

*furtum possessionis* respectivamente. Trata especialmente el ámbito de protección de ambos preceptos, mientras el § 289 no protege el derecho de prenda constituido bajo garantía, el § 288 protege el derecho del acreedor a la satisfacción que se manifiesta en un derecho de prenda constituido bajo garantía de embargo en el caso de las cosas muebles. Este derecho del acreedor a la satisfacción es una pretensión material y no una simple pretensión a la ejecución. Puesto que el bien jurídico protegido en el § 288 es el derecho del acreedor a satisfacerse, sólo podrán incluirse en su ámbito la frustración de las pretensiones individuales, cuando, al mismo tiempo, signifiquen una frustración de dicho derecho a la satisfacción, lo que sólo ocurrirá excepcionalmente. Como autor del delito del § 288 sólo puede serlo el deudor, se plantea el problema de la punición de los que actúan en calidad de autores, pero sin tener la cualidad de deudores, como por ejemplo, los representantes legales, tutor, etc. Problema que ya se ha resuelto satisfactoriamente en el nuevo Derecho penal alemán con la inclusión de una nueva disposición: el § 50 a.

El portador del poder de ejecución es el Estado, así, pues, también debe ser éste protegido en el ejercicio legítimo de tal poder y tanto frente al acreedor como frente al deudor, ya que el Estado es una figura neutral entre ambas partes. En este último capítulo se trata de la protección penal del interés del Estado a que, una vez realizado el embargo, no se rompan los sellos oficiales colocados por la autoridad para embargar los bienes (§ 136), o a que esos bienes embargados no se destruyan o distraigan (§ 137).

Como se ve, los problemas que se tratan en el libro son de un gran interés y valor práctico. Lo más digno de destacar es el equilibrio y conjunción con que se toca la distinta problemática civil, procesal y penal que el tema plantea, sin que por un momento se dedique especial atención a un sector a costa del otro, ni las conclusiones a que se llegan sean contradictorias.

Francisco MUÑOZ CONDE

**GIMBERNAT ORDEIG, Enrique:** «*Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?*» (*¿Tiene un futuro la dogmática juríco-penal?*), separata de la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, tomo 82, 1970, página 379 a 410.

Es evidente que en amplios sectores intelectuales de Alemania el Derecho penal, tal como tradicionalmente venía siendo entendido en aquel país, ha caído en descrédito. Para el Derecho penal que podríamos llamar «clásico», la base para la imposición de la pena la da el que el delincuente haya actuado culpablemente, es decir, que se haya decidido libremente por realizar el mal, aun cuando tenía personalmente la capacidad de elegir el camino del Derecho. Para otro sector, cada vez mayor, el principio de la libertad de voluntad, en el que se basa todo el Derecho penal de culpabilidad, debe ser puesto en duda, así como también el Derecho penal mismo y la dogmática que en él se basa.

Tanto una como otra dirección están de acuerdo en una cosa: el Derecho

penal, tal como viene entendido, sólo encuentra justificación en la libertad de voluntad, que es el presupuesto de la culpabilidad y ésta a su vez de la imposición de una pena. Se forma así una «teoría del dominó» en la que se afirma que la dogmática jurídicopenal supone el Derecho penal, éste supone la pena y la pena supone la culpabilidad del sujeto; de tal manera que si se suprime la primera piedra —la culpabilidad— se derrumba todo el edificio construido sobre ella.

Ante esta alternativa se pregunta Gimbernat: ¿Hasta qué punto depende del principio de culpabilidad la existencia del Derecho penal?

Los partidarios de un Derecho penal basado en la culpabilidad parten de un principio irracional: la afirmación de la existencia de la libertad de voluntad. Se coloca en la base de todo el sistema algo que es indemostrable y que está sustraído a toda posible discusión. Por otra parte, aunque *in abstracto* existiese la libertad de voluntad, no es posible demostrar en cada caso si una persona concreta en una determinada situación ha cometido un determinado delito libremente o no. Si ni siquiera un especialista, tras largos años de tratamiento psicoterapéutico, puede determinar con seguridad los factores que influyeron en la conducta del paciente, ¿cómo va a poder conseguirlo un no especialista —el juez, por ejemplo— en el poco espacio de tiempo de que dispone y con unos conocimientos escasos o nulos y, desde luego, siempre limitados sobre la materia?

Tampoco es cierto el que las teorías psicoanalíticas, que discuten la culpabilidad humana deban llevar consigo la abolición de la pena y del Derecho penal. Más bien ocurre lo contrario: el psicoanálisis aporta una justificación y una explicación del Derecho penal. De la misma manera que el padre castiga al niño —que evidentemente no es culpable— cuando se comporta mal, para forzarlo a través de la privación de cariño (pena) a someter aquellos instintos que perjudican al niño mismo a otros (formación del Super-Yo), así debe la sociedad recurrir a la pena —prescindiendo de si la conducta prohibida puede atribuirse a una libre decisión de la voluntad—, para que se refuercen aquellas prohibiciones cuyo cumplimiento es incondicionalmente necesario, para que se prevenga lo más posible la perpetración de aquellas acciones que minarían las bases de la convivencia social, y para que, finalmente, se confiera a tales prohibiciones, por la amenaza y —en caso de inobservancia— por la ejecución de la pena, una energía especial que acreciente su eficacia inhibitoria en el ámbito de la conciencia.

La pena así entendida no es algo irracional, sino racional. Es una «necesidad amarga», un medio elemental al que el Estado debe recurrir para posibilitar la convivencia entre los hombres. Cada tipo penal concreto debe enjuiciarse según la regla de si se puede fundamentar racionalmente el porqué y el cómo la acción conminada con una pena pone en peligro de una manera intolerable las bases de la convivencia social.

En un Derecho penal que se prescinda de la libertad de voluntad existe también una base para determinar la gravedad de la pena. Para ello deberá acudir, al igual que hacen las leyes hoy vigentes, al rango jerárquico del bien jurídico protegido y a si la lesión de dicho bien ha sido dolosa o culposa. Puesto que el legislador debe intentar lograr cierta eficacia con un medio de tanta importancia políticsocial como es la pena, no puede

castigar con la misma gravedad lesiones de bienes jurídicos de distinta jerarquía, o equiparar las lesiones dolosas de bienes jurídicos del mismo valor a las culposas de dicho bienes, o castigar la pura responsabilidad por el resultado. Por la misma razón es inadmisibles castigar los comportamientos antijurídicos de los inimputables. Así, pues, no es necesario recurrir a la culpabilidad para determinar la gravedad de la pena.

Una vez respondida la primera cuestión, se plantea Gimbernat una segunda pregunta: En un Derecho penal que prescindiera de la culpabilidad, ¿qué papel debe desempeñar la dogmática?, ¿qué futuro tiene?

Para Gimbernat del hecho de que se tenga que prescindir de la culpabilidad no se desprende la desaparición del Derecho penal ni de su dogmática. La dogmática debe averiguar lo que el Derecho dice. La dogmática jurídicopenal debe indagar el contenido del Derecho penal, los presupuestos que deben producirse para la realización de un tipo penal, los límites entre los distintos tipos y entre la conducta impune y la punible. De esta forma conducirá a una aplicación racional del Derecho penal y evitará toda irracionalidad, arbitrariedad e improvisación. Mientras más desarrollada esté una dogmática, tanto más se evitarán las inseguridades y las injusticias en los fallos judiciales, tanto más controlado estará el poder punitivo del Estado y, al servirse exclusivamente de elementos racionales, tanto más fuerza de convencimiento tendrán sus argumentos y teorías.

Hasta aquí la exposición de Gimbernat. La originalidad indudable en muchas de las cosas que afirma hace despertar en el lector cierta extrañeza, la extrañeza que produce siempre lo nuevo; pero tampoco cabe poner en duda que hay mucho de verdad en lo que dice.

Que el Derecho penal no debe vivir de espaldas a los descubrimientos de las ciencias psicológicas y sociales, que la libertad de voluntad es algo indemostrable y que el Derecho penal es independiente de la controversia en torno a su existencia, todo ello es cierto. Pero ¿hasta qué punto puede conmovérsele esta afirmación la existencia de la culpabilidad jurídico-penal? El reproche de culpabilidad supone siempre un cierto grado de libertad en el sujeto imputable de poder autodeterminarse. Grado de libertad que, si bien es relativo y no puede pretender una validez absoluta, es aceptada por la Comunidad como algo normal y obliga al individuo a comportarse de acuerdo con unas exigencias sociales. ¿Cómo se explica si no el acudir al dolo y a la culpa para determinar la gravedad de la pena?

También es cierto que la dogmática jurídicopenal debe ser elaborada de la forma más racional posible, sólo así puede lograrse el máximo de seguridad jurídica. Únicamente lo racional puede ser enseñado —y controlado—, pero no lo irracional. Pero ¿hasta dónde puede prescindirse del juego de los elementos irracionales? El Derecho, como cualquier otra ciencia, no puede prescindir de cierta dosis de ficción e irracionalidad. Ello se debe a las propias limitaciones de la naturaleza humana. Ni la dogmática jurídica en general, ni mucho menos la jurídicopenal en particular, pueden conducir siempre a un resultado totalmente seguro, siempre que dejan un cierto margen de arbitrio dentro del cual sólo puede decidir el sentimiento valorativo personal, en definitiva, un elemento irracional.

No se crea por ello que puede dejarse a un lado la tesis que se man-

tiene en el presente artículo. Ni mucho menos. El nuevo enfoque con que se plantean los problemas jurídicopenales puede dar sus frutos y pueden ser importantes sus consecuencias tanto para la teoría como para la práctica. Sin embargo aún quedan puntos por desarrollar y huecos por rellenar. También deberá explicarse más detenidamente las repercusiones que en el Sistema tradicional del Derecho penal que tendrá este nuevo enfoque. Todo ello puede esperarse del ardor, inteligencia y originalidad de este joven profesor español.

Francisco MUÑOZ CONDE

**HONIG Festschrift Für Richard M.: («Libro-Homenaje a Richard M. Honig»).**  
Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1970, 215 págs.

Con motivo de su ochenta cumpleaños la Facultad de Derecho de Göttingen ha ofrecido un Libro-Homenaje a Richard Honig, que enseñó en esa Facultad durante muchos años, abandonando Alemania durante el III Reich. Honig, que visita frecuentemente Alemania, es profesor en los Estados Unidos, y, como señala en el libro actual, Decano de Derecho de Göttingen, se ha convertido, con sus últimos trabajos de Derecho comparado germanoamericano, en un «intermediario entre los mundos jurídicos de su antigua y de su nueva patria».

La dogmática de la legítima defensa está en crisis; no es ya el tranquilo lago que sólo hace unos años parecía ser. En la obra recensionada lo pone de manifiesto Bockelmann, con un trabajo sobre legítima defensa contra ataques provocados, donde el autor se distancia de la doctrina dominante, sosteniendo que el que ha provocado dolosamente el ataque antijurídico está cubierto, no obstante, por la legítima defensa. Y lo pone de manifiesto también Schmidhäuser, quien en su contribución titulada: *Estructura valorativa de la legítima defensa*, introduce un nuevo principio rector de esta causa de justificación —a añadir al principio de que el ataque debe ser antijurídico— para explicar por qué, a pesar de lo injusto de la agresión, existen limitaciones en los supuestos de provocación, de enorme desproporción de los bienes en conflicto y de ataques de personas inculpables.

Roxin en sus *Consideraciones sobre la problemática de la imputación en Derecho penal*, muestra hasta qué punto está retrasada la dogmática del delito imprudente frente a la del doloso: con los tradicionales criterios de causalidad, previsibilidad e infracción del deber de diligencia no es posible aprehender todo el problematismo de la imprudencia. Pienso que los próximos años van a traer profundas modificaciones y avances en el tema —importante desde tantos puntos de vista— de la culpa.

Rudolphí estudia el concepto del bien jurídico, que ha vuelto a cobrar actualidad en los últimos años con motivo de los trabajos de reforma del Derecho penal alemán; pues un importante sector mantiene que deben dejar de ser punibles —por muy grave que sea su reprobación éticosocial— aquellas conductas hoy tipificadas con las que no se lesiona ningún bien jurídico.

Schaffstein, operando con el principio del aumento del riesgo, introducido por Roxin en un conocido trabajo sobre la imprudencia, trata de hallar