

ALEMANIA

«ZEITSCHRIFT FÜR DIE GESAMTE STRAFRECHTSWISSENSCHAFT»
Berlín, De Gryter, 1954. Band 66. Heft I.

Encabeza el presente fascículo el texto original francés del magnífico discurso de S. S. Pío XII a los miembros del VI Congreso Internacional de Derecho Penal el 3 de octubre de 1953, en Castelgandolfo, del cual tienen ya noticias los lectores del ANUARIO (tomo VI, fascículo III). Siguen las también conocidas conclusiones de dicho Congreso y una crónica del mismo, debida ésta a la pluma del Profesor Heinitz, de Berlín.

SCHMIDHAUSER: «WILLKÜRICHKEIT UND FINALITÄT ALS UNRECHTSMERKMAL IM STRAFRECHTSSYSTEM» («Espontaneidad y finalidad como elementos de lo injusto en el sistema penal»).

Es materia de este artículo el examen crítico a fondo de la fructífera polémica entablada en la ciencia penal alemana de los últimos tiempos en torno al finalismo, notablemente entre los puntos de vista de sus máximos dirigentes: Welzel y Mezger. Dicha polémica ha alcanzado últimamente su mayor dimensión y profundidad y sutileza merced, sobre todo, al nuevo replanteamiento del asunto en la perspectiva filosófica por el segundo de los maestros citados, tanto en *Moderne Wege* como en la cuarta edición del *Studienbuch*, obras fundamentales ya reseñadas en este lugar. Mezger, observa con razón el autor del artículo, no contradice la totalidad de la sistemática welzeliana, puesto que acepta también la finalidad (*Zweckgerichtetheit*) del humano obrar incorporada a su constitución esencial (*Bestandteil*). Difiere, empero de la versión finalista ortodoxa en pretender incorporar tal elemento a lo ontológico de la acción y no, como hace Welzel, a la fundamentación de toda la sistemática penal. La consecuencia práctica de dicha posición es la de relegar la dogmática finalista a lo prejurídico, manteniendo la relevancia de los conceptos axiológicos de lo injusto y lo culpable (*Unrecht* y *Schuld*). Lo normativo y como tal lo susceptible de valoración, es lo decisivo en lo justo y, por lo tanto, en lo penal, quedando lo ontológico más allá de lo jurídico, en el terreno de la teoría del conocimiento, siendo lo final, en consecuencia (lo final ontológico, por tanto), un presupuesto prejurídico sin trascendencia inmediata en Derecho. Lo que decide en éste, como realidad en el mundo exterior, es el valor de espontaneidad (*Willkürlichkeit*), por ser el más susceptible de acoplamiento a lo normativo, es decir, al terreno propio de lo jurídico. En cambio, lo anímico y personal del querer y del saber (del *Wollen* y del *Wissen*), trasciende a la

culpabilidad y no, directamente al menos, a la antijuridicidad, que puede, a su vez, ser considerada en un sentido objetivo independientemente de todos los presupuestos ontológicos.

Situada por Mezger, según el autor de este trabajo, el valor Voluntad a modo de elemento característico de lo injusto y en su sistema penal detrás del concepto de Espontaneidad, cree que haya una posibilidad de conciliar dicha doctrina con el finalismo de Welzel, siempre que se conserve la idea de lo injusto en el centro del interés a valorar. La diferencia radica en la estimativa de la Voluntad, enraizada en la causalidad lógico-fisiológica dentro de la sistemática mezgeriana, y en la conciencia misma de lo injusto en la welzeliana.

Planteadas la cuestión como queda dicho y en el marco de los delitos dolosos y de acción, Schmidhäuser no estima satisfactoria ninguna de las dos teorías a los efectos precisos de caracterización de lo injusto. Estima preferible a las tesis respectivas de Mezger y Welzel el retorno a una comprensión de la voluntad que sirva a modo de estructura lógica al material jurídico, sea el acto querido como un todo o, en caso de concurrencia de elementos subjetivos de lo injusto, a dicho acto querido junto con los resultados que, a un sin serlo, se integrarían en los presupuestos legales. A este respecto y en un plano de rigurosa dogmática, el autor del artículo estima que lo primero que procede es preguntarse qué estructura ha elegido el legislador en la norma positiva como presupuesto del tipo descrito. Es esta norma, en tanto que refuerza una previa prohibición bajo sanción penal, la que contribuye a erigir las efectivas fronteras de lo injusto y todas sus consecuencias, aun las de dimensión estructural más diversas, como son las del dolo, la imprudencia y la tentativa, a modo de grados de la culpabilidad («als Schuldgraden»).

ARNDT, Dr. Herbert: «DIE LANDESVERRÄTERISCHE GEHEIMNISVERLETZUNG» («La violación de secretos constitutiva de traición»).

Abolidos temporalmente por la ley de la Comisión de Control Aliado de 30 de enero de 1946, los títulos del Código penal alemán, referentes a la seguridad exterior del Estado y restablecidos por la ley federal de reforma de 30 de agosto de 1951, con cambios a veces fundamentales en relación con la sistemática precedente, el autor se dedica a estudiar la nueva configuración legal de la violación de secretos de Estados susceptibles de entrañar el delito de traición, esto es, afectando a la seguridad exterior del propio Estado («Landesverrat»). La nueva tipología de la traición comprende en los diversos incisos del párrafo 100 hasta cinco figuras distintas afectando a la violación de secretos: la traición de secretos propiamente dicha o «Geheimnisverrat»; el espionaje o «Auspähung», las falsedades o destrucción de pruebas, la imprudente revelación de secretos, la actividad de agentes o «Agentetätigkeit» y la denominada traición por infidelidad o «Landesverräterische Untreue». Informada la reforma de 1951 en los principios del Proyecto de 1927 y en el sistema propio de la Ley de 24 de abril de 1934, las innovaciones más importantes hacen refe-

rencia a la jurisdicción, reservada en principio al Tribunal Supremo Federal («Bundesgericht»), que puede, sin embargo, remitirla a los inferiores (pars. 134 y sigs. de la Ley Orgánica), y en lo sustantivo a la posibilidad de incriminar extranjeros (párr. 4 de la Ley de reforma), lo que en la sistemática antigua era imposible, por ser la traición delito de propia mano, requiriendo en el sujeto activo la condición de ciudadano alemán.

La ampliación de la materia conceptual del delito, es decir, el secreto de Estado, se estructura en el parág. 99 refiriéndolo a hechos, objetos, elementos de información o noticias cuyo secreto interese conservar frente a otros Estados para bien de la República federal o de sus Estados. Definición enumerativa que da pie al articulista para hacer una detenida exégesis de cada conceptos y supuestos a que es susceptible de dar lugar. Por lo demás tiene por indefinible lo que sea en sí la noción de «secreto de Estado», repitiendo con Van Calker y von Liszt la aparente paradoja de que «queda secreto lo que sea un secreto». Observa a este propósito que en la traición no se trata propiamente de una violación de secretos, sino de una transmisión de noticias o datos que debieran quedar secretos para ciertas personas y gobiernos. En lo que respecta al contenido del secreto mismo crítica la tradicional jurisprudencia del «Reichsgericht» que al parecer lo limitaba a la previa «voluntad de secreto» manifestada por el Gobierno, propugnado, en cambio, la posibilidad de la existencia del delito aun sin tal requisito y aunque los hechos de que se trate no fueran siquiera conocidos por las autoridades gubernamentales. La jurisprudencia alemana, en torno a la estructura del secreto de Estado, ha venido centrándose tradicionalmente en las relaciones con el exterior del hecho, llegándose incluso a sostener que el Ministerio de Asuntos Exteriores es el único organismo capacitado para decidir en cada caso qué actos o noticias constituyen o no secretos. El autor tiene por equivocada esta doctrina pensando que cada ministerio en su especialidad puede decidir sobre tal extremo, que puede afectar no precisamente a la política exterior, sino a la industria y a otros intereses estatales.

La condición que hace referencia al Estado o Gobierno extranjero, eventualmente beneficiario de la retransmisión del secreto, suscita en la Alemania de hoy interesantes y delicadas cuestiones, en virtud del régimen de ocupación y de la división del territorio en zonas. El Juez Arndt las resuelve considerando extranjero todo gobierno que no sea el Federal alemán, radique fuera o dentro del país, con las reservas impuestas en lo que toca a las Potencias occidentales (Estados Unidos, Francia y Gran Bretaña) por la Ley 62 de 30 de agosto de 1951. En todo caso estima «gobierno extranjero» al de la República Democrática Alemana de las zonas orientales del país, opinión en que sigue a Schoenke y Schwarz. En cambio, no cree que tengan tal condición los organismos internacionales supraestatales, como la ONU o la Unión Europea. En sentido inverso, sustenta la teoría de que, en virtud del Tratado de Bonn con las Potencias occidentales, cuyo vigor data de 26 de mayo de 1952, la revelación de secretos de interés militar para las mismas pueden integrar figuras de trai-

ción, por cuanto que sus efectos son susceptibles de perjudicar a la República Federal.

La exigencia del perjuicio al propio país que la tipificación requiere para la perfección del delito, siquiera en grado potencial, es elemento dejado soberanamente a la estimativa del Tribunal en cada caso, no siendo suficiente sino tan sólo a modo de indicio, la decisión acordada por el Gobierno o las autoridades militares. Es la misma cuestión de hecho, implicando concepciones políticas de imposible precisión «a priori», pues cada cambio en las circunstancias y exigencias de cada momento pueden trastocar su valoración. Se completa el estudio de la tipología de la traición por descubrimiento de secretos con pertinentes referencias a la aplicación de circunstancias modificativas de la responsabilidad, con especial detalle en lo que atañe al estado de necesidad y a la de error, así como a los supuestos de imperfección del delito y de concursos reales o ideales con otras modalidades criminales

HALL, Dr. Karl Albert: «DIE FREIHEITSSTRAFE ALS KRIMINALPOLITISCHE PROBLEM» («La privación de libertad como problema político-criminal»).

Ampliación de una ponencia presentada por el autor, profesor de la Universidad de Giessen, en la Dieta de Penalistas de Marburgo el pasado año, desarrollándose en el presente trabajo los principales tópicos relativos a las penas de privación de libertad, singularmente el eterno de la lucha contra las cortas y el de la diferenciación entre las paralelas de presidio y prisión («Zuchthaus y Gefängnis»). En la primera cuestión propone como tope calificador del vago término de «pena corta» el de un año, elegido con propósitos de mínima posibilidad correctiva. Como substitutivos defiende la pena de multa, computada al modo nórdico de las cuantías equivalentes a jornadas de trabajo o «Tagesbusse», así como el empleo de las penas especiales, hoy medidas de seguridad, como la privación o suspensión de oficios o permisos de trabajo. Pronúnciase decididamente el autor por la abolición del paralelismo penal y en favor de la pena privativa de libertad única, ya conseguida en la práctica, pero sugiere la conveniencia de mantener la doble nomenclatura de presidio y prisión por razones de prevención general (no muy convincentes, por cierto). Propugna, de modo decidido, la abolición de las penas inferiores a tres meses, siendo esta duración la mínima pronunciable en materia penal. En lo tocante a filosofía de la pena se adhiere el autor a la hoy nuevamente predominante doctrina de su sentido retribucionista y expiatorio, en lo que refiere a su naturaleza, lo que no impide en modo alguno la prosecución de otras finalidades ulteriores de corrección, resocialización, etc.

Concluye el fascículo con un exhaustivo estudio bibliográfico de Bockelmann sobre las producciones alemanas en materia de Derecho penal, Parte especial y con los acostumbrados anejos sobre novedades extranje-

ras, uno de la India y Pakistán, firmado por Jorge Dahm, actualmente profesor en la Universidad pakistana de Dacca, y otro del Japón, de Seigimizu Dando, profesor de la de Tokio.

Antonio QUINTANO RIPOLLES

BELGICA

Revue de Droit penal et de Criminologie

Noviembre 1953

ROLAND GRASSBERGER. «L'AUDITION DE L'INCUPE PAR LE JUGE D'INSTRUCTION»; pág. 75.

El Derecho procesal penal del continente europeo, de un modo general, establece la institución de un juez encargado de la instrucción, preliminar, del proceso, cuya función característica es la formación del sumario, reuniendo y recopilando metódicamente todas las pruebas necesarias para dilucidar el caso delictivo y hacerlas constar objetivamente, para de esta manera proporcionar una base segura, para las decisiones del Ministerio Público y el Tribunal en pleno, cerrando el período preparatorio sumarial, para proceder a la apertura del juicio oral. Mas, si se descuida, comprobar la prueba de culpabilidad, las posiciones que se persiguen fácilmente serán desconocidas por la acusación, y ésto puede originar dos clases de consecuencias: en un caso, faltan motivos indiciarios o de sospechas vehementes, suficientes para que no intervenga activamente la acusación contra el culpable; en otro caso, el Fiscal se empeña en perseguir con fundamentos insuficientes, que conducirán necesariamente a la absolución del encartado. En ambos casos, el Derecho de persecución por parte del Estado aísla la infracción, que queda sin satisfacción cumplida; el «mal derecho» se muestra más fuerte que el verdadero derecho.

La deficiencia de los interrogatorios al acusado, puede acarrear errores judiciales, que no solamente trascenderán a la vialidad de la acción penal interpuesta, sino que la persecución, con manifiesto error, creará un daño suplementario. Bajo tales apariencias, el Derecho del malvado, del inclinado al mal, triunfará dos veces. Prosigue el escritor afirmando que el instructor no cumple sus deberes con la reunión de los medios probatorios, sino realiza una examen crítico que discierna la prueba aparente, salvando toda clase de dificultades. Asimismo, se hace un certero examen acerca de las diferencias existentes, en este respecto, entre el Derecho continental y el Derecho angloamericano, en el interrogatorio del reo; peligros de la mentira y falso testimonio; situaciones de insinceridad y certidumbre; comportamiento de los delinquentes, etc.