

## A L E M A N I A

### Zeitschrift fuer die Gesamte Strafrechtswissenschaft

Berlín, De Gruyter, 68 Band, IV Heft. 1956

**ENGISCH, Karl:** «Worte am sarge Wolfgang Mittermaier». («Palabras junto a la tumba de Wolfgang Mittermaier»).

El sentido *In Memoriam* que el profesor Engisch, de Munich, dedica al que fué su maestro Wolfgang Mittermaier, no es un estudio crítico de su dilatada y fecunda vida, sino más bien un emocionado recuerdo de discípulo a sus raras virtudes científicas y ciudadanas. Nacido en Heidelberg en el año 1867, precisamente el mismo en que murió su abuelo Carl Joseph August Mittermaier, editor y compañero del gran Anselmo von Feuerbach, esta continuidad perpetua a lo largo de un siglo la gloriosa tradición de penalistas alemanes adeptos de las mejores doctrinas del derecho penal liberal y humano. Sin ser discípulo propiamente dicho de von Liszt, W. Mittermaier cooperó con su escuela, y con la del suizo Carl Stoops en todo el fecundo movimiento político criminal del fin de siglo pasado y comienzos del presente, hasta su arbitraria jubilación por el régimen nazi en 1933.

**BAUMANN, Jürgen:** (Poenaliserug von kaufvertraegen durch eigentums-vobehalt) («Penalización de los contratos de compraventa con cláusula de reserva de dominio»).

Objeto anteriormente de una conferencia en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Würzburgo, este artículo del profesor Baumann, de Münster, tiende a descubrir lo que hay de civil y de penal en la compleja figura de la compraventa con cláusula de reserva de dominio, cuando se incide en una infracción de la tipología específicamente civil de dicho instituto. Aun reconociendo que en la materia hay multitud de conceptos en que el derecho penal ha de subordinarse al civil —concretamente en la exigencia del elemento «cosa ajena»—, ante lo que el propio Bruns, campeón del separatismo a ultranza, hubo de capitular, la tesis del autor de este trabajo es altamente secesionista. Lo que importa, sobre todo, no es tanto la liberación de los conceptos penales respecto de los civiles, que unas veces es factible y otras no, como independizar lo penal del albedrío de las partes contratantes, que constituirían al derecho penal en «brazo armado» del civil y aun en siervo suyo. Esto sentado, estima que la protección penal de los pactos de reserva de dominio no ostenta carácter específicamente criminal por razón de su propia estructura civil, sino por otras consideraciones peculiarmente penales. Es la tipología prevista en el Código penal la decisiva, no la del Código civil, y menos todavía, el capricho de los contratantes en cada caso concreto, en que les es dable

operar con la libertad absoluta, que en la materia les atribuye el derecho privado.

Hay que tener muy en cuenta para el justo entendimiento del trabajo de Baumann y para su posible aunque difícil adecuación al derecho español, que en el Código penal alemán nuestra «apropiación indebida» ostenta dos modalidades diversas, la de la *Unterschlagung* del parágrafo 246 y la de *Untreue* o infidelidad del 266, cuya concordancia es una de las más arduas tareas de la dogmática de Parte especial en la ciencia y práctica alemana. Emparentada la primer modalidad al hurto y la segunda a la estafa, el hecho de disponer de una cosa por parte del comprador quebrantando la cláusula de reserva de dominio en favor del vendedor, es susceptible de encarnar en una u. otra tipología, y aun de no coincidir con ninguna de ellas y escapar, por consiguiente, a la esfera de acción del derecho penal, según el autor del artículo. Para él, por añadidura, la figura de apropiación de la *Unterschlagung* del parágrafo 246 no requiere necesariamente un daño en la propiedad ajena, por lo que constituye, un tanto paradójicamente hablado, «un delito contra la propiedad sin precisión de menoscabo de la propiedad». Es de toda evidencia que el comprador que vende la cosa sin autorización del vendedor, mediando la prohibición implícita en la cláusula de reserva de dominio, perpetra una apropiación, incluso en su forma agravada de infidelidad, de darse las oportunas circunstancias cualificativas. La cuestión no es, sin embargo, tan palmaria, cuando dicha venta ha tenido lugar autorizadamente por el vendedor, en cuyo caso persiste siquiera «aparentemente» la tipología criminal, pero dando por resultado que su carácter penal quede en definitiva al arbitrio de uno de los contratantes, según que autorice o no la ulterior venta de la cosa.

Sigue señalando el autor del artículo otros supuestos de disposición de la cosa comprada con reserva de dominio en que circunstancias extrañas al tipo específicamente penal influyen en su licitud, notablemente en hipótesis civiles y mercantiles de seguros impagados y de concurso de acreedores, si bien omite otra en que sería, asimismo, dudosa la persistencia del delito de aprobación: la de plena solvencia y pago por parte del comprador que dispuso arbitrariamente de la cosa comprada. Pues, existiendo en el caso de la compraventa no un efectivo depósito, sino una opción a la devolución de la cosa o al pago de su precio, este pago perfecciona el negocio civil y hace desaparecer *ipso facto* la modalidad penal de la apropiación indebida. El análisis detenido que hace el autor de la jurisprudencia, tanto del *Reichsgericht* como del *Bundesgericht*, no demuestra en el fondo servilismo alguno a los patrones civilísticos, sino que, al contrario, supone en ocasiones un neto predominio de las normas específicamente penales. Lo que sí es sumamente arriesgado es decidir, como a menudo viene haciendo dicha jurisprudencia, mediante el sólo módulo del «abuso», lo que es susceptible de derivar a confusionismos agudamente señalados por el autor, por ejemplo, en los supuestos de que no se haya vendido la cosa pero sí deteriorado, voluntariamente o por imprudencia. Supuestos son éstos en que a todas luces resulta improcedente la figura de apropiación y menos todavía la de infidelidad, lo que supondría una incorrecta y abu-

siva «penalización de contratos civiles». En resumen, se estima en este interesante artículo que la cláusula de reserva de dominio no es por sí sola integrante de la tipicidad criminal de la apropiación o de la infidelidad, y que su presencia no pasa de ser un dato, entre tantos, para la correcta calificación jurídico-penal del hecho. Presencia que, a veces, lejos de facilitar su incriminación, más bien la dificulta.

**DREHER, Dr. E.: «Bericht. Die IX. Arbeitstagung der grossen Strafrechtskommission» («Comunicación. La IX reunión de trabajo en la Gran Comisión de Derecho penal»).**

Relativa esta comunicación a las reuniones celebradas del 23 al 28 de abril de 1956 por la Gran Comisión de Reforma del Código penal, trátase en ella de las cuestiones pendientes de la anterior reunión (sobre medidas de seguridad en materia de reincidentes, menores, privación del permiso de conducir y prohibición de profesión), así como de las referentes a la acción de la ley penal en el tiempo y el espacio.

La medida de seguridad en casos de reincidencia ha de tener lugar únicamente en la hipótesis de delitos dolosos y en presencia de dos condenas anteriores de al menos tres meses de privación de libertad. Se admite, asimismo, la prescripción de la reincidencia por el transcurso de cinco años entre la última de las condenas y la actualmente operante. En autores menores de edad, pero mayores de catorce años, la tercera reincidencia ha de merecer una pena superior a los seis meses, pero en tal supuesto se añade a la sanción correspondiente la medida de Vigilancia de seguridad o *Sicherungsauufsicht*. En una segunda propuesta se extiende tal tratamiento sólo a los «menores» que no hayan cumplido veintisiete años de edad.

El tema de la medida de seguridad consistente en retirada del permiso de conducir a los automovilistas, determinó una propuesta de la Comisión ministerial, aprobada con algunas modificaciones, referentes sobre todo a la denominada retirada parcial y al plazo mínimo de su duración, estimada en seis meses. Se estipulan tres grados, el mínimo de dicho tiempo, el de cinco años y el de retirada definitiva. Se estipula la posibilidad de la medida aun en casos de absolución por inimputabilidad del agente, así como la de asimilar a la pérdida del permiso la de incapacidad para obtenerlo. En los casos de permisos internacionales se hará una anotación en el mismo, valiendo la privación, dentro de Alemania, únicamente cuando el hecho suponga una infracción de preceptos reglamentarios.

Pocas innovaciones esenciales se ofrece en la materia de incapacidad profesional temporal o definitiva, si bien se reconoce expresamente su carácter de medida de seguridad y no de pena.

En la cuestión del ámbito de la ley penal en el espacio, el ponente profesor Jésccheck se pronuncia por un restablecimiento del principio de la territorialidad tradicional, considerando que las concesiones al de personalidad, hechas en 1940, obedecieron a criterios nacionalistas y racistas que deben ser superados en un Estado de derecho. Considera la cuestión de alto interés, no sólo en lo procesal, sino en lo que respecta a problemas tan fundamentales como la posición del individuo en el Estado y a la del Estado

en la Comunidad internacional. Esta última consideración ha de ser, en definitiva, la prevalente, considerando inadmisibles hoy día la postura positivista de Binding, para quien la voluntad estatal era el único criterio determinante de la jurisdicción. Defendió la tesis contraria, es decir, la del principio personal, el profesor Gallas, para quien el territorialista es el que debe considerarse arcaico y superado, como lo está la doctrina de la absoluta soberanía, pero tan sólo consiguió en la votación la adhesión del presidente Baldus, pronunciándose el resto de los miembros de la Comisión por el principio de la territorialidad, con ciertas excepciones de protección real en razón a determinadas especies de delitos.

En lo tocante al tema de la acción de la ley penal en el tiempo, el ponente Bockelmann logró la unanimidad en la prescripción absoluta de la retroactividad contra el reo. Se introduce en el futuro Código casi textualmente el precepto constitucional del artículo 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental de Bonn. Se mantiene el criterio de la punibilidad de los hechos perpetrados durante la vigencia de leyes expresamente temporales. En materia de medidas de seguridad se pronunció unánimemente la Comisión en el sentido de que las de corrección y aseguramiento serán aplicables desde el momento que sean válidas al pronunciarse la decisión judicial.

La sección de recensiones de este fascículo corre a cargo del profesor Lange y comprende la de los últimos trabajos sobre la Parte general del Derecho penal, a partir del *Strafrecht* de H. Mayer, de 1953, que constituye un sucinto panorama crítico de la producción científica de lengua alemana en el último quinquenio. Únicamente la recensión del Comentario de Köhler-Lange aparece firmada por Mezger.

En *Mitteilungsblatt*, del grupo de la Sociedad de Derecho comparado figura un erudito trabajo del profesor Jescheck sobre el Comité de publicaciones periódicas en lo material y lo procesal. Se estudian los sistemas actualmente vigentes en Suiza, Francia, Italia, España, Suecia e Inglaterra.

ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS

## ARGENTINA

### Revista Penal y Penitenciaria

Órgano de la Dirección Nacional de Institutos Penales. Ministerio de Justicia. República Argentina.

Enero-Diciembre, 1956

Continúa en este número la publicación de la revista, una vez superadas las dificultades políticas que acaba de atravesar la República Argentina, advirtiendo en su primera página que su aspiración es que «retome su verdadero espíritu científico, ajeno a toda propaganda política que desvirtúe