

Á L E M A N I A

JURISTENZEITUNG

J. C. B. Mohr. Tubinga. Primer semestre. Cuadernos del 1 al 12. Enero-junio, 1951.

Nace a la publicidad esta revista con el año en curso, siendo una refundición de dos prestigiosas anteriores: el *Deutsche-Rechts-Zeitung* y el *Süddeutsche-Juristen-Zeitung*, editada por la Casa Mohr (antigua P. Siebeck), de Tubinga. Su comité de redacción está formado por el Profesor y Fiscal de Friburgo d. D. Dr. K. S. Bader, el Ministro H. Ehard, de Munich; el Subsecretario Dr. W. Hallstein, de Bonn y otros prestigiosos juristas. Aunque no dedicado especialmente a lo penal, sino a toda la Enciclopedia jurídica en general, abundan en sus páginas los temas penales y se cuentan entre sus colaboradores permanentes nombres de penalistas insignes, como los de Adolfo Schoenke, de Friburgo; Eberhard Schmidt, de Heidelberg; Niethammer, de Tubinga; von Weber, de Bonn, y Bockelmann, de Gotinga. Publicación quincenal, con secciones de doctrina, jurisprudencia, noticiario y bibliografía, nuestro propósito es reseñar, de entre sus números, los trabajos interesando directamente al campo del Derecho penal y a las ciencias penales.

Núm. 4

SCHMIDT, Eberhard: "STRAFTATEN UND ORDNUNGSWIDRIGKEITEN" ("Actos penales e ilegalidades gubernativas").

La segunda trasguerra ha originado por doquier, pero especialmente en Alemania, una copiosísima legislación de carácter penal en órbitas que antaño se hallaban al margen de él. Tal acontece, sobre todo, en el orden económico, donde el denominado "Derecho penal económico" ("Wirtschaftsstrafrecht") multiplica desmesuradamente sus normas y la pretensión de reforzar penalmente el nuevo orden proteccionista y de intervención estatal. Ello hace tiempo que ocasiona lo que Eberhard Schmidt denomina insoportable hipertrofia penal, cuyos resultados valora como altamente perjudiciales, tanto desde el punto de vista científico como desde el práctico, puesto que inevitablemente desemboca en un abuso constante de las penas cortas de libertad, ya de antiguo censuradas por su maestro von Liszt en el Programa de Marburgo y actualmente desacreditadas en todas las escuelas penales y penitenciarias. Se impone, pues, según él, una rígida y bien fundamentada discriminación entre el Derecho penal propiamente

dicho, con sus esencias tradicionales intactas, y el nuevo sancionador accesorio, que no consiste tanto en una alteración del orden jurídico en sí, como en una mera desobediencia a un sistema económico o social dado. A esta segunda especie de infracciones y medidas reserva el nombre de "Ordnungswidrigkeiten", traducible por "infracciones gubernativas", para diferenciarlas de las penales estrictas. El primer paso en esta dirección discriminatoria parece observarse en la nueva "ley penal o económica" o "Wirtschaftsstrafgesetz" de 26 de julio de 1949, que vino a codificar, en cierto modo, el llamado Derecho penal económico, pero, dado que su plazo de validez es limitado sólo a dos años, se hace desear una solución más estable al problema.

El método a seguir en la diferenciación de lo penal estricto y lo gubernativo, ha de ser cualitativo y no meramente cuantitativo, en atención a la gravedad de la sanción, al modo propugnado por Goldschmidt en su admirable esquema de Derecho administrativo penal. El autor propone, a a este respecto, una medida nueva de alta significación, tendente a evitar el hasta ahora inevitable abuso de las penas cortas de privación de libertad: La de que en las infracciones gubernamentales o económicas las sanciones pecuniarias no sean subsidiariamente exigibles y trasmutables en privación de libertad. Se hace de desear, igualmente, la no consignación de antecedentes penales, que, por su inmoderada profusión, conducen a lanzar al campo de la criminalidad "oficial" a un gran número de ciudadanos cuyos actos, aunque antijurídicos y reprobables, carecen de lo que Radbruch denominaba, con razón, "maliciosidad moral", necesaria siempre para toda criminalidad digna de tal nombre.

Núm. 5

Contiene únicamente de interés penal este fascículo dos cortos artículos: uno In Memoriam de von Listz, debido a Bockelmann, y otro del doctor Bindokat, comentando críticamente la reciente decisión hamburguesa de considerar al Fiscal como una mera parte en el proceso criminal, en todo equiparado al defensor. Esta medida, tomada, exagerándola, del sistema anglosajón, no se acuerda con el procesal en vigor en Alemania, donde el fondo inquisitivo es todavía dominante.

Núm. 7

SCHMIDT, Eberhard: "BERUFGEHEIMNIS UND STEURRECHT"
 ("Secreto profesional y Derecho fiscal").

Trata el autor de la actualmente frecuente colisión de intereses entre los igualmente protegidos del secreto profesional (médico, sobre todo) y de la exacción de impuestos y tributos. Concretamente plantea la cuestión de si las autoridades de Hacienda tienen o no la facultad de exigir de parte de los médicos la declaración y exhibición de libros clínicos a los fines de controlar la propia capacidad financiera y la de sus clientes. La jurisprudencia del Alto Tribunal de Hacienda del Reich lo afirmó desde añiguo

y el de la República federal lo pretende igualmente. Se basa legalmente su punto de vista en que, el secreto profesional, en lo que tiene de "erga omnes", queda salvaguardado a pesar de la intervención oficial de las autoridades fiscales, puesto que, a su vez, éstas se hallan también ligadas por el "secreto fiscal" ("Steuergeheimnis") previsto en el par. 22 de la ley de Impuestos o "Reichsabgabeordnung". Los profesionales afectados por esta interpretación protestan contra la misma, estimándola lesiva de la doctrina general del secreto profesional que el par. 53 de la StPO consagra sin limitaciones. En el sentir de Schmidt se trata de una valoración de intereses, los de la Hacienda, que se estiman por ella como los únicos de valor general, y los del secreto médico, que se considera particular; considera injusto este modo de plantear la cuestión, pues en el secreto profesional, dice, hay que ver, por encima de los intereses particulares, una valoración social y de seguridad jurídica que es su verdadera razón de ser. En la imposibilidad de resolver la antinomia por el sacrificio del bien jurídico de interés privado, puesto que ambos son públicos, el autor aconseja una perfecta coordinación penal entre ambas obligaciones de guardar secreto, el profesional y el fiscal, ya que en tanto que ambos carezcan de equivalencia, el sacrificio del primero parece inevitable y su consignación una verdadera farsa.

Núm. 9.

VON WEBER, Hellmuth: "DER IRRTUM UEBER EINEN RECHTSFERTIGUNGSGRUND" ("El error sobre una causa de justificación").

Es este luminoso trabajo del Profesor de Bonn un desarrollo de la novísima tesis jurisprudencial alemana (S. del Tribunal de Oldemburgo del 20-VI-950), reconociendo la relevancia exculpatoria o atenuatoria en el error, y distinguiendo el denominado "de lo prohibido" ("Verbotsirrtum") del de "tipo" ("Tatbestandsirrtum"). La verdadera relevancia ha de alcanzar al primero, pese a ser una variedad del "error de Derecho", tradicionalmente indiferente, encuadrándolo von Weber en su peculiar concepción de la doctrina de la acción final. La dificultad máxima se halla, como es natural, en hallar la justa línea divisoria entre ambas especies de error, y ello es el objeto principal de este trabajo. En la jurisprudencia tradicional del "Reichsgericht", se solía separar el error penal del extra-penal, colocando este último en paridad con el de hecho, por lo cual subsistía una separación entre ambas formas de error de derecho, pero no siempre entre el de hecho y el extra-penal.

Tras de estudiar sistemática, aunque sucintamente las doctrinas dominantes, resaltando la conocida oposición entre Frank y Zu Dohna, estima von Weber que la solución jurisprudencial de Oldemburgo se acuerda con la más moderna posición finalista, que está por un diverso tratamiento del error de tipo y del de prohibición. Saca interesantísimas consecuencias de la distinción y sostiene la improcedencia de considerar que el error, operando sobre circunstancias justificativas, pueda tener la virtualidad de convertir el dolo en culpa. Cree, por el contrario, que, a pesar de concurrir el error, el dolo persiste, incluso en los clásicos supuestos de la legi-

tima defensa putativa, del soldado que mata a un camarada creyendo disparar contra un enemigo y del que sustrae una cosa ajena creyendo el consentimiento de su propietario. Esta teoría, muy discutible, desde luego, de la persistencia del dolo, precisa una exacta y no siempre fácil coordinación con la del finalismo, en la que, en efecto, el dolo no reposa sobre la culpabilidad, sino sobre la antijuridicidad. Lo fundamenta von Weber en que es la voluntad del delincuente la que cualifica jurídicamente al delito, al modo del conocido adagio de Carpzovius, del "voluntas distinguit delictum a non delicto". Según tales principios voluntaristas y finalísticos, el error destruye o puede destruir la antijuridicidad, pero no trasmutar el dolo en imprudencia.

Núm. 10

BOCKELMANN, Paul: "DER DIEBSTAHL AUS FAHRZEUGEN" ("El hurto de dentro de los vehículos").

Trátase en este interesante estudio no del hurto de uso, tipificado en Alemania en ley especial, sino de las sustracciones de los objetos que en los vehículos se hallan y aún de los vehículos mismos con propósito de lucro. Como quiera que la especialidad no está prevista en el Código penal, el autor plantea diversos problemas teóricos y prácticos a que su calificación puede dar lugar. Hace resaltar, sobre todo, la anomalía de no poder incluir la sustracción de vehículos en el hurto grave del par. 243, núm. 4.º, por cuanto que el mismo hace referencia a objetos transportados ("Reise-diebstahl") y no al vehículo mismo, de donde resulta el absurdo de que el apoderamiento de este entero puede resultar y resulta harto más leve que el de un objeto insignificante que se encuentre en él. Anomalías semejantes ocurren al no poder aplicarse al vehículo, como un todo, los conceptos agravatorios de fractura y espacio cerrado, con el consiguiente privilegio para los ladrones de esta especialidad, cada vez más extendida en las grandes ciudades. El autor achaca parte de todas estas imperfecciones de la legislación vigente, a la irrelevancia que en Alemania tiene la cuantía de lo sustraído, aconsejando una agravación especial o gradual según el valor económico de la cosa.

Antonio QUINTANO RIPOLLES

ZEITSCHRIFT FÜR DIE GESAMTE STRAFRECHTSWISSENSCHAFT

63 Band. Viertes Heft. Berlín De Gruyter, 1951. ("Revista de Ciencia penal general"), tomo 63, 4.º cuaderno; págs. 281-506.

VOGT, Alfons: "DAS PFLICHTPROBLEM DER KOMMISSIVEN UNTERLASSUNG" ("El problema del deber en la comisión por omisión").

En el delito omisional comisivo o de omisión impropia, como la terminología alemana suele denominarle, se plantea de antiguo, como presupuesto inmediato de punibilidad, el de deber de actuar o no actuar. Pero es inexacto, dice el autor, considerar esta inactividad como algo meramen-