

# REVISTA DE REVISTAS

## ALEMANIA

### **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**

1959. Berlin De Gruyter. 71 Band. Heft 4

**GRÜNHUT:** «Rechtsvergleichende Bemerkungen zum deutschen Strafgesetzentwurf». (Observaciones comparatistas al Proyecto alemán).

Considera el profesor de Oxford el reciente proyecto de reforma del Código penal alemán, no como uno más de la serie, sino como cierre del largo proceso de reforma abierto con el de 1909. Hace ver, a este respecto, lo complejo y laborioso que resulta un trabajo de esta índole, recordando que también el emprendido en Suiza requirió un medio siglo de continuada labor, en la que participan, además de los miembros de las comisiones, la ciencia y *praxis* del país. Sin olvidar que la Codificación es, antes que nada, una obra práctica, destinada a ser completada por la jurisprudencia, no debe minimizar ni despreciar por ello las realizaciones científicas bien asentadas. Por eso no es de censurar que en el texto proyectado se acojan conceptos doctrinales, tales como los de culpabilidad, dolo y culpa, adoptándose incluso una tendencia teórica como es la del normativismo, tan sedimentada en la jurisprudencia alemana. Otro tanto cabe decir sobre la doctrina del error, antes impuesta jurisprudencialmente que por la vía legislativa escrita.

Saliendo al paso de ciertas críticas dirigidas al Proyecto por quienes piensan que no ha acogido suficientemente los datos brindados por la moderna Criminología, Grünhut hace ver muy oportunamente cómo esta materia no es propia del derecho material, sino más bien del procesal, y de modo más concreto del que regula la ejecución. «Para el legislador—dice—las más importantes consecuencias de la Criminología se hallan en la ejecución». Y a este respecto pone de manifiesto el escaso resultado obtenido por la *Criminal Justice Act* inglesa, de 1948, que prefirió la técnica del confusionismo de materias sustantivas y procesales ejecutivas en detrimento de ambas.

Al desentenderse el Proyecto, como corresponde a una ley material, de la personalidad del delincuente real, sigue manteniéndose el acento en el derecho penal de acto, propio de una tónica culpabilista, de culpabilidad por la acción perpetrada. Al contrario de los postulados de la llamada «defensa social», que pretende sustituir el acto por el pronóstico, y que remontando al Proyecto de Ferri parece haber triunfado en el suceso de 1954. Reposa el alemán sobre el cardinal principio de que la culpabilidad es la medida de la pena, y que ésta jamás debe rebasar aquélla. De ahí el alcance que se otorga a los tipos de la dilatada Parte especial, minimizada, en cambio, en las sistemáticas del positivismo o del defensismo. Los riesgos de un excesivo rigor casuístico, que por lo demás se evitan en lo posible en el Proyecto, se compensan por lograr una mayor uniformidad y seguridad en el tráfico jurídico.

Pasa revista el autor del artículo a las aportaciones extranjeras más visibles, mencionando la de los «días multas» escandinava, defendible tanto desde el punto de vista justicialista como en el de política criminal y aun en el de adecuación a la culpabilidad de cada penado. Defiende también la innovación de la nueva pena restrictiva de libertad denominada «arresto penal» o *Strajhaft*, considerada como una versión de la «custodia honesta», tan adecuada a las infracciones horras de reproche moral. En cuanto a tratamiento previsto para los delincuentes primarios ocasionales, cree ver su fuente de inspiración inmediata en la *corrective training* inglesa. Ya recomendada por una propuesta de Gladstone en 1895, la llamada *preventive detention* de la *Crime Act de 1908*, ha servido, asimismo, de primer modelo al tratamiento de los delincuentes habituales. Pero estas semejanzas no impiden diferencias sustanciales entre las instituciones inglesas y las alemanas del Proyecto, que son examinadas con acuciosa minuciosidad. Sin regatear los méritos del sistema alemán, pone en duda que el adoptado principio de la pena y medida de seguridad en perspectiva doble de binarismo satisfaga las exigencias del dogma culpabilista, constituyendo una complicación quizá inútil y perturbadora.

Concluye el trabajo con una detallada exposición del nuevo sistema de condena condicional, intermedio, en muchos aspectos, entre el tradicional francobega y el inglés de *Probation*. Materia—dice—en la que no es posible atenerse a los postulados puramente técnicos y desconectarles de su específica función político-criminal.

**SCHMIDHAUSER, Eberhard: «Objective Strafbarkeitsbedingungen»** (Condiciones objetivas de punibilidad).

En los últimos tiempos parecía estar un tanto acallada la disputa teórica en torno a la antaño tan batallona cuestión de las condiciones objetivas de punibilidad, generalmente identificadas a los elementos típicos reales en que se estipula un resultado desconectado de la culpabilidad. Y esta es precisamente la razón de que, en vista del auge recobrado en el derecho alemán por la dogmática culpabilista, desde la ley de reforma de 1953, y tan solemnemente reiterada en el Proyecto de Código, cunda la inquietud por la presencia de tales condiciones objetivas. Se las ha llegado a estigmatizar por Bemmann como reminiscencia de un derecho de resultado y hasta de azar, inconciliable con el de culpabilidad propio del sistema progresivo que hoy se propugna en Alemania. Y Engisch (en este mismo ZStW. 70, pág. 582) ha considerado una ventaja indudable de la doctrina *welzeliana* sobre los elementos normativos del derecho la posibilidad de que mediante ellos se desplace a los estrictamente objetivos. Al volver a poner sobre el tapete la cuestión, Schmidhäuser toma en cuenta, naturalmente, tan fundados recelos, pero hace ver cómo en el tecnicismo legislativo es muy difícil prescindir de las configuraciones objetivas, que no siempre han de revestir la repudiable forma de calificaciones por el resultado. Para ello propone límites a la libertad creadora del legislador, consistentes en respetar lo que estima función inmediata de las condiciones objetivas de punibilidad, a saber: condi-

cionar la punibilidad, pero partiendo siempre de la acción típicamente injusta y culpable. Con lo cual se incorporarían dichas condiciones a la propia estructura jurídico-penal del delito, no quedando al margen de ella, como pensaba Radbruch. En cambio, puede y debe favorecerse el empleo de las condiciones objetivas en el sentido adverso de no punibilidad, es decir, limitando la operabilidad de los tipos, lo que habría de constituir una bien deseable economía procesal.

La conciliación propugnada en este trabajo tiene su reflejo en el texto del Proyecto de Código alemán, en el cual no dejan de consignarse tipologías con condiciones objetivas de punibilidad, sin que por ello se merme su sentido culpabilista. Tema que da lugar al siguiente artículo, titulado «Condiciones objetivas de punibilidad en el Proyecto de 1959» y que firma el Docente de Bonn Dr. Günter Stratenwerth. Inútil parece seguirle en su acuciosa búsqueda a lo largo de su articulado, lo que equivaldría a restaurar las interminables polémicas en torno a un concepto dogmáticamente superfluo. Que de servir para algo, como hace poco dijera Arnim Kaufmann, es para incluir en él lo que desborda o resulta incómodo encajar en los elementos tradicionales del delito. Si se extiende demasiado, como hace Stratenwerth, se confunden las tales condiciones con los elementos objetivos de lo típico, y si se restringe, quedan reducidos a las calificaciones por el resultado, que ya no tiene razón de ser en el derecho alemán desde la ley de 1953. Por lo demás, la transmutación de requisitos positivos en negativos, conduce en el autor a abusivas extensiones del concepto de condiciones objetivas de punibilidad. Así, respecto a la *exceptio veritatis* de los párrafos 179 II y 181 II del Proyecto, hace del no poder probar la verdad de lo afirmado una condición objetiva de punibilidad. Y otro tanto en la que para ser punible la resistencia, es requerible que la autoridad no haya obrado antijurídicamente, siendo así que el párrafo 420, IV se limita a excusar de pena en el caso de que su conducta fuere antijurídica. Obsérvese, respecto al último de los ejemplos citados, que nuestra mejor jurisprudencia había llegado a idéntica conclusión sin necesidad de un precepto concreto como el que figura en el Proyecto. No superfluamente, por cierto, ya que es siempre preferible que elementos de tan decisiva importancia consten de modo expreso en las tipologías para evitar equívocos.

Concluye el trabajo de Stratenwerth, como el de Schmidhäser, admitiendo la licitud del empleo de las condiciones objetivas de punibilidad, pese a la grave crisis doctrinaria de su concepto, pero sobre la base de un absoluto respeto a la culpabilidad y que no sea un mero expediente práctico para los fines más diversos.

**LAMPE, Ernest-Joachim:** «Täterschaft bei fahrlässiger Straftat». (Autoría en el acto culposos).

Sobre el cañamazo de dos recientes sentencias del Tribunal Supremo Federal, en asunto civil la una, y en criminal la otra, se reconsidera en este trabajo gran parte de la teoría de la acción culposa, siempre de actualidad, tanto en el campo de la especulación, como en el de la práctica. En el sentir

del autor, trátase de conectar la responsabilidad culposa no sobre el binomio causal ordinario de «voluntad-resultado», sino el de «imprudencia-resultado», reducible el primer término al de conducta y evitabilidad. No se ve claramente la pretendida antinomia entre «voluntad» y «conducta», por cuanto que ésta, para ser penalmente relevante, ha de obedecer a una volición previa. En cambio sí que es convincente, aunque no ciertamente original, el propósito de cambiar el signo de lo culposo de la idea de previsibilidad a la de prevenibilidad. Consiste en el quebrantamiento de un específico deber de cautela, pero no de una genérica, sino de la precisada en el tipo culposo. Por lo que se define la imprudencia un tanto tautológicamente, como la «violación de un tipo culposo»; concepto que responde a la sistemática alemana de la culpa específicamente tipificada, no para la española, de estructura abierta y genérica. Diferencia tan sustancial que hace inútil para nosotros el estudio de las demás consideraciones sobre el tema.

**HUHLER, Hans: «Die Enschädigung des Verletzten in der Rechtspflege».**  
(La indemnización a la víctima en el proceso).

Se da cuenta en este artículo de las cuestiones sustanciadas en la reunión de criminólogos belgas y holandeses de diciembre de 1958, sobre el tema de las reparaciones debidas a la víctima de la infracción criminal. Asunto ciertamente descuidado por la doctrina, absorbida, en cambio, por una quizá desmedida atención proteccionista al delincuente, y que al reconsiderarse nuevamente, ha dado lugar incluso a un raro neologismo, el de *Victimología*. Sin llegar a creer en su sustantividad, el autor del trabajo estima que el problema es de suma importancia, tanto en lo político-criminal, como en lo estrictamente jurídico, material y procesal, si se tiene en cuenta que la «víctima» ostenta el doble carácter de «sujeto pasivo» de la infracción y de «parte» en el proceso. No parecer ser suficientemente satisfactorio el remedio usual en Alemania del llamado «proceso de adhesión», cuya simplificación se propugna en un sentido de facilitar el acceso de la víctima a la más efectiva exigencia de sus intereses lesionados. Con razón alaba el autor el sistema español de atribuir de oficio por el Fiscal la exigencia de las responsabilidades civiles dimanantes de delito, así como el italiano, de poder constituir una hipoteca sobre los bienes del inculpaado en beneficio de su víctima.

La sección bibliográfica del fascículo, encomendada al profesor Leferenz, de Heidelberg, está dedicada a Criminología con detallada crítica recensión de las últimas publicaciones de Von Henting.

En la de Derecho Comparado se insertan los siguientes trabajos informativos: «Elementos históricos y racionales en Derecho penal inglés», de Grünhut; «Fundamentos teóricos del Código penal griego», de Karanikas, y «Relación sobre el Derecho penal latinoamericano», de Jiménez de Asúa, comprendiendo este último trabajo el bienio 1956-1957,

## BELGICA

## Revue de Droit Pénal et de Criminologie

Enero 1960, núm. 4

**BOUCIQUE, L. A.:** «La Narco-Analyse, Méthode d'investigation criminelle?», páginas 319 a 372.

Esta memoria es una traducción del holandés hecha por el mismo autor, de la que ha obtenido el premio de la Unión Belga y Luxemburguesa de Derecho penal en 1959.

Con detalle y gran documentación estudia BOUCIQUE la aplicación de este método de investigación de la persona, que es el narco-análisis en el campo del Derecho.

En el primer capítulo, dedicado al estudio del narco-análisis desde un punto de vista médico, después de unas consideraciones históricas sobre el narco-análisis, recuerda BOUCIQUE lo que éste debe al psicoanálisis y a FREUD, señala que el inventor de su nombre lo fué, en 1936, el inglés Stephen HORSLEY. Luego, expone el autor las técnicas de aplicación del método y las reacciones del paciente hasta llegar al subconciente en el tercer estado, denominado «estadio fecundo», así como los peligros del pentotal sobre el organismo humano, distinguiendo, en fin, el narco-análisis del narco-diagnóstico.

En el capítulo segundo, el autor se ocupa del empleo del narco-análisis *in foro*. Aquí, BOUCIQUE, traza un esquema histórico del empleo de los narcóticos *in foro* antes de 1945 y después de esta fecha, que es cuando se produjo la primera toma de posición de los médicos y juristas europeos de la «Société de Médecine Légale de France», aludiendo de pasada al «caso CENS», llamado el «affaire du penthotal». También estudia el autor la propagación del narco-análisis y su aplicación en Rusia, Europa Oriental, Estados Unidos de América, Inglaterra, Suiza, Francia, Bélgica, Venezuela, etc.

En su tercer capítulo el autor trata del valor del narco-análisis y del narco-diagnóstico como medios de investigación criminal.

Por lo que al narco-análisis se refiere, no tenemos ninguna seguridad de lograr la verdad. El dominio que se nos abre no tiene fronteras entre lo real y lo imaginado, siendo una mezcla de fantasía, de deseos nos realizados y de acción. Además, sólo se puede realizar en un clima de plena confianza entre el paciente y el médico.

Por otra parte, el narco-análisis no permite conocer «toda la verdad». Así, un individuo de mucha personalidad y voluntad puede negarse a hablar e incluso mentir, mientras que otro débil o sugestionable puede llegar a confesarse autor de un hecho que no ha cometido.

En cuanto al narco-diagnóstico, que tiene por fin esclarecer la responsabilidad del acusado, tampoco proporciona resultados seguros, ya que no elimina la posibilidad de simulación.

En vista de todo ello concluye el autor afirmando que la verdad objetiva