

A L E M A N I A

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Berlin. De Gruyter, 70 Band, Heft, 4

DREHER, Eduard: "Für und wider die Todesstrafe" ("Por y contra la pena de muerte").

El Consejero del Ministerio de Justicia de la Alemania Federal, Dr. Eduard Dreher, que tan constante e importante labor viene desempeñando en la Comisión de Reforma del Código penal alemán, desarrolla en el presente artículo, ideado primeramente como Ponencia para la propia Comisión, el antiguo pero siempre actual problema de la pena de muerte, que como es bien sabido fué objeto de total abolición en la Ley Fundamental del Estado de Bonn (no así en la de la República Democrática Alemana, donde permanece). Pretendiendo un objetivismo absoluto, que el propio autor confiesa de difícil logro, quiere limitarse a la presentación de argumentos en pro o en contra de la sanción capital, sin pronunciarse en ningún sentido, mas como quiera que los argumentos aducidos lo son a veces en un aspecto crítico, tal objetividad no siempre resulta efectiva.

En primer término plantea el asunto en el terreno del Derecho natural o metajurídico, esto es, sobre la licitud o ilicitud de la pena de muerte, y aunque reconoce el auge actual del iusnaturalismo, ayudado a veces, incluso en fallos jurisprudenciales, no cree factible pronunciarse en abstracto sobre tal cuestión. A este propósito dice ser poco convincentes los argumentos recientemente aducidos por Süsterhenn en su monografía *Wieder Todesstrafe* (Colonia, 1957), con base a un pretendido «estado de necesidad» o «legítima defensa», pues tales situaciones serían excepcionales en un tiempo normal en que se desarrolla el Derecho, no existiendo ordinariamente sus fundamentales razones de inminencia que justificarían la asimilación, más metafórica que real. Históricamente, en cambio, la justificación de la pena de muerte fué fácil en las concepciones medievales del Estado religioso, donde ostentó un claro sentido de expiación y aun de salvación del condenado, al que el sacrificio purificaba y facilitaba el acceso a la comunidad social ultraterrena. No menor justificación tuvo la pena capital en la doctrina del Estado totalitario, en que al divinizarse a sí mismo, hizo de ella un mero acto estatal, de utilidad y de combate contra el delincuente valorado como enemigo. La dificultad en cuanto a la justificación surge precisamente en los Estados democráticos y de derecho, que sientan como principio el respeto a la dignidad y valor del hombre, incluso del delincuente. Abandonados como inactuales los mitos del contrato social y la posibilidad o no de que al contratar el ciudadano dispusiere de su propia vida, el problema político se centra hoy en torno a si la pena capital vulnera efectivamente

los precitados principios de dignidad y valor humanos. Seguramente hay que afirmarlo así en el supuesto de usar de la pena de muerte con fines exclusivamente utilitarios y de prevención general, a modo de «liquidación» del delincuente como si de un animal dañino se tratara, dado que entonces el penado pasa a ser un mero instrumento o medio, a todas luces contrario a su condición de ser humano. Pero no cabe, en cambio, hablar de ataque a su dignidad si se concibe la pena como expiación correlativa a una culpabilidad precedente, en cuyo supuesto desempeña un alto sentido moral que hasta realza la dignidad humana, poniendo la ejecución al servicio de un ideal de Justicia y de restauración de una escala de valores comunitarios. Confiesa, empero el autor, que tales concepciones son de muy dudosa efectividad en el mundo moderno, donde el sentimiento de culpabilidad y expiación, religiosos en su genética, se hallan ausentes o debilitados por el materialismo o la indiferencia de la gran masa del pueblo. De ahí, que en la general creencia de que la muerte es el final de todas las cosas, la pena capital carezca de posibles justificaciones espirituales de tan difícil estimación en los Estados religiosos del pasado. A este respecto, sin embargo, hace ver el autor que según interesantes estadísticas inglesas, que pudieran repetirse en otros países germánicos, la pena de muerte se prodigó mucho más en el Renacimiento y el Absolutismo que en la Edad Media, y, dentro de ésta, con mayor prodigalidad en la Alta que en la Baja Edad Media. El retroceso es, en cambio, constante en todos los países a partir del siglo XIX, pues aun en los abolicionistas, han disminuído enormemente los casos de ejecución y el número de infracciones a las que se asigna en las leyes la pena capital. Aduce datos aportados por los institutos de opinión pública alemanes registrando un constante aumento de partidarios de su restablecimiento, que llegó a cifrarse en 1958 en un 80 por 100 (un 75 por 100 en Austria), si bien a este respecto advierte hay que tener muy en cuenta el papel de la prensa sensacionalista y, sobre todo, las veleidades de los sentimientos populares. A pesar de todo, considera que tal estado de opinión es un hecho a tener en cuenta para una posible reforma legislativa, que en este caso habría de ser constitucional. Menor importancia hay que conceder aún a los argumentos basados en estadísticas de aumento o disminución de la criminalidad en relación con la abolición o restablecimiento de la pena de muerte, tan frágiles y especiosos los favorable como los adversos, por obedecer el criminal a una compleja determinación de factores entre los que poco o nada cuenta la previsión de la eventual condena.

Muy original es la consideración de la pena capital en torno a los presupuestos de prevención especial, generalmente no tenidos en cuenta por los penalistas, pero sí por los teólogos. El condenado a muerte queda, naturalmente, al margen de las previsiones de resocialización, pero no por eso hay que excluir otras de prevención especial, puesto que su ejecución puede determinar y determina a veces en la conciencia del reo un efectivo arrepentimiento susceptible de dar altos frutos morales y religiosos estudiados con gran detenimiento por los teólogos alemanes. Escéptico asimismo, en la materia, el autor opina que no cabe generalizar, pues el fenó-

meno del arrepentimiento es estrictamente personal, obedeciendo en no pocas ocasiones a una postrera esperanza de indulto.

Descartadas las razones utilitarias y aun las de prevención general y especial, en que los argumentos en pro o en contra son escasamente convincentes, el Dr. Dreher sólo cree posible encuadrar la pena capital en un sistema de derecho plenamente culpabilista, careciendo en cambio de sentido en otro que se informare en postulados de defensa social, para el que el delincuente no es más que un enfermo sometido a tratamiento curativo o de readaptación.

ENGISCH, Karl: "Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen" ("Error sobre el tipo y error sobre la prohibición en las causas justificativas").

No se refiere este trabajo del Profesor muniqués a la doctrina general sobre el error, objeto de atención en la reciente bibliografía penal alemana, sobre todo a partir de la famosa sentencia del Tribunal Federal de 18 de marzo de 1952, sino que se limita a un estudio crítico y *de lege ferenda* sobre los párrafos 18, 20 y 40 del Proyecto de Código de 1958. El primero de los cuales hace mérito al *error sobre el tipo*, sobre sus elementos más bien, moderna versión del clásico «error de hecho» de la antigua terminología; el segundo al *erro de prohibición*, parejo aunque no exacto al viejo «error de derecho», y el tercero, en fin, a un supuesto concreto de error referido a la causa justificativa del estado de necesidad. Precepto este último no definitivamente incorporado al Proyecto, puesto que su permanencia se subordina a la redacción que se dé a dicha causa de justificación, en el párrafo 39.

El problema que plantea Engisch es concretamente el de si la doble caracterización del error sobre el tipo y del de prohibición resulta o no adecuada a los supuestos de error versando sobre las circunstancias justificativas. Afirmativamente lo resolvió sin oposición la antigua doctrina científica, y la moderna de Mezger, von Weber, Hel, Mayer y Schaffstein, así como la jurisprudencia del Alto Tribunal Federal. El propio Engisch reconoce haberla seguido hasta que la teoría finalista le ha inclinado a estimar que, en la concreta materia del error sobre las causas de justificación, resulta perturbadora la duplicidad tradicional. De sus razonamientos parece incluso deducirse un marcado escepticismo hacia la procedencia del dualismo en el error, mostrando marcada simpatía por la tesis monista, modernamente sustentada por Schroeder en la última edición a los Comentarios de Schonke. Tiene por cierto que el dualismo es una exigencia impuesta arbitrariamente por el párrafo 59 del vigente Código, pero que no responde a las exigencias de la doctrina actual ni debiera serlo tampoco conforme a las normas acogidas en el Proyecto, al menos en lo relativo al error sobre las causas de justificación, en que el párrafo 40 vale como una solución de compromiso. El blanco de sus críticas se dirigen, sobre todo, a la diferencia que en dicho precepto se hace a la ausencia de reprochabilidad en el error, que no afecta exactamente a lo culpable como

allí se afirma, sino al dolo, un «dolo típico» o *Tatbestandsvorsatz* que es, según el autor, la clave de todo el problema. Sobre la base, naturalmente, de descentrar el dolo de la culpabilidad y situarlo, al modo finalista, en la acción asimismo típica, y como tal llevando consigo el dolo. En todo caso, con finalismo o sin él, es una realidad incontrovertible que la teoría del error afecta no solamente a la culpabilidad sino también, quizá primordialmente, al dolo. Examina, asimismo, la cuestión bajo el punto de vista filosófico, el de la doble ética de «intención» y de «responsabilidad» ideada por Max Weber y acogida en lo penal por Welzel, que reduce a un juego de palabras entre intenciones objetivas y subjetivas, y posiblemente a una moral autónoma o heterónoma.

Por lo que atañe al párrafo 19 del Proyecto, que concretamente hace referencia al error sobre las causas de justificación, sin distinguir entre el de sobre elementos típicos o sobre prohibiciones, parece comprender tan sólo el primero, lo que resulta sumamente ilógico. Pues una de dos, o se admite la superfluidad del dualismo del error en toda su extensión, o se le rechaza adoptándose una tesis monista a lo Schroeder. Pero lo que resulta inadmisibile es acoger la teoría dualista en términos generales y no aplicarla después en lo que toca a las causas de justificación, que es lo que en definitiva hace el Proyecto. En todo caso, una vez enunciada la cláusula general del párrafo 19, no se comprende la especialidad del 40 referido al estado de necesidad.

HONIG, Richard: "Deutsche Strafrechtsreform im Lichte amerikanischer Strafrechtsgrundsätze" ("La reforma penal alemana a la luz de los principios penales americanos").

Reproduce este artículo una conferencia pronunciada por el autor ante la Sociedad de Psicología forense de Hamburgo, poniendo de relieve las diferentes concepciones que en materia de Derecho penal informan la doctrina y *praxis* alemana y norteamericana, notablemente en lo que afecta a los nuevos principios sentados en el Proyecto de 1958. El signo diferencial más característico entre ambas técnicas legislativas es el conceptualismo y abstracción en la alemana, en contraste con las concreciones y casuismos de la americana. Es ello debido, incluso en los códigos de los Estados y en el *Statute Law*, al reflejo de los procedimientos de caso concreto que informaron tradicionalmente al *Common Law*, hasta tal extremo que en los Estados Unidos puede afirmarse no existió en Derecho penal el concepto abstracto de la tipicidad. En contraste con este concretismo casuista de la Parte especial de los códigos norteamericanos, la Parte especial goza de una amplitud desconocida en Alemania; así, por ejemplo, la laxa concepción del delito imperfecto de la *attempt* y de la coparticipación en la *constructive presence*.

La sección bibliográfica se halla destinada a monografías de la Parte especial, por Bockelmann. En cuanto al Apéndice de Derecho comparado, inserta un trabajo de León Schaff sobre el Derecho procesal penal polaco,

otro de Raeburn sobre la *Probation* inglesa, y otro, en fin, de Jescheck sobre el V Congreso de Defensa Social de Estocolmo, de 1958.

ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS

ESPAÑA

Revista Española de Derecho Militar

Número 7. Enero-junio, 1959

GOMEZ CALERO, Juan: "Un edicto de Felipe V" (Su contenido jurídico penal).

De los tres acostumbrados artículos que componen la sección doctrinal o «estudios» sólo éste está dedicado a materia penal.

Empieza transcribiendo el edicto dado en 1740 por Felipe V para evitar la propagación de la peste que se había declarado en Argel.

Como enfoque hace unas consideraciones sobre la época en que se dió y circunstancias políticas por que España y el Reino de Nápoles nombrado en el edicto atravesaban. Juridicamente en el aspecto doctrinal se estaba en la época de la venganza pública, y en el legislativo estaba vigente en nuestro país la Nueva Recopilación y en el orden militar las Ordenanzas llamadas «Segundas de Flandes», dadas por Felipe V y un edicto del mismo rey de 1717, y respecto a Marina la Real Cédula de 1737.

No se trataba en el edicto examinado—dice el autor—el derogar las disposiciones dictadas en esta materia, sino reforzar las tomadas por la Junta de Sanidad.

Reviste el carácter híbrido de una ordenación administrativa y penal, atribuyendo la competencia para imponer las sanciones en determinadas circunstancias a la Junta de Sanidad y dejando sólo a los Capitanes Generales, Comandantes, Gobernadores y demás Cabos de los puertos marítimos la atribución gubernativa de velar por el mejor cumplimiento de lo ordenado.

El autor, tras de extrañarse de que se establezcan penas en un edicto que tiene carácter administrativo, resalta la dureza de las establecidas, pues señalada «irremisiblemente» la de muerte para la de violación de sus preceptos; aún se establece como más dura la de quemar el barco con sus tripulantes cuando viole la prohibición de tocar en nuestros puertos, señalando una pena arbitraria para los componentes de las Juntas de Sanidad por los daños y perjuicios que resultarán a los interesados como consecuencia de la detención de un navío por su culpa o negligencia, distinguiendo que éstos sean voluntarios o excusables.

RODRIGUEZ DEVESA, José María: "La "acción penal" y la "acción disciplinaria" en el Derecho Militar español.

Modestamente se transcribe en la sección «Notas» la comunicación que con este título dirigió el autor al Primer Congreso Internacional de Derecho Penal Militar de Bruselas, de denso contenido y difícil materia.