

ALEMANIA

ZEITSCHRIFT FÜR DIE GESAMTE STRAFRECHTSWISSENSCHAFT:
37 Band: «ERSTES HEFT». Berlin De Gruyter, 1950. «Revista General de la Ciencia Penal»; tomo 37, primer cuaderno, 146 págs.

De acontecimiento científico internacional de primerísimo orden puede ser calificado el hecho de la reaparición de la *ZStW*, la gran Revista fundada en 1881 por los profesores Franz von Liszt y Adolfo Dochow, cuya publicación, como tantas otras, había parecido sucumbir por los rudos golpes de la segunda conflagración mundial. Con ella vuelve al palenque científico del mundo la ciencia jurídico-penal alemana que, hasta el momento, carecía de órgano especial adecuado. Su gloriosa tradición parece incluso acrecentada al no ser ya el órgano de una facción escolástica determinada, como lo fué aitaño de la *Unión Internacional de Derecho Penal (U. I. D. P.)*, sino un eco neutral de la ciencia, como lo prueba la diversidad de nombres que figuran en su cuadro de redacción: el Prof. Bockelmann, de Gotinga, debelador de las revolucionarias tesis ultrapragmatistas y subjetivas de la escuela de Kiel, Engisch y Welzel, caudillos del gran movimiento del finalismo; Gallas, de Tubinga; Lange, de Berlín; Schönke, de Friburgo en B., y Eberhard Schmidt, de Heidelberg.

En el margen mismo de la reaparición de la Revista desapareció del mundo de los vivos el gran comentarista Eduardo Kohlrausch († 22 de enero de 1948), alma de la misma y artífice principal de su resurrección. A él se dedica, pues, en toda justicia, el artículo preliminar del Cuaderno, firmado por Gallas, rindiendo sentido homenaje a los méritos científicos y humanos del desaparecido.

BOCKELMANN, Dr. Paul; Profesor de Gotinga: «ZUR SCHULDLEHRE DES OBERSTEN GERICHTSHOF» («Sobre la doctrina de la culpabilidad en el Tribunal Supremo de la Zona Occidental»).

Bien que el título del artículo parezca hacer referencia a algo más amplio, lo cierto es que se circunscribe casi exclusivamente a comentar la doctrina jurisprudencial en torno a la ley número 10 del Contro aliado (KRG 10) sobre la Criminalidad contra la Humanidad. Lo cual no es obstáculo a que rebase, con mucho, las estrictas fronteras de lo exegético y episódico, pues, como suele acontecer en toda legítima obra de arte (y la buena científica es obra de arte

adquirir valores. La susodicha disposición es bien conocida por la desusada amplitud de sus márgenes, en los que la tipicidad aparece diluida en la casi omnimoda facultad arbitral del juzgador. No pudiendo negar así su raigambre anglo-sajona, nutrida en las mejores tradiciones de la *Common Law*, se da el caso paradójico de querer enjuiciar con ella conductas nacional-socialistas que precisamente son estigmatizadas, entre otras cosas, por usar y abusar de una sistemática pseudo-jurídica de analogía y arbitrariedad. Para que el parangón sea todavía más exacto, no se halla la famosa ley exenta de la tacha de retroactividad, otra de las lacras más censuradas al Derecho penal de cuño hitleriano. De todos modos, Bockelmann apenas si hace hincapié en estas aparentes incongruencias, aunque sean ciertamente el *leit motiv* inconfesado de su trabajo. La falta de claridad de la tipificación, casi en blanco, pues incrimina «la conducta del autor referente a los ataques y perjuicios ejercidos contra la humanidad por la arbitrariedad nacional-socialista», recuerda demasiado la tesis de la pura criminalidad de autor a la que el mismo Bockelmann dirigió siempre sus ataques aun en la época del pleno apogeo de la dogmática nazi de los maestros de Kiel.

El uso que el Tribunal Supremo Occidental (OGH) ha venido haciendo de tan amplísimas facultades es diversamente juzgado por el comentarista. Hace resaltar su excesivo naturalismo, en cuanto que su jurisprudencia perfila casi fatalmente la culpabilidad por el resultado y no por el mero riesgo, lo cual conduce, entre otros resultados no siempre plausibles, a la no incriminación de la tentativa. Fluctuante es también la novísima jurisprudencia respecto al elemento cuantitativo del mal causado (*angerichteten Schaden*), que unas veces se exige en resultados inmediatamente concretos y otras se evalúa en referencia a un criterio forzosamente relativo—el de la «sensibilidad cultural media»—. Lo mismo acontece en lo tocante a la personificación o impersonalidad del mal, elemento que se estima intrascendente siempre y cuando que la acción provenga del ejercicio abusivo de la autoridad nazi en un amplísimo juego de la relación de causalidad.

Una posición jurisprudencial no muy afin con la doctrina científica alemana ni con las tradiciones jurisprudenciales del antiguo *Reichsgericht* la constituye, en el sentir del autor, la inclusión de la mera denuncia en el tipo del delito contra la Humanidad, tenida en cuenta que lo es en plenitud de eficiencia y sin referencia a la imprudencia o al dolo eventual, en que quizá pudiera ser comprendida. No se exige la clara conciencia del resultado criminal, teniéndose por suficiente la de la causalidad, por saberse sobradamente que el bien conocido resultado de la arbitrariedad nacional-socialista iba a resultar lógicamente eficiente. Otra postura no muy ortodoxa y afin a la anterior es la de la directa incriminación de la autoría inmediata o moral, es decir, la de instigación o *Anstiftung*, que, como es bien sabido, no es en la sistemática penal germánica una forma de autoría, sino de participación, y que en la nueva jurisprudencia se aplica, un poco al modo español, en perfecta asimilación con aquella.

Descendiendo de la doctrina general a la de algunos casos particulares, Bockelmann se detiene sobre todo en los sensacionales procesos de eutanasia (1/321 y 2/117), en los que unos médicos fueron absueltos por el Tribunal de la inculpación que sobre ellos pesaba por haber obedecido la orden supe-

rior de privar de la vida a un grupo de enfermos mentales incurables. Se basaron las sentencias en la afirmación de la culpabilidad objetiva, pero con la concurrencia de motivos personales de inculpabilidad por excusa absoluta, de coacción y miedo; es decir, se rechazó la doctrina de la justificación objetiva, pese a la existencia de un mandato formal y de un orden jurídico imperante, que obligaba, también *jurídicamente*, a obedecerle. Ya en su día, Eberhard Schmidt y Hans Welzel comentaron y aprobaron la famosa fórmula del OGH, incluso negando la culpabilidad jurídica de los autores, cuya valoración—dice Welzel—«era de la exclusiva competencia de la propia conciencia y de Dios». El comentarista parece, sin embargo, haber preferido una solución más concreta de justificación, apuntando la del estado de necesidad que el Tribunal denegó por no haber obedecido la acción «presupuestos de orden moral». Había en el caso, según él, un evidente conflicto de deberes no solo jurídicos, sino también, y sobre todo, éticos, que pudieran y debieran haber sido encajados en la necesidad justificante, acordándose mejor con la opinión científica y jurisprudencial reinantes en Alemania. No estima el autor, sin embargo, que la posición de la doctrina del OGH sea definitiva en esta trayectoria de divorcio de los postulados gloriosos de la dogmática jurídico-penal patria, y achaca el hecho no tanto a una preconcebida voluntad de heterodoxia como a la naturaleza misma extraordinaria y exótica de la ley que se ve obligada a aplicar.

WELZEL, Hans: «ZUM NOTSTANDSPROBLEM» («Sobre el problema del estado de necesidad»).

Sobre la tan *vetata questio* del estado de necesidad el profesor de Gotinga realiza un trabajo que, como él mismo dice, se justifica por la reactualización del tema tras de una veintena de años de silencio en torno suyo. Otra vez es el motivo la famosa jurisprudencia del OGH en el asunto de eutanasia médica ya examinado y comentado por Bockelmann en el artículo precedente, constituyendo una especie de polémica con las apreciaciones de éste y, sobre todo, el profesor Peters, que se constituyó en paladín denodado de la novísima jurisprudencia occidental. Prescindiendo de sus detalles episódicos, lo que resulta más interesante del artículo de Welzel es su reconsideración de la temática del estado de necesidad a la luz de su propia doctrina finalista, tan insospechadamente evolucionada en la libertad de la trasguerra. Combate la nueva técnica y aun la terminología de la «excusa personal» (*persönliche Strafausschliessungsgrund*), que califica de peligrosa «media verdad» y de «visible artimaña», estimando que la doctrina del estado de necesidad es fértil en soluciones diversísimas, como lo prueba su constante evolución desde los angostos límites del hurto famélico en que nació. Al caso real de la autanasia médica a que la sentencia hace mérito, teñido sobradamente de consideraciones políticas y hasta teológicas que enturbian su claridad y soslayan la objetividad científica, propone otro caso ideal, totalmente neutro, para explayar más libremente su propia opinión. Lo hace sobre el de un ferroviario que, viendo que un tren va a estrellarse con otro de viajeros, desvía la aguja para que

el choque tenga lugar contra un vagón en el que trabajan tres obreros, que resultan así deliberadamente sacrificados en aras de las otras presuntas víctimas. Tal acto aparece cubierto y «justificado» por el estado de necesidad, y hasta el contrario de inhibición pudiera ser tachado de injusto y punible en un empleado de ferrocarriles. Lo cual no es óbice, sin embargo, para que Welzel, al lado de esta apreciación termirante en el orden jurídico-penal, censure con no menos firmeza la acción en puridad de principios éticos, terreno en el cual el sacrificio de tres vidas inocentes para salvar otras en número superior no puede ser tan fácilmente aceptado. Y es que, recordando un bello aforismo de Kant, «el hombre no es jamás una cosa que pueda ser utilizada como medio, sino que debe ser inexcusablemente valorada como objeto en sí mismo». Efectivamente, decidir *a priori* que la vida de tres seres valga más que la de trece o treinta, es un juicio de humanidad demasiado escueto y matemático que trata al hombre como mercancía de idéntica calidad, susceptible de objetiva adición o resta. Moralmente, pues, la solución no concuerda con la jurídica correcta, lo que viene a probar prácticamente la conocida tesis welzeliana de que la culpabilidad ética y la jurídica no son siempre forzosamente idénticas.

HEINITZ, Dr. Ernst: «STRAFZUMESSUNG UND PERSONLICHKEIT»
(«Aplicación de las penas y personalidad»).

Ocúpase el autor del artículo de un factor aparentemente de poca monta científica, pero de una indubitada importancia práctica, puesto que de él depende, en definitiva, la esencia toda del Derecho penal, es decir, la adecuación de la pena al tipo personal del destinatario. No se trata de la aplicación de la sanción con las circunstancias modificativas de la responsabilidad, sino del uso del arbitrio en los márgenes de libertad (máximum o mínimum) que la ley puede acordar al juzgador y que éste no debe utilizar caprichosamente. El método preferible, según el profesor De Erlangen, ha de ser el de la valoración de la personalidad, concebida no en un sentido criminológico, como entendieron los positivistas, sino en el humano y filosófico de la expresión. Personalidad concebida, pues, en un plan de totalidad y no sólo de fisicidad, que recuerda, sin citarla, la neoclásica postura del P. Gemelli, hecha de carácter, inclinaciones y motivos, que son demasiado a menudo algo menospreciados en la sistemática legal y jurisprudencial alemana. No existe en ella una circunstancia de atenuación, como la española de la motivación moral o altruísta, ni como la austríaca, tan interesante y justa, de haber sido descuidada la instrucción y educación del culpable. Sin embargo, y aunque excepcionalmente, la jurisprudencia alemana ha sabido a veces utilizar la genética moral como causa atenuatoria, abusando incluso de ella, como en la tan criticada sentencia que llegó a atenuar la conducta de un reo en consideración a su anterior heroico comportamiento en acciones de guerra. Un procedimiento legal muy socorrido, a falta de otro precepto positivo concreto, es el de acudir al estado mental alterado como causa de imputabilidad disminuida, es decir, acudiendo a la semi-excusa o eximente incompleta del par. 51, II del Código penal. Generalmente se aplicó a los psicópatas y a menudo a los pa-

sionales; pero en los últimos tiempos el *Reichsgericht* reaccionó muchas veces en sentido inverso, estimando que la falta de perfecta coordinación ética y de autocontrol constituía un máximo peligro para la comunidad, justificando no ya la no aplicación de la atenuante, sino la imposición de medidas agravatorias en tales hipótesis. Pide el autor una urgente decisión objetiva en tan importante extremo y concretamente sobre si el estado psicopático debe o no constituir una circunstancia atenuatoria. Es este, a su modo de ver, uno de los múltiples eventos en que la valoración moral y la de simple utilidad parecen hallarse en inconciliable pugna, pues la primera impele indudablemente a la atenuación y la segunda a la intranscendencia, cuando no a la pura y simple agravación, hágase ésta por la vía directa penal o por la indirecta de la medida aseguratoria. Para solucionar las frecuentes antinomias de este tipo suele decirse que en la aplicación de la pena se trata más de ejercitar un arte que una ciencia; pero Heinitz se opone terminantemente a esta consideración, incitante a actitudes personalistas y anarquizantes, estimando que labor primordial de la ciencia es de optar claridad y exactitud sobre las cosas en que versa. Hace suya la opinión de Eberhard Schmidt de que conviene poner fin a la nueva jurisprudencia de las zonas occidentales de Alemania, que, en natural reacción contra la excesiva severidad nazi, propende ya sistemáticamente a una también exagerada benevolencia. Estima, como buena parte del sector científico alemán moderno, del que parece haberse erigido en campeón Von Weber, que las ancestrales ideas de expiación y retribución no deben ser totalmente desterradas del Derecho penal, en el que constituyen histórica y moralmente un sensible progreso y no una rémora. El sociologismo lo olvidó lamentablemente, sacrificando tales ideales a un pragmatismo a ultranza que delata bien a las claras su estirpe materialista y su ingenuo optimismo de perfectibilidad y progresos indefinidos. Se olvidó una verdad harto elemental: la de que lo que resulta cierto en las ciencias naturales no lo es siempre en las de progrete espiritual, como el Derecho, falta de perspectiva al que hay que achacar tantos males. La solución práctica la apunta Heinitz en la dirección welzeliana de encaje de las teorías antiguas en la moderna de la filosofía de los valores; esto es, ancladas en ideales de absoluto. Por ello, las medidas penales de la prevención general o especial deben partir de la consideración dogmático-jurídica, básica de la retribución de lo injusto por lo justo.

GOETZELER, Prof. Richard; de Bamberg-Würzburgo: «DIE RECHTSSTAATLICHE FUNKTION DES GESETZES IN IHREM VERHALTNIS ZUR GERECHTIGKEITSIDEE UND ZUR PRAKTIKABILITÄT AUF DEM GEBIET DES STRAFRECHTS» («La función jurídico-estatal de la ley en relación con las ideas de justicia y practicabilidad en el terreno del Derecho penal»).

Constituye el artículo una aportación penal al tema, tan actual como apasionante en la nueva Alemania, de la al parecer inmediata quiebra del positivismo jurídico y su deseable sustitución por una ideología jusnaturalista. Tomando como polos de la función del Derecho la Justicia y la Practicabilidad

—que no es precisamente pragmatismo, sino potencia de efectiva realización—, el autor hace un detenido análisis del acañe de ambos valores en la filosofía del Derecho de los últimos tiempos, examinando los riesgos de fricción que pueden y suelen plantearse en la teoría como en la práctica. Muestra la más amplia comprensión hacia la inminente restauración de los postulados del Derecho Natural, tan acuciante en la Alemania de la trasguerra, especialmente en la forma de revigorizar la eterna idea de Justicia según la conciben Coign, en *Die obersten Grundsätzen des Rechts*, y Eberhard Schmidt, en *Justitia fundamentum regnorum* (ambos de 1947); pero comprende los peligros inherentes a una actitud personalista y eticista para el otro gran valor jurídico y social: el de la Seguridad. Tras de examinar los diversos y censurables excesos a que una u otra concepción pueden derivar y que culminaron en la época nazi con la arbitrariedad ultrapragmática de la «razón de Estado», el autor concluye sugiriendo una idea en la que pudiera cristalizar el anhelo de una realización efectiva y, por decirlo así, «judicial», de la doble función legal de Justicia y Practicabilidad: la de que en los casos que pudieran implicar una colisión entre la ley y la injusticia, es decir, de surgir el trágico evento de lo «injusto legal» (*gesetzliches Unrecht*), se constituyese un Tribunal especial, formado al modo de garantías constitucionales, capaz de solventar jurídicamente el conflicto. Idea que ya apuntó Coign y que constituiría ciertamente el *desideratum* de un Derecho Natural jurídicamente válido y judicialmente exigible.

* * *

Concluye el primer cuaderno de la Revista con tres completos resúmenes de las novedades legales y científicas en Suiza, Dinamarca y Finlandia, insertos en una utilísima sección de Información extranjera; que, de proseguirse en números ulteriores, ha de constituir un precioso documental de Derecho penal comparada de inapreciable valor para el investigador de un tiempo tan inseguro y de difícil comunicación internacional como es el actual.

Antonio QUINTANO RIPOLLES

BELGICA

REVUE DE DROIT PENAL ET DE CRIMINOLOGIE

Junio 1950

SPeyer, Paul: «LES CRIMENS DE GUERRE PAR OMISSION»; pág. 903.

En diez párrafos correlativos se ocupa el escritor de los casos que el título del ensayo plantea, no solamente respecto al problema de la abstención, sino la importancia primordial alcanzada por dicha represión, pues gran número de esta clase de crímenes han sido perpetrados por subalternos, de conformidad tácita con sus superiores, y salvo raras excepciones, estos últimos no han intervenido nunca, acaso por impedirlo los que detentaban el Poder. Tal es la tipicidad de la abstención aludida y la conveniencia de indagar la posibilidad