

A L E M A N I A

Zeitschrift fuer die Gesamte Strafrechtswissenschaft

Berlin, De Gruyter, 68 Band, II Heft. 1956

NOLL, Peter: «Ubergesetzliche milderungsgründe aus vermindertem Unrecht». («Causas de atenuación supraleales por disminución del injusto»).

Este artículo, que antes fué conferencia pronunciada por su autor, *Privatdozent* de la Universidad de Basilea, en el Instituto de Derecho extranjero e internacional de Friburgo de Br., mantiene la tesis de la adaptación de las circunstancias atenuantes no sólo a la culpabilidad, como es de común doctrina, sino, asimismo, a la antijuridicidad y su *quantum*. Para ello, considera dichas circunstancias como posibles grados diversos e inferiores del injusto (*Unrecht*). Tal opinión de la graduabilidad de lo antijurídico data de un reciente artículo de Kern en el propio *Zeitschrift* (1952, pág. 255), reafirmandose con arreglo a la visión plural de la antijuridicidad en Welzel. La cuestión se vincula, asimismo, con la de los valores o contenido del injusto material y con la manera, específica de tipificarlo en la respectiva técnica legislativa. Así son posibles valores y desvalores de la acción, del resultado, de la motivación, etc., que entrañan consecuencias penales bien diversas, unas veces, en lo tocante a la cantidad, y otras, a la cualidad de la respectiva estimativa. Con estas consideraciones, Peter Noll llega a la conclusión de que «la gravedad del injusto de una acción depende tanto del número y vigor de los elementos integrados en el tipo concreto, como del número y vigor de los elementos justificativos».

El problema de las circunstancias de atenuación supraleales vinculadas a una menor antijuridicidad debe ser planteado y resuelto, según el autor del artículo, en correspondencia con las causas de justificación legales y supraleales. A estos efectos estudia a continuación las posibilidades de degradación de las causas justificativas en atenuantes, por falta de total adecuación a los elementos constitutivos previstos por la ley. Es decir, una especie de sistema de «eximentes incompletas», a modo del vigente en el Derecho español. Distingue, sin embargo, entre la inadecuación consistente en el no cumplimiento de los elementos constitutivos de la justificación, y la que sobrepasa los mismos, por ejemplo, en el clásico supuesto de exceso en la legítima defensa, posible también en otros de estado de necesidad, consentimiento del ofendido, corrección, etc... En estos casos ve el autor, como otros penalistas suizos (Thormann y Logoz), una clara disminución del injusto, bien que en la legislación de su país, como en la de Alemania y Francia, no exista previsión expresa más que en el caso de exceso en la

legítima defensa. Se cita a este respecto como excepcional el sistema italiano de computar a título de imprudencia los excesos en diversas causas de justificación (arts. 51 a 56 del Código italiano), si bien considera el autor que tales eventos de exceso pueden y aún suelen ser de carácter doloso y no necesariamente culposos.

Conexa con la cuestión de las causas justificativas completas o incompletas, por *minus* o *plus*, es la relativa a conflictos de bienes jurídicamente protegidos. Sobre ella hace el autor un breve, pero sugestivo, estudio comparatista alemán, suizo y francés, con especial referencia a tópicos de la Parte especial, al aborto terapéutico y al homicidio consentido. Uno y otro presentan en ciertas hipótesis dentro del derecho penal suizo, sendos casos de atenuación supralegal estimándose preferible, sin embargo, en plano de *lege ferenda*, la solución brindada por el Código italiano.

La supralegalidad de las atenuantes no debe ser considerada como un riesgo para el efecto intimidativo de la represión penal ni para la seguridad jurídica, como algunas veces se ha afirmado. Pues en todo caso es exigible, según Noll, una rigurosa coordinación con las valoraciones previstas en la ley. No ha de suponer, en todo caso, una dificultad insuperable ya que hoy día son tantas las instituciones bastante más atentatorias a los conceptos clásicos de la seguridad, incluso fuera del ámbito de lo estrictamente judicial, es decir, en el de la ejecución administrativa. En cambio, la atenuación supralegal ha de ser judicialista siempre, constituyendo en suma un mero ejercicio de las más elementales tareas de individualización y mensuración de la pena.

KREBS, Albert: «Probleme der Behandlung Rückfälliger in der Strafanstalt» («Problemas del tratamiento de reincidentes en los establecimientos penitenciarios»).

Constituyó el presente trabajo una ponencia de su autor al III Congreso Internacional de Criminología celebrado en Londres en septiembre de 1955. Estima que el problema de la reincidencia es doble: de un lado, estrictamente jurídico, mientras que del otro ostenta aspectos predominantemente criminológicos y de tratamiento. No siempre se hallan perfectamente coordinados uno y otro punto de vista, siendo el segundo el que es desarrollado por el autor de la ponencia, de un modo concreto en lo que interesa al régimen prisional.

Antecedén muy atinadas consideraciones respecto a la reincidencia específica y genérica (nuestra reiteración), haciendo ver cómo lo que interesa criminológicamente es predeterminar cuál es el delito verdaderamente determinante de la tendencia o personalidad del reincidente. En efecto el hecho de haber sido condenado anteriormente (el «Vorbestraft») no siempre indica la presencia de un reincidente en el sentido criminológico de la expresión. A ello hay que añadir la relatividad de los datos aportados por la sedicente «reincidencia» oficial, pues son muchos los delitos anteriores que no han sido descubiertos o a los que no llegó una sentencia condenatoria consignada en

el registro, pese a lo cual criminológicamente sus autores presentan todas las características del «reincidente» real.

A los efectos del tratamiento, el Dr. Krebs considera de gran utilidad la distinción de cuatro grupos fundamentales:

a) el de reincidentes habituados por su vida anterior a inactividad, sobre todo por la frecuencia de condenas cortas que no les habituaron al trabajo; los de este grupo son fácilmente adaptables a la rutina de la prisión, pero refractarios a la readaptación completa;

b) el de reincidentes que han conseguido o se han esforzado en la obtención de un cierto equilibrio para evitar posteriores actos criminosos; con conciencia de los valores morales pero sin vigor suficiente para evitar los riesgos de la vida libre en sociedad;

c) el de los reincidentes que no han logrado adaptarse a las mínimas condiciones de autodisciplina y que frecuentemente se rebelan histéricamente contra el orden observable en los establecimientos, constituyendo los de más difícil tratamiento;

d) el de los reincidentes que, al contrario de los anteriores, se dan perfectamente cuenta de las nuevas condiciones de vida comunitaria, notablemente en cuanto a la repercusión de la pena sobre los parientes extraños a la infracción que motivó la condena.

Un quinto grupo e) puede ser formado por aquellos reincidentes de personalidad varia, pero que conciben en pensar que su inclinación a la delincuencia es irreprimible o fatal: son los reincidentes «lábilés», que se dan con especial frecuencia en jóvenes y mujeres.

En todo tratamiento de reincidentes es absolutamente necesario un previo estudio de la personalidad, comparando los datos que se observan en el momento de la admisión con los del momento de la liberación del establecimiento. Nunca hay que perder de vista que la vida en éste es, por decirlo así, artificiosa y en no pocos aspectos propicia a degenerar en factor criminógeno. Por lo mismo se examina la labor que en el tratamiento deben realizar médicos, antropólogos, sociólogos, así como el comportamiento de los funcionarios del establecimiento, sin olvidar la decisiva trascendencia que ha de tener, asimismo, la opinión pública respecto a los liberados. Es este momento de la liberación el verdaderamente crítico en todo tratamiento penitenciario, pero lo es aún más para los reincidentes. Recomienda para ello el régimen intermedio de los establecimientos de paulatina readaptación, las «Fliedner-häuser».

HIETE, Gerd: «Probleme des Strafvollzugs und der Strafvollzugsgesetzgebung» («Problemas de la ejecución penal y de su codificación»).

El artículo, que es el texto de una conferencia pronunciada en la Universidad de Friburgo por el Fiscal de Brunsvik, Dr. Hiete, viene a constituir una especie de llamada de atención hacia los problemas de la ejecución penal, un tanto descuidados de un tiempo a esta parte en Alemania. Responde, pues, al programa de revalorización de tales estudios acordado en la reunión de Munich de la sección de Derecho penal de la Sociedad de Derecho Com-

parado (julio de 1955) a propuestas del Prof. Jescheck. Bien que sin profundizar en la temática filosófica, cuestiona el autor la afirmación de Bader de que la pena privativa de libertad sea y haya de permanecer un mal. Ello debe ser afirmado, ciertamente, en cuanto que priva de un correlativo bien, el de la libertad; pero con esta privación debe cesar el mal, sin aditamento de otros superfluos, que serían ilógicos y antilegales en el actual clima del Derecho penal, según la fórmula finalista-correccionalista de Von Liszt.

Se hace un rápido recorrido histórico sobre los modernos avatares de la legislación penitenciaria alemana, propugnando su codificación conforme a los más recientes resultados de la ciencia. Reconoce, sin embargo, que las opiniones a este respecto no son tan unánimes como pudiera creerse, y como Hall afirma, puesto que tópicos como el de la pena privativa de libertad única, comúnmente admitidos en otros países, como Inglaterra, siguen teniendo poderosos adversarios en Alemania. Cita como tales, partidarios de la distinción clásica entre presidio y prisión, los acuerdos de la Gran Comisión de Reforma del Código penal, el Ministerio Federal y la Unión Judicial Alemana, que consideran la unificación penal como atentatoria a los fines de prevención general. Trata de combatir dicha tesis, que según él no tiene otro apoyo que el sentido retribucionista de las penas presidiales, estimando más acorde con la de resocialización el mantenimiento de la pena única, por ser la personalidad y no el delito lo que en definitiva cuenta.

LEFERENZ, Heinz: «Zur Problematik der Kriminologischen Prognose» («Sobre la problemática del pronóstico criminológico»).

Se trata de un erudito resumen de la tarea más delicada e importante de la Criminología, esto es la del pronóstico de las conductas delictivas. Iniciada en un sentido predominantemente intuitivo, de ojo clínico y perspicacia de juez, trata de constituirse en un procedimiento científico lo más exacto posible. Inicióse esta fase en el seno de los laboratorios y servicios criminológicos de las prisiones, en Bélgica y Letonia primero, luego en Baviera, Austria y en toda Alemania, a partir de 1937. En la época nazi se impusieron cuestionarios sumamente extensos, de hasta dieciocho páginas, que ahora han sido cuidadosamente revisados y simplificados. Cita especialmente las técnicas ideadas por Exner y sus colaboradores; entre quienes destaca el sociólogo americano Burgess, los perfeccionamientos introducidos por los esposos Glueck y por el alemán Schiedt, este último especializado en el tema de pronóstico de reincidencias. Más modernamente son de destacar los trabajos de Schwaab, Kohnle y el suizo Frey, que abandonando los prejuicios de los investigadores de estadísticas, se ocupan del examen individual psicológico, el único que ofrece garantías de éxito por trabajar sobre la realidad del hombre. A este respecto hace ver el autor cómo el puro procedimiento estadístico sólo conduce a resultados asimismo estadísticos, de frialdad de cifras, tantas veces alejadas de las realidades humanas. En todo caso pone en guardia el autor contra los excesivos optimismos de lograr una exactitud

seguramente imposible en esta materia, por cuanto que hay que contar, en todo evento, con la realidad de las innúmeras diferencias individuales y con el poder del libre albedrío.

* * *

Se inserta, como de costumbre al final del volumen, la reseña de los trabajos de la séptima reunión de la Comisión de Reforma del Código penal alemán (del 2 al 6 de septiembre de 1955), firmada por el Dr. Karl Lackner. En cambio, no se registra, por falta de espacio, la usual sección bibliográfica.

En el Anejo de la Sociedad de Derecho Comparado hacen las crónicas del Derecho penal hispanoamericano Jiménez de Asúa, del yugoslavo A. Munda, del checoslovaco E. Schmied, concluyendo el número con los votos del IV Congreso Internacional de Defensa Social, celebrado en Milán en abril de 1956.

68 Band. III Heft. 1956

BOLDT, Gottfried: «Zur struktur der Fahrlässigkeitstats» («Sobre la estructura del acto imprudente»).

A falta de grandes monografías sobre la culpa, como las que últimamente ofrece la bibliografía italiana, tales como las de F. Alimena, Riccio, Altavilla y Pettibello Mantovani, la alemana se contenta con artículos de revista, no por menos extensos de menor agudeza e interés. Pues el problema del delito culposo sigue ofreciendo inexhausta materia de estudio a la dogmática, notablemente a la que, en frase de Maurach, trata de sacarlo a la luz fuera de «las sombras del delito doloso», en que secularmente estuviera cobijado. Entre dichos estudios destaca el del profesor de Berlín, Gottfried Boldt, que lo lleva a cabo en una perspectiva preferentemente dirigida a la doctrina de la acción finalista, donde la lucha de las doctrinas es aún más visible y las dificultades más arduas. Prescindiendo del detalle de mera exposición y entresacando del artículo lo verdaderamente original y sustancial, es de observar en el mismo un propósito de liberación de la fórmula tradicional en que la culpa se integra en una mera forma de la culpabilidad, al lado del dolo, procurándose la disolución de ese «matrimonio forzoso» de que también hablara Maurach. Para el autor de tan interesante trabajo la culpa o imprudencia no se agota en la mera noción de «forma de culpabilidad», sino que para comprenderse de un modo íntegro ha de comprender un «complejo total de acaecimiento» («gesamte Geschehenskomplex»), que se denomina «acto o acción de imprudencia» («Fahrlässigkeitstats»). Tal acción ha de ser comprendida como algo manifiestamente diverso de la estructura del dolo, mejor dicho, de la acción del dolo, frente a la cual constituye un «altus» y no meramente un «minus». A la finalidad ha de acompañarse, en todo caso, una valoración embebida en la conciencia del acto sin lo cual éste carecería de plenitud de sentido para el Derecho penal. Con lo cual se enriquece el finalismo con las aportaciones axiológicas y se procura una nueva aproximación entre los originariamente opuestos puntos de vista de Welzel y Mezger.

Especialmente bien logrado está en el trabajo de Boldt la referencia a la modalidad de culpa omisiva, que es sólo una parte de la culpa y no una asimilación, como algunos pretendieron. También en dicha forma es posible detectar una «no acción» final, bien que de finalidad en potencia, «la esperada determinación de un determinado obrar». Al valorarlo así, el juzgador ha de realizar una tipología que pudiera denominarse «judicialista», de relleno de las lagunas que las tipologías legales presentan en este aspecto omisivo. En la imposibilidad de seguir el autor en su argumentación sobre la dogmática alemana, del Código y del Derecho penal especial, es de mencionar su feliz objeción a la tesis de Sauer que trata de reducir todo lo culposo a la doctrina del error, y que en su día fuera contradicha por Engisch. En el fondo, según ambos, se trata de una confusión entre el error propiamente dicho y la ignorancia o desconocimiento del acto doloso, lo cual es conceptualmente distinto y no hace más que reafirmar la sustancialidad de lo culposo. Siempre el resultado es prácticamente el mismo, de «culpa-no-dolo». En todo caso no puede decirse que haya una «culpa en sí», como tampoco «un dolo en sí», debiendo ambas acciones ser consideradas en relación directa a una tipicidad objetivamente predeterminada.

El normativismo definitivamente asentado en la dogmática alemana sobre la culpa, que considera ésta como una infracción a un deber («Pflichtwidrigkeit»), no equivale a una pura y simple asimilación de ambos conceptos. Pues es evidente que no toda infracción de un deber entraña culpa, debiendo ser la tipicidad el signo definitivamente determinante. Es la razón por la cual toda acción culposa es una acción concretamente típica. Por lo mismo, niega Boldt la tesis brindada por Gallas de una pretendidamente sustantiva «culpa de prohibición» o «Verbotsfahrlaessigkeit», que se correspondería con el error de prohibición, último avatar del «error iuris». No es ella ni una forma del acto culposo ni un tipo específico de la culpa, y eso tanto en el Derecho penal criminal como en el especial y el administrativo, donde las apariencias de la «culpa de prohibición» son más visibles pero no menos engañosas.

Resumiendo la original tesis de Boldt, según esquema con que concluye su trabajo, la culpa, al igual que el dolo, posee un carácter pluridimensional. El dolo es, como finalidad, elemento de la acción, como tipicidad interna, elemento de la antijuridicidad y como expresión de la intencionalidad, elemento de la culpabilidad. En cuanto a la culpa es: como determinación final frustrada («finale Fehldetermination»), elemento de la acción; como violación de un deber de atención, injusto, y como ausencia de previsión contraria al deber, culpabilidad.

PETERS, Karl: «Die Parallelität von Prozesz- und Sachentscheidungen»
 («El paralelismo entre decisiones procesales y reales»).

Trátase en este artículo del profesor de Münster de una peculiaridad del Derecho procesal alemán, civil en su origen pero que por él se trata de aclimatar al penal. Hay en las decisiones judiciales, sean por sentencia o no, unas que deciden el fondo real del asunto, las denominadas «decisiones reales o materiales», las «Sachentscheidungen», y frente a ellas las que ventilan

situaciones o cuestiones meramente procesales, las «Prozentscheidungen». En cierto modo se corresponden a decisiones materiales y formales, pero en opinión de Peters, tal correspondencia puede y debe ser corregida, en el sentido de descubrir en las «decisiones procesales» un cierto contenido material en base a esencias axiológicas más o menos soterradas en ellas. Cita a este respecto las decisiones de casación en que se impugna el recurso interpuesto, sean como infundado o como inadmisibles; en ellas es dable hallar tanto un carácter material como puramente procesal o formal, por cuanto que ambos caracteres aparecen inevitablemente entrevarados, sin pureza alguna de perfiles.

Existen decisiones procesales en las cuales es factible y aun inexcusable la consideración de valores materiales en relación con el objeto del proceso, pero que aparecen ocultos (caso del denominado «paralelismo encubierto»). En otro grupo pueden coexistir ambas naturalezas: formal y real, siendo función del legislador o del juzgador el preferir una u otra (caso de paralelismo consuntivo). En un tercer grupo, en fin, del llamado «paralelismo ideal», la coexistencia aparece neta y parificada, a modo de un doble objeto procesal formal y material.

La conclusión del autor, después de un detallado recorrido a través del Derecho procesal alemán, es la de aproximar todo lo posible lo formal a lo material, con clara preeminencia de éste, que ha de reflejarse en ulteriores reformas, tanto en un ordenamiento como en el otro, e incluso en la organización de tribunales, encaminado todo al servicio de un ideal supremo de justicia.

KULG, Ulric: «Zum Begriff der Gesetzskonkurrenz» («Sobre el concepto del concurso de leyes»).

El texto del artículo sirvió a su autor como ponencia al Congreso de penalistas alemanes celebrado en Kiel en junio de 1955. Después de hacerse una exposición de las conocidas doctrinas tradicionales sobre el concurso de leyes, a saber, la de la «especialidad», de la «subsidiariedad», de la «consunción» y de la «alternatividad», se propone introducir una mayor claridad en la por el autor considerada caótica situación del tema. A estos efectos, considera preferible el asunto del concurso normativo a tres posibilidades básicas: de «heterogeneidad», de «identidad» y de «interferencia». Aunque no privada de interés la tesis del autor, sí parece harto cuestionable su confesado propósito de clarificar los conceptos, pues la verdad es que en el fondo no hace otra cosa que complicarlos. En cambio, es de sumo valor el aspecto crítico del trabajo, especialmente el referido a la teoría de la consunción y la rica erudición de que se hace gala todo a lo largo del trabajo, que concluye con una referencia a las últimas propuestas en el seno de la Comisión de reforma del Código alemán. Nada cabe oponer tampoco a la laudable tendencia armónica del autor, que entre las exigencias a veces contrapuestas de lo lógico y lo teleológico, propugna un terreno de conciliación en lo por él denominado «funcional», si bien no explique el alcance de dicho término.

Nuevamente ocúpase el Dr. Dreher de los extractos sobre los trabajos de la Gran Comisión de Reforma del Código penal alemán, referidos en este número a la sesión octava, celebrada del 25 al 29 de octubre de 1955 y versando sobre temas penológicos, notablemente sobre el tratamiento de los delincuentes reincidentes y habituales.

La sección bibliográfica, encomendada al magistrado Dr. Hartung, versa sobre las publicaciones alemanas de Derecho procesal a partir de 1954.

En el Anejo del grupo de Derecho comparado, el profesor Honoré, de Oxford, se ocupa de los «Problemas de la reforma penal en Inglaterra», desde la trascendental «Criminal Justice Act» de 1948, y el Consejero Dr. Grützner, sobre «Política estatal y criminal en la extradición», sumamente interesante tratándose de quien es, seguramente, la máxima autoridad alemana sobre dicha materia. Lejos de limitarse este último trabajo a una labor meramente informativa, constituye un corto pero sustancial resumen del derecho de extradición, siquiera en su aspecto material. Es especialmente digna de mención la postura crítica de Grützner contra el principio de la absoluta reciprocidad, sobre todo en lo tocante a la estimativa de delitos cualificados por las condiciones personales de la víctima. A este respecto critica con ejemplos convincentes el ejercicio de dicha reciprocidad frente a la diversa concepción del delito de abusos deshonestos sobre menores en la legislación francesa y alemana. Cita como feliz paradigma la solución brindada en el número 13 del artículo 1 del Convenio de extradición hispano-alemán de 1878, que en materia de protección de menores se remite la tipicidad a la edad consagrada por la ley del país donde el delito está llamado a ser perseguido.

ANTONIO QUINTANO, RIPOLLÉS

BELGICA

Revue de Droit Penal et de Criminologie

Julio 1956

VERHAEGEN, Jacques: «La légitime defense et la guerre»; pág. 975.

Cada uno de los fragmentos del presente trabajo, que contiene el examen de los grandes problemas que plantea la legítima defensa en la guerra, responde al pensamiento de eminentes pensadores. Así, el primero de dichos apartados es de Blas Pascal: «Todo aquel que se asusta al ver lo que pasa en el mundo, no se asusta de sus debilidades. Creemos obrar seriamente... como si cada uno de nosotros supiera ciertamente dónde está la razón y la justicia.» Ha llegado a ser un lugar común constatar que los principios de moral y de derecho no son frecuentemente invocados cuando se trata y se discurre de cuestiones internacionales; ya no es en la controversia diaria, que se cruza entre teorizantes, periodistas y políticos, sino entre otros profesionales que pretenden demostrar que son los únicos que dominan las más imperiosas necesidades y remedios para acertar lo que piensan como