

tales de la Defensa y sobre si su Gobierno respeta la Constitución, en vez de limitarse a votar cada cuatro años? ¿Y cómo puede votar cada cuatro años si no dispone de una amplia información?

En el caso Spiegel, del que Jagusch se ocupa a continuación, la acusación de traición se basa en el § 100 StGB: «El que revele un secreto de Estado será castigado con la pena de reclusión». Este precepto es, dice Jagusch, la encarnación de la injusticia, pues se aplica indistintamente a dos sujetos que no tienen nada en común: al periodista que cumple su misión de informar y al agente secreto de una potencia extranjera que procura a ésta secretos de Estado.

Jagusch se pregunta cómo es posible que hasta ahora no haya habido nadie en el Bundestag que haya tomado la iniciativa para llevar a cabo una reforma de la ley. Si el § 100 va a seguir en vigor, el articulista opina que ha llegado el momento de que el BGH demuestre su nervio y su altura. Hay varios modos de fundamentar la absolución de los periodistas del Spiegel, a quienes se acusa de haber revelado secretos de Estado en un artículo que se ocupaba sobre los resultados de unas maniobras de la NATO. La interpretación teleológica impide que se aplique un tipo penal creado para espías a quienes no lo son. Por otra parte, la norma constitucional que garantiza la igualdad a todos los ciudadanos, obliga al legislador a regular diferencialmente aquello que, desde un punto de vista moral, es fundamentalmente distinto: la equiparación de comportamientos que no se parecen en nada es una lesión de este principio constitucional. Otra forma de fundamentar la absolución sería, piensa Jagusch, acudir al artículo 5 de la Constitución de Bonn (derecho fundamental de libertad de opinión y de prensa); contradice el artículo 5 que no haya diferencia ni en la tipicidad ni en la sanción entre la revelación periodística de secretos, efectuada con el fin de informar, y la actividad de un espía. Por último, el castigo de los periodistas de «Der Spiegel» podría evitarse, piensa Jagusch, apelando al principio que prohíbe imponer penas excesivas o crueles. •

Existe una última solución para el caso de que el legislador no intervenga y el BGH se decida por una aplicación literal del § 100: La anticuada Ley de Enjuiciamiento Criminal alemana acertó, escribe Jagusch, en un punto: La votación discrepante de dos magistrados del BGH puede evitar una catástrofe judicial.

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Juristenzeitung

1964

BADURA, Peter: «Generalprävention und Würde des Menschen» (Prevención general y dignidad de la persona), *Juristenzeitung* 1964; págs. 337-344.

En el § 2 del Proyecto alemán de Parte General de 1956 se disponía: «la pena no debe sobrepasar la medida de la culpabilidad». El fin de dicho precepto era impedir que el juez, por consideraciones de prevención general o especial, pudiera imponer una pena mayor de la que el autor había me-

recido. En los Proyectos de 1960 y 1962 esta disposición ha desaparecido; ahora se dice tan sólo que la «base para la medición de la pena es la culpabilidad del autor». Según la Fundamentación del Proyecto, con este precepto se pone de manifiesto que la culpabilidad es el criterio fundamental para determinar la pena, pero, sin embargo, se deja abierta la posibilidad de que el juez imponga un castigo superior al merecido, siempre y cuando la diferencia no sea tan grande que no se pueda hablar ya de un castigo basado en la culpabilidad. Resumen: Según el proyecto actual, y dentro de ciertos límites, es posible imponer una pena superior a la que el autor merece, si así lo exige, por ejemplo, la prevención general. En el artículo se estudia si esto es compatible con el artículo 1 de la Ley Fundamental de Bonn: «La dignidad del hombre es inviolable. Respetarla y protegerla es deber de toda autoridad estatal».

Badura sostiene que una pena superior a la culpabilidad del autor es incompatible con el precepto de la Constitución alemana. En primer lugar, porque, al parecer, al establecer el artículo 1, el legislador de Bonn pensaba, sobre todo, en la idea kantiana de que el hombre no debe ser degradado a mero medio para alcanzar fines exteriores a él.

En segundo lugar, en base a consideraciones teleológicas. Los derechos fundamentales, escribe el articulista, no derivan de una mera especulación, sino que son respuesta a actos de violencia, a injusticias, a limitaciones de la libertad, a arbitrariedades. El artículo 1 de la Ley Fundamental tiene su base en: primero: el principio de la experiencia del gran peligro que corre la situación jurídica y la integridad personal de los psíquicamente anormales, de los asociales, de los miembros de las minorías raciales e ideológicas, y de los sometidos a la autoridad penal y policíaca; es, segundo, una reacción contra las tristes experiencias del Tercer Reich.

El juez que para proteger la seguridad y orden públicos impone a un delincuente una pena mayor a la que merece, dice Badura, está aprovechándose de la débil posición en que se halla el que ha entrado en conflicto con las leyes penales. El criminal, al caer dentro del ámbito del poder punitivo, se encuentra en una situación excepcional y debilitada en la que peligra su integridad corporal, su libertad y su patrimonio. En esta situación de desamparo es absolutamente necesario que los órganos del Estado no olviden que tienen ante sí a una persona; ciertamente que ha de sufrir una sanción, pero, según la voluntad constitucional, no ha perdido por ello ni un ápice de su condición de ser persona. Si el juez utiliza la circunstancia de imponer un castigo para sobrepasar la medida de la culpabilidad del autor, está aprovechándose de la oportunidad que le proporciona la posición debilitada del delincuente. Esto es precisamente lo que quiere evitar el mandato constitucional contenido en el artículo 1 de la Ley Fundamental. La interpretación teleológica del precepto pone de manifiesto, pues, que está dedicada a proteger, sobre todo, a sujetos que, como el delincuente, se hallan en una situación desfavorable y pueden, por ello, ser utilizados como instrumentos de la función de policía del Estado. En base a estas consideraciones, Badura concluye lapidariamente: «La prevención general es un criterio de medición de la pena desaprobado por la Constitución».

SEIBERT, Claus: «Immer wieder: In dubio pro reo» (Siempre de nuevo: In dubio pro reo), *Juristenzeitung* 1964; págs. 616-617.

El artículo carácter irónico; en él expone sus impresiones un magistrado del Tribunal Supremo alemán sobre el uso que hacen los abogados del principio «in dubio pro reo» (principio al que algunos defensores llaman en sus escritos «in dubia pro reo») e, incluso, «dubro prero») para fundamentar sus recursos de revisión. La revisión sólo puede tener éxito, indica Seibert, cuando en la sentencia se han expresado las dudas del juez sobre la culpabilidad del acusado o cuando es perceptible que el tribunal no ha condenado en base a su convencimiento, sino sólo en base a sospechas o a meras posibilidades; muchos abogados piensan, al parecer, que también es factible recurrir cuando son ellos mismos los que todavía tienen dudas sobre que se haya demostrado la culpabilidad del acusado. Seibert hace suya la advertencia a los abogados contenida en el conocido libro de Sarstedt sobre «La revisión en materia penal»: «La sentencia no se escribe para convencer al defensor. Por ello, carece absolutamente de significación el que a “él no le convenza”».

LACKNER, Karl: «Das Siebente Strafrechtsänderungsgesetz» (La Séptima Ley de Reforma Penal), *Juristenzeitung* 1964; págs. 674-677.

La Séptima Ley de Reforma Penal, que ha entrado en vigor el 6 de julio de 1964, es, dice Lackner, una ley «ad hoc». Y lo es porque viene a derogar una ley que era aún más «ad hoc»: La Ley sobre el uso criminal de explosivos de 1884. Es incomprensible, escribe Lackner, que dicha Ley haya podido mantenerse durante ochenta años. (El recensionista añade, por su parte, que tal hubiera tenido una vida aún más larga si no hubiese sido por determinadas circunstancias de tipo político que han acelerado su derogación. Si no me equivoco, la nueva Ley obedece a las dificultades que surgieron en los últimos tiempos cuando alemanes occidentales realizaron atentados con explosivos contra el muro que divide Berlín. La Reforma se ha llevado a cabo primordialmente para que a estos sujetos no se les aplique una Ley que era fundamentalmente represiva).

Lackner expone a continuación los principales defectos de la Ley derogada. Tal como estaba redactado el § 5 de la Ley de 1884, había que castigar con la pena de reclusión al que usaba explosivos en una cantera poniendo con ello en peligro los árboles y cultivos de fincas vecinas. Si se causaban lesiones graves, la pena era de reclusión no inferior a cinco años; si se causaba una muerte, la pena era de reclusión no inferior a diez años o de cadena perpetua. En los casos en que esta muerte hubiera sido previsible se imponía la pena capital. Después de la guerra, al suprimirse en Alemania la pena de muerte e introducirse en el StGB el famoso § 56 (supresión de la responsabilidad por consecuencias fortuitas) se hicieron algo más soportables estas agravaciones. De todas formas, y debido a la desgraciada redacción legal, había que seguir castigando con cadena perpetua al que, usando explosivos para un fin «licito», causaba imprudentemente la muerte de una persona. Además de que era extraordinariamente dura la represión de actos

preparatorios, en el § 8 se establecía para ciertos casos una presunción de culpabilidad. La Ley de 1884 se explica, escribe Lackner, porque fue promulgada en una época de extraordinaria actividad anarquista. En palabras de un diputado de entonces era: «Una ley draconiana contra la bestialidad».

En el Proyecto de 1962 se deroga la Ley de 1884 y se regulan los delitos de explosivos en los §§ 322 y siguientes del StGB. Pero la Comisión del Bundestag, teniendo en cuenta que en este periodo legislativo no va a ser posible ya discutir el Proyecto, ha estimado que, ante los defectos de la antigua Ley, no se podía esperar más tiempo.

El nuevo § 311 del StGB supera los fallos de la antigua regulación del siguiente modo: en los casos de producción dolosa de una explosión (no se define lo que sea explosión y será, pues, tarea de la jurisprudencia delimitar su concepto) con la que se ponga en peligro la vida de otras personas o cosas ajenas de considerable valor, se impone la pena de reclusión no superior a quince años; en casos especialmente graves la pena no podrá bajar de cinco años de reclusión; en casos leves no habrá de ser inferior a seis meses de prisión. Como el marco penal es muy amplio —de seis meses a quince años—, el juez podrá evitar los injustos resultados a que llevaba la Ley de 1884. Además, no toda puesta en peligro de cosas ajenas cae bajo el § 311, sino sólo el de cosas de considerable valor. En los casos en que se produzcan lesiones graves o muerte, la nueva regulación acude a una solución elástica, haciendo que ya no sea inevitable, como hasta ahora, la imposición de penas durísimas.

Como también muestra la experiencia española, las reformas parciales hacen que surjan frecuentemente incongruencias entre los nuevos preceptos y los antiguos que continúan en vigor. A exponer estas incongruencias dedica Lackner una buena parte de su artículo. Es por estas contradicciones por lo que el articulista opina que la Séptima Ley debería ser un impulso para acelerar los trabajos de la Reforma del StGB.

E. G. O.

Neue Juristische Wochenschrift

1964

URBANCZYK, Lothar: «Sind freiwillige Sterilisierungen strafbar?» (¿Son punibles las esterilizaciones voluntarias?), *Neue Juristische Wochenschrift* 1964; págs. 425-428.

En base a la Ley de 14-VII-1933, en Alemania se realizaron entre los años 1934-1939, según datos oficiales, de 300.000 a 350.000 esterilizaciones por motivos eugenésicos; de ellas, algunas se realizaron con la voluntad del intervenido y otras en contra de ella. El § 14 de la Ley disponía que, aparte de la eugenésica, la esterilización sólo sería impune cuando se realizase para impedir un serio peligro para la vida o la salud del sujeto. Si este parágrafo siguiese vigente, todas las demás esterilizaciones serían, a contrario, punibles. Pero Urbanczyk estima, con la opinión dominante, que la Ley de 1933 ha de considerarse derogada.

Actualmente, y conforme al § 226a del StGB, la esterilización de una per-

sona con su consentimiento sólo será antijurídica cuando el hecho lesione, a pesar del consentimiento, las buenas costumbres. El BGH ha interpretado «buenas costumbres» en el sentido del sentimiento de decencia de todos los que piensan justa y equitativamente.

Cierto, dice el articulista, que la Iglesia Católica se opone a la esterilización. Pero en la Iglesia Evangélica las opiniones están divididas. Además, escribe Urbanczyk, como el criterio que hay que tomar es el de *todos* los que piensan justa y equitativamente, también habrá que tener en cuenta el de los no practicantes y librepensadores que admiten la esterilización. En base a ello, el articulista estima que cuando haya consentimiento faltará la antijuridicidad en las esterilizaciones por indicación social, médica y eugénica; por lo que a la esterilización social se refiere, piensan como Urbanczyk, Radbruch, zu Dohna, Kohlrausch y Eb. Schmidt.

Urbanczyk, sin embargo, va aún más lejos y piensa que la esterilización debe permitirse en cualquier caso, aún cuando no concorra ninguna indicación, si la persona intervenida consiente en la operación; en su opinión es ésta la única forma de evitar el número creciente de abortos provocados. El articulista no cree que esto habría de conducir a una enorme disminución del número de nacimientos, ya que las mujeres jóvenes que piensan casarse desean, por regla general, niños, y, además, porque la mayoría de los hombres están poco inclinados a contraer matrimonio con mujeres estériles.

Después de publicado este artículo, añade el recensionista por su parte, el BGH ha absuelto en una sensacional sentencia a un médico que había realizado varios cientos de esterilizaciones en mujeres casadas —todas ellas por indicación social— fundamentando su resolución en el principio de legalidad: la cuestión de si tales esterilizaciones lesionan o no las buenas costumbres es tan poco clara, estimó el Tribunal Supremo alemán, que deben quedar impunes mientras el legislador no intervenga para decir expresamente qué esterilizaciones son antijurídicas y cuáles no.

E. G. O.

ARGENTINA

Revista Penal y Penitenciaria

Año XVIII, números 67/69, enero-diciembre 1953, Buenos Aires

MANUEL LOPEZ REY.—«Teoría y práctica de la disciplina penitenciaria».

Antes de comenzar cualquier estudio sobre la disciplina penitenciaria se hace indispensable determinar de una manera precisa, cuál sea su concepto. El autor hace tal deslinde de una forma positiva, tras de criticar acertadamente las opiniones que le dan un concepto demasiado restringido, confundiéndola con el mantenimiento del orden; o excesivamente amplio, haciéndola cubrir la mayor parte de las actividades penitenciarias. Para él, la disciplina en general podría ser definida como «forma ordenada y organizada de conducirse, conforme a las exigencias de una situación, condición o estado, para la realización de una función o fin determinados». Tal definición es aplicable