

A L E M A N I A

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Berlin, De Gryter. 71 Band, Heft 2.1959

Comienza el fascículo con una semblanza de la Editorial en honor del Profesor Guillermo Sauer, en ocasión de su LXXX aniversario, haciéndose rápida memoria de sus valiosas aportaciones científicas, tanto en el terreno del Derecho penal material, como en el del procesal y de la Filosofía del Derecho. Considerase como más genuina en su polifacética producción la criminológica, tanto en el aspecto de Biología como de Sociología criminales.

GERMAN: «Grundlagen der Strafbarkeit» («Fundamentos de la punibilidad»)

Desarrolla el tema el Profesor de Basilea en relación inmediata con el Proyecto de Código alemán de 1958, contemplado en un sentido crítico y comparatista respecto al suizo vigente. Punibilidad (*Strafbarkeit*) es expresión referida *lato sensu* en este artículo a función penal, no circunscrita al elemento del delito en la construcción analítica ordinaria, por lo que el trabajo viene a versar sobre los fundamentos del Derecho penal o presupuestos teóricos de la Parte general del Proyecto.

Como primeros fundamentos valen los de los párrafos 1.º y 2.º consagrando respectivamente los dogmas de la legalidad y de la culpabilidad, el *nullum crimen (poena) sine lege* y el *nullum crimen sine culpa*, alabando la consignación expresa del segundo, que no consta en el Código federal suizo, como en casi ninguno de los vigentes, bien que sea igualmente comprensivo en su dogmática.

Un refuerzo del legalismo del párrafo 1.º se halla en el 13, que al tratar de los delitos de omisión (los de falsa omisión o de comisión por omisión propiamente dichos), sólo se extiende la tipicidad al que omitiere impedir un resultado mediano obligado legal de evitarlo, o bien al que hubiere ocasionado tal riesgo con su conducta previa. Previsión que no se halla en la legislación suiza, aunque sí en su *praxis*, y que mejora el texto del artículo 40 del Código italiano.

El dogma culpabilista, por su parte, se completa en los párrafos 15 y 21; en aquél, por el precepto de que únicamente se exigirá responsabilidad criminal a título de dolo, requiriéndose en la de culpa una expresa previsión de la ley (consagración del *numerus clausus* tradicional en la culpa); en el 21, en fin, por no achacarse las consecuencias agravatorias o cualificativas de un determinado hecho a no ser atribuibles al autor por propia culpa. Del mismo modo, el párrafo 34 obedece a idéntico principio en la participación plural, castigándose a cada partícipe con arreglo a su

propia culpabilidad y no a la de los demás. Todos estos preceptos son sin reparo aceptados por el autor, que les celebra como una decidida liquidación del derecho penal de la época nacional-socialista y una garantía para la permanencia de un estado de derecho. En determinados detalles técnicos, sin embargo, critica los términos del Proyecto, como cuando, al definirse el dolo, en el párrafo 16, incluye la previsión del *eventualis* bajo la fórmula de la aceptación (*billigend*) del resultado, expresión que considera demasiado terminante por afectar al juicio finalista. La usó asimismo la jurisprudencia suiza federal hasta 1943, pero ulteriormente se satisface para estimar el dolo con que el culpable haya «tomado en consideración el evento», y esta fórmula de «tomar en consideración» (*in Kauf nehmen*) le parece al autor más apropiada que la de aceptar el resultado, que se usa en el Proyecto. Lo que equivale, en suma, a preferir en la determinación del *dolus eventualis* la concepción intelectualista a la voluntarista, siendo así que en la actual doctrina y *praxis* suizas es esta última la prevalente, de acuerdo con los postulados de la culpabilidad personal «a pesar» del acto.

Algunas diferencias de matiz son observables, asimismo, en materia de error, ya que el párrafo 18 menciona expresamente no a éste, sino a la ignorancia o desconocimiento de las circunstancias de hecho, mientras que en el epígrafe se consigna la palabra «error» (*Irrtum*). Prácticamente se equivalen ambos términos de «desconocimiento» y «error» (Mezger, en *Leip. Kommentar*), ocurriendo lo mismo en el derecho suizo, pero en éste el artículo 19 del Código trata de modo expreso sólo del error. De todos modos considera de mayor efectividad la referencia al error, al modo suizo, que al desconocimiento, al modo alemán del Proyecto, por las mayores facilidades que aquélla ofrece tanto en lo que afecta al hecho como al derecho. Es cuestionable, sobre todo, que deba hacerse la referencia a las «circunstancias típicas» porque ello, redundando en una restricción del concepto de error no muy acorde con las esencias culpabilistas de que el Proyecto hace gala. Esto no significa que la regulación de la materia sea perfecta en el Código suizo, cuyo artículo 20 requiere también reformas que permitan una mayor amplitud, ya que en su redacción actual comprende tan sólo el error sobre la antijuridicidad (o error de prohibición, según la terminología alemana reciente).

Concuerda con el derecho suizo la consideración de que el dolo de la tentativa sea idéntico al de la consumación, que consagra el párrafo 25 del Proyecto, en el que se hubiese preferido la referencia al «delito» y no al «hecho», como en la actual redacción figura. También el precepto del párrafo 26, párrafo 3.º, que permite una exculpación en supuestos de absoluta inidoneidad por «torpeza manifiesta» (*aus grobem Unversand*), inspirado en el número 2.º del artículo 23 del Código suizo, pero que requiere circunstancias de «imposibilidad cualificada», de las que aporta interesantes ejemplos entresacados de la jurisprudencia helvética. Lo que importa, según el autor, es la absoluta inidoneidad del acto, no la de los medios, pues sólo aquélla afecta a la culpabilidad (caso de los homicidios «intentados» mediante sortilegios, no mediante insuficientes dosis de veneno).

Difiere el Proyecto alemán del derecho vigente suizo, en la previsión de responsabilidad sólo para los delitos graves (*Verbrechen*) y no para los me-

nos graves (*Vergehen*), conforme a la tradición alemana, lo que ciertamente no parece conforme con la lógica jurídica ni con los presupuestos de culpabilidad, que son idénticos en ambas especies de infracciones criminales.

Un acierto teórico y práctico del Proyecto, en materia de codelinuencia, constituye el párrafo 33, que zanja la tan discutida cuestión de la punibilidad de partícipes en quienes no concurra un elemento cualificativo, punibilidad que se mantiene pero con pena atenuada. Lo cual concilia las exigencias del estricto legalismo y de la culpabilidad, en disyuntiva difícil de salvar conforme a los sistemas actualmente imperantes en Alemania y Suiza (también, por supuesto, en España), dado que el impunitismo repugna a la tesis culpabilista y la extensión del tipo a la legalista. Trátase aquí de los delitos de «propia mano» y concretamente de los de funcionarios públicos, de posible comunicabilidad de responsabilidad, bien que atenuada, a los extraños.

En lo relativo a impunidad, limitase el Proyecto a acentuar la naturaleza justificativa de la legítima defensa, según tesis tradicional inmovible (parág. 37). En el estado de necesidad, en cambio, el 40 comprende situaciones de justificación al lado de otras meramente exculpatorias, pero la nueva redacción no imposibilita, según el autor, la estimativa de otras hipótesis de necesidad «supralegal», por no constituir una caracterización cerrada. En todo caso hay que recordar que las excusas exculpatorias supralegales no constituyen en modo alguno vulneración del dogma de la legalidad de delitos y penas.

En lo referente a inimputabilidad, la fórmula del párrafo 23 no difiere apenas de la del artículo 10 del Código suizo, caracterizada por un sistema mixto bilógico y voluntarista a la vez.

MANNHEIM, Hermann: «Betrachtung zum Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuchs. (Consideraciones sobre el Proyecto de un Código penal)».

Una nueva aportación crítica al Proyecto de Código alemán de 1958 lo constituye este artículo del Profesor y Magistrado de Londres, tan conocido por sus estudios sociológicos y criminológicos. Contemplado esta vez desde una plataforma visual tan dispar como es la del derecho inglés, sobran, naturalmente, los motivos de discrepancia, sirviendo el trabajo más bien para conocer éste que no el Proyecto, por lo demás sobradamente conocido. Sirve, sobre todo, para dar cuenta de los esfuerzos últimamente llevados a cabo en Inglaterra por los partidarios de una Codificación penal, y de la Comisión presidida por Lord Sellers en 1958 con tal propósito el de reforma de la legislación penal más bien. Que no tenga tal reforma el carácter de Código, como se entiende en el Continente, es cosa segura, como también que sea obra de prácticos y no de juristas, dado que en la Comisión figuran únicamente, entre quince miembros, dos penalistas (los profesores Glanville y Seaborne). Explica el autor, con este motivo, las peculiaridades de la política legislativa inglesa, obra de funcionarios, políticos, filósofos y hasta teólogos, siendo los juristas llamados a aplicar la ley no a confeccionarla.

Enfrentado ya con el texto del Proyecto hace ver el autor cómo es de lamentar en el derecho inglés la falta de una Parte general, y aun de principios fundamentales como el de la legalidad y culpabilidad de los párrafos 1.º y 2.º, que en Inglaterra se consideran salvaguardados constitucionalmente, pero que en la práctica no siempre se respetan. Cita a este respecto la doctrina jurisprudencial de la *Conspiracy*, en desacuerdo con el legalismo, así como otras creaciones de sabor netamente analógico que remontan a textos medievales. Como criminólogo no puede por menos de alabar en el Proyecto que la reincidencia se haya tenido en cuenta, a tenor del párrafo 63, no objetivamente, sino en relación con la reprochabilidad de las infracciones anteriormente perpetradas. Con ello se pone fin al automatismo de la reincidencia contra el que se pronunció en 1955 el III Congreso Internacional de Criminología, si bien de modo no tan claro como el conseguido en el Proyecto alemán.

Deplora Mannheim, como partidario del sistema inglés de *Probation*, que éste no haya sido seguido exactamente en el Proyecto, por cuanto que en la suspensión condicional de éste hay una condena previa pronunciada pero aplazada, aunque reconoce que, teóricamente, tal proceder está más acorde con el principio del derecho penal culpabilista. Alaba la regulación que sobre inimputabilidad por trastorno mental completo o incompleto se hace en los párrafos 23, 24 y 86, haciendo ver su justificación frente a las anticuadas normas inglesas de las *M'Naghten Rules*, si bien éstas han sido atenuadas en la *Homicide Act* de 1957, posibilitando la atenuación de los psicópatas, aunque ello sea sumamente discutido en la doctrina y jurisprudencia.

La última parte del trabajo, y la más polémica, se refiere a la crítica del sistema de bipolaridad seguido en el Proyecto entre penas y medidas de seguridad, que Mannheim, como casi todos los criminólogos, desearían ver sustituido por uno monista indiferenciado. También estima que no se ha avanzado bastante en el camino de reducir y aun acabar con las llamadas penas cortas de privación de libertad, bien que se hace cargo de la dificultad quizás insuperable de su abolición en una sistemática culpabilista. La previsión que en el párrafo 72 se hace respecto a las medidas de custodia aplicables a los menores delincuentes, le sirve asimismo para disertar sobre el tema del pronóstico criminal, que no puede ser en modo alguno obra del legislador, sino del juez especializado en Criminología.

BRUNS, Hans-Jürgen: «Die Massregeln der Besserung und Sicherung im StGB. Entwurf 1956. (Las medidas de corrección y aseguramiento en el Proyecto de 1956)».

Tratado el tema en el fascículo primero de este año por nuestro Director Profesor Cuello Calón, las innovaciones en materia de medidas de seguridad en el Proyecto alemán son suficientemente conocidas por nuestros lectores. Bruns insiste en la cuestión teórica tan debatida de la procedencia o improcedencia del dualismo bipolar adoptado por los reformadores (*Zweizurigkeit*), conforme a un criterio tradicional muy criticado por los criminó-

lgos. Responde, empero, a los principios de culpabilidad terminantemente estatuidos en el párrafo segundo. De otra parte, el autor manifiesta lo secundarios que resultan los preceptos legales en esta materia de medidas de seguridad, ya que lo decisivo para su éxito o fracaso ha de ser la acción judicial y el tratamiento efectivo en cada caso concreto.

WARDA, Günther: «Zur gesetzlichen Regelung des vermeidbaren Verbo-sirrtum («Sobre la regulación legal del error de prohibición»).

Nuevamente versa este trabajo sobre la tan disputada materia del llamado «error de prohibición», versión que en no pocos aspectos recoge el antiguo *error iuris*, y del que se ocupa el párrafo 20 del Proyecto. Esta vez, sin embargo, el asunto es contemplado principalmente desde el ángulo constitucional, por el conflicto eventual que puede plantearse entre las cuestiones de la pura culpabilidad y de la seguridad jurídica. La tesis del error impune, en efecto, se acuerda con las primeras, pero no siempre con las segundas, siendo así que a la seguridad tiende el principio legalista constitucional. Igualmente es susceptible de herir dichas esencias de la Constitución de Bonn el tratamiento de la reincidencia, cuya regulación en el Proyecto se estima, por añadidura, innecesariamente, poco práctico e inconciliable con el dogma de la culpabilidad.

La crónica bibliográfica, de Karl Peters, está destinada en este número al Derecho penal de menores, y las comparatistas del «Anejo», de Ivar Agge y de H. H. Heldmann, a la Evolución del Derecho penal sueco y a la *Homicide Act* inglesa de 1957, respectivamente.

ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS

B R A S I L

Revista da Faculdade de Direito

Universidade de Minas Gerais.—Belo Horizonte

Octubre 1957

LOPES, Jair Leonardo: «Nao exigibilidade de outra conduta como causa geral e supralegal de exclusao da culpabilidade; pág. 152.

El autor de este trabajo examina el problema de la concepción socio-lógica y normativa de la culpabilidad, llegando a la conclusión de que el Código de su país adopta la concepción normativa, de la que puede derivarse la causa supralegal de exclusión de la culpabilidad de «no exigibili-