

REVISTA DE REVISTAS

A L E M A N I A

Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft

Tomo 76 (1964), fascículo 2

ENGISCH, Karl: "Zur Kritik des par. 270 Entwurf eines Strafgesetzbuches (E. 1962). Ein Beitrag zur Strafrechtsreform". (Crítica del artículo 270 del Proyecto de Código Penal (Proyecto 1962). Una contribución a la reforma del Derecho Penal).

El art. 270 del Proyecto 1962 del nuevo Código penal alemán prevé el castigo de "El que con intención de impedir la celebración, o disminuir el éxito, de un remate judicial o de otra subasta pública basada en una disposición legal, o de una concesión de suministros o servicios por parte de una autoridad, corporación, establecimiento o fundación de Derecho público, ofrezca, prometa o conceda a otro una remuneración, o le amenace con un mal sensible y con ello le induzca a no participar en la subasta o a no solicitar la concesión, o en caso de participar o solicitar, a cumplir pactos ilícitos, será castigado con pena de prisión de hasta dos años, arresto o pena pecuniaria. La tentativa es punible".

ENGISCH estudia en su artículo si esta disposición está justificada desde el punto de vista de la política criminal, si es necesaria para la protección de los intereses legítimos en juego, o si no declara, más bien, punible algo que hasta ahora no estaba sancionado, o no lo estaba en el Derecho penal criminal y que no debería ser castigado con pena.

ENGISCH llega a la conclusión de que atendiendo a la evolución histórica y a consideraciones objetivas los acuerdos relacionados con la concesión de suministros y servicios que se sancionan en el art. 270 del Proyecto 1962, pertenecen sólo al Derecho penal *criminal* si van acompañados de la utilización de medios engañosos, coacción o chantage. En este caso bastan ya, sin embargo, las disposiciones del Derecho penal común y del Derecho penal económico. Las coligaciones en las subastas deberían ser sometidas exclusivamente, como hasta ahora, a la Ley de trusts y ser castigadas con arreglo a la Ley de las contravenciones.

En la delimitación de lo injusto criminal administrativo, ENGISCH se remite al criterio de LANGE (mantenido también por otros autores) de que lo ilícito criminal es ético-socialmente relevante, mientras que lo ilícito administrativo es indiferente desde el punto de vista ético y representa sólo una desobediencia de disposiciones ordenadoras del Estado. Es un injusto meramente formal.

ENRHARDT, Helmut: "Über Benhandlungsmöglichkeiten für Delinquenten nach dem deutschen Strafgesetzentwurf 1962". (Sobre las posibilidades de tratamiento de los delincuentes según el Proyecto de Código alemán de 1962.)

El Autor manifiesta, en primer lugar, su identificación con las líneas esenciales del Proyecto, es decir con el principio de culpabilidad y con el llamado de la doble vía. Los intentos de concebir la conducta criminal como una "enfermedad social" son tan poco convincentes, dice EHRHARDT, como la fe milagrera en la posibilidad de "curar" a los delincuentes. "Curar en vez de castigar", es un slogan que sólo puede impresionar al lego, que no conoce las posibilidades y límites de un tratamiento médico, psicoterápico o de pedagogía social de los individuos asociales o delincuentes. La educación a la responsabilidad constituye el contenido auténtico de todos los esfuerzos, por medio de la psicoterapia y la pedagogía social, para la readaptación social y rehabilitación de los delincuentes.

En el término tratamiento de los delincuentes se incluyen medidas de muy diferente naturaleza. El número de personas necesitadas de un tratamiento médico o psiquiátrico es relativamente pequeño. Las opiniones acerca de las posibilidades de la psicoterapia en el tratamiento de los delincuentes son aún muy divergentes. Aunque exista la tendencia a considerar todo desliz social y todo delito como un síntoma de neurosis, esto no implica todavía que esté indicada la psicoterapia. El núcleo central del tratamiento de los delincuentes está constituido por la Pedagogía social, orientada también siempre, de algún modo, en la psicoterapia. La pena es asimismo un método de tratamiento, especialmente desde que la retribución ha dejado de ser su único fin. No se debe contraponer la pena y el tratamiento médico o de pedagogía social, como consecuencias jurídicas del delito. BLEULER ha llamado la atención recientemente, dice EHRHARDT, sobre la "significación curativa" de la expiación, comparándola con el tratamiento médico. La contraposición de estos métodos de tratamiento es ajena a la vida; curamos donde es posible y castigamos cuando es necesario.

EHRHARDT hace a continuación un examen crítico de las principales disposiciones del Proyecto relativas a las penas y las medidas de seguridad. En la condena condicional el Proyecto mantiene las líneas esenciales de la regulación del Código vigente (introducida por la Ley de 4 de agosto de 1953; hasta entonces la condena condicional estaba regulada en las disposiciones relativas al ejercicio del derecho de gracia). Se mantiene el sistema mixto de la sursis y la probation. No se ha incorporado plenamente el sistema anglosajón de la probation, que se admitió en la Ley de los tribunales de menores de 4-8-1953 para el Derecho penal juvenil. Entre las novedades introducidas en el Proyecto destaca la posibilidad de que el tribunal dé órdenes al delincuente en peligro (sobre todo al delincuente de inclinación potencial, de poca monta) referentes a su residencia, relaciones, su formación, su trabajo, etc. (art. 75). La orden de someterse a un tratamiento de curación o deshabituación sólo puede ser dada ahora con el consentimiento del condenado. Este requisito del consentimiento, conforme con las exigencias constitucionales, es una perogrullada desde el punto de vista médico, en caso de tratamiento psicoterápico; una psicoterapia contra la voluntad del paciente es prácticamente imposible. Por otra parte el consentimiento jurídicamente efi-

caz de la persona afectada no constituye aún una garantía de verdadera cooperación en la curación.

En relación con las medidas de seguridad, la nueva orientación del Proyecto se refleja ya en el epígrafe que encabeza estas disposiciones: medidas de *corrección* y seguridad. La idea de la corrección ha sido destacada de un modo consciente. En las medidas de seguridad que no implican privación de libertad aparecen dos nuevas: la vigilancia de seguridad y la prohibición de tener animales. En las medidas de seguridad que llevan aparejada privación de libertad, figuran como novedades: el internamiento en un establecimiento de tutela y la custodia preventiva. EHRHARDT saluda estas innovaciones.

La propuesta de FREY de separar completamente el problema de la capacidad de culpabilidad del de la indicación de las medidas encontró acogida en el Proyecto suizo (art. 42), pero no en el Proyecto alemán. EHRHARDT se inclina por la tesis de FREY. No fue acogida en el proyecto alemán por conducir, de modo consecuente, al sistema de la vía única en una zona de la delincuencia de difícil delimitación, lo cual podría dar lugar a considerables dificultades en la práctica. El Proyecto 1962 mantiene, pues, el sistema vicarial de la posible anticipación de la ejecución de la medida a la de la pena o viceversa, es decir el sistema de la doble vía. Esto puede no ser un defecto, dice EHRHARDT, si la imposición y la ejecución de las penas y medidas se realiza con la elasticidad que se ha pensado en los proyectos.

EHRHARDT elogia las disposiciones del Proyecto 1962 que trata de resolver las dificultades que se planteaban en la práctica para la aplicación de la medida de internamiento en un establecimiento curativo o asistencial (EHRHARDT propone la sustitución de este nombre, pasado de moda, por el de Sanatorio psiquiátrico); dificultades relacionadas con los conceptos de peligrosidad, prognosis, causalidad y subsidiariedad. Elogia de un modo especial la creación de los tribunales de ejecución de las penas, a los que queda confiada ahora la prognosis para los semiinimputables en el momento de la puesta en libertad después del cumplimiento de la pena, cuando haya tenido lugar antes del internamiento o en caso de una liberación anticipada. Debe estudiarse la conveniencia de que los tribunales de ejecución de las penas deban funcionar en estos casos como un tribunal colegiado con miembros expertos en Psiquiatría y Pedagogía social. Sería importante también que estos tribunales resolvieran de un modo definitivo; que no fuera posible la interposición de recursos.

El Autor alaba la creación en el Proyecto 1962 de los establecimientos de tutela para las semiinimputables cuya disminución de la capacidad de culpabilidad no esté determinada por una enfermedad psíquica susceptible de tratamiento y necesitada de asistencia. En estos casos no se puede aplicar la medida de internamiento en un establecimiento curativo o asistencial (sanatorio psiquiátrico). No es posible enviar a estos establecimientos a los débiles mentales y a los psicópatas. No es posible tratarlos, en general, con los medios de que disponen estos centros y las garantías de seguridad son insuficientes, si no se quiere transformar las clínicas u hospitales en cárceles. Dado que el tratamiento de estas per-

sonas cae, más bien, en el campo de la Pedagogía social que en el de la Medicina, es preciso crear para ellas establecimientos especiales. Esto es lo que ha hecho el Proyecto 1962 al crear los establecimientos de tutela, siguiendo el modelo de los existentes en Dinamarca y Holanda. El juez debe indicar en la sentencia la clase de establecimientos (psiquiátrico o de tutela) donde debe ser internado el sujeto, pero su decisión puede ser modificada posteriormente por el tribunal de ejecución de penas. Este puede modificar también su decisión anterior, cuando así lo requiera el estado del internado. En la fundamentación del Proyecto se prevé que en las disposiciones complementarias de ejecución de las penas y medidas se establezca la posibilidad de que los delincuentes imputables o semiimputables puedan ser sustraídos de la ejecución de la pena, de la custodia de seguridad o de las casas de trabajo y ser llevados a los establecimientos de tutela o a un sanatorio psiquiátrico o viceversa, si una modificación del estado del sujeto o un mejor conocimiento del mismo, aconsejan una modificación del tratamiento para asegurar el cumplimiento de los fines de la pena o las medidas.

EHRHARDT rechaza las objeciones que se han formulado a la utilización del criterio de la imputabilidad disminuida para la selección de los internados en los establecimientos de tutela. EHRHARDT dice que este criterio sirve sólo para una solución previa, que se pueda completar y perfeccionar después gracias a la gran movilidad en el manejo de las medidas. Le preocupan, más bien, a EHRHARDT las posibilidades de aplicación práctica y estudia sus problemas (medios materiales y especialmente el personal).

La disposición del art. 83, referente al internamiento en un establecimiento de deshabitación, introduce alguna mejora en relación con el Derecho vigente, pero desde el punto de vista médico no aporta una solución satisfactoria a las dificultades que se presentan en la práctica. Se amplía el círculo de personas afectadas, al no exigirse, como ahora, que la inimputabilidad esté demostrada, basta con que no esté excluida. De este modo viene a colmarse una laguna. EHRHARDT critica, sin embargo, con razón, que no pueda aplicarse el internamiento más que en caso de que se tema la comisión de hechos antijurídicos de "cierta importancia". Con ello se impide la aplicación de la medida a muchos alcohólicos y a casi todos los toxicómanos. La gravedad del hecho, según el Código penal, no debería ser el criterio decisivo de la peligrosidad y de la necesidad de tratamiento de estas personas. Según la experiencia médica general la deshabitación y tratamiento deben realizarse lo más pronto y enérgicamente posible. Esta limitación se opone, pues, directamente al sentido terapéutico de la medida. La limitación del internamiento a dos años en el Código vigente (art. 42 f) ha sido criticada siempre por los psiquiatras. En el Proyecto no se resuelve en realidad el problema al establecer que el primer internamiento no puede exceder de dos años y el segundo de cuatro. La cláusula general de que el internamiento debe durar sólo mientras lo esija el fin de la medida es una garantía suficiente, según EHRHARDT, contra la posibilidad de una retención infundada.

EHRHARDT se muestra conforme con las disposiciones relativas al internamiento en casas de trabajo (art. 84) y a la custodia de seguridad (artículo 85). Esta última trata de combatir de un modo más eficaz a los delincuentes habituales peligrosos, que el Proyecto 1962 denomina, más correctamente, delincuentes de inclinación. EHRHARDT elogia la creación de la custodia preventiva para los jóvenes delincuentes que están en peligro de convertirse en delincuentes de inclinación. Se trata de corregir el criterio de la jurisprudencia alemana que no aplica la custodia de seguridad a los delincuentes menores de veinticinco años y casi nunca a los comprendidos entre los veinticinco y los treinta años; criterio que es completamente erróneo desde el punto de vista criminológico. En la fundamentación del Proyecto se prevé incluso la ampliación de la custodia preventiva a todos los delincuentes mayores de dieciséis años (en el Proyecto se establece el límite de dieciocho años). Esto le parece ya a EHRHARDT desaconsejable desde el punto de vista psiquiátrico y criminológico, e innecesario desde el punto de vista político criminal. Si el Proyecto llega a ser Ley, debe modificarse, según EHRHARDT, la Ley de los tribunales de menores para que éstos puedan ordenar también la custodia preventiva y el internamiento en un establecimiento de tutela, como medidas de seguridad.

Elogia, por último, el Autor la nueva institución de la vigilancia de seguridad (arts. 91-98 del Proyecto), complemento importante de las medidas privativas de libertad. Se trata de una medida restrictiva de libertad, que debe servir también (como la suspensión de la ejecución de la pena para prueba) para la readaptación social del delincuente, pero en la cual predomina el fin de la seguridad o protección de la colectividad. Es una medida establecida para los reincidentes, delincuentes de inclinación y "candidatos" a estas categorías, tan importantes desde el punto de vista criminológico y de la política criminal. EHRHARDT se ocupa de los problemas que plantea su aplicación práctica, especialmente el del personal al que se ha de confiar la vigilancia.

En conjunto, EHRHARDT estima que el sistema de medidas del Proyecto 1962 contiene muchas posibilidades para una política criminal y defensa social adecuadas a nuestra época y prescindiendo de algunos reparos a algunos detalles de la regulación, debe ser considerado por el psiquiatra y el criminólogo como un progreso considerable. Con las disposiciones legales no basta, sin embargo, y su aplicación plantea grandes exigencias no sólo económicas, sino de personal. Este sistema de medidas no se podrá realizar en seguida, pero sí puede constituir un programa a largo plazo y de realización escalonada. Es de esperar y desear que no tarde en darse el primer paso.

v. HENTIG, Hans: "Der Pyropath" (El pirópato).

En este artículo v. HENTIG estudia las relaciones entre la inclinación al incendio y la vida sexual. La frecuencia de los incendios por móviles sexuales (junto a los incendios por venganza, nostalgia, lucro, etc.) es

discutida. v. HENTIG aporta una serie de testimonios y menciona casos directamente estudiados por el que parecen indicar que los incendios por motivos sexuales son más frecuentes de lo que generalmente se cree. A veces estos incendios van acompañados (precedidos o seguidos) por una reacción corporal en el autor; otras veces se habla sólo de otras anomalías de la vida sexual sin que se haga referencia a una reacción corporal (por descuido quizá en el interrogatorio). En algunas ocasiones la sensación de placer al ver el fuego va unida a la satisfacción por el derramamiento de sangre.

¿Qué sentido es el que transmite la excitación a la esfera sexual? La vista, es la más importante, dice v. HENTIG, aunque también hay que mencionar el calor y el ruido.

La Psiquiatría y la Criminología encuentran siempre la conexión entre el impulso al incendio y las fases de gestación de la mujer. A veces se da también una relación inequívoca entre el impulso al incendio y la excitación sexual puede ser más o menos intensa y presentar diversas formas.

La relación entre el fuego y la vida sexual la encontramos en el lenguaje, en las creencias y supersticiones de los pueblos antiguos, en las antiguas leyendas y se ve confirmada por las modernas investigaciones de la psicología de los animales.

GRÜNVAL, Gerald: "Die Frage der Nichtigkeit von Strafurteilen". (El problema de la nulidad de las sentencias penales.)

Según la opinión dominante en la doctrina procesal penal alemana las sentencias que presentan defectos especialmente graves son nulas. Aunque se den los presupuestos de la firmeza de estas sentencias no deben ser ejecutadas y no se oponen a un nuevo enjuiciamiento del mismo hecho. Deben ser ignoradas por los tribunales y los órganos de ejecución, sin que sea necesario un procedimiento judicial para su anulación.

Sobre los presupuestos de la nulidad dice EB. SCHMIDT que debe darse "cuando nos encontremos con una decisión que quiera producir un efecto inimaginable desde el punto de vista de nuestro Derecho, o esté en contradicción con los principios fundamentales de nuestro ordenamiento estatal propio de un Estado de Derecho". Según PETERS, una sentencia debe ser nula cuando presente defectos "en virtud de los cuales la existencia de la sentencia sería insoportable para la comunidad jurídica; en virtud de los cuales el mantenimiento de la sentencia sería más perjudicial a la autoridad del Derecho y de la Administración de Justicia que el reconocimiento de su nulidad". Esta doctrina es mantenida también por HENKEL, KERN, KLEINKNECHT, SPENDEL, POTRYKUS y EGON SCHNEIDER. Entre los antiguos es sustentada por BINDING, BELING, GERLAN y V. HIPPEL.

En general se considera imposible dar una definición que vaya más allá de una cláusula general, o una enumeración exhaustiva de los defectos que deben dar lugar a la nulidad. Se mencionan: la falta de de-

terminados presupuestos del proceso —la falta de jurisdicción, el rebasar los límites trazados por la acusación y el auto de apertura y la infracción del principio *no bis in ídem*—; determinados defectos del proceso —el juicio sin audiencia del condenado, o por un juez enfermo mental, en la medida en que la enfermedad mental se haya puesto de manifiesto en defectos de hecho o de Derecho—; y por último, como defectos materiales, la condena con base en una ley penal inexistente, a una pena desconocida en nuestro Derecho y otros defectos evidentes en la aplicación del Derecho material a los hechos comprobados.

Son escasos en la práctica, dice GRÜNWARD, los casos en que ha sido considerada nula una sentencia firme.

No existe acuerdo entre los autores que reconocen la categoría de la nulidad sobre el problema de si las sentencias nulas pueden ser impugnadas con recursos.

GRÜNWARD expone también la opinión de los autores que niegan la existencia de sentencias nulas o la reconocen sólo de un modo excepcional.

Para centrar la cuestión, dice GRÜNWARD, hay que tener en cuenta que el problema que se nos plantea es el de determinar si *en nuestro ordenamiento jurídico* puede negarse el reconocimiento a la sentencia de un tribunal. No se trata de saber si en otro sistema jurídico las sentencias nulas son imaginables; si con un cambio de régimen político el régimen nuevo puede negar la eficacia de las sentencias dictadas durante el anterior; o si en un régimen, cuyo ordenamiento jurídico esté pervertido, un Derecho superior puede exigir a los jueces o a los órganos de ejecución que consideren no existente una sentencia.

A la opinión dominante se le puede objetar, en primer lugar, dice GRÜNWARD, que está en contradicción con la decisión adoptada por el legislador en el ordenamiento procesal penal. No es correcto interpretar la ausencia de disposiciones sobre la nulidad de las sentencias como un "silencio" del legislador y deducir de él que tanto la opinión afirmativa como la negativa son compatibles con la ley. Cabría admitir que existe una laguna, que podría llenarse de un modo u otro, si el conflicto para el cual ha sido desarrollada la teoría de la nulidad no hubiese recibido en la ley regulación alguna; es decir, si en ésta no hubiera ninguna disposición acerca de los casos en que las sentencias firmes no deben existir. En las disposiciones sobre la reapertura del procedimiento está regulada, sin embargo, esta materia. Con la fijación de los casos en que puede darse la reapertura del procedimiento queda excluida la posibilidad de que ninguna otra circunstancia pueda afectar a la existencia de una sentencia firme. Con la regulación de la reapertura del procedimiento queda claro que no pueden hacerse valer de otro modo los defectos de las sentencias firmes. Si se considera demasiado reducido el catálogo de las circunstancias que puedan dar lugar a la reapertura del procedimiento, puede estudiarse su ampliación. Lo que no cabe, dice GRÜNWARD, es corregir la decisión del legislador, e incluso atribuir a las nuevas circunstancias unas consecuencias jurídicas más radicales.

Cabe objetar también a la opinión dominante, según GRÜNWARD, que

da lugar a una infracción del principio *nec bis in idem*, el mismo principio cuya lesión debe ser, según ella, una causa de nulidad.

El que niega la categoría de la nulidad de las sentencias se expone al reproche, dice GRÜNWALD, de no ver o no valorar debidamente la posibilidad de que los tribunales dicten sentencias injustas y de atribuir una mayor importancia a la seguridad jurídica que a la justicia. Este reproche no está justificado, sin embargo, según GRÜNWALD. No se puede reducir el problema, según él, a una contraposición de la seguridad jurídica y la justicia. Cuando se pregunta si se puede negar la eficacia de una sentencia con defectos de suma gravedad, se parte de un modo inconsciente del presupuesto de que el defecto de la sentencia está demostrado, que existe un acuerdo con la situación de hecho "real" y la concepción jurídica "correcta". Sin embargo, en la realidad, los tribunales, los órganos de ejecución, los particulares tendrían que negar el reconocimiento a las sentencias que según su conocimiento de la situación y su concepción jurídica presentan graves defectos. Este derecho de examen es inadmisibles, sin embargo. Con él no sólo se atentaría contra la seguridad jurídica, sino que no se sirve tampoco a la justicia. La posibilidad de un error de hecho o de derecho no es menor en los órganos de ejecución o en los particulares que en el tribunal que dictó la sentencia.

Cuando se trata de la aplicación del Derecho, PETERS y KLEINKNECHT hacen la restricción de que un defecto sólo puede dar lugar a la nulidad de la sentencia si es evidente. Según GRÜNWALD este criterio peca de impreciso. No obstante, es indudable que es utilizado por la doctrina de los vicios del acto administrativo y del acto procesal y en las disposiciones legales correspondientes de muchos países. Incluso en las legislaciones penales, al regular la eximente de obediencia debida o el delito de desobediencia de los funcionarios públicos (en el art. 369 de nuestro Código penal, por ejemplo). (Véase, sobre esto, STRATENWERTH, "Verantwortung und Gehorsam", 1958.) La imprecisión del criterio no es tan grande si se interpreta en el sentido de que el defecto es evidente cuando la disposición legal no podía ser aplicada nunca a la conducta de que se trate, cualquiera que fuesen las circunstancias del caso concreto. La imprecisión desaparece por completo cuando se aplica una ley penal no existente (nunca o ya derogada). Los dos ejemplos que cita GRÜNWALD, para mantener la tesis contraria, son dos casos límite, especialmente complejos.

La aplicación de una clase de pena no prevista en las leyes es un supuesto bastante inverosímil en la práctica actual de los tribunales alemanes, pero aunque se diera, dice GRÜNWALD, no sería necesario acudir al concepto de nulidad para evitar su ejecución. No logra, sin embargo, formular una alternativa aceptable.

MANN, Dietrich y Ulrich: "Die Anwendbarkeit des Grundsatzes "in dubio pro reo" auf Prozessvoraussetzungen". ("La aplicabilidad del principio "in dubio pro reo" a los presupuestos del proceso".)

Con motivo de una importante sentencia, de 19 de febrero de 1963, del Tribunal federal (Bundesgerichtshof), los doctores DIETRICH y ULRICH MANN vuelven a plantear el discutido problema de la aplicabilidad del principio "in dubio pro reo" a los presupuestos del proceso.

En primer lugar exponen y critican las opiniones de los que niegan la posibilidad de aplicación. Algunos autores (p. ej. MOSER, "In dubio pro reo", 1933), han alegado pensando en el caso de duda acerca de la competencia del tribunal, que muchas veces no se puede determinar qué decisión sea la más favorable para el acusado. Esto no cabe decirlo, sin embargo, respecto a los demás presupuestos del proceso (firmeza de la sentencia, prescripción, amnistía, querrela). La suspensión del procedimiento, dicen D. y U. MANN, será siempre en estos casos más favorable para el acusado que la continuación del juicio. No es decisivo además lo que resulte en el caso concreto más favorable para el reo, sino lo que lo sea en general y desde el punto de vista jurídico. En el caso de duda acerca de la competencia del tribunal, el legislador puede y debe suponer que todos los tribunales actúan con la misma solicitud, preparación y justicia. La suspensión del procedimiento será, pues, también en estos casos más favorable para el acusado. Por otra parte para determinar cuál sea la decisión más favorable hay que atenerse exclusivamente a la circunstancias concurrentes en el momento del juicio. No se puede hacer especulaciones respecto al futuro.

Muchas veces se niega, en la jurisprudencia y en la doctrina, la aplicación del principio *in dubio pro reo* a los presupuestos del proceso por considerar que en general el delito no ha prescrito, no ha recaído sobre él sentencia firme, no ha sido objeto de una amnistía, etc. Estos supuestos son excepcionales y si su presencia no puede ser demostrada la incertidumbre debe repercutir en contra del acusado. El argumento carece de fuerza, dicen D. y U. MANN, porque lo mismo cabría decir en el ámbito del Derecho penal material. Normalmente la conducta típica es antijurídica (por ser la tipicidad, en general, indico de la antijuricidad) y sólo excepcionalmente concurre una causa de justificación. También representa una excepción la concurrencia de un supuesto de error (artículo 59 C. p. alemán) o de las causas de inculpabilidad de los arts. 52 y 54 del Código penal alemán (coacción y estado de necesidad). El basar la exclusión de la aplicación del principio *in dubio pro reo* en la relación regla-excepción conduciría, pues, a consecuencias inadmisibles.

El Tribunal Supremo de la Zona británica quería aplicar el principio *in dubio pro reo* a los presupuestos del proceso, pero no a los impedimentos del proceso, cuya presencia tiene que ser tenida en cuenta, pero su ausencia no necesita ser demostrada. Esta tesis no ha encontrado aceptación, por estimar unánimemente los autores que la distinción entre presupuestos e impedimentos del proceso carece de fundamento.

SARSTEDT considera que la aplicabilidad del principio *in dubio pro reo* a los presupuestos del proceso debe ser examinada de un modo particular para cada uno de ellos. Es un problema de interpretación. Es decisivo el sentido y el fin de cada uno de los presupuestos del proceso.

No debe aplicarse a la amnistía, porque ésta representa, desde el punto de vista del Derecho, una excepción injusta. D. y U. MANN se oponen a esta concepción de la gracia. Se inclinan por la doctrina que ve en el acto de gracia un acto de justicia, de justicia del caso concreto, de equidad. La gracia representa una excepción del Derecho positivo, pero no de la justicia. En relación con la firmeza de la sentencia, SARSTEDT quiere hacer una distinción. Una posible absolución o suspensión anterior no debería oponerse a un nuevo juicio; constituiría, en cambio, una "injusticia insoportable" el someter a un nuevo procedimiento a quien quizá fue condenado anteriormente. D. y U. MANN critican, con razón, esta distinción, con diferentes argumentos. El principio *in dubio pro reo* no debe ser aplicado a la prescripción, según SARSTEDT, pues el culpable no puede quedar sin castigo simplemente porque no se haya podido aclarar el problema de la prescripción. El argumento carece de fuerza dicen D. y U. MANN, porque también cuando la prescripción se da sin duda alguna, queda un culpable sin castigo.

El Tribunal federal consideraba hasta la sentencia de 19 de febrero de 1963 que el principio *in dubio pro reo* no era aplicable a los presupuestos del proceso (en alguna sentencia excepcional admitió, sin embargo, la posibilidad de otra solución). En dicha sentencia el Tribunal federal ha declarado que el "desarrollo progresivo de la idea del Estado de Derecho" tiene que conducir también en el Derecho procesal penal a resolver en favor del acusado las dudas que se presenten sobre los hechos relevantes para el Derecho. Esto no debe hacerse, sin embargo, de un modo indiscriminado, sino que hay que adoptar siempre "una decisión adecuada las circunstancias del caso concreto.

El Tribunal federal deriva el principio *in dubio pro reo* de la idea del Estado de Derecho y con ello, dicen D. y U. MANN, se distancia en primer lugar de los intentos de deducir dicho principio del ordenamiento procesal penal (St. P. O.). D. y U. MANN critican estos intentos.

El Tribunal federal no precisa, sin embargo, cómo se deriva el principio *in dubio pro reo* del principio constitucional del Estado de Derecho y esta precisión es necesaria, según D. y U. MANN, para aclarar la relación entre ambos principios y replantear el problema del ámbito de validez del primero. Después de exponer el paralelismo histórico de ambos principios, subrayan los Autores las coincidencias de contenido. El principio *in dubio pro reo* no es más que una aplicación del principio *in dubio pro libertate*, es decir de la presunción que existe en el Estado de Derecho en favor de la libertad del ciudadano frente a la coacción del Estado.

Sí este es el fundamento del principio *in dubio pro reo* no es admisible, dicen D. y U. MANN, la restricción que introduce después el Tribunal federal, oponiéndose a una aplicación del mismo a todos los presupuestos del proceso y exigiendo una decisión conforme a las circunstancias especiales del caso concreto.

En favor del tratamiento unitario de todos los presupuestos del proceso penal cabe argüir también que en los procesos civiles y administrati-

vo se les otorga dicho tratamiento sin ninguna vacilación. No existe ninguna razón, dicen los Autores, que exija y justifique un tratamiento diferenciado de los presupuestos del proceso penal. El concepto de los presupuestos del proceso es un concepto fundamental del Derecho procesal y la función de los mismos es idéntica en todas las clases de procedimiento.

* * *

En la Sección de Derecho comparado hay un artículo de LÓPEZ REY, "La Administración de justicia penal y la selección y formación de los jueces, fiscales y abogados defensores" y otro de CORREIA, "Las ideas fundamentales de la reforma penal portuguesa".

JOSÉ CEREZO MIR

F R A N C I A

Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal

Julio-septiembre 1965

CHASTAGNIER: "Réflexions sur le traitement et le reclassement social des délinquants"; págs. 305 a 313.

El autor expone las meditaciones a que se entregó como consecuencia de su actuación en los Comités de Patronato de liberados, primero en la Guyana, donde la readaptación era muy difícil por el escaso rendimiento en aquel clima de los liberados europeos, y después en Francia donde trató de seguir en contacto con los liberados, lográndolo escasas veces que expone. A la 142 de estas experiencias puede afirmar que cada individuo constituye un caso particular y el acto que ocasionó su prisión es más bien una fase de una existencia miserable que la consecuencia de un carácter. En unos la pena es una medida saludable, en otros su cumplimiento los hace peores que antes, generalmente el chulo, el borracho y el estafador tendrán en prisión una conducta ejemplar, pero a su salida volverán a sus antiguas actividades.

El problema de la readaptación de los liberados sigue entero, las nuevas instituciones, las más bellas iniciativas, no son suficientes si no tienen por base la vocación, la mucha paciencia, de las personas que se han de ocupar de esta cuestión. Si examinamos la cuestión vemos que existen tres grupos de liberados: los que han sufrido con la promiscuidad de la prisión, que a su liberación tratan de olvidar y hacer olvidar su estancia allí, no acuden a los organismos oficiales de ayuda, pero los particulares y confesionales pueden prestársela; los que han permanecido durante su detención impermeables e insensibles al paso del tiempo y mudanza de las cosas, que esperan que continúe siendo como el día de su detención, sufriendo un gran desengaño al verlas cambiadas a su liberación y son los más necesitados de ayuda; y un tercer grupo de