

Cuaderno 10.—Octubre.

SCHWELING (Otto): «DIE BEMESSUNG DER GESAMTSTRAFE» («La individualización de la pena total»); págs. 289-303.

Desde la entrada en vigor de la Ley de 12 de septiembre de 1950; que reformó el artículo 267 de la Ordenanza Procesal penal, la sentencia debe expresar las circunstancias determinantes de la individualización penal realizada. Sin embargo, los Tribunales de instancia no parecen hacer mucho caso de ello, cuando se trata de imponer una pena total, es decir, la resultante del criterio de acumulación jurídica en caso de concurso de delitos. Y como esto es de gran importancia teórica y práctica, quiere el autor llamar la atención de los prácticos sobre los principios fundamentales de la técnica individualizadora. La Ley señala un límite mínimo (la pena total ha de ser mayor que la pena particular más grave de las impuestas) y máximo (no ha de exceder de la suma de todas ellas), dentro de cuyo ámbito el Juez se mueve con un arbitrio prudente, condicionado por ciertas circunstancias, como las derivadas del principio de exasperación de las penas, la conexión de los delitos, etc. La falta de consideración de estos elementos, su omisión en los motivos de la sentencia o su defectuosa valoración, pueden dar lugar a la casación de la sentencia como, en orden a varios supuestos, estudia el autor, que termina expresando su opinión de que sería conveniente simplificar el sistema legal.

TRESTEGEN: «DER ZWECK DER VEROEFFENTLICHUNG NACH § 399 (§ 363 ALT) REICHSABGABENORDNUNG» («El fin de la publicación ordenada por el artículo 399 (antiguo 363) de la Ordenanza Tributaria»); págs. 303-306.

La Ley alemana prevé, en materia de impuestos, que las sanciones superiores a cierta cuantía deberán publicarse, considerándose esta publicación como una pena accesoria. El autor se propone estudiar el fundamento de esta norma, tan escasamente investigada por la doctrina, y concluye que con ella se trata de formar la conciencia social y obtener la prevención general.

Fernando ALAMILLO CANILLAS

Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft

Berlin, De Gruyter, 1955. 67 Band. I Heft.

(Se da cuenta del I cuaderno de esta Revista después de haberse reseñado el II en el fascículo anterior, por haberse recibido aquél posteriormente a éste. En consecuencia, se reseñará en este número los cuadernos I y III de 1955.)

GALLAS, Wilhelm: «ZUM GEGENWAERTIGEN STAND DER LEHRE VOM VERBRECHEN» («Sobre el actual estado de la doctrina del delito»).

A pesar del título del trabajo, que parecía reclamar una exposición de la teoría del delito en la dogmática actual, lo cierto es que en él se considera más bien la posibilidad de coordinar algunos aspectos de la misma, notablemente los de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, al finalismo welzeliano. Ello se hace, por descontado, fuera de la ortodoxia de esta doctrina, pero utilizando profundamente su técnica de investigación en la teoría del delito, con lo cual se enriquece con el nombre de Gallas la ya copiosa pléyade de finalistas ortodoxos que, a pesar de su no conformismo, sirven para acrecentar el interés hacia las originales concepciones welzelianas.

Comienza el artículo del profesor de Heidelberg con un breve examen del concepto clásico de la acción a modo de elemento base en que se enquistan a modo de atributos los de la antijuridicidad y culpabilidad, dando lugar a los complejos de «acción antijurídica» y «acción culpables». En esta perspectiva la acción vino a significar conducta o voluntariedad «exteriorizada», en que la tipicidad, por tanto, hacía mérito al lado objetivo de la acción, tal como aparece descrita objetivamente en la norma legal. Enfrente de ella, la antijuridicidad obraba en un sentido valorativo, acreditando una cualidad de «justa» o de «injusta» a la acción. La culpabilidad, en fin, se añadía en relación con la personalidad del agente y sus condiciones psíquicas, correspondiendo a una calificación, ya valorativamente jurídica, de dolo o de imprudencia.

La dirección teleológico-axiológica, inspirada en la filosofía de la escuela sudoccidental alemana, imprimió una nueva dirección, por Gallas calificada de «naturalista», a la teoría de la acción y del delito en general, que explica la coincidencia de Mezger y E. Schmidt, aquél en su «Lehbuch» de 1931 y éste en la 26 edición del de Von Liszt, en 1932. Esta dirección duda de la separación tajante entre tipicidad y antijuridicidad y se atiene más bien a la concepción normativa clásica de la antinormatividad o «Normwidrigkeit», cuando no a la entidad de los bienes y objeto de la infracción, la «Güterabwägung». Su concreción más clara aparece en la fórmula mezgeriana de la acción «típicamente antijurídica». Lo descriptivo pasó, pues, a ser normativo y aun normativo material, culminando este movimiento en la propuesta de Radbruch, en el Libro Homenaje a Frank (1930), exigiendo como base jurídica del delito no ya la acción, sino la por él llamada, naturalística y normativamente, «realización típica» o «Tatbestandsverwirklichung».

Una desviación secundaria del proceso puramente jurídico valorativo la ofrecieron en los años treinta, del lado del fenomenologismo ontológico, Erik Wolf y los penalistas de Kiel con su pretendida relevancia del lado social-ético del injusto. Sus consecuencias fueron el voluntarismo, el delito, como «Gesinnungsaustruck» y la sustitución de los valores de derecho e interés por los de desvalor de obligación o «Pflichtverletzung».

Es en el finalismo de Welzel, como queda dicho, donde subyacen las posibilidades máximas de conciliación e integración de lo teleológico con la dimensión personal del injusto. Pasa revista el autor del artículo a los diversos avatares de dicha doctrina, en Welzel mismo y en sus inmediatos seguidores, considerando como la mayor facilidad para la operabilidad conjunta de la teoría jurídica del delito el reciente abandono, por parte de Welzel, de su tesis de la «adecuación social» o «Adequanztheorie». De otra parte, considera que el finalismo posibilita la humanización del concepto abstracto belinguiano de la tipicidad, que pasa a ser no ya sólo forma, sino también contenido.

Sumamente interesante la interacción entre los elementos de la tipicidad y antijuridicidad, completándose y aun corrigiéndose mutuamente, como, a su vez, la tipicidad material corrige a la formal, y viceversa.

Considerando que la tipicidad es, antes que nada en lo estructural, índice de la antijuridicidad, es asimismo «materia de prohibición», con posibilidades valorativas, que es lo que más se preocupa de destacar Gallas en su trabajo. Por ese camino la tipicidad ha de servir también para situar en su ámbito la teoría del error, puesto que el dolo es susceptible de concretarse en ella. Así lo estima Welzel, igualmente, pero en tanto que éste considera la inclusión del dolo en la acción típica, Gallas considera que eso no es tanto una exigencia de la ontología del delito como de su valoración, esto es, de su axiología. Esta visión valorativa de la tipicidad no implica, sin embargo, una aceptación de la teoría de incrustar en ella el elemento de culpabilidad, como hicieron Hegler, Goldschmidt, Lange y Thierfelder, mereciendo las críticas de Mezger y Nagler. Cabe, en su sentir, la sustantividad relativa de uno y otro elemento del delito, en que la novedad radica, sobre todo, en allegar un sentido valorativo a la tipicidad, demasiado esquemática y formalista en las concepciones clásicas de Beling y sus secuaces, y que la doctrina finalista ha posibilitado al extender su radio de acción en este territorio antes desprovisto de esencias vitales y sustanciales. El profesor de Heidelberg concluye su verdaderamente trascendental trabajo, que marca una nueva etapa en el camino axiológico del Derecho penal, con un detallado estudio de aplicación a la dogmática del Código alemán, que en algunos aspectos, aunque no en todos (por ejemplo, no en el del delito culposos), tendría seguramente aplicación en la del nuestro.

SIMSON, Dr. Gerhard: «DIE BEDINGTE FREILASSUNG IM MODERNEN RECHT» («La libertad condicional en el derecho moderno»).

Se trata de un concienzudo estudio de derecho comparado en torno al tema de la libertad condicional, instituto al que el autor, Consejero del Ministerio de Justicia de Estocolmo, propugna la concesión de un carácter plenamente sustantivo. Descubre en él un cuádruple objetivo, que no siempre se tiene en cuenta en las legislaciones, pero que no debiera perderse de vista para el tratamiento científico e integral de la institución:

1.º Un significado dogmático, de adaptación a las normas penales abs-

tractas a la personalidad del reo, posibilitando prácticamente el tránsito del derecho penal de acto al derecho penal de autor.

2.º Un significado de técnica penal, de aplicación de penas, en cuanto que la libertad condicional permite su más perfecta individualización.

3.º Un objetivo político-criminal, al cooperar a la profilaxis del delito combatiendo, sobre todo, la reincidencia; y

4.º Un significado de técnica penitenciaria, al estimular al preso para acortar los plazos de permanencia en la prisión en un plano de psicología educacional.

Muy interesantes y bien sistematizados los datos comparatistas, si bien haya que constatar la ausencia de los referentes a España; no así los de Portugal, que son estudiados con bastante detalle y calificada su institución como una de las más originales del derecho moderno.

DREHER: «DIE ZWEITE ARBEITSTAGUNG DER GROSSEN STRAFRECHTSKOMMISSION» («La sesión II de la Gran Comisión de Reforma»).

Como de costumbre, el Dr. Dreher da cuenta detallada de los trabajos, discusiones y conclusiones de la Comisión de reforma del Código alemán, ya conocidos de nuestros lectores del fascículo precedente.

* * *

La sección bibliográfica se dedica en este número a Historia del Derecho, confiada a los profesores Würtenberger y v. Weber.

En el cuaderno anejo del grupo penal de la Sociedad de derecho comparado se insertan, aparte del noticiario, tres trabajos: del Profesor y Decano de Valladolid, Del Rosal, sobre la Evolución de la ciencia del Derecho penal en España durante los últimos cincuenta años; del Profesor de Bonn H. Von Weber, sobre Derecho penal en la Unión Sudafricana, y del Profesor de Friburgo H. H. Jescheck, sobre los trabajos del IV Congreso Internacional de Derecho Comparado, de París (agosto 1955).

De destacar es en el trabajo de nuestro Subdirector la precisión de datos que aporta para historiar el derecho penal científico en España en esta primera mitad del siglo, que sistematiza de la siguiente forma:

1. Fase de la renovación de la ciencia del Derecho penal, que se abre con la obra de Silveja y concluye con la del P. Montes.

2. Período de orientación político-criminal, inaugurado por la producción del discípulo de Von Liszt, Profesor Q. Saldaña, y se continúa con Bernaldo de Quirós, Castejón, Cuello Calón y Sánchez-Tejerina.

3. Situación actual: la dirección técnico-jurídica y dogmática, que considera introducida por Jiménez de Asúa y sus discípulos, concluyendo el trabajo con un repertorio no estrictamente sistematizado de los autores y obras que considera más destacados de la presente generación. Da cuenta, asimismo, de las revistas jurídicas españolas que cultivan íntegra o parcialmente las especialidades penales.

67 Band. Heft III

SAUER, Wilhelm: «UEBER DIE RECHTSVERGLEICHUNG BEI STRAFRECHTSREFORM» («Sobre el Derecho comparado en la reforma penal»).

Como complemento al discurso de apertura sobre el mismo tema pronunciado en la Universidad de Friburgo de B. por el Profesor Jeschek, aporta nuevas precisiones en referencia al decisivo papel que en la materia de reforma de las leyes penales desempeñan los trabajos comparatistas. Cita a este respecto la gigantesca obra de los dieciséis volúmenes de la «Vergleichende Darstellung», comparándola con la relativamente modesta que acompaña a la reforma actual y a la que el Profesor de Friburgo hizo referencia. Habiéndose tratado ya de los problemas históricos y de contenido, queda por examinar el metodológico, que es al que Sauer dedica su preferente atención en este artículo, haciendo nuevo alarde de sus bien conocidas dotes en materia de metodología, a la que dedicó buena parte de sus afanes el venerable maestro de Münster.

El estudio de derecho comparado puede ser enfocado desde un doble punto de vista que atienda a su plural función: 1, histórico-sociológico, y 2, crítico-normativo, que a su vez suscita una contemplación puramente jurídico-política y otra internacional y cultural-política. En el primer punto de vista, según el autor, nos hallamos ante un problema específico de Historia, y en el segundo, ante el instrumento para forjar el propio derecho de que se trate.

El estudio comparatista histórico-sociológico abarca el conocimiento de los sistemas legislativos extraños, sin discriminación, incluso los de los pueblos culturalmente más alejados en el tiempo y en el espacio, en tanto que el crítico-normativo se limita a contemplar los sistemas legislativos de pueblos culturalmente afines, de cuyas realidades positivas pueden entresacarse ejemplos concretos para la propia reforma. En todo caso, no pueden dejarse de considerar las necesidades y características de cada pueblo, presupuesto indispensable para una íntegra comprensión del orden jurídico, sin descuidar lo consuetudinario y la jurisprudencia muy especialmente. Coincide con Jeschek en lo intrascendente y aun peligroso que resulta el mero conocimiento de los textos legales extraños, que nada dicen o incitan a concepciones erróneas trasplantados de su subsuelo cultural propio. Sin embargo, considera que desde un punto de vista objetivo, el único trascendentalmente posible en lo que toca a metodología, ambas formas de comparatismo son adecuadas, a condición que se las considere como «funciones» y se fundamenten científicamente reconociéndolas finalidades propias. En la forma o función histórico-sociológica, tal finalidad ha de ser de conocimiento, pero en la normativa requiere una labor de criticismo, con metodología asimismo normativa. Se han de considerar, pues, en la primera forma las realidades extrañas, mientras que en la segunda han de prevalecer las propias. En una y otra, sin embargo, no puede perderse de vista, a modo de pauta y medida, la idea suprema del Derecho, esto es, la Justicia. Lo cual impone, a su vez, una consideración de conjunto, estando llamadas a la

esterilidad las investigaciones aisladas y desprendidas de las necesidades y circunstancias vitales y culturales.

De lo dicho deduce Sauer que se facilita la grave cuestión, planteada también por Jeschek, de si el Derecho comparado ha de ser considerado ciencia o método. Ambas concepciones son posibles, a condición de considerar la cuestión en la perspectiva antedicha, pues una ciencia es, sin duda, si se atiende a la función histórico-sociológica, en igual sentido que ciencias son la Historia y la Sociología. Pero el comparatismo es, asimismo, un método, y posiblemente un método propio, no meramente auxiliar, susceptible, a su vez, de engendrar una nueva ciencia, al modo —dice— como la radiografía, que inventada como método auxiliar ha venido a erigirse en ciencia médica autónoma.

En referencia al comparatismo normativo en particular, al que dedica Sauer la segunda parte de su artículo, plantea la cuestión en un sentido programático, sosteniendo que el lugar que corresponde al Derecho comparado en la enciclopedia de las ciencias no puede ser otro que el de las normas jurídicas. La manera de actuar de este comparatismo normativista ha de ser contemplando las normas extranjeras alternativamente junto a las propias, con el fin de comprobar la posibilidad o imposibilidad de su eventual adaptación.

Se estudia al detalle y con profundo sentido crítico las concepciones del comparatismo en Von Liszt y las importantes desviaciones metodológicas perpetradas por sus discípulos, Kohirausch, Liepmann y Radbruch notablemente. La ambición culmina en la idea de Jeschek de estructurar una «doctrina general penal comparatista», equivalente a lograr una sistemática penal con los elementos aportados por los diversos ordenamientos jurídico penales aislados.

El comparatismo normativista ha de ser contemplado, para el logro de tamaña empresa, no a modo de un mero complemento o sustitutivo, sino como hipótesis de trabajo y material heurístico. No ya el conocimiento erudito del derecho extraño se consigue de un modo perfectamente adecuado, sino que con el comparatismo así concebido facilita la comprensión del propio derecho. Sin embargo, su utilidad suprema descansa en la posibilidad de unificar los conceptos básicos de Justicia, bien común y seguridad jurídica, fruto último y más precioso al que ha de aspirar el comparatismo. Con lo cual dicho está que sus problemas se enlazan y abocan indefectiblemente a los de la Filosofía del Derecho, a resolver no en el terreno de la Ontología, sino en el del Idealismo. A pesar de lo cual, Sauer es de la opinión de que el comparatismo, para ser verdaderamente fructífero, no debe tomar una posición concreta en las luchas filosóficas.

Una cuestión especialmente tratada por el autor, criminólogo insigne, es la de las relaciones del comparatismo con la Criminología, manteniendo la tesis de la independencia de dicha ciencia, que en ningún supuesto puede ni debe ser compensada o sustituida por la del Derecho comparado. Hace ver, a este respecto, que el sentido realista de las investigaciones criminológicas, sea en el propio país o en los extraños, se hallan condicionadas por normas y metodologías genuinas, muy frecuentemente en con-

traposición con las usuales en lo jurídico penal estricto. En todo caso, lo criminológico ostenta una primacía lógica en el sentido de presuponer su conocimiento una especie de *sustratum* sobre el que reposa la investigación jurídico-penal ulterior, a modo de «hecho» e insobornable realidad natural. Con las antedichas reservas metodológicas, la Criminología no debe ser descuidada en el estudio del Derecho comparado, sobre todo en vista a los trabajos de reforma, constituyendo en numerosas ocasiones la piedra de toque de su efectividad. El mero formalismo está llamado a fracasar en la investigación comparatista, al menos si se quiere sacar de ella el provecho que las necesidades de la reforma penal reclama. El ejemplo de Von Liszt ha de ser tenido también muy en cuenta a este respecto, trabajando incansablemente en el doble campo de lo criminológico y lo legal normativo. La Criminología, a la que denomina la «gran incomprendida», es de decisivo valor, no ya para el estudio del delincuente, sino también para aclarar innumerables casos de puro derecho y exacto perfil de los tipos objetivos. Cita en apoyo de su tesis los últimos trabajos de Von Bader y Von Weber, así como la creciente estimativa de las aportaciones criminológicas por parte de la jurisprudencia alemana. En suma, se trata de un valiente alegato en pro de la Criminología que reclama su parte en la hora presente al plantearse de nuevo a fondo el tema de la reforma penal en la nueva Alemania.

MATTERN, Gebhard: «VERWALTUNGS UND GERICHTLICHES STEUER-STRAFVERFAHREN» («Procedimiento penal-fiscal en lo administrativo y lo judicial».

Se hace ver en este trabajo la falta de suficiente elaboración y claridad de límites en la siempre confusa materia del Derecho penal fiscal, incluso en el aspecto procesal del mismo, que es el que en él se contempla. Echa de menos en este aspecto una obra como la llevada a cabo por Goetzler en el campo del Derecho penal fiscal material (en «Die rationalen Grundlagen des Steuer-Strafrecht») ya en 1934, que tan nítidamente investigó los signos diferenciales con respecto al Derecho penal criminal.

El Derecho penal fiscal (stricto sensu), es decir, el contributivo, está informado dogmáticamente por una doble dimensión: la administrativa y la judicial, doble vía fértil en conflictos, repeticiones e interferencias. La cuestión se complica al proyectarse en el marco internacional regional el de la Comunidad Europea, por lo que a Alemania respecta, ya que la legalidad imperante dista mucho de ser concordante con los acuerdos de uniformidad votados en la Convención (europea), de Derechos del Hombre, vigentes en el país al haber sido ratificados en 3 de septiembre de 1953. En el presente artículo se aplica sobre todo el autor a los problemas de unificación y coordinación que afectan al proceso y a la elección de vía administrativa o judicial, lo que hace en el plano de «lege data» y de «ferenda», en lo nacional y en lo internacional. En ambos campos sostiene la tesis concreta de que el Derecho penal fiscal es en su especial esfera un Derecho penal «criminal» en toda su plenitud, conclusión a la que estima ha llegado igualmente el legislador, tras de tantos titubeos e incertidumbres, al promulgarse la

Ley económica de 4 de julio de 1939. El razonamiento principal esgrimido es que en ella, como en las ulteriores, sea un factor de definitiva trascendencia para la imposición de sanciones el ideal de culpabilidad, que es específicamente penal criminal. Tesis sostenida con copia de argumentos doctrinales y jurisprudenciales y que pretende ser de dogmática estricta, aunque a ello pudieran objetarse muchas y muy buenas razones en contrario: por responder más bien a un criterio de «deber ser» que de «ser». En efecto, que la culpabilidad sea el criterio de certidumbre para distinguir lo penal criminal de lo penal fiscal y administrativo en general, es una postura justificada y aun altamente plausible en doctrina, pero dado que en ordenamientos puramente criminales existen desgraciadamente supuestos de ausencia de culpabilidad personal con indubitada presencia de penas criminales, tal tesis parece muy lejos de satisfacer todas las exigencias de discriminación en la realidad legislativa vigente. Sobre todo, si se tiene en cuenta que, en multitud de sanciones que no son en modo alguno penales criminales, sucede lo contrario, esto es, que se estima conscientemente el factor de culpabilidad. Por ejemplo, en las sanciones de corrección jerárquica y hasta en la familiar, esa consideración no puede tener virtud suficiente para calificar las mismas de penales. Por lo demás, y en el campo de la doctrina y de «desiderata», el punto de vista de G. Mattern no puede ser más laudable, tendiendo a eliminar en todo evento los restos de barbarie subyacentes en todas las hipótesis de sanción sin culpabilidad, dentro o fuera del Derecho penal.

DREHER: «DIE VIERTE ARBEITSTAGUNG DER GROSSEN STRAFRECHTSKOMMISSION» («La cuarta sesión de trabajo de la Gran Comisión de Derecho penal»).

Como en números anteriores, el Dr. E. Dreher da detallada cuenta de las labores de la Comisión de reforma del Código penal, en la sesión del 1.º al 4 de febrero de 1955, sobre las que se informa en otro lugar de este ANUARIO, y que en esta sesión presentan primerísimo interés científico general, por versar principalmente sobre los temas cruciales del dolo, el error, la imprudencia y la participación criminal.

La sección bibliográfica del fascículo la dedica Engisch a la Filosofía del Derecho, y el Anejo de Legislación comparada trata de los «Problemas de la reforma penal en Italia» (por C. Pedrazzi), de la «Producción de la prueba en el proceso penal inglés» (por H. von Weber) y de «La pena de muerte en Inglaterra» (por H. H. Heldmann).

Antonio QUINTANO RIPOLLES

BELGICA**Revue de Droit Penal et de Criminologie**

Febrero 1955

GLASER, Stefan: «QUELQUES PROBLEMES LITIGIEUX DU DROIT INTERNATIONAL PENAL»; pág. 403.

El presente ensayo plantea y aporta soluciones sobre determinados problemas, objeto de controversia en Derecho Internacional penal. Su ilustre y conocido autor, profesor de la especialidad, en la Universidad de Lieja, al que tuvimos ocasión de escuchar en nuestra Patria, el pasado año, comienza por demostrar el hecho que recogen los Estatutos de Nuremberg y Tokio, en los que por primera vez se incriminó, a consecuencia de la guerra y sus derivaciones, los actos cualificados como crímenes contra la Humanidad, aunque no puedan considerarse por sí mismos comprendidos por su naturaleza criminal, dentro del principio de legalidad, porque dada su característica peculiar, dependen únicamente de la conformidad y asentamiento de hechos relacionados con la costumbre, que tiene carácter de fuente en Derecho Internacional Público.

Los pactos y convenciones en esta rama del Derecho crean una modalidad jurídica circunstancial, que, en términos generales, no hacen otra cosa que constatar la costumbre. Después de esta afirmación, el autor pasa al estudio del problema de la retroactividad y sostiene que no puede prevalecer en Derecho Internacional penal, por lo que formula censuras a los Estatutos antes aludidos, que han quebrantado el principio de la irretroactividad. Según Glaser, la guerra y agresión, como los actos antijurídicos cualificados de crímenes contra la Humanidad, no dejaban en realidad de ser contrarios a la costumbre ante la provocación y destrucción causadas por la segunda guerra mundial. Sostiene la tesis, previo examen de la naturaleza del Derecho Internacional, de la independencia de la voluntad de los Estados, pero no de la voluntad arbitraria de las naciones, porque su verdadero fundamento es encuentra en el Derecho racional y objetivo, en las reglas inspiradas por la razón.

Concluye el autor tratando de justificar que la afirmación vertida por ciertos escritores de que el Derecho Internacional había conocido sanciones penales, antes de la aparición de los Estatutos de Nuremberg y Tokio, carece en realidad de fundamento; la verdad es «que con frecuencia, en el pasado, tales sanciones han sido conminadas contra las infracciones internacionales».

LEY, Jacques: «FAUT-IL MODIFIER NOTRE LOI DE DEFENSE SOCIALE?»; pág. 420.

Juristas y médicos persiguen, en el seno de la Comisión revisora del