

traordinario de la condena en costas del acusador temerario o de mala fe, tiene que soportar los gastos que el proceso le ha ocasionado, en el Derecho alemán existe un precepto que tiende a evitar este perjuicio que, en definitiva, recae como un castigo sobre él. Se trata del artículo 467 de la Ley procesal penal (originariamente señalado con el número 499 hasta la refundición de 1924), hoy reformado por la Ley de modificación del Derecho penal de 4 de agosto de 1953, que le ha añadido un nuevo párrafo. Al estudio de esta materia está destinado el presente trabajo, dividido en dos partes, en la primera de las cuales se examinan los presupuestos del reembolso, y los diversos casos en que la declaración es forzosa o facultativa para el Tribunal entre los cuales el más dudoso es el de la absolución, basada, no en la demostración de la inocencia absoluta del acusado, sino en la deficiencia de las pruebas de cargo. Y en la segunda, examina la amplitud de la obligación de la Caja estatal, en cuya determinación entra como factor importante, y quizá el más complicado, el de los honorarios del abogado defensor. Ahora que se estudia la reforma de nuestro proceso, no estaría de más tomar en consideración esta solución del Derecho alemán para adaptarla a nuestra Ley.

Fernando ALAMILLO CANILLAS.

Zeitschrift fuer die Gesamte Strafrechtswissenschaft
67 Band. Heft II

EB. SCHMIDT: «VERGELTUNG, SUBNE UND SPEZIALPRAEVENTION»
(Retribución, expiación y prevención especial).

El texto de este artículo sirvió para una conferencia pronunciada por el profesor de Heidelberg ante el personal judicial de Brunswick, el 16 de febrero de 1955. Se propone en él un examen de los tópicos filosóficos en torno a la pena, en vistas a la inminente reforma del Código penal alemán y las innovaciones propugnadas por el autor en el seno de la Comisión redactora a la que pertenece. Trabajo de conciliación entre las escuelas que pretende compatibilizar el sentido retributivo tradicional de la pena con sus finalidades político-criminales y, singularmente, las de prevención general con las de la especial. Es, pues, otro paso en favor de la paz de las escuelas, aunque en la tarea se procure, como es lógico, una primordial salvaguarda de los principios de la propia, que en el caso de Schmidt, no es otra que la ya vieja *Junge Schule* de su maestro Von Liszt. Contra los que mantienen las tesis con rigor inconcebible, de un lado la «retribución», de otro la «pena-fin», o lo que es lo mismo, la parcialidad de los principios de «prevención general» y «prevención especial», dice que hoy tales expresiones no son, en el fondo, más que fantasma. En la moderna concepción de la pena como función estatal los problemas sólo muy secundariamente son de pura teoría, siendo las realidades de la criminalidad efectiva y sus incontestables daños las que en verdad mandan.

Examina el clima intelectual en que surgió el vigente Código de 1871, compuesto bajo el influjo a la sazón absolutamente dominante, del retri-

bucionismo kantiano-hegeliano, sin otra preocupación práctica que la de prevención general. El hecho y el tipo únicamente habían de preocupar al juez y al legislador, en tanto que el criminal mismo quedaba sumido en el anonimato del «Quién», con que comienzan casi todos los tipos delictivos de la Parte especial. Fué mérito insigne de Von Liszt, entre tantos otros, el de haber llamado la atención de la opinión jurídico-penal alemana en torno al sujeto activo del delito, siéndolo en ocasión del Congreso de la Sociedad renano-westfaliana de Prisiones, del año 1900, con motivo del acrecentamiento de la reincidencia y la evidente insuficiencia de su regulación en el Derecho penal entonces vigente. Se habló de «banca-rota del sistema penal» y se inició el gran movimiento de reforma bajo el signo de la política criminal de la joven escuela lisztiana.

Entretanto, los progresos de la Criminología cooperaron decisivamente a la tarea de centrar los problemas penales, singularmente los de aplicación y ejecución de penas, sobre el hombre real y concreto, a veces con la consecuencia, no siempre laudable, de una debilitación de la represión traducida en sentimentalismos fuera de lugar, por aquello de que *tout comprendre c'est tout pardonner*. Absuelve a Von Liszt de tales excesos, aduciendo la severidad mostrada por el maestro contra los delincuentes habituales. Y es que la prevención especial defendida por la Política criminal genuina no es mero y vacío sentimentalismo, sino una técnica rigurosamente científica: la de diferenciación criminológica de los sujetos activos del delito a los efectos de su tratamiento. Culpa de buena parte de los malentendidos reinantes a la ambigüedad de un vocablo: el de «Corrección», en torno al cual tantas utopías y fantasmagorías han sido edificadas. Siendo un fin lícito y deseable, lo es sólo cuando es posible, en modo alguno «el fin» único de la pena.

Buena parte del trabajo del profesor Schmidt está dedicado a liberar la doctrina de la «pena-fin» de los reproches de utilitarismo, entre los que figuran como los más graves, los que la han sido hecha de menospreciar el sentido humano del hombre, haciéndole medio para los fines del Estado, con lo cual la Política criminal lisztiana se aproximaría peligrosamente a los postulados totalitarios dominantes en el III Reich. Refiriéndose a éstos, Schmidt hace ver que los pensadores más fieles a dicho régimen, ante todo Freisler, lejos de comulgar con la dogmática del maestro de Berlín la contradijeron y expresamente la condenaron, proclamando de un modo reiterado ideas de retribución y expiación en su más brutal crudeza. Bien es verdad—dice—que como frecuentemente registra la historia, casi nunca se han perpetrado mayores enormidades que cuando se han alegado los más sublimes principios. En todo caso, añade, la contraposición radical de expiacionismo retributivo y finalismo, de prevención general y especial, es en gran parte obra del doctrinarismo germánico, inútilmente enconada y hay que superar, como lo han sido, según él, en otros países extranjeros, como Inglaterra, Escandinavia, Bélgica, Holanda y Norteamérica.

Refiriéndose concretamente a la expiación, pone de manifiesto el autor del artículo la impropiedad de tal término, de indubitadas resonancias místico-religiosas, para su uso en las penas estatales modernas. En ellas se

confunde inevitablemente con retribución y, en lo que afecta, a fines, con el de prevención general. Ahora bien, considerada ésta en su realidad vigente, sólo la considera posible a través de la ley, nunca mediante el juicio concreto de una conducta, por lo que ha de ser valorada como función legislativa y no judicial. A ésta compete prácticamente sólo la finalidad de prevención especial, secundada en el momento de la ejecución, que es en el que se agotan todas sus posibilidades.

La función judicial de mensuración de la pena es la adecuada para un primer paso, muchas veces decisivo, en el camino de la prevención especial, por lo que el nuevo Código debe proveer al juzgador de elementos idóneos para ello, no solamente de arbitrio, sino de referencia a los valores que ha de tener en cuenta. Los resume el autor del artículo, a los fines concretos de readaptación del delincuente, en las consideraciones siguientes: valoración del acto en relación con la voluntad y propósito del culpable, en la doble dimensión de motivos gestantes y fines perseguidos, medios empleados, circunstancias personales y económicas, así como comportamiento frente a la víctima y posibilidades de reparación.

WELZEL, Hans: «DIE REGELUNG VON VORSATZ UND IRRTUM IM STRAFRECHT ALS LEGISLATORISCHES PROBLEM» (La regulación del dolo y el error, como problema legislativo.

Abundando en las razones de Radbruch, de que no es propio de códigos penales la definición de conceptos abstractos, máxime cuando los mismos se hallan todavía en litigio científico, no estima pertinente la inclusión de la del dolo ni la de imprudencia. En cambio, cree útil y aun necesario fijar tales conceptos por la vía negativa, de su exclusión notablemente por el tratamiento de la materia del error, tanto el de tipo como el de prohibición. De no hacerse así toda la teoría del dolo y, en definitiva, la esencia misma de los tipos penales queda prácticamente en el vacío, sujeta a los vaivenes de la crítica e inseguridades de la interpretación, tan frecuentes y radicales como la nueva jurisprudencia federal ha puesto de manifiesto en recientes y sensacionales fallos.

El error sobre el tipo, es decir, el clásico error de hecho referido a la descripción normativa de éste, debe ser absolutamente relevante a los efectos de eliminar el dolo en la acción; no así la de la responsabilidad plena, por ser factible, en su defecto, la estimativa culposa, cuando ello sea legalmente permitido. En consecuencia, Welzel propone respecto a esta especie de error el triple párrafo siguiente:

«El error del autor sobre un elemento del tipo legalmente figurado, elimina al dolo de la acción perpetrada.

Si el error se debiere a imprudencia, regirán los preceptos previstos en la ley para las acciones imprudentes.

Si el autor cometiere error en la estimativa de alguna circunstancia del tipo a la que fuere vinculada una atenuación de la pena, dicha atenuación pudiera serle aplicada.»

Esta doctrina sentada por Welzel sobre el error de tipo, acorde con la opinión científica dominante y con la reciente práctica jurisprudencial,

suscita, en cambio, según él, una grave dificultad al considerar si en ella se comprende, asimismo, el error sobre la antijuridicidad. En la doctrina de Binding y en la moderna de Mezger se impondría una respuesta afirmativa, pero la cuestión es demasiado compleja para resolverse de este modo simplista, por afectar a toda la teoría del delito, singularmente a la de la culpabilidad. Critica acerbamente la tesis indiferenciada de Binding, que hace reposar la esencia del dolo en la consciente infracción de un deber de obediencia, así como los frágiles muros que para su adaptación a la operabilidad del error puso Mezger, en base a los tópicos de «sana concepción de lo justo y lo injusto». En el sentir de Welzel, esta «corrección» es más bien contraproducente, por incitar a un desconocimiento del principio de la culpabilidad (no se olvide, para la mejor comprensión de la polémica, que en el finalismo welzeliano esta culpabilidad es morfológicamente ajena al dolo, que se sitúa no en ella sino en la acción). Resulta, asimismo, peligrosa para la pureza del legalismo, hoy precepto constitucional, al desplazar la validez de los elementos objetivos a la esfera del subjetivo «poder», cosa que ya sucedió en el rechazado proyecto nacionalsocialista de 1936. En consecuencia, considera preferible arbitrar también una fórmula legal para el «error en la antijuridicidad», a redactar así:

«Si el error del autor se refiere a la antijuridicidad de su acción, se estimará que obra inculpablemente (*schuldlos*) siempre y cuando que tal error no le sea reprochable. En el caso de que el error le fuera reprochable, pudiera ser atenuada la pena a imponer (y en caso de tratarse de una culpabilidad nimia (*Schuld besonderes leicht*) pudiera llegarse a la exención de toda pena).»

La propuesta welzeliana, que aparentemente parece querer superar, por la media vía de la antijuridicidad, la contraposición de error sobre el tipo y sobre la prohibición, se defiende de tal reproche diciendo que estas dos clásicas formas de error permanecen perfectamente diferenciadas. En el sentir del autor del artículo tal diferencia subsiste en todos los tipos en que se prefigura el delito tan sólo en su forma punible dolosa. En cambio, en aquellos en que, excepcionalmente, se dan la forma de dolo y la de imprudencia, la separación entre error de tipo y de prohibición no tiene razón alguna de ser. Valiosa confesión de tanta trascendencia en nuestro Derecho español, donde tal hipótesis no es excepcional como en el alemán, sino la regla.

De no distinto modo y por iguales fundamentos trata Welzel el error sobre los elementos de las causas de justificación, notablemente en las imperfectas de legítima defensa y estado de necesidad putativos. El error exculpa, en esos casos, si no hay reprochabilidad en la conducta; de otro modo puede meramente atenuar. El tema sirve al autor, de paso, para arremeter contra la teoría mezgeriana de los signos negativos de tipicidad, que considera incompatible con una recta comprensión de la justificación.

* * *

Contiene el fascículo una detallada comunicación del doctor Dreher sobre la tercera sesión de la Comisión de reforma del Código penal alemán,

de cuyas incidencias ya tienen noticias nuestros lectores. Asimismo, una nutrida información crítico-bibliográfica de obras recientes de criminología, firmada por el profesor Bohne, de Colonia, y el Apéndice de legislación comparada en que se aportan datos sobre la reforma penal suiza, debidos al profesor H. Schulz, sobre el novísimo Código penal danés, por el presidente doctor Marcus, de Copenhague, y diversas noticias y comunicaciones de publicaciones y certámenes internacionales.

Antonio QUINTANO RIPOLLES

ARGENTINA

La Ley

26 agosto 1954

AFTALION, Enrique R.: «EL DERECHO PENAL ADMINISTRATIVO COMO DERECHO PENAL ESPECIAL». Notas de polémica y de política criminal; pág. I.

El interesante ensayo comprende los siguientes titulares: 1. En el que se da cuenta de la radical repulsa que merece al profesor Roberto Goldschmidt nuestra tesis adversa a la autonomía del Derecho penal administrativo. 2. James Goldschmidt, su teoría del Derecho penal administrativo y su circunstancia vital. 3. La división del Derecho en ramas y la cuestión de la autonomía de las mismas. 4. La atribución de autonomía científica a una rama jurídica, como cuestión valorativa, de política jurídica. 5. La endeblez y contingencias de las pretendidas diferencias ontológicas entre delitos y contravenciones no permite fundar en ellas la autonomía del derecho penal administrativo. 6. Consecuencias prácticas que una concepción autonómica del Derecho penal administrativo debe admitir como desarrollos congruentes con su idea. 7. La teoría autonómica del Derecho penal administrativo y las leyes alemanas de 1949 (sobre Derecho penal económico) y de 1952 (Ley general básica para todas las contravenciones). 8. El Derecho penal administrativo en la Argentina. 9. Conclusiones teóricas. 10. Conclusiones de política criminal para la Argentina. a) Puede resumirse el meritisimo trabajo respecto al ideario de su ilustre autor en el sentido de que el Derecho penal administrativo no es otra cosa que un Derecho penal especial. A su juicio, sólo cabe la posibilidad de existir dos ideas reguladoras para saber si una rama cualquiera es o no, científicamente, autónoma. a) Si los principios que la informan, por su carácter ontológicamente original y por constituir una construcción jurídica *sistemática, completa y cerrada*, no hacen necesario recurrir a los principios de otra rama, estaremos frente a una disciplina plenamente *autónoma*; si los principios de la rama en cuestión aparecen como contingentes *excepciones o especificaciones* de los de otra disciplina, a la que se recurre, además, para la solución de los casos no previstos no cabe hablar de una rama autónoma, sino a lo más de un recuadro (derecho de excepción) o especializado (derecho especial). Para demostrar la *especialidad*.