

ALEMANIA

Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft.
Berlín, De Gruyter, 1953, "Heft" 1.

FREY, ERWIN: "AUSBAU DES STRAFENSYSTEMS?" ("¿Reforma de la sistemática penal?")

El autor, Profesor de la Universidad de Zurich, reproduce en este trabajo lo esencial de su Ponencia en la última Conferencia de Derecho comparado de Berlín (15 de septiembre de 1952). Tiene, como tantos otros, al común "desideratum" de sustituir el sistema de penas cortas de privación de libertad que, pese a tantas y tan valiosas críticas, sigue constituyendo la base real del sistema penal en casi todo el mundo. Propone para ello dos soluciones teóricas: bien la sustitución pura y simple por otra especie de sanciones más adecuadas a las realidades económico-sociales de la vida actual, como privación de permisos de conducir vehículos o del de ejercicio de profesiones, bien el perfeccionamiento del sistema tradicional vigente, procurando hacerlo apto para los fines de educación y resocialización, singularmente mediante el desarrollo de las medidas de seguridad. No faltan, sin embargo, graves dificultades para la ejemplar realización de una u otra propuesta, en primer término, las de orden científico-dogmático. Dista mucho, en efecto, de haberse llegado a un acuerdo en la ciencia respecto a la naturaleza de tales sanciones, ni siquiera en afirmar si muchas de ellas se han de considerar penas estrictas o meras medidas de seguridad, ni tampoco, en el primer supuesto, si habría de estimarlas penas principales o accesorias. Las enseñanzas del Derecho comparado contribuyen más bien al confusionismo, por abundar las disparidades de criterio en la materia, incluso en grupos legislativos histórica y culturalmente muy afines; así, entre otros muchos ejemplos, vemos como el comiso es pena accesoria en Alemania mientras que ostenta el carácter de medida de seguridad en la vecina Suiza.

Cuestiones son las aludidas, según el autor del artículo, que distan de constituir puros problemas de laboratorio, sino que ofrecen inmediata proyección en la práctica, ya que la pena principal o accesoria, sólo se concibe impuesta bajo un presupuesto de culpabilidad, mientras que la medida asegurativa responde más bien a consideraciones de utilidad y aseguramiento, en parte independiente de aquel concepto valorativo. A ello se ha de añadir la precisión de tomar partido por el científico y por el legislador en la ardua querrela de la "unicidad" ("Einspurigkeit") o "binarismo" ("Zweispurigkeit") en los fines de penas y medidas, puesto

que desde uno u otro punto de vista teórico los resultados han de ser forzosamente diversos en la práctica legislativa y ejecutiva. La consecuencia de lo dicho es que, según el Profesor de Zurich, la construcción del nuevo sistema penal no debe ser jamás realizada ni intentada en un plano empírico "de lege ferenda", siendo menester, ante todo, la discusión honda y la toma de posición en los problemas doctrinalmente básicos. Solamente así puede ensayarse, con relativas probabilidades de éxito, una reforma que, de otro modo, resultaría a la vez ilógica e inorgánica, como lo han sido casi todas las intentadas en el frecuente camino del empirismo, poco dado a respetar la jerarquía de los principios dogmáticos.

La multiplicidad de sanciones de tipo administrativo o policial, tan característica de nuestro tiempo, que va desde las medidas disciplinarias deportivas a las más graves interdicciones profesionales, requiere plantear de frente el enojoso, pero acuciante problema, de si las mismas deben ser incorporadas al sistema penal propiamente dicho, esto es, el judicial común, o proseguir discurriendo a su margen por vías independientes y ajenas al mismo. Contra la opinión de Von Weber, de Bonn, que no ve diferencia alguna esencial entre unas y otras sanciones, el autor se pronuncia decididamente por la solución doble, la policial y la judicialista, según la diferente naturaleza de cada una, en lo teórico, y también según las propias necesidades procesales y ejecutivas.

Renunciando a hacer un estudio exhaustivo de las diversas sanciones que haría interminable el tema, el doctor Frey se circunscribe en su actual trabajo al de retirada de permiso de circulación o conducción de vehículos de motor, que tanto en Alemania como en Suiza, por los párrafos 4.º y 33 de las respectivas leyes de circulación automovilista, ostentan el carácter de medidas administrativas-policiales y no de penas judicialmente pronunciadas. Es, por lo demás, el sistema adoptado en la gran mayoría de los países, señalando expresamente como excepciones España y algunos del "Commonwealth" británico. Soslaya la cuestión de lo que tal procedimiento policiaco pudiera implicar de riesgo para las garantías individuales, que en Suiza no parece ser de importancia por la escrupulosidad y rigor con que se observa, pero que pudiera serlo en otros lugares. Hace resaltar, en cambio, la idoneidad del mismo para sancionar ese género de conductas, tanto por su rapidez como por el más estrecho contacto que las autoridades gubernativas mantienen con las realidades del tráfico y sus peculiaridades técnicas, extrañas muchas veces a lo jurídico, que es la materia específicamente judicial. Aparte de estos argumentos, Frey defiende su tesis seccionista apoyándose en razones de índole teórica, singularmente en la que estima decisiva y que es la siguiente. Tales sanciones no son ni pueden ser penas, según él, por cuanto no privan de un bien general jurídicamente protegido, como la vida, la libertad o la propiedad, cual las penas propiamente dichas, sino más bien de una facultad o derecho reducido a un relativamente corto número de profesionales, los portadores de la licencia de conducción de vehículos. Argumento teórico diferencial por la calidad genérica o espe-

cífica del bien jurídico de que se priva, que no parece demasiado convincente, al menos a los fines que el autor del artículo pretende, ya que por la misma o parecida razón, una multa de un millón tampoco sería pena, puesto que su ejecución ha de recaer forzosamente sobre el aun más escaso número de delinquentes millonarios.

Idénticas consideraciones aduce el doctor Frey en pro de la conveniencia de atribuir las sanciones de privación de permisos de caza o pesca a los titulares de ellos, responsables de infracciones en el ejercicio de tales profesiones y deportes. Al igual que la precedente no son tampoco penas estrictas ni aptas, por lo tanto, contra lo dicho por Von Weber, para servir de sustitutivo a las cortas de privación de libertad, las cuales, por reducidas que fueren, son siempre penas por dirigirse "erga omnes".

En lo que respecta a la sustitución de las penas cortas privativas de libertad por otras penas o medidas como la confiscación de bienes, el trabajo libre, la represión o la caución de conducta, el autor del artículo hace en torno a ello algunas interesantes consideraciones. Rechaza de plano como bárbara y medieval la confiscación, reintroducida en mala hora por algunas legislaciones modernas, cual la rusa soviética; de los países satélites y aún de la democrática Francia. Incluso no la considera tampoco "pena" en el sentido jurídico y moderno de la palabra, sino más bien arbitraria medida del despotismo político, por lo que no es lícito pensar en ella a título principal ni sustitutorio. En cuanto al llamado "trabajo libre" o voluntario, otra innovación ruso-soviética, según el art. 30 del Código penal de la U. R. S. S., es teóricamente un sustitutivo ideal de las penalidades cortas de privación de libertad, y así lo considera el autor del artículo, en base a las buenas experiencias obtenidas en materia de delincuencia infantil. Ultimamente, sin embargo, vistos los excesos que precisamente en los países soviéticos se han delatado en torno a semejante medida, la hacen desaconsejable y aun peligrosa. Es asimismo difícil su aplicación en los regímenes liberal-democráticos, por lo que tiene de competencia al trabajo verdaderamente libre y de opuesto a las consignas sindicales. Con todo y con eso, el Profesor de Zurich se muestra partidario de la institución del "trabajo libre" a título de sustitutivo del arresto subsidiario por impago de multas, sobre todo cuando se le combina con el sistema escandinavo de los "días-valor".

En lo que atañe a la caución de conducta y represión, su valor lo estima el autor como nulo, calificando a la primera medida como "pieza de museo" y "folklore", y a la segunda como superflua.

La conclusión, poco optimista, por cierto, que respecto a la sustitución de las penas cortas de privación de libertad, deduce el Profesor Frey, le lleva a reconsiderar el pretendido dogma de su intrínseca inutilidad y aun perniciosidad, tenido por indiscutible desde los días de Von Liszt y estigmatizado en todos los tonos y lenguas. Tal opinión sobre lo que se ha llamado "enfant terrible" del Derecho penal débese indudablemente a la no menos generalizada de la finalidad correctiva asignada a la pena, en función utilitaria de defensa social. Pero se pregunta con ra-

zón el autor, ¿es que son estos verdaderamente los fines únicos y aun esenciales de la pena, fuere larga o corta? Preciso es pronunciarse sobre tales extremos antes de decidir sobre las medidas sustitutorias eventuales, que es un problema no parcial, sino interesando la total dogmática del Derecho penal. Sin profundizar en él, empero, estima el autor que la pena corta es apta a veces, principalmente para los delitos y más aún para los delincuentes en que no se pretenda una corrección, sino meramente una punición de tipo retributivo y expiatorio, lo que ocurre y tiene que ocurrir en no pocas ocasiones y en todos los sistemas penales, cualquiera que fuere su nombre y programa. En dichos delitos la pena ha de ser, y continúa siendo, una "pena", en toda la extensión tradicional del vocablo, sin posibilidad ni quizá conveniencia de sustitución, a no ser por el ya igualmente clásico procedimiento de la condena condicional en sus variadas formas anglo-sajonas o continentales. La cuestión se reduce, pues, a una investigación criminológica previa la de determinar la condición típica del autor del delito a sancionar. Sobre tal base se decidirá, a posteriori, quién y para quién la pena ha de buscar con probabilidades de éxito propósitos correccionales, y quién, por el contrario, precisa tan sólo los preventivos y expiatorios, resolviéndose en consecuencia la naturaleza y medida cuantitativa de la sanción a aplicar por vía de "derecho de autor". A ello se ha de añadir la ya inexcusable aplicación del instituto de condena condicional, inspirada en idénticos criterios personalista y, en el fondo, criminológicos.

HEINITZ, ERNST: "DER AUSBAU DES STRAFENSYSTEMS"

Sobre el mismo tema que el anterior y para la misma ocasión del certamen alemán de Derecho comparado ofrece el Profesor de la Universidad de Berlín una lección de Filosofía del Derecho penal, singularmente de la pena y su "telos", que prueba, una vez más, la nueva loable atención que la temática filosófica va adquiriendo en los más altos círculos de la ciencia penal germánica. Partiendo de la tesis de la re-socialización, que formula con la sentencia de Del Vecchio, de que "las penas que no sirven para mejorar, sino para empeorar, el carácter del condenado no sólo contradicen toda la Política criminal racional, sino, ante todo, la estricta Justicia". pone el profesor berlinés en guardia a sus lectores contra los riesgos de tomarla en un sentido exclusivista y, sobre todo, excluyente de la clásica doctrina de la expiación. A conciliar ambos puntos de vista tiende este como tantos otros trabajos de los penalistas actuales, que tratan de superar sincrónica y no eclécticamente las antes tenidas por insalvables antinomias de escuela. El punto de contacto para el Profesor de Berlín, como antes para el de Zurich, estriba en el estudio de la personalidad concreta del delincuente, dato que debe servir no sólo a propósitos criminológicos, sino a los penales de mensuración judicial de pena, ahora dejada generalmente a los absurdos del mecanismo deshumanizado y geometrizable. Recuerda, a tal

propósito, las sagaces observaciones de Dostoiewski en su "Casa de los muertos" sobre la diversísima sensibilidad de cada hombre para sufrir las penas igualitariamente pronunciadas por sus jueces, que de hecho se traducen en irritante desigualdad. De ahí la justeza de la fórmula de Kohlrausch: "A cada cual hay que tratarle penalmente conforme a su íntima personalidad." No se trata con esto, naturalmente, de resucitar una "justicia de clases", al modo romano de los "honestiores" y "humiliores", como tenía demasiado pesimistamente Goldsmidt, sino únicamente de individualizar y, en definitiva, humanizar los tratamientos evadiéndose de la servidumbre y rigidez de tasas y tablas.

Reserva el autor su opinión sobre el restablecimiento de la pena de muerte, que nuevamente apasiona a la opinión alemana, y ello en espera de nuevas y suficientes experiencias y datos que, visto el corto espacio de tiempo transcurrido desde su abolición, no es posible aportar con el rigor que tan trascendental materia requiere. Respecto a las privativas de libertad, que siguen siendo la medula de los sistemas penales en vigor, muéstrase netamente contrario, con la opinión general, a la diferenciación cualitativa y al paralelismo. Tiene por inevitable y conveniente eliminación de las penas "presidiales" o deshonrosas (la "Zuchthaus", correspondiente a la vez a nuestro actual "presidio" y a las antiguas "cadenas"), como ha sucedido en la "Criminal Act" inglesa de 1948, pero para ello es menester acallar no pocos prejuicios. Señala como daño de dicha pena y casi su único resultado en la realidad alemana, el que el sancionado con ella encuentra bloqueado definitivamente el camino para todo trabajo honesto, en clara contradicción con todos los fines asignados a las penas.

Háccense a continuación en el artículo interesantísimas referencias a confesiones de literatos y pensadores que últimamente sufrieron las experiencias de las cárceles nazis y fascistas (Fallada, Salomón, Foa, Spinelli, etc. ...), todas rebosantes de pesimismo sobre la pretendida labor correccionalista de las penas privativas de libertad. Sin participar del todo, aunque sí en buena parte de semejante actitud pesimista, el autor reconoce la necesidad de introducir en los regímenes existentes sustanciales reformas, y ello tanto en lo penitenciario como en lo penal. A propósito de esto, el profesor berlinés tiene por esencial el acabar con el mecanismo apriorístico de la mensuración judicial de las penas, en el que el hecho y no el agente es lo que casi siempre cuenta y decide, siendo así que precisamente lo contrario sería lo lógico y lo justo. Teóricamente, la sentencia indeterminada, al modo como se practica en buena parte de los Estados norteamericanos, pudiera ser la solución preferible, pero los peligros a ella inherentes la desaconsejan en la práctica; y ello no sólo por lo que pueda tener de posible atentado contra las garantías individuales, sino por el pernicioso efecto que la incertidumbre del "quantum" de la pena ocasiona en la psiquis de los condenados en detrimento de los propósitos educativos y resocializadores a ella asignados. Tal resultado, según el autor, es reconocido incluso entre los criminalistas y penólogos norteamericanos, notablemen-

te por Sutherland. De aceptarse la indeterminación, estima que ha de ser en una forma gradual y en inmediata y directa combinación con las instituciones de libertad condicional y patronatos de vigilancia.

Condena el autor, como es habitual, el régimen de penas cortas privativas de libertad, abundando en las opiniones de su colega de Zurich y sin añadir nuevas consideraciones en torno al eterno problema de su sustitución, si bien muestra claras simpatías hacia los sistemas "alabierto" ("offenen Anstalten"), cuyo mejor modelo cree ser las colonias agrícolas de Suiza y Suecia, Previene, sobre todo, contra la convivencia en los establecimientos de los condenados a penas cortas con los habituales, desaconsejando en estos regímenes cortos las atenuaciones del rigor carcelario y los permisos de salida o visitas. En fin, se opone a la reciente tentativa de Von Weber tendente a extender en el Derecho penal alemán la responsabilidad criminal a las personas jurídicas, según el modelo americano, lo que considera incompatible con los principios básicos del sistema patrio, singularmente con el de la culpabilidad. Por lo demás, según el autor, colmando ciertas lagunas existentes pueden ser llenados, según el autor, colmando ciertas lagunas existentes en la legislación actual en materia de inculpación a las personas físicas en quienes reposa la decisión de los asuntos incriminales a las jurídicas.

* * *

En el anejo dedicado en el "Zeitschrift" a la Sociedad de Derecho comparado, publicanse en el presente cuaderno los siguientes trabajos: recensiones muy detalladas de obras alemanas, austríacas e italianas de la Parte general de Derecho penal, debidas a Hemnitz, Lange, Mezger y Tesar, un estudio de Jeschek sobre "El Derecho penal de la Comunidad europea", otro de Nowakowski sobre las novedades legislativas de Austria y, por último, uno de Kielwein sobre la evolución jurídico-penal en Inglaterra.

Antonio QUINTANO RIPOLLES

BELGICA

Revue de Droit Penal et de Criminologie

Octubre 1952

Con motivo del fallecimiento de Jules Simon, Presidente de la "Revue de Droit Penal et de Criminologie", se le dedica en las primeras páginas de este número un artículo necrológico en memoria de sus grandes merecimientos, en el que se recuerda los cargos que en vida desempeñó y las interesantes publicaciones que salieron de su pluma, destacando su actuación en su doble aspecto de magistrado y profesor de Derecho penal.