enjuiciado o castigado".

(24) Art. 15.

(25) En el art. 9º del Código penal colombiano.

(26) En su art. 129 se establece el asilo "a favor de los extranjeros perseguidos por la defensa de los intereses de los trabajadores, por su actividad científica o por la lucha de liberación nacional".

(27) Art. 20. "Todo individuo en favor de quien se dictare sentencia absolutoria y se sobreseyese definitivamente, tendrá derecho a indemnización, en la forma que determine la ley, por los perjuicios efectivos o meramente morales que hubiere sufrido injustamente".

Apenas terminada la última guerra mundial, se originan mudanzas, en particular en el derecho penal europeo. El derecho de inspiración autoritaria desaparece por completo en Alemania por disposiciones del Consejo aliado de control, que purgan su Código y sus leyes penales de todo precepto de espíritu nacional socialista y restablecen el principio de legalidad; en Italia el Código penal de 1930, subsiste con alguna reforma pero se inicia la preparación de un nuevo Código inspirado en las actuales orientaciones políticas del país. Más el derecho criminal totalitario, sigue imperando en Rusia.

En la Europa occidental, en gran parte como reacción contra los excesos de los regímenes autoritarios en el campo penal, y en parte no pequeña por ser la ideología de los países vencedores, resurge con vigor extraordinario el sentido liberal-democrático, que ya en la anteguerra predominaba en importante número de países europeos. El tono penal humanitario se acentúa notablemente, resurge la campaña contra la pena de muerte, la pena corporal, los azotes, que en Europa solamente se mantenían en Inglaterra, es suprimido por el *Criminal Justice Act* de 1948, aún cuando todavía perdura como medio de disciplina en las prisiones; la aspiración a la forma del delincuente como principal finalidad de la pena (prevención especial) arraiga con mayor firmeza; el régimen de ejecución de las penas de privación de libertad se mitiga; el aislamiento celular completo desaparece; se propugna el régimen de las llamadas "prisiones abiertas"; se postula la concesión a los reclusos de permisos periódicos de salida para visitar a sus familiares; aumenta la enemiga contra las penas de prisión de corta duración, etc. etc. Y este trato benévolo se defiende y establece en momentos angustiosos de una criminalidad desbordante; por esto no ha faltado quien dé la voz de alarma y diga: atención, humanización no es envenenamiento de las penas, no es posible que la pena deje de ser temida para ser deseada; el Derecho penal debe continuar siendo el mismo, "derecho penal" y no "derecho premial". (28).

(28) Bettiol, *Sull'umanizzazione del diritto penale* en *Rivista italiana de Diritto penale*, 1949, pág. 1 y sigts. También en Alemania cuya criminalidad alcanza elevadas cifras, se ha protestado recientemente contra la suavidad, que como reacción contra los excesos de la época hitleriana, emplean los tribunales de Justicia, mitigación, tanto más peligrosa, cuanto que no tiene por base claros motivos de política criminal, sino, principalmente, una intrínseca inseguridad sobre el sentido y finalidad de la pena. Ernesto Heinitz, *Strafzumessung und Persönlichkeit* en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1950, pág. 60.

Más no es sólo la humanización uno de los más salientes caracteres de estos tiempos de la postguerra, con igual fuerza se acentúa la tendencia a robustecer las garantías penales como parte de las garantías jurídicas de la persona. La declaración de éstas, que siempre ha tenido la jerarquía de una garantía constitucional, se acoge en todas las recientes constituciones políticas, donde con frecuencia se entrelazan con las garantías personales, en la italiana (1947) que extiende el principio de legalidad no sólo a las penas sino también a la sumisión a medidas de seguridad (29), en la reciente Constitución alemana de Bonn (1949) (30), así como en las constituciones particulares de los *Länder*, en la de *Baviera* (1946) (31), en la del estado Reno-Palatino (1947) (32), en la de Baden (1947) (33), en la de Wurtemberg-Hohenzollern (1947), (34); asimismo en España en el Fuero de los Españoles (1945), en el que se acoge la garantía penal ligada con la procesal (35). Fuera de Europa, en la Constitución del Japón (1946) (36), en la de Cuba (1940), que en realidad por su fecha no puede ser denominada constitución de postguerra, conjuntamente con la garantía procesal (37), en la Argentina (1949) (38), por el contrario la Constitución brasileña (1946) que contiene abundantes normas penales, silencia la garantía de legali-

(29) Art. 25. "Nadie será castigado sino en virtud de una ley entrada en vigor antes del hecho cometido. Nadie será sometido a medidas de seguridad, sino en los casos previstos por la ley".

(30) Art. 103, párrafo, 2º. "Un hecho sólo será castigado cuando su punibilidad se halle establecida por una ley anterior al hecho cometido".

(31) Art. 104.1. "Ningún hecho será castigado a menos que su carácter delictuoso haya sido definido por la ley antes de la comisión del hecho".

(32) Art. 6º. "No se impondrá pena que no estuviere prevista por ley en vigor en el momento de la comisión del hecho sancionable".

(33) Art. 116. "No se impondrán penas sino en virtud de leyes aplicables en el momento de la ejecución del delito, que prevean dichas penas, salvo en el caso de que la ley posterior fuese más favorable que la aplicable en el momento de la ejecución del delito".

(34) Art. 17. 1º "No se impondrá pena sino en virtud de leyes en vigor en el momento de la comisión del hecho".

(35) Art. 19. "Nadie podrá ser condenado sino en virtud de ley anterior al delito, mediante sentencia de Tribunal competente y previa audiencia y defensa del interesado".

(36) Art. 39. "Nadie podrá ser considerado culpable ante la ley por un acto que era lícito en la época de su comisión". Su art. 31 establece que "nadie podrá ser privado de la vida o de la libertad, ni podrá imponerse ninguna otra medida penal sino es conforme al procedimiento establecido por la ley".

(37) Art. 28. "Nadie será procesado ni condenado, sino por juez o tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y con las formalidades y garantías que éstas establezcan".

(38) Art. 29. "Ningún habitante de la Nación, puede ser penado, sin juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso....".

dad. Filipinas (1946) reproduciendo casi literalmente el precepto de la Constitución norteamericana de 1787, establece que no se instituirá ninguna ley *ni bill of attainder*, después del hecho (39). Hasta en países cuya legislación está profundamente influida por la rusa, país en cuya constitución no se establece el principio de legalidad y cuyo Código penal, manifiesta un completo desvío del mismo, se establece aquella garantía; así aparece en la Constitución yugoeslava (1946), fuertemente trabada con la procesal (40), en la búlgara (1947) (41) y en la rumana (1948) también unido a la procesal (42), en la checoslovaca (1948) destaca principalmente el aspecto procesal (43).

Como consecuencia inmediata del principio de legalidad penal, pues si a las leyes se les diere efecto retroactivo, dicho principio sería ilusorio, en algunas de las recientes constituciones se afirma la retroactividad penal, en el estado alemán de Hesse-Nassau (44), en la Constitución japonesa (1946), (45) y en Bolivia (1947), que la otorga el carácter de una garantía ciudadana (46).

Un principio, que también constituye una garantía de la persona, conquistada y asegurada por el movimiento reformado de fines del siglo XVIII, es el de la personalidad de la pena. Las penas colectivas, frecuentes sobre todo en la Edad media, y las llamadas "penas trascendentes" por trascender a otros miembros de la familia del penado, conculcan aquel principio. Que la pena es personal y que debe recaer solamente sobre el penado, que nadie puede ser castigado por el hecho de otro, como el principio de legalidad de la pena, son ideas secularmente arraigadas

(39) Art. III. Sec. 9ª. "No será instituída ninguna ley ni "bill of attainder" *ex post-facto*".

(40) Art. 28. "Nadie puede ser condenado por delito sin decisión del tribunal competente, pronunciada conforme a la ley que rija la competencia del tribunal y que defina la acción delictuosa".

(41) Art. 82. "Las penas no pueden ser impuestas sino en virtud de leyes existentes".

(42) Art. 30. "Nadie podrá ser condenado y ninguna pena será ejecutada sino por decisión judicial dictada conforme a ley".

(43) Cap. 1.º párrafo 1.º "Nadie será perseguido salvo en los casos en que la ley lo permita, y sólo por un tribunal o una autoridad competente, conforme a la ley y por un procedimiento legal".

(44) Art. 18. 1.º. "Las leyes no serán retroactivas a no ser que fueren más favorables al reo que las en vigor en el momento de la ejecución del hecho".

(45) Art. 39. "Nadie podrá ser considerado culpable ante la ley por un acto que era lícito en la época de su comisión".

(46) Art. 31. "Se establece la irretroactividad de la ley como garantía ciudadana".

en la conciencia jurídica de nuestro tiempo y que en verdad no precisaban de una declaración constitucional, como si se tratara de un derecho de la persona ha poco traído al acervo de sus garantías. Tan sólo el ardiente deseo de asegurar con la mayor firmeza los derechos del individuo, como reacción contra la omnipotencia estatal de los regímenes autoritarios, puede explicar su inclusión en numerosas constituciones de postguerra. Dicho principio se afirma en las constituciones de Italia (47), en las de los estados alemanes de Hesse-Nassau (48) y Baden (49) y en la del Brasil (50); también en Bulgaria, país de régimen comunista, su Constitución establece la personalidad de las penas (51).

La humanidad de las penas, otra conquista de la reforma penal de la centuria XVIII tan fuertemente enraizada en los ordenamientos punitivos, que mucho antes de la segunda guerra mundial ya se reputaba como adquisición definitiva e inimpugnable, vuelve a consignarse reiteradamente. "Las penas no pueden consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad" declara la Constitución italiana (52), en otras se impone el trato humanitario de los presos, en el estado alemán Hesse-Nassau (53), o se prohíben, como en Argentina, las medidas que so pretexto de su aseguramiento, conduzca a mortificarles (54). En este camino de mitigación la italiana suprime la pena de muerte (55), en Alemania la Constitución (Grundgesetz) de Bonn la declara abolida (56); en América es derogada por las constituciones del Brasil (57) y Cuba (58), Bolivia limita su aplicación

(47) Art. 27. "La responsabilidad penal es personal".

(48) Art. 18, 2. "Nadie soportará las consecuencias, ni incurrirá en responsabilidad penal por acciones u omisiones que no pueden serle imputadas personalmente".

(49) Art. 116. "Nadie será personalmente responsable de las acciones u omisiones que no puedan serle personalmente reprochadas".

(50) Art. 141, 30. "Ninguna pena trascenderá de la persona del delincuente".

(51) Art. 82. "Las penas son personales y correspondientes a los delitos".

(52) Art. 27.

(53) Art. 6, 4.º "Los presos de todas clases deben ser tratados humanamente".

(54) Art. 29. "Las cárceles serán sanas y limpias y adecuadas para la reeducación social de los detenidos en ellas, y toda medida que, a pretexto de precaución, conduzca a mortificarles más allá de lo que la seguridad exija, hará responsables al juez o funcionario que lo autorice".

(55) Art. 27. "No se admite la pena de muerte sino en los casos previstos por las leyes militares de guerra".

(56) Art. 12. "La pena de muerte queda abolida".

(57) Art. 141, 31. "No habrá pena de muerte".

(58) Art. 25. "No podrá imponerse la pena de muerte. Se exceptúan los miembros de las fuerzas armadas por delitos de carácter militar y las personas culpables de traición, o de espionaje en favor del enemigo, en tiempo de guerra con nación extranjera".

a algunos gravísimos delitos (59), en la Argentina se proclama su abolición para siempre "por causas políticas" y juntamente la de toda especie de tormentos y los azotes (60). Otras penas miradas como bárbaras o inadecuadas al espíritu del derecho moderno, algunas hace largo tiempo desaparecidas de la mayoría de las legislaciones, se declaran suprimidas, en el Brasil, el extrañamiento, la confiscación y las penas perpetuas (61), en Bolivia, se prohíbe la confiscación para los delitos políticos (62), y la de infamia y la muerte civil (63), en Cuba la confiscación (64). La Constitución filipina, en un precepto que procede en gran parte del Bill de Derechos inglés de 1689, a través de la Constitución Norteamericana de 1787, declara que no se impondrán multas excesivas ni será infligido ningún castigo cruel ni inusitado (65).

Una norma que también posee remota ascendencia, en las enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos (66), no acogida en las Constituciones de la anteguerra y que proclama una vieja máxima penal, *non bis in idem*, la hallamos en gran número de constituciones promulgadas después de la última guerra, en la de Bonn (67), en la de Baviera (68), en la de Wurtemberg-Hohenzollern (69), en la del Estado Reno-Palatino (70) y fuera de Europa, en la Constitución filipina (71).

En las constituciones de la anteguerra, el principio de la no entrega del ciudadano, reconocido en la casi totalidad de los convenios de extradición, hallábase establecido en escaso número de constituciones políticas (72), por el contrario, en las re-

(59) Art. 25. "La pena capital se aplicará únicamente en los casos de asesinato, parricidio y traición a la patria".

(60) Art. 39.

(61) Art. 41, 31.

(62) Art. 15, párrafo 1º.

(63) Art. 25.

(64) Art. 24.

(65) Art. III, Sec. 19.

(66) Art. 5º "Nadie podrá ser sometido por un mismo hecho a un segundo juicio que pueda ocasionarle pérdida de la vida o de alguno de sus miembros".

(67) Art. 103. Párrafo 3º. "Nadie puede ser castigado más de una vez, en virtud de leyes penales generales por razón de un mismo acto".

(68) Art. 104, 2º. "Nadie podrá ser condenado dos veces por el mismo delito".

(69) Art. 17, 3º. "Nadie será castigado dos veces por el mismo hecho".

(70) Art. 6º. "Nadie puede ser penado dos veces por el mismo hecho".

(71) Art. III, Sec. 20. "Nadie será castigado dos veces por el mismo hecho".

(72) Constitución belga, art. 8. También se hallaba establecida en la Constitución alemana de Weimar, art. 112, y en el Código penal 58, pero este artículo ha sido abrogado por la Ley núm. 11 de 30 de enero de 1946, del Consejo aliado de Control.

cientes se acoge con frecuencia esta norma. Actualmente está contenida en la Constitución de Bonn (73) en la del estado alemán de Hesse-Nassau (74) y en la del Brasil (75), en la de Italia, que de acuerdo con el vigente Código penal (art. 12), declara la no extradición de sus súbditos a menos que se halle prevista por acuerdos internacionales (76), análoga regulación se halla en la Constitución del estado Reno-Palatino (77). La no extradición de los delincuentes políticos, verdadero dogma del derecho extradicional acogido por los acuerdos internacionales en su gran mayoría, se consigna en las constituciones italiana (78), brasileña (79) y cubana (80). En otras la norma de la no extradición de los reos políticos reviste una nueva forma sin precedente en las constituciones de anteguerra, consistente en la declaración del derecho de asilo a favor de los extranjeros refugiados en territorio nacional mediante una fórmula que no siempre coincide con el concepto común de la no extradición por causa política. Con excepción de la alemana de Bonn (81), que reconoce el derecho de asilo para los perseguidos políticos, de las que proclaman aquel derecho, Francia lo otorga a los perseguidos por su acción en favor de la libertad (82), Italia, a los que en su país "se impida el ejercicio de las libertades democráticas" garantidas en esta Constitución (83), en Baviera a los extranjeros perseguidos con violación de los derechos fundamen-

(73) Art. 16, párrafo. "Ningún alemán será entregado al extranjero, por vía de extradición".

(74) Art. 79, 2º. "Ningún alemán será entregado a un gobierno extranjero para ser perseguido".

(75) Art. 141, 33. "No se concederá la extradición.... y en ningún caso la del brasileño".

(76) Art. 26. "Sólo se consentirá la extradición del italiano cuando esté expresamente prevista por los acuerdos internacionales".

(77) Art. 16. "Un alemán no puede ser entregado a una potencia extranjera sino en virtud de acuerdos de reciprocidad".

(78) Art. 10. "No se admite la extradición del extranjero por delitos políticos".

(79) Art. 141, 33. "No se concederá la extradición de extranjeros por crimen político o de opinión".

(80) Art. 31. "El estado no autorizará la extradición de reos políticos ni intentará extraditar a los cubanos reos de esos delitos que se refugiaren en territorio extranjero".

(81) Art. 16, párrafo 2º. "Los perseguidos políticos gozan el derecho de asilo".

(82) En el preámbulo de su Constitución declara que "todo hombre perseguido en razón de su acción en favor de la libertad, tiene derecho de asilo en los territorios de la República".

(83) Art. 10.

tales inscritos en la constitución de este país (84), fórmula también empleada por los estados de Hesse-Nassau (85) y Reno Palatino (86). Un derecho de asilo por causas idénticas o muy semejantes al reconocido el artículo 129 de la Constitución soviética de 1936, hállese también en las Constituciones de las Repúblicas populares yugoeslava (87), búlgara (88) y rumana (89).

Las normas de las modernas constituciones que acabamos de exponer son normas verdaderamente trascendentales, unas contienen las garantías primordiales de la persona, otras preceptos que establecen y aseguran un sistema punitivo humano y moderado. Aún cuando solamente las más fundamentales debieran encontrar acogida en los textos constitucionales, en algunos, no obstante, hállese normas de tipo penal quizás inadecuadas al alto rango de una ley fundamental. Tal, por ejemplo, en la Constitución cubana, cuando declara que habrá un Consejo superior de Defensa social, encargado de la ejecución de ciertas sanciones y medidas de seguridad y de la organización, dirección y administración de los establecimientos o instituciones para la prevención y represión de la criminalidad (art. 192), o cuando se preceptúa el establecimiento de tribunales de menores (art. 193), o en la Constitución del Brasil, cuando se establece que la ley regulará la individualización de la pena (art. 141, 29). La importancia política de estas materias, ha sido posiblemente valorada con exceso, y creo que en lugar de ser in-

(84) Art. 105. "Los extranjeros perseguidos en el extranjero con violación de los derechos fundamentales inscritos en la presente Constitución, y que se hayan refugiado en Baviera, no podrán ser objeto de extradición ni de expulsión".

(85) Art. 79, 39. "Los extranjeros perseguidos en el extranjero con violación de los derechos fundamentales proclamados en la presente constitución, y que se hayan refugiado en Hesse, no serán ni expulsados ni extraídos".

(86) Art. 16. "Los extranjeros gozan de protección contra la extradición y la expulsión, si perseguidos en el extranjero con violación de los derechos fundamentales establecidos en la presente Constitución, se han refugiado en el Estado Reno-Palatino".

(87) Art. 31. "En la República Federal Yugoslava, gozan derecho de asilo todos los ciudadanos extranjeros perseguidos por su actividad en favor de la democracia, de la liberación nacional, de los derechos de la clase obrera, y de la libertad de trabajo científico y cultural".

(88) Art. 84. "En la República Popular Búlgara, los extranjeros gozan del derecho de refugio cuando sean perseguidos como defensores de las ideas democráticas, de la independencia nacional, de los derechos de los trabajadores o de la libertad de la actividad científica y cultural".

(89) Art. 35. "La República Popular Rumana concede derecho de refugio, a todos los extranjeros perseguidos por su actividad democrática o por una lucha de liberación nacional o por su actividad científica o cultural".

cluidas en la ley fundamental del Estado, hallarían asiento más adecuado en disposiciones de legislación penal común.

Más volvamos a aquellas normas penales fundamentales. Tales normas representan hoy el triunfo y arraigo de los principios del Derecho penal liberal individualista, nacido de la reforma penal de fines del siglo XVIII, y difundido por los Códigos de la Revolución francesa. Pasado el momento crítico del rudo ataque que contra él lanzaron los regímenes autoritarios, sus postulados cardinales están hoy firmemente arraigados. El triunfo de las democracias y el anhelo de reaccionar contra las demasías de la política criminal autoritaria han asegurado su preponderancia.

Sin embargo, frente a estos principios de íntimo sentido liberal democrático, se alzan otros inspirados en direcciones totalmente opuestas, otras que responden a la ideología del estado autoritario. El régimen penal autoritario abolido, como ya dijimos, en Alemania y a punto de desaparecer en Italia, en Rusia, no solo se mantiene intacto e invariado, sino que en los países de organización comunista ya está prendiendo aquella ideología en el campo penal. En Rumanía, después de la transformación de este país en república popular, las leyes de 1.º de marzo de 1948, y 30 de abril de 1949, han introducido la analogía en su Código penal con arreglo al modelo soviético. En Hungría recientemente la Ley II de 1950 ha abrogado la parte general de su Código penal sustituyéndola por otra "que sirve mejor a los intereses del socialismo y a la protección de los bienes sociales", según declara su introducción. El nuevo Código, siguiendo el modelo ruso, suprime en su artículo 1.º, el principio de legalidad. También en Yugoslavia, después de su transformación en república popular federativa, se ha redactado un proyecto de la parte general de un nuevo Código, proyecto votado y aprobado el 28 de noviembre de 1947, inspirado en las ideas del penalista ruso Trajnin, calcadas naturalmente, en el derecho criminal soviético.

Pero no es solamente en los países de régimen comunista donde han aparecido preceptos penales en pugna manifiesta con las normas liberales y democráticas inscritas en las Constituciones más arriba mencionadas, en los mismos países en los que aquellas rigen en el momento presente, están en vigor disposiciones penales que conculcan por completo los principios básicos

del derecho penal liberal. Recuérdesse en los ordenamientos penales nacidos como consecuencia de la última guerra, en los Estatutos de Nuremberg y de Tokio, y en la copiosa legislación surgida en ciertos países para el castigo de los crímenes de guerra, colaboracionismo, etc., la grave infracción de los principios tradicionales, el de legalidad de las penas, el de irretroactividad de la ley penal, la infracción manifiesta del principio de la personalidad de la pena claramente vulnerado por el artículo 9.º del Estatuto de Nuremberg, que impone penas colectivas, sanciones contra las que protestó S. S. el Papa, en su radiomensaje al Mundo de 14 de diciembre de 1944 (90), principios infringidos todos ellos y no obstante acogidos como garantías jurídicas en las constituciones políticas de los mismos países que los quebrantaron. Por otra parte, mientras que en sus leyes fundamentales inscriben las normas de humanidad y la aspiración reformadora de la pena en sus ordenamientos para la supresión de los crímenes de guerra o de los hechos acaecidos con ocasión de ella, se inspiran sólo en la expiación y en la venganza. Penas crueles que repugnan al sentimiento jurídico de nuestros días, prohibidas en las recientes como en las antiguas constituciones (91), resurgen en países de tradición jurídica depurada, en Francia una serie de ordenanzas de 1944, 1945 y 1946, aplican la confiscación de todos los bienes presentes y futuros también en la Italia democrática, decretos-leyes de 1945, y 1946, en caso de muerte del acusado, aún antes de la condena, durante la persecución del hecho o durante el procedimiento, imponen aquella medida penal, en perjuicio de los herederos, inocentes que resultan penados por el hecho de otro (92). En la misma Francia, cuna y depositaria fervorosa de los principios democráticos ¿no se ha creado en la postguerra y aplicado con profusión, la llamada "degradación nacional" pena infamante, especie de muerte civil (ordenanza de 26

(90) En este radiomensaje, S. S. después de declarar que nadie piensa en desarmar a la justicia en el castigo de los que se aprovecharon de la guerra, para cometer verdaderos delitos de derecho común, a los que las supuestas necesidades de la guerra, a lo más podían ofrecer un pretexto pero nunca una justificación, añade, "pero si (la justicia) pretendiera juzgar y castigar, no singulares individuos, sino colectivamente enteras comunidades, ¿quien no podría ver en semejante procedimiento una violación de las normas que presiden todo juicio humano?"

(91) En España, esta pena ha sido declarada abolida por todas nuestras leyes fundamentales, desde la Constitución de 1812 hasta el vigente Fuero de los Españoles de 1945.

(92) Creo abolidas estas disposiciones por estar en oposición con el art. 27 de la Constitución que declara la personalidad de la pena.

de diciembre de 1944, art. 21), de íntima semejanza con la durísima "Actung", la proscripción del derecho criminal hitleriano?

Aquellas leyes y preceptos ásperos y duros son tan opuestos al espíritu del derecho penal liberal, derecho nacido de un movimiento de intensos ideales de cultura y de humanidad, derecho de la Europa Occidental, que no ha mucho se ha afirmado (93) y quizás con certeza, que los referidos ordenamientos penales de la postguerra, no pueden ser considerados como un derecho penal verdadero, sino más bien como un derecho heterogéneo que podría llamarse "derecho expiatorio".

(93) Rittler, *Das Kampf gegen das politische Verbrechen en Schweizerische Zitschrift für Strafrecht*, 1949, pág. 161.