

rían de diversas fuentes: de fondos de la comunidad, de fondos privados y de subvenciones estatales y federales.

Pero para que el proyecto alcanzara su máxima eficacia sería necesaria la cooperación de dos grandes departamentos: el de Policía y el de Sanidad.

El programa para su ejecución estaría integrado por dos componentes esenciales: la consideración de daño directa e inmediatamente producido a la víctima y el análisis de la resolución autor-víctima.

El «Opfer-Ombudsmann», a través de su experiencia práctica, podría contribuir extraordinariamente al futuro desarrollo empírico de los trabajos de investigación victimológica.

CONCEPCIÓN CARMONA SALGADO,
Profesora Ayudante. Granada

STRATENWERTH: «Tatschuld und Strafzumessung». Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart. Heft 406/407. Tübingen, 1971, 37 págs.

Debe reconocerse con STRATENWERTH que «una investigación de las normas legales sobre la individualización de la pena no requiere de una justificación especial» (pág. 4). De una parte, «la gran significación que la individualización de la pena tiene en la práctica judicial cotidiana es tan evidente como la insostenible inseguridad que domina este ámbito» (pág. 5). De otra, se extiende cada vez más la idea de que el problema penal comienza y se agota con la teoría de los fines de la pena (cfr. BERISTAIN, A.: *Fines de la pena*. RGLJ, nov. 1961, pág. 3) y no existe, sin duda, ningún aspecto del Derecho Penal en donde dicha teoría adquiera mayor relevancia práctica como en el de la individualización de la pena. Este es además un terreno especialmente difícil: siendo los fines de la pena (al menos en la concepción dominante) esencialmente antinómicos, resulta muy difícil construir sobre ellos un sistema que guarde la suficiente coherencia como para poder ser calificado de satisfactorio. Tampoco requiere justificación alguna el hecho de que el mencionado análisis se lleve a cabo —como ocurre en el presente estudio de STRATENWERTH de una forma esencialmente crítica. Efectivamente, el objetivo primordial de STRATENWERTH es demostrar que, en materia de individualización de la pena, la normativa que ofrece el Código Penal alemán vigente es «desafortunada en cuanto constituye una regulación carente de determinación y vacía de contenido» (pág. 14). Frente al sin sentido del vigente parágrafo 46 hubiera sido preferible, sostiene en definitiva STRATENWERTH, adoptar la regulación que sobre esta materia ofrecían los párrafos 2 y 59 del Proyecto Alternativo (pág. 5).

La monografía comienza, consecuentemente, con un intento de recta interpretación del mencionado parágrafo 46 (págs. 5 y ss.). En él se habla de «culpabilidad». Lo primero que habría que determinar es a qué tipo de culpabilidad se intenta hacer referencia. No se puede estar haciendo referencia a una culpabilidad de carácter o de disposición (págs. 5 y 6). Ni a una culpabilidad por la conducción de la vida (págs. 6 y 7). Solamente se puede estar haciendo referencia a la *culpabilidad por el hecho*. Pero decir culpabilidad por el hecho es, en definitiva, no decir nada en tanto se entienda

con la doctrina dominante que de acuerdo con ella, «la circunstancia a la que se refiere en primer lugar la individualización de la pena es el hecho mismo y su contenido de injusto y de culpabilidad; pero como la pena justa sólo se obtendrá adecuando su «quantum» a la personalidad del autor, en la determinación de la culpabilidad por el hecho debe tenerse en cuenta la personalidad del autor de la forma más amplia posible, aunque sólo en la medida en que ella aparezca expresada en el hecho punible, es decir, en la medida en que la procedencia, el desarrollo, el medio circundante y la tendencia del autor, su carácter y su conducción de la vida permitan deducir consecuencias en lo que respecta a la medida de la reprochabilidad del hecho mismo» (pág. 8).

No cabe duda de que el concepto de culpabilidad de que se parte es confuso y contradictorio. Pero más confuso resulta aún que la culpabilidad así entendida esté llamada a constituir solamente la *base* para la individualización de la pena. Esta sola afirmación no permite deducir del texto legal ningún tipo de articulación de los fines de la pena (págs. 8 y ss.). Un análisis de la génesis de este precepto no aclara absolutamente nada (págs. 10 y ss.). Es más, sólo contribuye a explicar la divergencia de opiniones que actualmente existe en la materia. Divergencia que llega hasta el extremo de opiniones como las de DREHER y JESCHECK—por lo demás difíciles de comprender (pág. 13)—son calificadas de anticonstitucionales por MAURACH. Es decir, con el parágrafo 46 se ha introducido en la Ley una fórmula que es «susceptible de ser interpretada en la forma que se quiera» (pág. 11).

STRATENWERTH cree encontrar la causa de la desafortunada regulación legal en materia de individualización de la pena en una serie de malos entendidos de los que partieron los Expertos del Ministerio de Justicia (pág. 14 y ss.). En primer lugar, creyeron que la persecución de fines preventivo-especiales dentro del ámbito de pena señalado por una culpabilidad por el hecho en la que se tenía en cuenta la personalidad del autor, era una tarea apta para llevarse seriamente a la práctica. La demostración de que no es así la realiza STRATENWERTH ejemplificando amplia y acertadamente con la agravación de la pena que se establece para supuestos de reincidencia (páginas 15 y ss.). Tampoco el Código Penal alemán es, pues, ajeno a esta rabieta legislativa que agrupa «motivos no reflexivos con una concepción retributiva de la pena» (pág. 19). Una prueba más de la superficialidad con la que transcurrió la discusión en muchos puntos (pág. 17). En segundo lugar, se partió de la falsa consideración de que exigencias de tipo preventivo especial podían aconsejar la superación de la pena adecuada a la culpabilidad. La falsedad de esta consideración la demuestra STRATENWERTH revisando en algunos puntos la teoría de VON LISZT y poniendo de manifiesto cómo de las críticas que se han dirigido a las penas cortas privativas de libertad no se puede deducir la conclusión de que las largas podrían ser beneficiosas para el condenado. «La superación de la gravedad de la culpabilidad en la medida de la pena no puede requerirse por la necesidad de una resocialización que la ejecución de dicha pena no puede brindar» (págs. 19 y ss.). Por otra parte, ¿hasta qué punto no habría que revisar las tradicionales críticas a las penas cortas privativas de libertad si se tiene en cuenta que países considerados muy avanzados en lo político criminal, como Holanda

y Escandinavia, las continúan practicando con éxito? (cfr. KAISER, G.: *Kriminalpolitik ohne kriminologische Grundlage?: Die Zukunft des Strafrechts und die Wandlungen Kriminologischen Denkens*. Inédita). En tercer lugar, las relaciones entre culpabilidad y prevención de las que partieron los expertos del Ministerio de Justicia tenían bien poco que ver con la realidad que demuestran las ciencias empíricas que se ocupan del fenómeno de la criminalidad (págs. 22 y ss.).

«Comprobado el fracaso del esfuerzo legislativo para determinar en la prescripción general sobre la individualización de la pena las líneas fundamentales a las que ésta debería adecuarse, queda aún por responder a la pregunta de cuál sea el camino a seguir» (pág. 26). En opinión de STRATENWERTH existen dos posibilidades: o bien se separa a la culpabilidad absolutamente del proceso de individualización de la pena o bien, por el contrario, se le atribuye a la medida de la culpabilidad un rol esencialmente distinto al que ha tenido hasta ahora (pág. 26). La primera posibilidad sólo es objeto de breve atención en cuanto se considera por el autor que «para prescindir de la culpabilidad hace falta... un argumento convincente» (página 28). STRATENWERTH se muestra decididamente partidario de la segunda posibilidad. Pero considera que para llevarla seriamente a la práctica debe empezarse por «buscar un nuevo sentido de culpabilidad por el hecho: habría que dejar fuera de consideración en este concepto, dentro de lo posible, los factores que hasta ahora se han incluido en él bajo el título de consideración total de la personalidad del autor; ellos sólo entrarán en consideración en el futuro desde el punto de vista de la prevención» (páginas 28 y ss.). Esto es, «si se eligiera a la culpabilidad por el hecho de los elementos que se refieren propiamente a la personalidad, se abrirá el camino para una individualización de la pena realmente orientada a las exigencias preventivas» (pág. 31). Es decir, el camino que en su día trazaron los parágrafos 2 y 59 del Proyecto Alternativo.

Tal planteamiento no sólo es discutible, sino que en la actualidad está siendo ampliamente contestado: se piensa que lo que no es apto para fundamentar (debido a su carácter discutible e impreciso), difícilmente puede ejercer—sea cual sea la dimensión que se le otorgue—una adecuada función limitadora (cfr. recientemente en España la monografía sobre este mismo tema de QUINTERO OLIVEROS, G.: *Determinación de la pena y Política Criminal*. Cuadernos de Política Criminal, núm. 4, 1978, págs. 59 y ss.). Quizá STRATENWERTH ha rechazado un tanto apresuradamente la idea de separar a la culpabilidad del proceso de individualización de la pena. Podría pensarse que en la actualidad *sí existen* argumentos convincentes para prescindir de la culpabilidad en éste, y en otros campos de nuestra Ciencia (cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E.: *La culpabilidad como criterio regulador de la pena*. Coloquio Internacional sobre la pena celebrado bajo los auspicios del Instituto de Ciencias Penales de Chile. Revista de Ciencias Penales, 3.^a época. Enero-abril 1973, núm. 1, tomo XXXII, págs. 31 y ss.). Pero sucede que en la dogmática penal alemana (y por su influencia también, en parte, en la española), se encuentra firmemente arraigada la idea de «justa retribución de la culpabilidad»: así se pone de manifiesto en la Spielraumtheorie, según la cual, sólo dentro del marco que permite la justa retribución de

la culpabilidad es dado perseguir fines preventivo especiales. Tal tesis tiene una fuerte carga de irracionalidad. Pero, además, parece de todo punto irrealizable: ¿acaso existe un *instrumento métrico* que permita delimitar con precisión la pena que, dentro del marco legalmente establecido, es adecuada a la culpabilidad del sujeto?

No es ésta, como se ha visto, la idea que intenta sostener STRATERWERTH (encuadrado, por el contrario, en la línea dogmática alemana que ha empezado a llamarse «anti-retribucionista»). Pero insiste en la idea de la función limitadora del principio de culpabilidad. Es una opinión cada vez más extendida (cfr. BACIGALUPO, E.: *Significación y perspectivas de la oposición Derecho Penal-Política Criminal*. Comunicación al Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, celebrado en Madrid, en torno al tema Derecho Penal y Política Criminal. Inédito) que uno de los retos más importantes que tiene planteados el científico del Derecho Penal en nuestros días es justamente el de elaborar *controles más racionales* que el principio de culpabilidad a las posibles ingerencias estatales mediante el mecanismo de la pena. En este sentido, ¿no será más correcto, y a la vez más honesto, reconocer que a lo máximo que se puede aspirar por el momento es a renunciar definitivamente a la idea de culpabilidad, investigar en torno a los mencionados límites racionales, y a, dentro de los márgenes legales de las penas—sin mínimos y con máximos poco elevados—, intentar conseguir fines preventivos especiales?

Todas estas consideraciones—propias del desarrollo posterior del pensamiento en este tema—no restan valor en absoluto a la investigación llevada a cabo por STRATENWERTH. Es más, la monografía que comentamos—de la que se está preparando traducción al castellano en colaboración con el profesor Enrique Bacigalupo—puede resultar sumamente interesante para la Ciencia Penal española en estos momentos en que se acomete la reforma de nuestro Código Penal. En ella se indica, al menos, en qué sentido *no debe realizarse* la reforma penal española en materia de individualización de la pena.

AGUSTÍN ZUGALDÍA ESPINAR

«La violencia. Nelle sue implicazioni penitenziarie?», Messina, 1978, 730 págs.

Se recoge en este volumen las Actas del Seminario de Estudios sobre *La violencia en sus implicaciones carcelarias*, celebrado en Messina, diciembre de 1977. Participaron más de un centenar de expertos pertenecientes a diez países. No había ningún español.

Se trató el tema ya indicado de la violencia en las prisiones, destacándose el considerable aumento de conflictos que se aprecian en los últimos años. Aunque la problemática no es exactamente igual en todos los países, sí cabe destacar que ninguno escapa de ellos, especialmente en los regímenes democráticos. Aunque hay una gran mayoría de criterios coincidentes en los motivos que originan la violencia carcelaria, sin embargo, la identidad es menor en cuanto al valor que se atribuye a cada factor. Por otra parte, es general