

A L E M A N I A

Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft

Berlín, De Gruyter, 1955. 67 Band, IV Heft.

JESCHECK, Hans-Heinrich: «DIE KONKURRENZ» («El concurso»).

Refiérese el artículo a los aspectos de concurso de delitos en su más amplia acepción, comprendiendo tanto los supuestos de concurso real como ideal. No así propiamente el denominado concurso de leyes, que el profesor de Friburgo denomina falso o aparente en relación con los que lo son en toda propiedad. Desenvuelve con ello la tesis sostenida por él en el seno de la Comisión de Reforma del Código penal alemán, en su sesión de junio de 1955, en que actuó de ponente sobre el tema. Por ello presenta el trabajo una doble perspectiva, *de lege data* y *ferenda*, predominan este último sobre aquél.

Considera como base y punto de partida toda la doctrina concursal la forma de concurso real, de la que las demás son meras versiones y consecuencias, forma de concurso que, en lo esencial, permanece inalterada en el proyecto de reforma. Se sigue, como en el Código alemán vigente en su página 74, el sistema mixto de acumulación material templado por el tope de agravación máxima, de quince años en las penas de presidio e internamiento y de diez en las de prisión. Sistema que denomina de exasperación o *Asperotonsprinzip*, inspirado, pero diverso del de absorción y que en nuestra terminología corresponde al de acumulación jurídica. Con ello se hace más bien una concesión a las consideraciones tradicionales de humanitarismo, entendiéndose que el privilegio de rebaja, aun con la agravación prevista en el tope, es debido al aumento de intensidad del dolor en la sucesión de penas acumuladas. A este respecto sugiere Jescheck muy fundadas dudas sobre la justificación de tal argumento, aduciendo en contra del mismo el fenómeno psicológico del hábito, observable con tanta frecuencia tanto en los presos como en los prisioneros de guerra; hábito que, por el contrario, hace más llevadero el internamiento dilatado que el interrumpido. En todo caso, el mismo o mayor motivo de aumento de intensidad en el sufrimiento pudiera alegarse en materia de acumulación de penas pecuniarias, que, asimismo, acrecen el perjuicio patrimonial, no obstante lo cual no existe en ellas tope alguno de imposición, manteniéndose el sistema de acumulación material en toda su crudeza.

La esencia del concurso real es, para el autor del artículo, la sustantividad e independencia de la acción múltiple (*Selbständigkeit*) mientras que la del ideal estriba en su unidad (*Hansdlungseinigkeit*), lo que explica, pero sólo

hasta cierto punto, la razón de ser de la diferenciación entre ambas hipótesis concursales. De otra parte existen, sin duda, otras históricas, sobre todo en la doctrina y práctica extranjeras, atribuyendo a los criminalistas italianos y españoles de los siglos xv y xvi la adopción del principio de la absorción, que en el concurso ideal no aparece claramente formulado en Derecho penal alemán hasta el Código prusiano de 1851 de donde pasó al párrafo 3 del imperial vigente. Hace ver, sin embargo, cómo el tema de la absorción en el concurso ideal, la doctrina científica y jurisprudencial, ya desde von Bar y Merkel, se inicia hacia soluciones cada vez más suaves —con la excepción de Frank—, mantenedor de la antigua rigidez del principio. Esa suavidad se delata en la práctica de imponer la pena más grave, pero no necesariamente en su grado máximo, a lo que no obliga la letra de la ley. Aparte de la cuestión cuantitativa de pena, suscitase en la doctrina alemana la de la cualidad, es decir, si la imposición de la pena ha de entenderse como una unidad o como una pluralidad, cuestión que Jescheck considera intrascendente.

Insiste el autor del artículo en contradecir la opinión tradicional y más generalizada de que la separación entre concurso real e ideal sea una necesidad lógica, deducida de imperativos apriorísticos o naturales; antes bien, considera tal separación como una contingencia de técnica jurídica: la de estar edificado el Derecho penal vigente sobre las consideraciones de tipicidad cerrada y de bien jurídico lesionado. De no ser así—sigue diciendo—y si en el Derecho penal común se admitiesen tipicidades abiertas y cláusulas generales, como acontece en el Derecho penal disciplinario, la separación entre concurso real e ideal carecería de razón de ser o se simplificaría de modo notable. Otro tanto pudiera decirse en un Derecho penal de autor, decididamente orientado hacia la estimativa de la personalidad del reo, a la manera de lo que se hace en el derecho tutelar de menores, en que las hipótesis concursales como tales carecen prácticamente de relevancia. Mas sea de ello lo que se quiera en el terreno *de lege ferenda* y de puros principios, en el de la legalidad actual es imprescindible la sistematización dual del concurso, por cuanto que lo exige el Derecho penal de acto y de tipicidad. Dado, de otra parte, que esta dogmática es imperativa por precepto constitucional del artículo 103, párrafo 2.º de la Ley fundamental de Bonn, el sistema debe ser mantenido y vincula igualmente al legislador.

Se adentra luego el autor en un penetrante aunque fugaz recorrido dogmático en el campo de los concursos de perfiles dudosos, dentro de la legislación y jurisprudencia alemanas, estimando la cualidad de concurso ideal en el robo homicida y en la falsedad documental con lucro, es decir, en hipótesis de delito medio para perpetrar otro que el Código alemán, al contrario que el nuestro, no prevé expresamente como concurso ideal, siendo ello obra de la doctrina científica y jurisprudencial, no siempre acorde en tan confusa materia cuando falla la norma positiva que zanje de pleno la cuestión.

Aunque en la tónica del trabajo del profesor de Friburgo se nota una clara simpatía hacia la superación del dualismo en lo concursal, se mantiene por las consideraciones generales y constitucionales antedichas. Ello, no obstante, en lo que afecta a la imposición de pena, cree posible y acon-

sejable, contra la común opinión alemana, pero de acuerdo con la austriaca más reciente (la de Rittler y Nowakowski), el procedimiento de la pena única. Lo cual, en su sentir, no implicaría el confusionismo morfológico, manteniendo el concurso real y el ideal sus propias características, basadas respectivamente, en la pluralidad y unidad de la acción criminal.

Se trata a continuación de las consecuencias procesales del concurso de delitos, notablemente en las hipótesis de penalidad única propugnada por el autor, exponiendo su trascendencia en el cuádruple aspecto: 1. De conexión; 2. De objeto del proceso; 3. De recursos, y 4. De ejecución. Estima que las dificultades de adaptación, aunque existan, no son en modo alguno insalvables en lo procesal.

Aún es más interesante el ensayo de adaptación que ofrece el sistema de la pena única a los casos de delito continuado, de hábito y permanente que se estudian por separado, mostrando sus afinidades y diferencias con lo puramente concursal, concluyendo el trabajo con la exposición articulada de su propuesta de reforma, en el sentido unitario que queda dicho. El artículo básico quedaría redactado así: «Caso de ser aplicables a la misma acción varias leyes penales o de vulnerar la misma acción varias veces una ley penal o de haber realizado el agente varias infracciones penales que hayan de ser juzgadas al mismo tiempo, la pena a imponer ha de ser una.» En los siguientes proyectados párrafos se estipulan los prolijos detalles de imposición de esa penalidad única, con el tope de quince años como máximo y la posibilidad de extensión del sistema limitativo a las penas pecuniarias y aún a las medidas de seguridad de aseguramiento y corrección.

SPENDEL, Günter: «MATERIELLRECHTLICHE STRAFFRAGE UND STRAFPROZESSUALE TEILRECHTSKRAFT» («Cuestión penal sustantiva y firmeza parcial de decisión procesal»).

Texto el presente artículo de una conferencia pronunciada por su autor, Magistrado y Profesor de Frankfurt del Main, en la Dieta de penalistas de Kiel, en junio de 1955, versa, como lo delata su título, sobre cuestiones afectando a la coordinación del Derecho penal sustantivo y procesal. Penalistas y procesalistas, generalmente cultivando en Alemania ambas disciplinas, están acordes en la íntima e indisoluble interrelación entre lo material y lo formal, esto es, entre el Derecho penal sustantivo y el procesal, fenómeno que Spendel pone de relieve frente a la independencia existente entre el Derecho civil y las instituciones procesales civiles. Ello es visible, sobre todo, en la materia concreta sobre que versa este trabajo, la institución genuinamente alemana de la firmeza parcial de las decisiones judiciales en lo criminal, afectando a la coordinación del pronunciamiento de culpabilidad (*Schuld-spruch*) y el de punibilidad (*Strafau-spruch*). En tal punto se persigue la coincidencia de la aplicación de la pena y de la firmeza de la decisión, afectando, respectivamente, a los postulados paralelos de justicia y de seguridad jurídica, esto es, uno de carácter sustantivo material y otro específicamente formal, función del Derecho penal propiamente dicho y del proceso criminal. Claro es que estas posibilidades únicamente se ofrecen,

al menos con la nitidez que el autor las presenta, en el procedimiento alemán, donde a tenor de los parágrafos 316 y 343 de la Ley procesal penal, puede una parte de la sentencia adquirir el carácter de firme y de cosa juzgada, en tanto que otra u otras son susceptibles de impugnación en recurso, situación que da lugar a complejidades procesales sutilmente estudiadas en el artículo, pero que no ofrecen especial interés para el jurista extranjero.

DEEHER: «DIE FÜNFTÉ ARBEITSTAGUNG DER GROSSEN STRAFRECHTSKOMMISSION» («La quinta sesión de trabajo de la Gran Comisión de Derecho penal»).

Como es habitual en esta sección, se da cuenta por el Consejero doctor Dreher, de los trabajos de la Comisión de reforma del Código penal alemán, correspondiente a la quinta de 21 a 24 de marzo de 1955, de la que nos ocupamos en el apartado de legislación extranjera de este mismo fascículo del ANUARIO.

* * *

La sección bibliográfica, en el número presente, versa sobre derecho orgánico, judicial, comprendiendo la literatura desde octubre de 1951 hasta el día. La firman los profesores E. Kern, de Tubinga y P. Bockelmann, de Gotinga.

La Hoja Informativa del grupo de legislación comparada se ocupa de la evolución del Derecho penal belga a partir de la II Guerra Mundial, en un trabajo informativo del juez J. Y. Dautricourt, así como del Primer Congreso de la O. N. U. sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, de que ya tienen noticia nuestros lectores, insertándose una crónica del mismo y una traducción de sus conclusiones, ambas firmadas por el Profesor H. H. Jescheck, de Friburgo en Brisgovia.

ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS

BELGICA

Revue de Droit Penal et de Criminologie

Noviembre 1955

BONDUE, Pierre: «LA CORRECTIONNALISATION DES CRIMES»; página 143.

El *rapport* presentado a las Jornadas Franco-Belga-Luxemburguesas de Ciencia penal, celebradas en París, en los días 25 y 26 de noviembre del pasado año, aborda el problema del enjuiciamiento en los Tribunales correccionales, constante preocupación por parte de muchos juristas, desde hace bastantes años, que ha sido objeto en Bélgica de innumerables artículos y estudios, entre los que se citan por el autor los de Destexhe, Sasserath y Ganshof. Tiene cuidado el expositor en resaltar que el correccionalismo pe-