

REVISTA DE REVISTAS

A L E M A N I A

Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft

Volumen 75 (1963), fascículo 1

JESCHECK, Hans-Heinrich: «Die weltanschaulichen und politischen Grundlagen des Entwurfs eines Strafgesetzbuches (E 1962). (Las bases ideológicas y políticas del proyecto de un código penal (E 1962).

El artículo reproduce una conferencia pronunciada por el autor el 24 de septiembre de 1962 ante la Fundación Friedrich Naumann.

Comienza Jescheck destacando la importancia del proyecto y los esfuerzos que ha costado su elaboración. Ideológicamente, el proyecto se ha mantenido dentro de un orden racional, sirviéndole de base, en primer lugar, el estudio de la realidad: así fueron de gran utilidad no sólo a los trabajos preparatorios de Derecho comparado, sino también la criminología, la ciencia penitenciaria y la práctica judicial. Jescheck se refiere también, dentro de este orden de consideraciones a la búsqueda de las estructuras lógico-reales respecto del concepto de acción, de la doctrina de la culpabilidad y de la teoría de la participación delictiva: la Comisión, por consiguiente, intentó buscar orientación en la naturaleza de las cosas. La pena de muerte sigue abolida, porque, opina Jescheck, político-criminalmente se puede prescindir de ella: el proyecto ha querido limitarse a lo político-criminalmente necesario. Se excluye la punibilidad en el aborto terapéutico —continúa Jescheck—, no en base al principio de evaluación de bienes, sino porque se impuso la opinión de que en caso de conflicto no se le podía exigir a la madre el sacrificio de su propia vida. El proyecto se decidió por seguir castigando la homosexualidad entre adultos por creerse que éste era el único medio de garantizar la protección de la juventud, de mantener la corrección en el Ejército y en la Policía y de preservar a la comunidad de hechos escandalosos. La prohibición de la inseminación artificial fuera del matrimonio intenta impedir que se produzcan en Alemania las peligrosas manifestaciones que ya han tenido lugar fuera de ella. Todas estas cuestiones, escribe Jescheck, tienen puntos de contacto con terrenos en los que no es posible la discusión racional; pero al prescindir en el proyecto de fundamentaciones que pertenecen a la esfera de lo irracional y permanecer en un plano que es accesible a la experiencia criminológica y al pensar metódico, se facilita al Bundestag una discusión objetiva.

No obstante, el proyecto pretende evitar también el positivismo jurídico. Y lo hace de dos maneras: mediante la ya mencionada confrontación con la experiencia de la realidad, y mediante el reconocimiento de exigencias suprapositivas de justicia sustraídas al poder del Estado (ejemplos: la exigencia de una relación entre culpabilidad y pena, la prohibición de penas deshonrosas, etc.)

Otra característica del proyecto —característica que le diferencia de la legislación de los Estados totalitarios— es que la punibilidad se limita a acciones que en la concepción de un ciudadano elemental o, por lo menos, según una moralidad por todos comprensible, son insoportables para la comunidad. A esta idea responde la no punibilidad del suicidio y la regulación restrictiva de la coacción y de la apropiación indebida. Es por esta razón por la que Jescheck desearía volver a ver en el proyecto el reconocimiento del aborto de motivación ética (es decir: la no punibilidad del aborto cuando el embarazo es la consecuencia de una violación).

Jescheck alude, como muestra de que se ha procurado garantizar en todo momento la seguridad jurídica, a la definición de dolo y de culpa y a la diferenciación legal de los casos de error y de las formas de participación. Jescheck subraya, sin embargo, que no es posible redactar una ley con todo el arte de la técnica jurídica —a fin de que vincule realmente el juez— y, al mismo tiempo, crean un «libro de lectura para el pueblo».

El proyecto no ha querido dejar indefenso al Estado y le protege dentro de los límites permisibles en un Estado de Derecho. A esta orientación se debe que el proyecto no otorgue ningún tratamiento especial al delincuente por convicción.

La adhesión a la dignidad humana encuentra su expresión en el principio de culpabilidad, principio que domina todo el proyecto. Este reconocimiento de la dignidad del hombre ha llevado a incorporar al proyecto, en mayor medida que hasta ahora, la protección de la vida personal y de los secretos personales.

Jescheck termina exhortando al Bundestag a que se ocupe cuanto antes de la reforma penal. Subraya, sin embargo, que el Código penal exige, igual que lo exigió la ley fundamental de Bonn, la aprobación de todo el pueblo: en opinión de Jescheck sería una desgracia política que fuese aprobado sólo por mayoría en contra del voto de la oposición.

GALLAS, Wilhelm: «Der Schutz der Persönlichkeit im Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1962). (La protección de la personalidad en el proyecto de un código penal (E 1962)).

Gallas alude, en primer lugar, a las influencias de toda clase que ejerce la moderna técnica sobre la esfera privada del individuo. La prensa, la radio y la televisión están en situación de participar a todo el mundo e incluso hacerle testigo ocular, los asuntos más privados de la vida de una persona: nadie está seguro ante el teleobjetivo ni ante los aparatos de observación de rayos infrarrojos; la cinta magnetofónica y los micrófonos instalados en habitaciones privadas permiten recoger conversaciones íntimas; los detectores de mentiras y el suero de la verdad descubren las emociones más secretas. Una insaciable sed de sensacionalismo hace la situación aún más peligrosa.

El proyecto representa un novum frente al Derecho vigente con la creación de dos tipos desconocidos hasta ahora en Derecho alemán: los §§ 182 y 183.

El § 182 castiga al que en una reunión o por escrito, y sin motivos comprensibles, afirme algún hecho infamante sobre la vida familiar o privada

de otra persona sin que exista ningún interés público para ello. El hecho es punible — y esto es una novedad en Derecho alemán— independientemente de que la afirmación sea verdadera o falsa; no se admite prueba sobre la verdad de las imputaciones. El delito es perseguible sólo a instancia de parte. El párrafo cuarto del § 182 añade que todos los hechos que son subsumibles bajo este tipo no constituyen delito de injurias; con ello se rechaza una corriente dogmática que proponía que al lesionado se le dejase en libertad de elegir entre perseguir al autor por injuria (sólo hay injuria cuando lo afirmado es falso; la pena es mayor) o por este delito de indiscreción (el hecho es típico, aunque la afirmación sea cierta; la pena es menor). El motivo de esta regulación es evitar que parezca que el lesionado, al decidirse por el delito de indiscreción, teme que se investigue sobre el contenido de lo afirmado.

En los periódicos alemanes se han dejado oír muchas voces que critican este párrafo por considerar que en él se atenta contra la libertad de prensa. Gallas opone que en la Constitución alemana se proclama que la dignidad del hombre es el criterio máximo y el principio interpretativo supremo para todo derecho. Recuerda, por otra parte, que según la misma ley fundamental, la libertad de prensa tiene sus límites en las leyes generales. Finalmente, subraya que, conforme al § 182, son atípicas aquellas afirmaciones en las que exista un interés público respecto de su contenido.

Gallas critica que en el § 182 se incluya el elemento negativo de «motivo comprensible» que, en el caso de que se dé, excluye la tipicidad. En primer lugar, porque es difícil llegar a un juicio sobre la comprensibilidad sin determinar la verdad del contenido de lo afirmado. Pero además, por esta consideración: El motivo puede ser comprensible, bien porque haya un interés público, bien porque haya un interés privado. El primer supuesto lo tiene en cuenta ya el mismo § 182; en el segundo caso bastaría que entrase en juego la legítima defensa o el estado de necesidad. El autor cree, pues, que la exigencia de un motivo no comprensible para que haya delito es superflua. Gallas preferiría que en el precepto no se hablase de interés público, sino de interés público **justificado**. Con ello se impediría que se propagasen impunemente detalles de la vida privada de un candidato a unas elecciones parlamentarias; en ello puede haber un interés público, pero tal vez no un interés público justificado.

El segundo tipo nuevo del proyecto, el § 183, prohíbe que se grabe en cinta magnetofónica la palabra de otro sin su consentimiento, cuando ha sido pronunciada en privado, que se haga uso de la grabación, o que se la haga llegar a un tercero; prohíbe, además, oír mediante un aparato de escucha lo que otro dice privadamente sin su consentimiento. Al que tema que lo que dice en una conversación privada esté siendo grabado en una cinta magnetofónica escondida en el bolsillo de su interlocutor, se le priva —escribe Gallas— de un elemento esencial de lo humano: la posibilidad de comunicación confidencial con sus semejantes. Dentro de los aparatos de escucha se incluyen, afirma Gallas, los micrófonos instalados secretamente en una habitación, pero no las instalaciones telefónicas normales. Así, no comete este delito aquél que por una deficiencia técnica, oye a través de su teléfono.

la conversación telefónica de otras dos personas. Gallas considera que, por su gravedad, estos comportamientos son también dignos de ser tipificados.

SCHMITT, Rudolf: «Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht. (La concurrencia en el vigenté y en el futuro Derecho penal.)

En este fascículo de la Zeitschrift se publica sólo la primera parte del artículo; en el siguiente fascículo aparecerá la conclusión. Dejamos, pues, para el siguiente fascículo la recensión del artículo entero.

HONIG, Richard M.: «Entwurf eines Strafgesetzbuches für die Vereinigten Staaten von Amerika (Model Penal Code). (Proyecto de un código penal para los Estados Unidos de América (Model Penal Code).

Honig se propone exponer y comentar en este y sucesivos artículos un proyecto semioficial —no ha sido llevado a cabo en nombre del Gobierno, sino del American Law Institute— de código penal para los Estados Unidos. No es posible informar, dentro del marco de esta recensión, los numerosos preceptos que son objeto de exposición y crítica por parte de Honig. Diremos únicamente que en este artículo Honig se ocupa de las reglas del proyecto sobre su campo de aplicación, de los principios generales sobre hecho y culpabilidad y de lo que el proyecto determina sobre la responsabilidad. Destaquemos que, según el proyecto, el error sobre los presupuestos de hecho de la legítima defensa se castiga como delito culposo; que para determinar cuándo existe dolo eventual se acude a criterios de probabilismo; que la culpa se divide en consciente e inconsciente; y, finalmente, que el proyecto se declara a favor de la teoría de la *conditio sine qua non*, si bien queda excluida la responsabilidad cuando la consecuencia se produce un año y un día después de la acción del autor.

El proyecto es un primer intento de sustituir los códigos penales de los 50 Estados federados por uno unitario. Su entrada en vigor depende de que estos Estados estén dispuestos a aceptarlo.

WÜRTEMBERGER, Thomas: «Strafrechtspflege und Strafrechtsreform» (Administración penal de justicia y reforma del Derecho penal).

El artículo consiste en diez breves recensiones, a veces con comentarios críticos, de diez ponencias pronunciadas en un congreso organizado por el Departamento Federal Criminal, que ahora han sido publicadas por dicho Departamento.

* * *

La sección de libros, escrita por Heinz Lefrenz, está dedicada a criminología.

* * *

En la sección de Derecho comparado figura un artículo de Fabio Dean sobre «Los proyectos para la modificación del Codice Penale de 1949-50, 1956 y 1960 a la luz de la ciencia juridicopenal italiana», y otro de Bárbara Lehmann sobre «Criminal Justice Act de 1961». En las páginas dedicadas a reseñaciones figura una de A. Beristain sobre el libro del padre Pereda S. J. «Covarrubias penalista».

Enrique GIMBERNAT

ESPAÑA

Revista de Estudios Penitenciarios

Número 159. Año XVIII. Octubre-diciembre 1962

«Homenaje al Coronel Montesinos». 515 págs.

Con motivo de cumplirse el día 3 de julio de 1962 el centenario de la muerte del Coronel Montesinos la Revista de Estudios Penitenciarios consagra el presente número a la exaltación de su figura. Todas las páginas de la Revista están íntegramente dedicadas a su personalidad, mostrándole desde todos los ángulos para ejemplo de los actuales y futuros miembros del Cuerpo de Prisiones y como gloria patria al ser precursor de la moderna doctrina penitenciaria.

La primera parte de la revista, casi libro por su volumen y tema único a tratar, viene dedicada a estudios doctrinales. Comienzan con el titulado «Vida militar del Coronel Montesinos» en que su autor, Ricardo Pieltaín, glosa la carrera de armas del Coronel. En el resto de los trabajos, bajo las firmas y títulos de Eugenio Cuello Calón, «Montesinos precursor de la nueva penología»; Juan del Rosal, «Sentido reformador del sistema penitenciario del Coronel Montesinos»; Gregorio Lasala, «La obra de Montesinos y su influencia en la legislación de la época»; Francisco Franco de Blas, «Formación penitenciaria del Coronel Montesinos y su célebre sistema»; Francisco Bueno Arús, «Ideas de realizaciones de Montesinos en materia de trabajo penitenciario», y J. Carlos García Basalo en «La celebridad internacional de Montesinos», se expone —en cada trabajo enfocado bajo el aspecto que su título indica— los esfuerzos de Montesinos para mejorar la vida en las prisiones. Comienzan mostrando el estado de las prisiones antes de la llegada del Coronel Montesinos, su venida, novedades que introduce, su sistema, ordenación de la vida en la prisión, anécdotas, influencias legislativas, últimos momentos de Montesinos al frente de San Agustín de Valencia, aparente hundimiento de su obra y se finaliza con la demostración del éxito de la teoría de Montesinos al verse desde nuestros días cómo fue un verdadero precursor de las modernas teorías penitenciarias.

Después de esta serie de trabajos doctrinales se recogen en pequeñas glosas, con el título de Notas, un conjunto de temas referentes al Coronel Montesinos y termina la revista con un compendio de documentos de Montesinos. Se publican en tres grupos: oficiales, privados y varios, todos ellos interesantes y curiosos, baste señalar, para demostración, que se inserta co-