

afirmaciones: una sobre el origen de la teoría, por lo menos acerca del origen de su nombre; otra, referente a su contenido en comparación con el de la teoría jurídica del delito. Ambas afirmaciones dan lugar a observaciones que no nos parecen carentes de interés.

1.º) El origen de la concepción normológica del D. I. Pr. ¿Reúne Szymon Rundstein condiciones para ser invocado como uno de los fundadores de la concepción normológica? (13). Creemos que no, aunque gustosamente admitimos que tal vez nos incumba parte de culpa, si otros le atribuyen tamaño título (14). Rundstein parte del concepto de la norma jurídica en general y combina con su análisis la doctrina del ruso M. Pilenko referente al volumen espacial y temporal de las normas. Desde este punto de vista afirma Rundstein que toda norma posee, además de un «quis» y un «quid», un «ubi», es decir, una determinación espacial. El sabio autor niega, pues, la existencia de una norma indirecta y la reduce a un mero elemento de la norma directa, a su determinación en el espacio. Ello quiere decir que para Rundstein el D. I. Pr. no es sino la delimitación del Derecho Privado en el espacio; y con esta tesis le escapa lo esencial de nuestra disciplina: la extraterritorialidad del Derecho Privado. Una consecuencia del ángulo visual de Rundstein es que en el problema de las calificaciones se atiene a la *lex civilis fori*, rechazando por ejemplo la doctrina de Rabel (págs. 268, 269). Por lo demás, no se ocupa nuestro autor de un análisis de la norma, sino de las diversas posibilidades formales entre las que el legislador puede escoger y las que condensa en cuatro esquemas que obedecen a las siguientes fórmulas (pág. 265): «*Suus quis, suum quid; suus quis, non suum quid; non suus quis, suum quid; non suus quis, non suum quid.*» En resumidas cuentas: Rundstein no analiza la norma indirecta por la sencilla razón de que niega su existencia, reduciéndola a una mera determinación espacial dentro de la norma directa; tampoco analiza la norma directa, sino que se contenta con la enumeración de diferentes esquemas a los que el legislador puede adaptarse. El único punto de vista desde el cual Rundstein puede figurar en la concepción normológica del D. I. Pr., consiste en su empleo de la norma jurídica general para diluir en ella lo esencial del D. I. Pr. Por lo demás recuerda la cita de Rundstein como fundador de la concepción normológica del D. I. Pr. el célebre «*lucus a non lucendo*».

La concepción normológica fué fundada con toda claridad y toda extensión en 1935 por los siguientes libros nuestros: «La consecuencia jurídica de la norma del D. I. Pr.» (Bosch, Barcelona):

(13) SZYMON RUNDSTEIN, *La théorie normative et la structure du droit international privé*, en «Revue Internationale de la théorie du droit», 1935, Ginebra, págs. 255 a 269.

(14) Invocamos su trabajo con motivo de la tesis normológica, en «Sistema y filosofía del D. I. Pr.», Bosch, Barcelona, t. I, pág. 117, nota 1.ª

y «La norma de colisión como base de la sistemática del D. I. Pr.» (Federación de Asociaciones Españolas de Estudios Internacionales, Madrid). A continuación se dan a la luz dos artículos programáticos: «La concepción normológica del D. I. Pr.» (en «Revista de la Universidad de Córdoba», Año XXIII, marzo y abril de 1936); y «La conception normologique du droit international privé» (en «Nouvelle Revue de Droit International Privé», en 1940, págs. 16 a 41). Por último, el «Sistema y filosofía del D. I. Pr.» (Bosch, Barcelona, tomo I, 1948 y tomo II, 1949), da a la doctrina una formulación exhaustiva.

2.º) La teoría general del delito y la concepción normológica del D. I. Pr.

Miaja de la Muela compara ambas elaboraciones doctrinales, y su examen comparativo arroja un saldo netamente desfavorable en contra de la concepción normológica del D. I. Pr. Y ello por dos motivos: nuestra concepción es deshumanizada y también peca de chauvinismo jurídico. Veámoslo:

a) El carácter deshumanizado de la concepción normológica del D. I. Pr.

El reproche reza del siguiente modo (págs. 416, 417): «Distinguir del concepto formal del delito notas como las de antijuricidad, tipicidad y culpabilidad, y, dentro de cada una de ellas, una serie de elementos y subelementos, es algo más que una mera lucubración de juristas teóricos. Detrás de esta investigación se encuentra un conjunto de hechos de la vida, susceptibles de llegar a los estrados de los tribunales que ejercen jurisdicción en materia criminal, en espera de una sentencia que condene o absuelva a su autor, fallo para el que ha de ser tan decisiva la posición que se adopte ante cada una de las cuestiones técnicas que constituyen la teoría jurídica del delito como la tipificación del hecho en cuestión en la parte especial del Código penal. En cambio, la construcción normológica del D. I. Pr. acentúa aún más su carácter formalista. Es susceptible también de aplicación a cada uno de los problemas particulares que integran la parte especial de la disciplina; pero, a diferencia de lo que acontece con la teoría jurídica del delito, que a cada caso concreto brinda una solución—sentencia condenatoria o absolución—, la teoría de la norma de conflicto es absolutamente impotente para ofrecer una solución de conjunto a cada cuestión sub *judice*, no permitiendo resolver más que aspectos parciales de ella. Es una construcción exclusivamente técnica, desvinculada de las necesidades humanas a las que el Derecho debe servir, con arreglo a la cual no puede llegarse nunca a una clara conclusión acerca de una capacidad de obrar discutida, de la validez o ineficacia de determinado negocio jurídico, o de la eficiencia extraterritorial de un derecho subjetivo regularmente adquirido en otro país.»

No creo que entre las dos teorías puestas en parangón exista realmente una diferencia. Ambas son generales, lo que quiere de-

cir que sólo cobran vida por medio de una configuración especial. La tipicidad y la culpabilidad requieren una especificación detallada dada en la ley penal positiva: ella nos indica lo que pertenece a la tipicidad del allanamiento de morada, y ella enumera igualmente las particularidades de la culpabilidad (malicia, dolo, culpa, imprudencia temeraria, etc.) También hemos de acudir a la ley penal positiva a fin de hallar la pena impuesta. De análoga manera nos enseñan las normas indirectas positivas el tipo legal exacto referente a los bienes muebles y el Derecho aplicable a ellos, previsto en la consecuencia jurídica. Por el otro lado, ambas doctrinas contienen «subintelligenda» o sea requisitos que, en el supuesto del silencio de la ley, han de insertarse tácitamente en su articulado. Aunque la ley penal positiva no exigiere culpabilidad, es preciso pedirla a base de la doctrina general del delito. De análoga manera hay que exigir siempre la ausencia del fraude a la ley y de una infracción del orden público para que la norma indirecta especial pueda actuar. En esta segunda función ambas doctrinas dan lugar a resultados prácticos (15).

Tanto la teoría general del delito como la concepción normológica del D. I. Pr. poseen meramente valor ordenatorio en cuanto constituyen abstracciones de las normas especiales. No obstante, ambas doctrinas revisten auténtico valor decisorio en cuanto funcionan como «subintelligenda» de cualquier norma especial.

b) El carácter chauvinista de la concepción normológica del D. I. Pr.:

Miaja de la Muela vuelve a la carga al afirmar (págs. 417, 418): «Sobre todo, el desarrollo de la construcción normológica del D. I. Pr. ha diferido profundamente por sus resultados, de los que se ha logrado alcanzar en Derecho penal con la teoría jurídica del delito. Con ésta, la técnica se ha puesto al servicio de la vida: la tarea doctrinal se ha traducido en unas formas de realización práctica. Dentro de la teoría del conflicto de leyes, por el contrario, la depuración y perfeccionamiento de la técnica ha venido a constituir un instrumento utilizado para restringir hasta un extremo límite la posibilidad de aplicación extraterritorial de cualquier ley. Así, el reenvío aparece como un medio para que cada juez aplique su respectiva legislación material, cuando, en virtud de su propia norma de conflicto, habría sido procedente aplicar una extranjera declarada competente por aquella regla conflictual del país al que el juez pertenece. Análogamente, el problema de calificación da lugar a maravillosas disertaciones doctrinales, pletóricas de sutileza; pero en ellas el avance técnico se conjuga con la desnaturalización de los conceptos empleados por las leyes de países distintos a aquel a que el juez pertenece, al

(15) El prólogo al segundo tomo del «Sistema y filosofía del D. I. Pr.» contiene una enumeración de otras consecuencias prácticas de la concepción normológica del D. I. Pr. (págs. X y XI).

someterlas al verdadero lecho de Procusto, que constituye la calificación efectuada por la «lex fori». Y, mientras tanto, la técnica se muestra impotente para contener en unos límites precisos las excepciones de orden público y fraude a la ley, válvulas necesarias, sí, ante el evento de dar aplicación extraterritorial a concepciones jurídicas exóticas, pero de peligrosa elasticidad».

Este segundo ataque está en contradicción con el primero. En efecto, Miaja de la Muela acaba de reprochar a la concepción normológica su absoluta esterilidad. En este pasaje le echa en cara sus resultados chauvinistas. Nosotros creemos—y así lo hicimos constar en frente de la primera objeción—que la tesis normológica es rica en consecuencias prácticas. En cambio, no podemos admitir que estos resultados sean precisamente los nefandos principios del chauvinismo. La exclusiva admisión del reenvío de primer grado, la calificación según la «lex fori» y la concepción apriorística del orden público constituyen, todas ellas, doctrinas absolutamente divorciadas de la concepción normológica del D. I. Pr., como lo demuestra el «Sistema y filosofía del D. I. Pr.», que admite el reenvío en todas sus formas, califica en virtud de la «lex causae» y sostiene apasionadamente la tesis a posteriori del orden público.

III

La principal finalidad de las páginas precedentes consiste en evidenciar, una vez más, la unidad metodológica de la ciencia del Derecho. Una elaboración en la órbita de la ciencia del Derecho penal—la concepción normológica—fué trasladada al campo jurídico más distante: al D. I. Pr. En ambas disciplinas el mismo punto de vista dió óptimos resultados, a pesar de alguna u otra protesta a imagen y semejanza de la que acabamos de analizar. Pero todavía queda un amplio terreno en el que la concepción normológica no ha logrado fincar. Mencionamos sobre todo el Derecho civil y el Derecho procesal. Esperemos que nuestro breve examen comparativo sea un aliciente para que se inicie el camino indicado.

RESUME

L'auteur étudie la prétension d'appliquer la conception normologique originaire du Droit Pénal au Droit International Privé, ce qui prouve l'unité du Droit dans toutes ses manifestations.

Après avoir classé les sens différents des mots "norme", "normologisme" et "normativisme", il examine un de ces sens, celui qui exprime l'impérativisme, le commandement, en parlant de la "conception normative de la culpabilité".

Mais c'est cependant l'autre sens, celui qui le considère comme

un jugement, celui qui va être étudié principalement dans ce travail.

Il analyse le travail qui vient d'être publié du Professeur Adolfo Miaja de la Muela et qui s'oppose dans quelques points aux idées de l'auteur du présent travail.

En ce qui concerne l'origine de cette conception il nie la paternité des autres auteurs et affirme que c'est lui même qui l'a créée.

Dans les autres deux points—l'inhumanité et le chauvinisme de cette doctrine—il réfute les thèses opposées.

L'auteur finit son travail en affirmant que comme cette conception normologique est passée au Droit International Privé, malgré quelques opinions opposés comme celle du Professeur Miaja de la Muela, on doit espérer qu'un jour elle sera aussi appliquée dans d'autres matières qui jusqu'à présent ne l'utilisent pas, comme le Droit de la Procédure et le Droit Civil.

SUMMARY

The author studies the design of applying the in the Criminal Law originary normological conception to the Conflicts of Laws, what proves the unity of Law in all its manifestations.

After having classified the different senses of the words «norm», «normologism» and «normativism», he examines one of these senses, that which expresses imperativism, a command, when speaking about the «normative conception of culpability».

But nevertheless it is the other sens, which considers it as a judgement, which will be chiefly studied in this work.

He analyses the recently published study of Professor Adolfo Miaja de la Muela which in some points opposes itself to the ideas of the author of the present work.

Concerning the origin of this conception he denies the paternity of the other authors and assures that it is himself who created it.

About the other two points—the inhumanity and the chauvinism of this doctrine—he refutes the opposed thesis.

The author finishes his study by affirming that as this conception has gone over to be applied from the Criminal Law to the Conflicts of Laws, in spite of some contrary opinions like that of Professor Miaja de la Muela, it can be hoped that some day it will be applied too, in other matters which till now do not use it as the Law of the Procedure or the Civil Law.

El uxoricidio

JULIAN PEREDÁ, S. J.

Profesor de Derecho penal en Deusto

En nuestro Código actual dice el artículo 428: «El marido que sorprendiendo en adulterio a su mujer matare en el acto a los adúlteros o a alguno de ellos, o les causare cualquiera de las lesiones graves, será castigado con pena de destierro. Si les produjere lesiones de otra clase, quedará exento de pena. Estas reglas son aplicables, en análogas circunstancias, a los padres, respecto de sus hijas menores de veintitrés años y sus corruptores, mientras aquéllas vivieren en la casa paterna. El beneficio de este artículo no aprovecha a los que hubieren promovido, facilitado o consentido la prostitución de sus mujeres o hijas.»

Difícilmente se encontrará un artículo que, a lo largo de nuestra legislación penal, haya dado lugar a más discusiones, a estudios más concienzudos, ni modernamente a más amplia repulsa. Claro que variando el concepto y aprecio de la vida familiar; ampliándose, en forma tan exagerada a veces, los supuestos derechos de la mujer; justificándose su salida del hogar y su plena entrada, con igualdad de derechos en la vida política y social; es lógico y natural que cambios tan trascendentales busquen y hallen eco y acomodo en la legislación y en todo el ordenamiento jurídico. De ahí las protestas que hoy se oyen.

Pero quiero fijarme en algo quizás más interesante todavía. ¿No hay en este artículo un claro conflicto entre la moral y la ley? La ley permite relativamente tomarse, en esas circunstancias, la justicia por su mano; la moral lo condena. En caso de tal conflicto ¿puede subsistir la ley?

Este último punto de vista no lo estudian los penalistas modernos; pues, por desgracia, sigue en vigor el más o menos llamado divorcio entre la moral y el derecho, y es en la materia penal donde más se dejan sentir las tristes consecuencias.

Vamos, pues, a considerar el interesante problema que nos pre-