

A L E M A N I A

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Berlin, De Gruyter, 69 Band, III Heft, 1957

SCHMIDT, Eberhardt: «Kriminalpolitische und strafrechtsdogmatische Probleme in der deutschen Strafrechtsreform» («Problemas político-criminales y dogmáticos en la Reforma penal alemana»).

En torno al tema actualísimo de la reforma del Código penal alemán y a raíz de la publicación del Proyecto de su Parte general, en que tan activa parte tomó el Profesor de Heidelberg Eberhardt Schmidt, pronunció en 27 de mayo último una Conferencia en la Universidad de Zurich, sustancialmente reproducida en el presente artículo. Se refiere, como indica su título, a ciertas sugerencias sobre el acuerdo de su texto con las direcciones criminológicas y dogmáticas más en boga. Analizando el de su párrafo primero, en que se sienta el principio de la legalidad de delitos y penas tradicional, hace ver como el mismo es una consecuencia del Estado de Derecho en que la Alemania occidental está decidida a constituirse, respondiendo, asimismo, a los preceptos de la Ley Fundamental de Bonn. Pero por encima de estas consideraciones de tipo jurídico-político, Schmidt señala en el texto otro significado que más directamente atañe a lo criminológico y aun a lo dogmático penal, el que impone la decidida adscripción a un correlativo sistema, asimismo tradicional, de Derecho penal de acto y no de autor, fiel a las necesidades de la tipicidad que ha de reinar en la redacción de la Parte especial.

El párrafo segundo del mismo párrafo primero, al sentar la doctrina de que la culpabilidad es presupuesto esencial de la punición y que no ha de ser penado quien obra sin culpa, constituye otra importante concesión a las tradiciones del Derecho penal y a su debida espiritualización frente a las corrientes utilitarias y de defensismo. Por lo mismo impugna las opiniones manifestadas recientemente por el Fiscal Dr. Bauer, respecto a la pretendida desaparición de las ideas de retribución en el Proyecto, que, por el contrario, resultan remozadas y vigorizadas en él. Explica en buena parte esta actitud por una lógica reacción contra los intolerables abusos que en el régimen nacionalsocialista se hizo de las doctrinas utilitarias y de peligrosidad, sobre todo en el ámbito de la delincuencia política. En todo caso es un hecho incontrovertible que en el nuevo Derecho penal alemán proyectado queda incommovible el binomio tradicional «delito-castigo».

Otro punto en el que E. Schmidt hace gran hincapié, es en el relativo a haber desaparecido del proyectado Código el lugar generalmente asignado a las faltas, las que, como es sabido, desaparecen del campo de lo

«penal criminal» para integrarse en el policíaco y administrativo, conforme precisamente a los trabajos y proyectos del propio maestro de Heidelberg. Ve en ello no solamente un detalle de técnica legislativa, sino una ocasión para purificar el resto del Código de la servidumbre de preceptos y concepciones de carácter administrativo, lográndose de este modo su más perfecto sentido puramente criminal. A propósito de este destierro de las faltas fuera del solar del Código, sugiere el autor que se prescindiera también del actual tratamiento de la vagancia, con la ilógica sistemática binaria de pena y medida de seguridad, propugnando, conforme al Proyecto de Radbruch, de 1922, que dicho estado de vagancia deje de ser infracción criminal, para integrarse en lo penal administrativo de tipo tutelar. La Comisión de reforma no se ha pronunciado aún sobre tal asunto, que en rigor pertenece a la Parte especial.

En lo que atañe a la penalidad misma, el autor es de opinión que a la reforma del Código debiera preceder la de las instituciones penitenciarias, sin la cual todas las expresiones y propósitos, tales como las de resocialización, carecen de efectividad. Propugna en consecuencia una reforma a fondo y radical del Derecho de ejecución penal en una dirección resocializadora, pues aun reconociendo que no todos los delincuentes son igualmente aptos para la resocialización, lo cierto es que a la Sociedad interesa en grado sumo prever el comportamiento de todos ellos al recobrar la libertad. Se excusa E. Schmidt del reproche que a veces le ha sido dirigido, de preocuparse tan sólo por los problemas de la prevención especial, pero estima que ellos son los capitales en el momento de la ejecución, no siendo, en todo caso, incompatibles, sino todo lo contrario, con las ideas de su justicia. Censura en los actuales tratados y manuales alemanes el desinterés hacia tales problemas de ejecución de las penas, atribuyéndolo al predominio de la restauración de las ideas retribucionistas, si bien no cree que haya incompatibilidad entre ambas cuestiones.

La última parte del trabajo de E. Schmidt se dedica a defender su tesis, minoritaria en la doctrina alemana, de la unidad o monismo entre penas y medidas de seguridad, que ya fué suficientemente discutido en el Congreso de la Asociación Internacional de Derecho penal en Roma y aun en el seno de la Gran Comisión de Reforma, en la que el punto de vista del autor fué casi unánimemente rechazado por los demás vocales. Cree ver otra vez la razón de esta su derrota, en el florecer del retribucionismo, tan característico de la ciencia alemana actual. Este retribucionismo, sin embargo, no es el antiguo de «retribución por el acto», sino el de «retribución por la culpabilidad», al que el propio Schmidt dice no repugnar en principio, por ser una concesión a la filosofía de la personalidad humana. La fidelidad al dogma de la culpabilidad, empero, no deja de suscitar dudas y problemas, por cuanto—dice—la culpabilidad es, asimismo, susceptible de grados y cuantías. El rechazar del dogma de la culpabilidad todo lo que atañe al carácter y a la vitalidad del sujeto como hace el retribucionista Maurach, peca de excesivo simplismo, según el autor, siendo menester distinguir en esta difícil cuestión múltiples matices que ya señaló Mezger y que E. Schmidt se esfuerza en coordinar con los datos policocriminales. Muy interesante, a estos propósitos, los intentos de encuadrar las medidas de seguridad en un marco justicialista, que no puede

ser literalmente el de la culpabilidad, glosando el aforismo de que «se es responsable en la vida de lo que se es», susceptible de las más diversas y abusivas interpretaciones. Rechaza, desde luego, las que pudieren conducir a un sistema autoritario y totalitario del Derecho, echando de menos las enseñanzas de su venerado maestro von Liszt y deplorando el escaso interés que despiertan en las últimas generaciones de penalistas alemanes. No tienen en cuenta éstos, al pensar que la doctrina lisztiana pertenece al pasado, que lo esencial de su pensamiento sigue vivo y operante. A pesar del tradicionalismo que ha logrado triunfar en las líneas teóricas del Proyecto de reforma, el autor alaba en él lo relativo a la regulación de las medidas de seguridad, salvo en lo que respecta al mantenimiento del binarismo, que censura acertadamente. En dicha regulación ve como un eco de las doctrinas de von Liszt, que en no pocos aspectos valen aún como progresivas y que debieran haber sido tenidas aún más en cuenta.

OLIVECRONA, Karl: «Das moralische Problem der Strafgesetzgebung («El problema moral de la legislación penal»)».

Así como el artículo precedente de Eberhardt Schmidt viene a ser un alegato de vencido en la obra de la proyectada Codificación penal alemana y una crítica del tradicionalismo triunfante, el trabajo del Profesor de Lund Olivecrona vuelve a reflejar una posición crítica respecto a la proyectada reforma de las leyes penales suecas, pero en el sentido contrario, de censurar su sedicente modernismo y radicalismo. En efecto, el movimiento reformista en Suecia, cristalizado en el Proyecto sobre «Las consecuencias del delito» de 1956-57, se ha dejado ganar por la ideología defensiva tan en boga en determinados círculos de la postguerra europea, que, en cambio, ha encontrado en la Alemania sabia repulsa casi unánime. La palabra «pena» y sus derivados han sido cuidadosamente eliminados del proyectado texto, donde se han sustituido por la de «tratamiento», de igual modo que la expresión de «preso» por la de «internado», etc. Olivecrona concede a estos escauceos lingüísticos un valor quizá desmesurado, temiendo que obedezcan a un previo plan de enervamiento de las esencias represivas del Derecho penal. Lo cierto es que, como él mismo reconoce, en el Proyecto, tan radical de léxico, subsisten las penas tradicionales de privación de libertad y pecuniarias, si bien parece inminente que las primeras sean reducidas a una sola de «internamiento». Mucho más grave es, ciertamente, que se haya prescindido del concepto de «imputabilidad», y que, por tanto, se aboque a un peligroso monismo entre las medidas penales y las de seguridad, que aparecen concebidas en un mismo plano de tratamiento (menores y mayores, normales y anormales). Esta abdicación de la pena en favor del progresivo avance de las instituciones asegurativas y de asistencia social, constituye, según el Profesor de Lund, la idea fundamental de la reforma en Suecia. El monismo es la consecuencia del hecho delictivo, y es el Juez el llamado a elegir, en su caso, la sanción o medida apropiada, que no es ya, pues, una secuela fatal del delito, sino un medio técnico de tratamiento. De tal modo, el enajenado no es propiamente absuelto de pena

ni considerado «irresponsable», sino que meramente se elige para él un régimen distinto del que se determinó para el sujeto clínicamente normal.

Al mismo criterio monista de equiparación obedece la audaz idea de ampliar los beneficios de la condena condicional a todos los delitos sin limitación previa, dejándose al Tribunal la plena libertad de concederla por meras consideraciones individuales.

Achaca Olivecrona el triunfo de las nuevas ideas al descrédito a que han llegado en el público las ideas de retribución, que se considera como una variedad de la venganza, sublimada, si se quiere, pero venganza al fin. Y por la creencia de que la culpabilidad no puede ser medida y compensada por la pena, conforme a las críticas ya esbozadas por Protágoras. Asimismo, ha influido la falta de confianza en la vieja teoría del libre arbitrio, que suele considerarse como una ilusión. En consecuencia de tan profundo cambio en ideología popular y científica, el aparato todo del Derecho penal amenaza caer por su base, dudándose de su justicia y hasta afirmándose que la idea misma de castigar es criminal («the crime of punishment»). De otra parte, sin embargo, es obvio que no puede prescindirse de la pena, ni aun de las penalidades tradicionales de prisión y multa, por lo menos. De ahí un conflicto moral entre las ideologías y las realidades que el Proyecto trata de soslayar con un aparentemente inocuo cambio de terminología. A pesar de ello, el dilema subsiste, y aun se sitúa en el acostumbrado terreno de la prevención general, que muchos han creído cándidamente superado. Pero es claro, para el autor, que los problemas morales no son susceptibles de resolverse científicamente, y que el dilema subsiste, debiéndose plantear con toda franqueza en los términos de si el Derecho penal debe ser abolido o mantenido. En ningún modo, en cambio, pueden ni deben ser escamoteados los fundamentos éticos de la penalidad, como a veces se hace tan alegremente por los sedicentes progresistas.

Concluye el fascículo con una noticia crítica del Proyecto de Reforma de la Parte general del Código penal alemán, debida al Dr. Walter Sax, de Würzburgo, que lo estudia en relación con las corrientes científicas dominantes, y con un estudio del Dr. Spindel, de Frankfurt a M., en torno a la cláusula justificativa del error en el parágrafo 59 del Código penal, a la luz de la doctrina científica y jurisprudencial.

En la Hoja aneja de la Sociedad de Derecho Comparado, se insertan tres estudios comparatistas: sobre la doctrina de la causalidad en el Derecho anglo-americano, por A. M. Honoré; sobre la criminalidad en Finlandia durante los veinte últimos años, por Honkasalo, y sobre las novedades penales en Hispanoamérica, por Jiménez de Asúa. Comprende este último estudio del profesor español los años 1954 a 1955 y los países de Argentina, Bolivia, Chile, Guatemala, Honduras, Colombia, Méjico, Cuba, Perú, Uruguay y Venezuela.

E S P A Ñ A

Información Jurídica

Marzo-abril 1958

GALLARDO RUEDA, Alberto: «Ocho años de vigencia de la Ley Penal del Automóvil».

El octavo aniversario (9 de mayo) de la Ley penal del Automóvil da motivo al autor, tras de resaltar su importancia, perfección e interés creciente y recordada la consideración en el Código penal del 28, de la agravante de empleo de automóvil, para en un análisis que anuncia somero mostrar los dos tipos de legislaciones penales en la materia, unitario el uno, en el que los diversos supuestos de la delincuencia por su empleo indebido están absorbidos en los códigos, y el dual, en que aquéllos están tipificados en una ley especial a la que sirve de complemento el Código penal, que es el sistema español.

En nuestra ley especial encuentran delitos de resultado diferenciados de los que podían ser designados como delitos de actividad, en busca de la triple finalidad de dar protección a los viandantes, a los intereses de los dueños de los vehículos y a la seguridad del tráfico en general.

El artículo es un buen trabajo con el que se da a conocer un autor novel cuyos apellidos, y esto lo obliga, tienen amplias resonancias en las publicaciones dedicadas a otras ramas del derecho.

DOMINGO TERUEL CARRALERO

Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios

Dirección General de Prisiones. Madrid. Número 133

CUELLO CALON, Eugenio: «Tratamiento en libertad de los delincuentes. El sistema de prueba (probation)»; págs. 153 a 183.

La existencia de ciertos tipos de delincuentes para los que la prisión es no sólo innecesaria, sino hasta nociva en alto grado, determina la necesidad de buscar un sistema de tratamiento que logre la reintegración social de estos individuos sin acudir a su internamiento en establecimientos penales que, además de su coste, crea obstáculos que no sólo dificultan dicha reintegración sino que, en ocasiones, la hacen imposible.

Cree el profesor Cuélllo Calón que el sistema apto para conseguir los efectos indicados es el de «probación» o régimen de prueba, pues además de evitar estos peligros no separa al culpable de sus normas de vida, no le aleja de su familia, no le coloca en el corrompido ambiente de la cárcel