

A L E M A N I A

Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft

Berlin, De Gruyter, 1956. 68 Band, I Heft. 1956

Comienza el fascículo con sendas notas necrológicas de la Redacción y de K. Lange dedicadas a dos ilustres maestros desaparecidos, el criminalista Erns Seelig y el penalista Heinrich Drost, de las Universidades de Graz y Münster.

BUSCH, Prof. Dr. Richard: «Zum verbrauch der strafklage bei späterer erkenntnis anderweitiger tatgestaltung» («Sobre la utilización de la acción penal respecto a los hechos ulteriormente conocidos»).

Este trabajo del Profesor y Magistrado de Bonn, que antes fué objeto de su Ponencia al Congreso de penalistas de Kiel del pasado año, hace referencia a un problema que es en sí procesal, pero que depende en no pequeña parte de conceptos eminentemente sustantivos, como son los del delito continuado y de la concurrencia ideal de delitos. Cuando ha sido juzgado un asunto criminal e intervenido condena, por actos que fueron en ella valorados como de concurso ideal o como delito continuado, pero con posterioridad vienen en conocimiento del Tribunal sentenciador, otros actos no juzgados que se verificaron en idénticas condiciones que los que ya lo fueron, es claro que cabe adoptar dos soluciones. Una es la de respeto absoluto a la cosa juzgada y su santidad, impidiendo nueva apertura del procedimiento por estimarse caducada la acción; y otra, la de volver a incriminar los actos que no fueron juzgados ni se comprendieron en la primitiva sentencia. La primera solución se ajustaría, más bien, a criterios de legalidad cerrada y seguridad jurídica, mientras que la segunda prefiere los de justicia material, en una interpretación amplia del ejercicio de la acción penal. La primera interpretación es la preferida en dos recientes sentencias del Tribunal Federal que se citan, las registradas con los números 6,92 y 6,176 del año 1953, que se corresponden, por lo demás, con las tradiciones más usuales del viejo *Reichsgericht*. El caso más característico es el del delito continuado, en que primero se apreciaron siete actos criminales y posteriormente, doscientos veintiséis más, acordándose que todos ellos se habrían de comprender bajo el concepto del «dolo total» o *Gesamtvorsatz*, que la jurisprudencia alemana viene constantemente requiriendo para la existencia del delito continuado, creación suya, como se sabe, ya que no obedece a una exigencia legal determinada, como en Italia. Es en dicho país, por el contrario, donde prevalece la sistemática opuesta, de nueva incriminación de lo ulteriormente conocido y que, en el sentir del Profesor Busch, ofre-

cería también en la alemana posibilidades de justificación material y procesal.

En verdad, el autor del artículo no toma en la materia una posición decidida, en uno u otro sentido, limitándose más bien a criticar el unilateralismo de la jurisprudencia patria a este respecto y la rigidez que en ella se acuerda al impedir el ejercicio de la acción sacrificando los intereses de la estricta justicia a los de seguridad encarnados en la cosa juzgada. Para él, en cambio, lo decisivo se halla en el género de las infracciones incriminadas y a incriminar, esto es, en la real identidad del acto, pues no todos los concursos, ni siquiera los delitos continuados, ofrecen tal peculiaridad efectiva. En la identidad del acto, tan sólo, es aplicable justamente la tesis de la jurisprudencia federal de percluir toda estimativa ulterior. Entiende Busch, sin embargo, que por identidad del acto han de entenderse únicamente dos hipótesis restrictivas: I. Cuando las acciones concretas del delito de que se trate, sean cubiertas total o parcialmente por una unidad jurídicamente relevante, y II. Cuando, aún sin cubrirse tales acciones por dicha unidad, las ulteriormente enjuiciables han vulnerado o arriesgado un mismo bien jurídico, constituyendo éste el objeto de la acción. No estima, en cambio, que constituyan unidad a estos efectos procesales, la habitualidad ni la profesionalidad. Tampoco la integran las acciones dimanantes del derecho penal administrativo y del derecho penal criminal.

HARDWIG, Dr. Werner: «Die gesinnungsmerkmale im Strafrecht» («Los elementos del propósito en el derecho penal»).

También es este trabajo, como el precedente, una comunicación presentada al Congreso de Kiel, ventilándose en el mismo algunas de las cuestiones que más directamente afectan a la valoración del elemento subjetivo de culpabilidad del delito. La primera cuestión a dilucidar es la del léxico, puesto que en alemán —como por lo demás en castellano—, la palabra «propósito» es de carácter ambiguo. El autor la diferencia, ante todo, de la ordinariamente equivalente de «motivo» («Beweggrund»), así como de la propiedad de un determinado carácter o disposición. Para ello define el «propósito» o «Gesinnung» como «una posición psicológica moralmente valorada», subyacente en la esfera personal del sujeto y determinable por su libertad, sin la cual desaparece del ámbito de lo moral y de lo jurídico. La valoración moral, por su parte, está vinculada a lo social, siendo, asimismo, el propósito una posición del individuo frente a la comunidad, así como frente a los valores por ella reconocidos.

La significación moral-social del propósito. lleva al autor a presentar una trilogía de valores de dicha especie ante los cuales el delito es susceptible de valorizarse, mejor dicho, de desvalorizarse. El primero ha de ser el de la «Comunidad» como tal, en la que se registrarían como desvalores propios del propósito criminal el egoísmo, la falta de cuidado, de altruismo y de solidaridad, la brutalidad y la maldad. El segundo valor, sería el ya más específico de la «capacidad de un hombre para cooperar con la Comunidad», sobre todo en una dimensión excepcional de heroísmo y sa-

crificio, y cuya ausencia no implica, en lo jurídico-penal, una correlativa negación de propósito. El tercero, en fin, lo constituiría la «fidelidad a la Comunidad», que es un valor sin el cual la misma no puede pacíficamente subsistir, y que, por tanto, es jurídicamente exigible y relevante, razón por la cual son inculpables los actos de infidelidad y traición.

La interpretación que da el doctor Hardwig al «Gesinnung», le lleva a discurrir por los campos de la filosofía de los valores, del existencialismo y del normativismo, sin una directa aplicación dogmática a la teoría del delito, como antaño lo hicieran con parecidas premisas Erik Wolf, Sachffstein y Helmuth Mayer, es decir, en un sentido de voluntarismo y derecho penal de autor. El propio Hardwig las tiene por «heréticas», limitándose a sugerir la posible adecuación de las mismas a las exigencias dogmáticas de un posible porvenir, en la próxima reforma del Código penal alemán. Por lo que a la teoría del delito atañe, el autor sugiere en la querrela del finalismo, la colocación del dolo y la culpa fuera de la culpabilidad, pero no en la acción sino en la tipicidad, a la que reconoce, con Mezger, la cualidad de portadora de valores jurídicamente decisivos en lo penal.

STRATENWERTH, Dr. Günter: «Prinzipien der Rechtfertigung» («Principios de justificación»).

El presente estudio, a pesar de su título referido a la justificación, se refiere únicamente a los supuestos de ella que entrañan una efectiva conducta jurídica positivamente justificada, no los que resultan meramente neutrales o no valorizados. Para ello prescinde, en lo posible, del criterio tradicional, poco satisfactorio a juicio del autor, de la comparación de bienes jurídicos en pugna o «Güterabwaegung», fuera del cual quedan conceptos susceptibles de justificación, como acontece con el del consentimiento del ofendido. En esta causa de justificación, en efecto, no se registra conflicto de bienes alguno, sino meramente el que la víctima haya acordado su voluntad a la del autor. (Pudiera objetarse al doctor Stratenwerth, sin embargo, que en dicho supuesto hay también una cesión de bien jurídico por parte de dicha víctima del delito.) Tampoco ve el autor que haya decisivo conflicto de bienes en el supuesto de daños justificados por el párrafo 904 del Código civil. Ni, lo que es más contrario a la opinión general, en el caso de legítima defensa del párrafo 53 del penal. Constituyendo la misma episodio de la lucha por el derecho, del derecho contra lo injusto, al servicio del orden jurídico, lo que presupone un predominante interés de la Comunidad frente a los particulares concretamente en pugna, el del atacante y el del atacado o defensor. La antijuridicidad del acto del primero la pone fuera del derecho y de la protección debida a sus bienes, por lo que la apelación corriente al equilibrio son superfluas y propicias al error. Otro tanto puede decirse del estado de necesidad, cuando los intereses comunitarios no están en juego, si bien esta cuestión, quizá la decisiva, no es profundizada en el trabajo. La tesis de este resumen, es, que el principio de la equivalencia y valoración de bienes sólo puede ser tenido en cuenta como presupuesto objetivo de la justificación, cuando en el delito de que se trate hay

una efectiva vulneración o riesgo para los bienes jurídicos de la Comunidad. En los demás supuestos, hay que tomar en consideración la prelación en la escala de valores de los individuos o de los grupos de individuos, que es lo que en definitiva constituye el orden jurídico.

DREHER, Dr. E. Bericht: «Die VI Arbeitstagung der Grossen Strafrechtskommission» («La VI Sesión de trabajo de la Gran Comisión de Reforma del Código penal»).

Trabajo que constituye la detallada crónica de la citada asamblea, que tuvo lugar entre el 21 y el 24 de julio de 1955, un resumen de la cual se hace, como es costumbre, en la sección de Legislación extranjera de este número del ANUARIO.

La sección bibliográfica, destinada en este fascículo al derecho penal de menores, está hecha por el profesor K. Peters, de la Universidad de Münster, reseñándose una quincena de trabajos recientes (a partir de 1947) todos ellos de lengua alemana. La acompaña otra recensión de L. Frede, de Stuttgart, sobre el nuevo tratado de ciencia penitenciaria («Gefängnis-kunde», de Wolfgang Mittermaier, Berlín y Frankfurt, Vahlen Verlag, 1954).

En la «Mittellungsblatt» de la Sociedad de Derecho comparado, el doctor Ernst Livneh, del Ministerio de Justicia de Jerusalén, aporta un trabajo informativo bastante detallado sobre el estado del derecho penal en Israel; el profesor H. Thornstedt, de Estocolmo, otro sobre una Propuesta de reforma de la Estadística criminal sueca; el profesor E. Heinitz, de Berlín, la reseña del Congreso de Ginebra de la ONU en su quinto tema de la Prevención de la criminalidad de los menores; el profesor Kielwein, de Friburgo d. Br., un trabajo sobre la acción penal en el procedimiento inglés. Finaliza el cuaderno con el Programa del próximo VII Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, del que ya tienen conocimiento los lectores del último fascículo del ANUARIO.

B E L G I C A

Revue de Droit Penal et de Criminologie

Febrero, 1956

Court, E.: «Considerations sur l'expertise judiciaire»; pág. 447.

Se trata del discurso pronunciado por el autor, que ocupa el cargo de Procurador general, el 15 de septiembre de 1955, que hace referencia a otro trabajo publicado por el Decano del Colegio de Abogados, con el fin de