

ALEMANIA

Juristenzeitung

Núm. 8, 16 abril 1971

SCHRODER, Horst: «Zur Verteidigung der Rechtsordnung. Anmerkung zu zwei Entscheidungen des Bundesgerichtshofes» (En torno a la defensa del orden jurídico. Anotación a dos decisiones del Tribunal Supremo); páginas 241-244.

La *cláusula mágica*, por excesivamente vaga y genérica, insita en la nueva fórmula de la “defensa del orden jurídico” (*Verteidigung der Rechtsordnung*) —introducida por vez primera en los §§, 23,1 y 27 b, 1 del *StGB* por la versión provisional del art. 106 de la *1. StRG*, de 25 de junio de 1969, y definitivamente incorporada a los §§ 14 y 23,3 del *StGB* por la definitiva versión, vigente a partir del 1 de abril de 1970, sustituyendo así a la anterior fórmula del “interés público” (*öffentliches Interesse*), aunque, a decir verdad, con idéntico contenido y alcance que aquella (1)— ha reactivado la polémica doctrinal y jurisprudencial en torno al significado auténtico de dicha fórmula de contención que, al igual que todas las cláusulas de carácter general, chocan obviamente con los principios informadores de un Derecho penal propio de lo que hoy suele llamarse Estado de Derecho; si bien no debe dejarse a un lado el hecho de que tales cláusulas generales son de uso frecuente por parte de los legisladores en materia penal de casi todos los sistemas políticos del orbe (2).

Pues bien, con arreglo a lo preceptuado en el parágrafo 14 del Código penal alemán federal, las penas privativas de libertad inferiores a los seis

(1) En torno a la problemática planteada por la fórmula anterior, *vide.*: KLEIN, Walter: *Zum Begriff des öffentlichen Interesses*, Inaug. Diss., Münster, 1969; y la extensa tesis doctoral, además de ofrecer un enorme aparato bibliográfico, de VOGEL, Horst.; *Das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung und seine prozessuale Bedeutung*, Inaug. Diss., München, 1966.

(2) Después de escrudñar las características propias de las cláusulas generales en Derecho penal (referencia casi exclusiva a valoraciones o a esferas extrañas al Derecho; indeterminación de su contenido; instrumento de significado equívoco por su significado multicolor; que obliga al juez, no a aplicar el Derecho, sino a inventarlo; cuerpos extraños al Derecho penal que están en continuo conflicto con los principios cardinales de éste, etc....), CLASS las denomina «disposiciones o preceptos en blanco» que constituyen una parte esencial extraña por completo al Derecho penal propio de un Estado de Derecho, por cuanto, con ellas, la ley deja de ser una instancia de decisión segura. (*Vide.*, CLASS, Wilhelm.: *Generalklauseln im Strafrecht*, en *Festschrift für Eb. Schmidt*, Göttingen, 2.^a ed., 1971, 122 ss., esp. 123, 124, 129, 135 y 138.)

meses de duración sólo deben imponerse cuando lo exija la defensa del orden jurídico; y, de acuerdo con el § 23,3 del mismo cuerpo legal, la ejecución de las penas de prisión de un mínimo de seis meses no debe ser suspendida condicionalmente cuando así lo ordene la defensa del orden jurídico.

Partiendo, por tanto, de dicha preceptiva, el profesor de Tübingen examina parcialmente la problemática inherente a la fórmula lapidaria a la luz de dos recientes decisiones jurisprudenciales—de 8 de diciembre de 1970 y de 21 de enero de 1971— con el objeto de descubrir o, cuando menos, aclarar algo acerca del significado, alcance y finalidad de aquélla.

Después de señalar que, en lo que hace referencia al § 23, 3 del *StGB*, se trata en cualquier caso de un concepto mucho más rígido y estricto que el anterior del «interés público», no se oculta a Schröder que en el *substratum* de la preceptiva estudiada subyacen abiertamente con preeminencia las necesidades de prevención general. Si, por otro lado, a nada conduce una interpretación literal o gramatical del concepto, tampoco ofrece soluciones la interpretación histórica, por cuanto la *mens legislatoris* mostró únicamente su preferencia por tal nomenclatura sobre la, tal vez menos expresiva, de *Bewährung der Rechtsordnung* (confirmación del orden jurídico), mas cuyo indefinible contenido viene, en todo caso, a ser similar al de la fórmula legal o a cualesquiera otras de las empleadas⁶ por la doctrina (*Die Interessen der Allgemeinheit, das Sühnebedürfnis, die Erhaltung der Rechtstreue des Volkes, die Notwendigkeit der Abschreckung im Einzelfall, etc...*).

Aunque, en opinión de Schröder, ambas sentencias destacan el fin de prevención especial que rodea a la fórmula, lo cierto es que subrayan, no obstante, la preponderancia de la idea de prevención general; aunque sobre este último concepto se barajan concepciones diversas.

Sin traer consigo dicha fórmula cambio cualitativo alguno, el profesor de Tübingen destaca la existencia de un cambio cualitativo, en base a considerar que, gracias a ella, la culpabilidad del autor y la expiación que a ella corresponde juegan a partir de ahora un papel decisivo a la hora de decidir acerca de la imposición de una pena privativa de libertad y de su suspensión condicionada bajo régimen de prueba; lo cual significa, en su opinión, el reconocimiento de que la conciencia jurídica del pueblo exige una expiación adecuada a la gravedad de la culpabilidad. En síntesis, los mencionados párrafos han traído consigo el establecimiento de una jerarquía de fines penales a favor de las necesidades de prevención especial, de modo que únicamente cuando la imposición de una pena privativa de libertad de corta duración sea necesaria para la defensa del orden jurídico, debe, en consecuencia, ser ordenada. Y, de idéntico modo, sólo cuando la defensa del orden jurídico disponga o mande renunciar a la suspensión condicionada de la ejecución de la pena, puede renunciarse a ésta. Para llegar a tal conclusión—la negación de la condena condicional—, es preciso, pues, que existan poderosos argumentos. Finalmente, ante la decisión que el juez debe asumir sobre la posible lesión del sentimiento jurídico popular a causa de la concesión de la condena condicionada en los supuestos dabatidos, afirma Schröder que ello obliga a la constatación por parte de los jueces de realidades empíricas relativas a la reacción popular, etc..., pero que en modo alguno supone entrometer al pueblo,

en el campo de la aplicación del Derecho, por cuanto el juez viene previamente obligado por los elementos normativos ínsitos en el concepto de defensa del orden jurídico (3).

Ciertamente, la solución de Schröder no puede calificarse de afortunada, pues peca del mismo grado de abstracción que el contenido en la fórmula debatida. Por otra parte, recalcar, como el profesor Tübingen hace en la idea de la culpabilidad del autor, con el fin de subrayar la finalidad de prevención especial insta en la mencionada cláusula, cuando precisamente ésta se aplica la más de las veces a supuestos culposos (vr. gr., conducción de vehículos de motor en estado de embriaguez con resultados dañosos graves), es un argumento totalmente fútil, amén de contradictorio.

Personalmente, me inclino en favor del criterio sustentado por Naucke en el sentido de que la "defensa del orden jurídico" carece de contenido, intentando la doctrina con medios inidóneos encontrar contenido a un objeto inidóneo; la jurisprudencia ofrece una panorámica de errores metódicos y sistemáticos; debiendo, si se desea proseguir, por ese camino, establecerse límites más amplios para la imposición de las penas cortas de prisión y una más exacta delimitación entre la conformación del Derecho penal y su aplicación en el marco de un Estado de Derecho (4).

Además, sobra, a mi juicio, la formulación expresa de dicha cláusula, habida cuenta del amplio margen que los parágrafos 23 y siguientes conceden a los tribunales a la hora de la imposición de la suspensión condicional de la pena. Esta concesión al arbitrio judicial presupone, a mi entender, una posibilidad obvia de tenere en cuenta las exigencias de prevención general, sin necesidad de que éstas sean encerradas en una fórmula a la cual se recurra sin saber a ciencia cierta cuál es su contenido. No cabe duda de que en el camino recorrido por la reforma penal alemana de 1969 hacia la meta de un

(3) Interesantísima es la exposición, muy breve, mas no por ello falta de contenido, que acerca de los problemas que la fórmula del «interés público» plantea en el ámbito formal y material del Derecho penal nos ofrece HÄBERLE en *Öffentliches Interesse als juristisches Problem. Eine Analyse von Gesetzgebung und Rechtsprechung*, Bad Homburg, 1971, 321-328. El Profesor ordinario de Marburg aclara y precave, en su trabajo de Habilitación, contra el riesgo obvio de identificar el interés público —ínsito en los denominados tipos de interés público— con el interés estatal, recurriendo, para la demostración de su afirmación, al ejemplo de ciertas interpretaciones realizadas sobre determinados tipos de esa naturaleza por la judicatura del Tercer Reich. De ahí se deduce la enorme facilidad con que, mediante esos instrumentos jurídicos-penales, puede trasladarse la conciencia jurídica del pueblo a la conciencia jurídica del Estado o de sus dirigentes. Por otra parte, que en tales fórmulas ha de descartarse toda idea de prevención especial lo demuestra HÄBERLE al constatar cómo la jurisprudencia se adelanta en mucho al legislador, al poner el acento, al aplicar esos tipos, en la idea del bien jurídico lesionado, cuya relevancia es, por así decirlo, casi absoluta a este respecto.

(4) Véase el, hasta ahora, más completo estudio sobre la problemática que plantea la fórmula debatida en NAUCKE, Wolfgang y otros: «*Verteidigung der Rechtsordnung*» (§§ 14, 23 StGB). *Kritik an der Entstehung und Handhabung eines strafrechtlichen Begriffs. Mit einem Anhang: Ein strafrechtliches Seminar als hochschuldidaktisches Problem*, Berlín, 1971, 13 ss., 141, 148.

Derecho penal más liberal, la fórmula de la "defensa del orden jurídico" entraña un grave tropiezo (5).

Pedro-Luis YÁÑEZ ROMÁN

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Tomo 80 (1968), fascículo 1

GALLAS, Wilhelm: "Der dogmatische Teil des Alternativ-Enwurfs" (La parte dogmática del Proyecto Alternativo), páginas 1-33.

Tanto este artículo de Gallas, como los tres restantes que figuran en la sección doctrinal alemana del fascículo de la "Zeitschrift" que recensamos, fueron antes ponencias desarrolladas en el Congreso de Profesores Alemanes de Derecho Penal celebrado en Münster en octubre de 1967.

En su artículo, Gallas critica que el Proyecto Alternativo conciba la pena como orientada de manera inmediata a los fines preventivos en vez de a la idea de la retribución, pues en opinión del articulista el Derecho penal no se ocupa sólo de la protección de los bienes jurídicos, sino que debe garantizar también las exigencias fundamentales de la moral social.

Dentro de la regulación de la ley penal en el espacio, Gallas se muestra de acuerdo con la restricción que el Proyecto Alternativo supone frente al vigente Derecho alemán, en cuanto que limita considerablemente el principio de personalidad, y se muestra de acuerdo, también, con la renuncia del Proyecto Alternativo a considerar a la comunista República Democrática Alemana como si fuese parte del territorio nacional a efectos de aplicación de la ley penal.

El Proyecto Alternativo, al ocuparse de la comisión por omisión, da una enumeración de las causas que originan una posición de garante; en opinión de Gallas, la regulación debería consistir únicamente a una cláusula

(5) En un sentido similar, el legislador español, haciendo valer las exigencias de ejemplaridad y de prevención general ha dado un salto al otro extremo, es decir, al del excesivo empirismo y claridad, cuando, por ejemplo, declara, por vez primera el art. 71 s) de la Ley de 28 de julio de 1933 sobre *Orden Público*, «privados de los beneficios de la condena condicional a los acusados que en el procedimiento seguido por los tribunales de urgencia establecido para los casos de declaración del «estado de prevención», fuesen condenados»; corriente de política criminal que ha seguido el legislador del Nuevo Régimen en el art. 50: núm. 8.º de la *Ley de Orden Público* de 30 de julio de 1959; perdurando, en suma, esta cláusula de exclusión en el artículo 47 de la Ley 36/1971, de 21 de julio, sobre modificación de determinados artículos de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959. Por consiguiente, la primera Ley sobre Orden Público consagra en nuestro sistema jurídico-penal un *criterio mixto* (por razón del delito y de la pena) en materia de concesión de condena condicional.