

A. L. E. M. A. N. I. A.

JURISTENZEITUNG

Mohr. Tübingen. Primer trimestre (bisemanal)

Números 1-2 (15 enero de 1952)

LOEWENSTEIN, KARL: "DER KOMMUNISMUS UND DIE AMERIKANISCHE VERFASSUNG" ("El comunismo y la constitución americana").

El autor, profesor del College de Amherst en los Estados Unidos, estudia con objetividad y detalle la actual situación de la lucha contra el comunismo en dicho país y los problemas de índole jurídico y constitucional que la misma suscita. Es evidente la pugna que existe entre muchos aspectos de la lucha emprendida y la Adición Primera a la Constitución norteamericana (*First Amendment*), que prohíbe al Congreso la promulgación de leyes atentatorias a las libertades de expresión, reunión y Prensa, teóricamente ilimitadas en los Estados Unidos. En consecuencia, el partido comunista, como tal (*Communist Political Association*) no está prohibido en el país, ejercitando todos los derechos inherentes a no importa qué otra organización política. La lucha contra el mismo ha debido ser encauzada, pues, por derroteros indirectos de tanta o mayor eficacia, según el autor, que la prohibición pura y simple existente en otros países americanos (Brasil, Colombia, Chile, Perú y Venezuela) que puede llevar como inmediata consecuencia su funcionamiento en la clandestinidad, a veces más peligrosa que la actividad abierta.

Los métodos de campaña anticomunista están centrados institucionalmente en el F. B. I. (*Federal Bureau of Investigation*), siendo muy diversos y de distinto carácter. En primer lugar se hallan los denominados en el artículo "medios normales de protección del Estado", es decir, los "delitos legales" de traición (*treason*), rebelión (*sedition*), conspiración (*seditionous conspiracy*), espionaje, sabotaje militar, explosivos, etc., previstos en la legislación federal especial, o en la local de los estados, codificada o no. Pero la novedad de la presente lucha contra el extremismo político en los EE. UU. se configura en instituciones nuevas que son las que han motivado tantas polémicas y que aquí se examinan con mayor detalle. Figura entre ellas la de carácter administrativo, pero configurada parlamentariamente en los "Comités de investigación" (*Investigating Committee*), nombrados por el Congreso, que funcionaron en diferentes ocasiones de la historia y que ahora tienden a depurar las denominadas

“actividades antiamericanas” (*Unamerican activities*). Sin facultades concretamente represivas, su mecanismo penal es indirecto, pues al exigir al investigado o depurado el mero juramento de conducta, si el mismo luego se acredita falso, este hecho es susceptible, a su vez, de integrar un delito de perjurio o de desacato al Congreso (*contempt of Congress*). Ingenioso sistema que, sin embargo, no es de tan fácil solución jurídica, por cuanto que la negativa a prestar tal juramento, cuando éste entraña una autoacusación, está consagrada también constitucionalmente en el Quinto *Amendment*.

El autor del artículo se extiende en interesantes consideraciones sobre los resultados y riesgos del sistema, con cita de casuística reciente y no siempre concordante doctrina jurisprudencial. Puede resumirse ésta en la Circular de la Fiscalía Federal (*Attorney General*) sobre la “lealtad” de los funcionarios (Parte III, sección 3), así como en la fórmula clásica del Juez Holmes de que la actividad ha de entrañar, para ser enjuiciable, un “claro y presente peligro” (*clear and present danger formel*). Según ella, la actividad “desleal” se coloca fuera de la protección constitucional normal únicamente en tales hipótesis excepcionales. Señala como disidentes las opiniones de los jueces Douglas y Black, que requieren una situación de inminencia de riesgo para el Estado americano inexistente, según ellos, en la realidad pacífica actual en que el partido comunista cuenta la irrisoria suma de cincuenta mil afiliados.

Otra medida, ya de carácter legislativo, es la reciente y famosa “Acta de Seguridad interna” (*Internal Security Act*) de 25 de septiembre de 1950, conocida con el nombre de su inspirador *Mc Carran Act*. Consta en rigor de dos partes, la sustantiva integrada en la *Subversive Activities Act*, y la ejecutiva de la *Emergency Detention Act*, habiendo merecido el veto del Presidente Truman, no obstante lo cual adquirió fuerza legal al obtener la debida mayoría de dos tercios en la nueva votación ante ambas Cámaras reunidas.

En la *Carran Act* se determina ya concretamente un tipo de actividad calificada de “totalitaria” y precisamente definida hasta constituir un tipo legal. Lo hace así la sección 3 del número 15 del Acta: “Son totalitarias las doctrinas que propugnen sistemas de gobierno que de hecho no sean representativos y que se caractericen: a) por un partido único organizado con base dictatorial y formando una unidad indisoluble con el Gobierno, y b) que dicho partido gobernante oprima por la fuerza toda oposición”. Se estipula el registro de todas estas organizaciones inspiradas en tales doctrinas y sus simpatizantes, obstaculizando su permanencia no ya sólo en organismos del Gobierno americano, sino incluso en diversos círculos intelectuales o industriales influyentes, Prensa, Radio, Cinematógrafo, etc. El registro, no obstante, no presupone una prueba en el caso de que se llegare a incoar procedimiento judicial, inciso que salva los riesgos de inconstitucionalidad que amenazaban al Acta. Sanciones en sentido estricto tampoco impone ésta, aunque lo sean el entorpecimiento del trabajo y, en el caso concreto de los extranjeros, su fulminante expulsión o no concesión de visado de ingreso o permanencia en el país.

**BADER, Karl: "STAND UND AUFGABEN DER KRIMINOLOGIE"
(Estado y problemas de la Criminología).**

Aunque hace ya mucho tiempo que se iniciaron los estudios criminológicos, es de data relativamente reciente, según el autor, la consideración de la Criminología como disciplina científica independiente, que hace datar de los trabajos de Exner, Mezger y W. Sauer. No está dilucidado todavía, sin embargo, el campo de su genuina problemática, que en la escuela austriaca de Gross y actualmente de Seelig, abarca la práctica policial en lo que tiene de táctica de servicio, misión propia de la Criminalística. Zanja Bader la ya casi secular querrela en torno a los factores endógenos y exógenos, de *Anlage y Umwelt*, en un sentido que no sea de prevalencia, sino más bien de coexistencia, no disyuntivo, sino adicional; no obstante lo cual delata la persistencia de pugna entre antropologistas y sociólogos en la Criminología moderna. Estima necesaria la sustitución del causalismo de tipo automático por la profunda investigación de la personalidad real en cada sujeto. Acusa a la ciencia penal alemana del día de desinterés por lo criminológico, preocupada casi exclusivamente por los asuntos de dogmática, contrastando este estado de cosas con el florecimiento de los estudios criminológicos en el extranjero, especialmente en ambas Américas. Echa de menos la existencia de una revista especializada, como el antiguo *Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*.

A continuación examina el Profesor de Maguncia las excepciones a la tendencia de desinterés por lo criminológico observada, reseñando los conocidos trabajos de Exner, en lo biológico; de Sauer, en lo sociológico, y la segunda edición de la Criminología de Mezger, así como las profundas investigaciones de la guerra y postguerra emprendidas desde su cátedra de Bonn por el Profesor Helmuth von Weber. Con estos y otros valiosos ejemplos, honra y prez de la investigación alemana, concluye el trabajo propugnando el acceso de la Criminología a la Universidad en plano de perfecta independencia y soberanía científica.

**WELZEL, Hans: "DER IRRTUM UEBER DIE RECHTSMÄSSIGKEIT
DER AMTSAUSÜBUNG" ("El error sobre la juridicidad de la función oficial").**

En torno al párrafo 113 del Código penal alemán, tipificador de la resistencia y atentado nuestros, hermanados en la figura de *Widerstand gegen die Staatsgewalt*, existe desde hace tiempo una constante pugna de interpretaciones. Se centra, sobre todo, en la opinión jurisprudencial de considerar la juridicidad o legalidad de la función pública como una condición objetiva de la punibilidad, contradicha por la científica de penalistas tan insignes como Binding, Von Liszt, M. E. Mayer y Frank, para quienes tal elemento es una situación de hecho que estructura el tipo mismo de la infracción. En consecuencia, la jurisprudencia del

Reichsgericht ha solido pronunciarse por la subsistencia del delito aun en hipótesis de acto antijurídico de la autoridad, en tanto que los autores citados y otros muchos que les siguen prefieren la no punibilidad por falta de tipicidad adecuada. Ambas soluciones son susceptibles de engendrar riesgos e injusticias que Welzel examina cuidadosamente en el presente artículo criticando con especial sagacidad la postura de Binding. Estima como fracaso la solución del problema a la luz de la doctrina general del error, de derecho o de hecho, y ello tanto por parte del funcionario como por la del atacante o resistente, dado que, según él, ni Binding ni el Tribunal Supremo se pronuncian satisfactoriamente sobre el asunto. Esboza acto seguido la posibilidad de una concordia en base a la teoría de la culpabilidad, susceptible, a su modo de ver, de satisfacer las exigencias dogmáticas y prácticas. Estima, en consecuencia, que en tanto que el funcionario obra antijurídicamente, corresponde al ciudadano una verdadera "pretensión de legítima defensa" contra el mismo: si su creencia es errónea, la acción es criminal y dolosa, aunque favorecida por la atenuación de culpabilidad, permitiéndose operar en casos extremos a la denominada "defensa putativa".

SCHÖNKE, Adolf: "MITTEILUNG AMTLICHER SCHRIFTSTUECKE ALS STRAFTATBESTAND" ("Comunicación de escritos oficiales como penal").

Comenta Schönke, en corta pero jugosa glosa, una reciente Sentencia del Tribunal de Casación suizo de 15 de junio de 1951, por la cual se condena el acto de exhibición de documentos hecha por un empleado de Ayuntamiento para ser utilizados en unas octavillas de propaganda. El recurrente estimaba su acto criminalmente inocente, por cuanto que los documentos de que se trata no estaban expresamente calificados de secretos, pero tanto el Tribunal de Instancia como el Supremo mantuvieron el criterio estricto de que la protección penal de secretos, frente a los funcionarios encargados de la custodia de documentos, se extiende a todos ellos, siempre que no estén específicamente destinados a la publicidad. Sin grandes comentarios Schönke parece adherirse al criterio de la jurisprudencia suiza, haciéndola resaltar frente a los que en Alemania sustentan el criterio opuesto, calificando ligeramente de nazi el rigor interpretativo que ahora acaba de adoptar la sentencia acotada.

Número 3 (5 de febrero de 1952)

WELZEL, Hans: "ZUR SYSTEMATIK DER TOTUNGSDELIKTE" ("Sobre la sistemática de los delitos de muerte").

Sobre cuestión tan debatida de la caracterización jurídico-penal de los delitos de causación de muerte, asesinato (*Mord*) y simple homicidio (*Totschlag*), comenta Welzel la nueva actitud sistemática adoptada por

el Tribunal Superior federal (*Bundesgerichtshof*), basándose en una Sentencia de 9 de noviembre de 1951 apasionadamente discutida en Alemania. Se trata en ella de una incitación a la muerte de un jefe de Policía en los días de la invasión americana de Alemania, acusado por el procesado de haber fusilado en los últimos momentos de la ocupación nazi a varios trabajadores extranjeros, y, en consecuencia, fusilado a su vez por una patrulla de soldados americanos. El Tribunal alemán ha condenado al incitador, súbdito alemán, por instigación de asesinato (*Anstiftung zum Mord*). Conocida la extraña estructura de la autoría moral en la legislación alemana y la nueva configuración del asesinato cualificado por la bajeza de los móviles. Welzel considera que la sentencia glosada sienta una novísima y discutible doctrina de exclusividad de tipos, en la que el "asesinato" y el "homicidio" conservan plena sustantividad al modo del "robo" o el "hurto". Pero dicha sustantividad, que era defendible quizá antes de la reforma de 1943, cuando el asesinato se definía por la cualidad objetiva de la premeditación, no lo es actualmente con la prevalencia absoluta del móvil. El tema le sirve para proseguir sugestivas y eruditas disquisiciones sobre la diferenciación morfológica de los tipos legales y sobre la cuestión de la participación de autoría, siempre actual y vidriosa en la dogmática germánica

Número 4 (20 de febrero de 1952)

HEINITZ, Ernest: "DIE GRENZEN DER ZULASSIGEN WAHLFESTSTELLUNG IM STRAFPORZESS" ("Los límites de la admisible libertad declarativa en el proceso penal").

Se ocupa el autor de la cuestión procesal en lo principal, pero con resonancias inmediatas en lo sustantivo y hasta en lo político-filosófico, del papel reservado al Juez penal en la íntima apreciación de la prueba. Asunto que es de singular significación en la nueva Alemania democrática, ya que en la nacionalsocialista, según el autor y con acopio de citas de Schaffstein y otros caracterizados juristas del régimen derrocado, la común opinión se inclinaba decididamente por la libérrima valoración judicial. Esto era comprensible en un sistema no vinculado por el dogma del *nullum delictum sine lege*, pero no lo es tanto en otro fundamentado en la estricta legalidad. Y, sin embargo, se estima que el automatismo del Juez es perjudicial a los fines de la Justicia, trabado como se halla tradicionalmente por la norma positiva con la exigua posibilidad de elección que le otorga el vago aforismo del *in dubio pro reo*. El problema es especialmente interesante en los frecuentes casos de colisión de normas, real o aparentes, como la abundante casuística que aporta en torno a figuras afines, como el hurto y el encubrimiento, la estafa y la apropiación indebida. En el sentir del autor, tras de aducir las opiniones más corrientes en la doctrina y jurisprudencia alemanas, se enfrentan en el asunto dos puntos de vista capitales: el de la preferencia por la estricta dogmática y el de las pretendidas necesidades de la prevención

operada por la sanción penal. Se pronuncia decididamente por la primera opinión, creyendo que el retorno a la pureza dogmática es una necesidad del nuevo orden jurídico de Alemania, donde tanto se usó y abusó de las pretendidas soluciones prácticas y utilitarias.

* * *

El mismo número inserta una sentida necrología del Profesor Nagler, debida a la pluma de Maurach.

Número 5 (5 de marzo de 1952)

WELZEL, Hans: "DER IRRTUM UEBER DIE ZUSTAENDIGKEIT EINER BEHORDE" ("El error sobre la competencia de una autoridad").

Completando su artículo del número 1-2 de la revista (v. *ut supra*), el Profesor de Gotinga trata de aquilatar la función dogmática de la cualidad de "competente", referida a la autoridad, en los tipos penales de atentado, y más concretamente en el del parágrafo 156 del Código alemán. Ahora no se trata ya del concepto de "juridicidad", sino del más concreto de "competencia", no obstante lo cual, estima que, como en el otro caso, no se trata de un presupuesto de tipicidad, como pretende Mezger. En opinión del autor del artículo, hay un tercer factor o marca de la construcción de la figura delictiva que no afecta a lo típico, encaminado meramente a dar a conocer un deber jurídico, el de que la autoridad o agente haya de ser competente. Por lo mismo, el error perpetrado acerca de este factor de competencia es un incuestionable error de prohibición o *Verbotsirrtum*. Su punibilidad depende, en suma, de su evitabilidad.

SCHMIDT, Eberhardt: "ZUM BEGRIFF DER SAMMELSTRAFTAT" ("Sobre el concepto de delito de hábito").

Ocúpase el Profesor de Heidelberg en este trabajo no tanto de especular sobre la estructura del delito de hábito como de comentar una reciente sentencia del Tribunal federal fecha 20 de febrero de 1951: En ella se condena al autor de dos abortos consumados y cinco intentados, conforme a los preceptos de la Ordenanza de 18 de marzo de 1943, agravatoria de los supuestos de habitualidad. Pero una cosa es esta habitualidad y otra muy distinta el "delito de hábito", denominado también "colectivo" en el léxico penal germano, que, en el fondo, constituye una forma de aplicación de la técnica del concurso real, cuando no una estricta necesidad del tipo mismo. El problema nace en el modo de construir la tipicidad, pudiéndose sólo hablar de "delito de hábito" cuando la pluralidad de acciones sea prevista en ella como única punible: no es la hipótesis del aborto de la Ordenanza comentada, en que cada acción es criminal de por sí y la diversidad sirve solamente para agravar y no para generar una tipicidad ya preexistente sin su concurrencia.

Número 6 (20 de marzo de 1952)

MEYER-CORDING: "DIE RÜCKWIRKUNG VON GESETZEN" ("La retroactividad de las leyes").

Examina el autor de este artículo la retroactividad de la ley en toda su plenitud jurídica y no tan sólo en la de lo penal, problema al que dedica, sin embargo, un capítulo. Distingue la retracción respecto a los tipos legales y la operante sobre meras relaciones jurídicas, lo que aconseja soluciones diversas, especialmente interesantes y complejas en materia de socialización de bienes y empresas. La doctrina más correcta, según él, es la que dice que la retroacción no debe de operar en las situaciones que impliquen un perjuicio para tercero, salvo cuando expresamente disponga lo contrario la propia ley.

Por lo que a lo penal respecta, tiene por dogma el de la irretroactividad, surgido en el Derecho penal de la época de las luces, en Alemania, merced a Feuerbach; y consignado constitucionalmente en el artículo 103, II, de la ley fundamental de Bonn, tras de lamentables eclipses en tiempos del régimen nacionalsocialista. El problema actual es el de si hay que interpretar restrictivamente dicho precepto, es decir, en lo puramente penal, o si es conveniente y lícita su extensión a todas las situaciones jurídicas que lleven consigo sanción. Con copia de argumentos de índole diversa, pero preferentemente filosóficos, por consideraciones de valoración de la personalidad humana, el autor se inclina hacia esta segunda solución de exégesis extensiva que posibilita un nuevo planteamiento de toda la sistemática de la irretroactividad *in pejus*.

MALLMANN: "FORTSCHRITTE IM LÄRM-RECHT" ("Progresos en el derecho al silencio").

Como "derecho al silencio" puede ser traducido el neologismo de *Lärm-Recht*, que textualmente significaría "derecho del ruido", y que tiende a proteger, como bien jurídico, la tranquilidad del ciudadano contra los excesos de las desagradables sinfonías callejeras. Del asunto se ha ocupado especialmente Walter Jellinek, desde el doble punto de vista jurídico y médico, precisando los eventuales daños que al sistema nervioso irroga el desafortado ruido de las urbes modernas, pero parece ser que con pocos satisfactorios resultados. El Dr. Mallmann glosa brevemente una recientísima disposición del Senado de Hamburgo, de 5 de febrero de 1952, que se ocupa nuevamente de la cuestión, sentando el principio de que el "derecho de hacer ruido" sólo puede recaer sobre el espacio en que el actor ejerce lícitamente su efectivo dominio.

BELGICA

REVUE DE DROIT PENAL ET DE CRIMINOLOGIE

Enero 1952

R. TAHON: "LE CONSENTEMENT DE LA VICTIME"; pág. 323.

Se trata de un discurso pronunciado con ocasión de la apertura del año judicial, en el Tribunal de Apelación de Lieja, el 15 de septiembre de 1950, pleno de documentación y de atinadas observaciones. En brillantes párrafos, comienza el exordio recordando que al finalizar el siglo XVII y aun durante el curso del XIX, la voluntad humana, bajo la influencia del individualismo económico y político, conoció en la práctica una gran preponderancia. La Revolución francesa consagra su autonomía, tanto desde el punto de vista económico como desde el jurídico. Hoy día la voluntad privada parece encallada y relajada en su eminente dignidad. Al efecto observa De Page, en su "Traité Elementaire de Droit Civil", coincidente con Louis-Lucas en "L'autonomie de la volonté et en Droit privé interne en Droit international privé", publicado este último en los "Estudios de Derecho civil en memoria de Henri Capitant", que el siglo XX admite cada vez menos que la voluntad individual pueda dotar de una apreciación suficiente a los intereses puestos en tela de juicio y que semejante apreciación sea conforme a los intereses de la colectividad. En determinadas materias de Derecho privado el poder público se arroga el derecho de retocar el acto jurídico, obra de la voluntad individual para establecer rectificaciones económicas, políticas y morales. Reglamentaciones más rigurosas intervienen para sustituir el modelo del clasismo penal referente a la autonomía de la voluntad. Desde luego es curioso observar que existe en ciertos penalistas una tendencia a destacar la importancia creciente de la voluntad de la víctima, con lo que se corre el riesgo de transformarla—así opinan, no pocos—en una causa de justificación. Para algunos tratadistas, este consentimiento sería una noción que marcaría una renovación capital en el Derecho comparado. Otros, sin embargo, ven en ello un concepto pasado de moda. Estos, que se mueven en un terreno realista, no piensan que la máxima latina "volenti non fit iniuria", pretenda después de varios siglos de invocarse, que el consentimiento de la víctima pueda considerarse como susceptible de hacer que desaparezca la responsabilidad penal del agente.

En los restantes períodos del discurso se analiza la tan debatida cuestión en el Digesto romano, en la filosofía estoica, en los Códigos penales, francés y belga, en la eutanasia, en la cooperación al suicidio, en muertes y lesiones causadas en los deportes, en operaciones quirúrgicas y estéticas, que patentizan el asombro que en estos tiempos puede causar la teoría del consentimiento de la víctima, en pugna con los intereses sociales y colectivos que deben gozar primacía sobre los indi-