

Evolución del Derecho penal y Procesal-penal en Alemania a partir del año 1945 ⁽¹⁾

Prof. Dr. ADOLF SCHÖNKE

De la Universidad de Freiburg i. Br. (Alemania)

A) GENERALIDADES

I. Tanto en el terreno del Derecho penal como del procesal-penal, cabe preguntar si efectivamente se va a tener en cuenta nada más que el desarrollo adquirido a partir del año 1945 o va a ser objeto de atención de la situación jurídica de estos ordenamientos con anterioridad al año 1933, es decir, de si prescindiremos o no del período que se extiende entre los años 1933 a 1945. Esta pregunta ha sido taxativamente negada, tanto por el legislador alemán cuanto por los poderes de ocupación. Muchas de las leyes penales y procesales posteriores al año 1933 han sido derogadas, si bien no todas ellas tenían un contenido típicamente naciona-socialista. Se introdujeron una serie de reformas que ya habían sido previstas en anteproyectos anteriores. Un claro ejemplo de esto último nos lo ofrece la adopción del sistema de medidas de seguridad y corrección por el Derecho penal alemán posterior al año 1933. Esta Ley de medidas de seguridad contra los delincuentes habituales de 24 de noviembre de 1933, se insertó en el Código penal (StGB, parágrafo 42 a StGB).

Estas prescripciones respondían a exigencias que desde hacia una década de años eran sentidas por la Legislación. Los Anteproyectos alemanes, y principalmente, los de 1925 y 1927 habían dado cabida a medidas de esta clase. La determinación de luchar contra la delincuencia profesional y habitual es, por supuesto, parte esencial del movimiento total de reforma penal europeo (2). Implicaría,

(1) Conferencia pronunciada en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos el día 2 de marzo de 1951. Traducción directa del alemán por JUAN DEL ROSAL, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid.

(2) Comp., para más detalles, SCHÖNKE: *Kommentar. zum Strafgesetzbuch* (5 Aufl 1951), pág. 112..

por tanto, un retroceso si fundándose en las razones antedichas al principio se suprimieran del Derecho penal alemán las medidas de seguridad.

Lo mismo acontece con una larga serie de disposiciones complementarias y modificaciones, tanto del Código penal alemán, como de la ordenación penal procesal (StPO), las cuales representaron un progreso. Como paradigma de lo dicho baste recordar, por lo que atañe al texto procesal, la autorización concedida, por modificación del año 1933, al lesionado en un hecho penal para que pueda hacer valer sus pretensiones económicas en el proceso penal (parágrafo 403 StPO); esta conocida posibilidad del Derecho francés desde el punto de vista de la parte civil ha sido introducida en el Derecho alemán como el proceso de adhesión por vez primera en el año 1933, con lo que si se prohíbe mencionar la situación jurídica hasta el año 1933, quedaría excluída la antedicha mención. A causa de ello es preferible partir en este examen desde el año 1945, aludiendo, a las leyes no abolidas y posteriores al año 1933, si bien un gran número de diferentes actos legislativos han radiado a las más diferentes leyes.

II. Para el Derecho penal material vale en la Alemania del Este (República Confederal de Alemania) y en la Alemania del Oeste (República democrática alemana) esencialmente la misma redacción del Código penal. Las leyes del Consejo de Control que han modificado el Código penal alemán, gozan de la misma vigencia en toda Alemania. Una diferencia fundamental entre ambas zonas existe por lo que se refiere a la regulación del aborto.

Por el contrario, existen distinciones legales en el Derecho procesal penal y también en la constitución de Tribunales. En la República confederal alemana se ha modificado tanto el código procesal penal (StPO) como la Ley orgánica de Tribunales (GUG) en el año 1950. En la República democrática alemana (DDR) han sido revisadas ambas leyes por una Comisión oficial en el año 1949 publicando una nueva edición de las mismas. (Berlín, 1949. *Deutscher Zentralverlag*.)

III. En Alemania, desde el año 1909, se ha venido preparando un intenso *movimiento de reforma pena*. Los trabajos dirigidos a una reforma no han sido todavía reanudados; existe también poca probabilidad de que en un futuro próximo se reaviven. Esto no se debe a las dificultades de orden externo, que son de todos bien conocidas, sino, ante todo, a que las grandes exigencias políticocriminales de estas reformas han sido esencialmente cubiertas. Este movimiento de reforma del Derecho penal alemán comenzó con la lucha contra las penas cortas de privación de libertad y a través de la regulación de las penas pecuniarias del año 1921 hasta 1924, las penas cortas de privación de libertad experimentaron una sensible disminución. La apelación para un tratamiento especial de los jóvenes fué confirmada en la Ley para Tribunales de menores de 1923 (Reformada en el año 1943), en cuyo texto legal, tuvieron amplia cabida las medidas de educación penal y disciplinarias. Fi-

nalmente a través de la entrada en vigor de la Ley contra los delincuentes habituales de 1933 junto a las penas, adquirió vigencia un sistema de medidas de seguridad y corrección y con ello se logró en una amplia medida una de las instancias fundamentales del movimiento de la reforma penal.

Para el Derecho Procesal Penal y para la Ley orgánica de los Tribunales, ha sido tomado en consideración este deseo de reforma.

Por lo que atañe al Derecho procesal, se ha investigado de modo especial hasta qué punto el proceso penal debe ser transformado por un proceso de partes. Contra una reforma de tal clase, se alzan consideraciones de suma importancia. Un puro proceso de partes, en cuanto es lucha entre ellas, puede conducir a fáciles peligros para un inculpado, a causa de deficiencia en los medios de prueba o en la formación del perjuicio (3). Pero ante todo, no se da en un puro proceso de partes, la necesidad de investigar la personalidad del autor, en especial Radbruch (4) ha demostrado a este respecto, que las reformas del Derecho penal y Derecho procesal penal deben arrancar de las mismas ideas fundamentales. Si se abandona en el Derecho penal la punición por el puro hecho, no es posible que sobre el ámbito procesal se exija una reforma en el sentido de una investigación de la personalidad del autor. Un puro proceso de partes entraña además otros peligros, los cuales arrancan de la remarcada acentuación del derecho del inculpado en particular de frente a la necesidad de la generalidad de una protección eficaz contra el delincuente. Así como la idea jurídica exige protección activa del inculpado contra el abuso de los medios estatales, de lo que se infiere de otra parte también la exigencia hacia una defensa de la generalidad frente al delincuente. Por todo ello, el proceso penal no puede ser ni un puro proceso de partes, ni tampoco un estricto proceso inquisitorial, ya que de ninguna manera la adopción de uno de estos principios contrapuestos puede conducir a un procedimiento que corresponda a la idea jurídica aunada con las necesidades prácticas (5).

El procedimiento penal inglés es, sin embargo, un puro proceso de partes, en el que prevalecen principios parecidos a los de un proceso civil; pero la conciencia jurídica no se halla capacitada hoy día para aceptar la transformación del procedimiento penal en un puro proceso de partes. El diferente desarrollo histórico y la distinción del carácter del pueblo condicionan aquí las diferencias procesales. Esto no quiere decir de ninguna manera que los trabajos de reforma en Alemania puedan dirigirse a una transformación del proceso penal en un puro proceso de partes, aun-

(3) GOLDSCHMIDT: *Zur Reform des Strafverfahren* (1919), pág. 4.

(4) RADBRUCH: *Strafrechtsform und Strafprozessreform*, en *Juristische Rundschau*, 1928, pág. 189.

(5) Véase para ello GRAF zu DOHNA: *Das Strafprozessrecht* (3 Aufl 1929), página 3.

que bien es verdad que hasta ahora no se han presentado proyectos en este terreno.

Esto por lo que hace a una visión general sobre el estado de la legislación y de los trabajos de reforma. Ahora me ocuparé del desarrollo en particular, procurando tan sólo detenerme en alguna de las cuestiones que plantea. Principalmente centraré mi reflexión sobre problemas de Derecho penal material, ya que en las esferas del Derecho procesal penal y de la Ley orgánica judicial únicamente, y de manera muy resumida, tocaré algunos problemas

B) EL DERECHO PENAL MATERIAL

I. En el año 1935 se admitió en Alemania la punición sobre motivos analógicos. Esta posibilidad ha sido hoy descartada, ya que la Ley fundamental del Gobierno de Bonn, en su artículo 103, párrafo 2 establece de nuevo el dogma jurídico siguiente. «Un hecho, sólo puede ser castigado si la punibilidad ha sido legalmente determinada antes de la realización del hecho.»

Así, no cabe duda que con el establecimiento de este principio fundamental han surgido de nuevo numerosas cuestiones dogmáticas o reactualizadas. Tan sólo deseo ocuparme aquí del concepto del *acto*, de la *exclusión de la antijuricidad a causa de conflicto de deberes* y de la *doctrina de la culpabilidad en la teoría de la autoría y de la participación*.

II. Tanto la Literatura jurídicopenal, cuanto en las decisiones jurisprudenciales alemanas de los últimos años se ha discutido de modo vivo el concepto del acto. Según la teoría dominante se comprende bajo la expresión «acto» un movimiento corporal que domina la voluntad. El contenido del querer carece de significación, según ella, para el concepto del acto. Quien, por ejemplo, suministra sin conocimiento a otro un veneno mortal perpetra un acto homicida. Ahora bien, si este individuo ha cometido o no un homicidio depende de la decisión final que nos puntualiza la teoría de la culpabilidad (6).

Por el contrario, otros autores han aceptado que el acto exige que sea la realización de una voluntad relevante jurídicamente. De esta manera el dolo queda embebido en el concepto del acto. Verbigracia, Welzel caracteriza como acto «la unidad real y positiva dominada por una voluntad finalista». Esta nueva teoría finalista del acto identifica acto imputable con acto, al modo como en buena parte sucedió en la doctrina penal del pasado siglo. Contra esta corriente ya Beling—uno de los sistemáticos más importantes de Alemania—había afirmado lo siguiente: «Para la precisión de que existe un acto basta el conocimiento de que el

(6) MEZGER: *Studienbuch* (Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2 Aufl 1949), páginas 39-40.

autor ha actuado voluntariamente, y a sensu contrario, si permanece inactivo no existía acto alguno. Lo que es querido resulta indiferente; el contenido de la voluntad reviste significación en la culpabilidad (7). Esta concepción es continuada por Radbruch (8). Con sobrada razón más recientemente se ha dicho que el acto humano presenta una doble estructura conceptual, la cual se concreta en la función causal o en el contenido final de la voluntad. Se trata aquí de una diferencia metodológica que está fundamentada en las leyes del pensar (9). Junto a esto se esgrimen razones dogmáticas contra la teoría finalista del acto. Ante todo, por lo que respecta a la dificultad de superar los obstáculos que nacen de los delitos culposos, ya que también el actuar culposo aparece a la realización de una figura típica del Código penal. Obsérvese, sin ir más lejos, el caso del automovilista que negligentemente pasa por un pueblo a una velocidad excesiva; aquí, por supuesto, este conductor ha actuado.

III. Especial significación entraña en los tiempos de necesidad y de insolidaridad social la cuestión concerniente al *conflicto de deberes*. Esta colisión hay que distinguirla del de bienes. Se duda por algunos que sea posible una colisión de deberes, puesto que el principio de la ausencia de contradicción del ordenamiento jurídico condujo a la conclusión que ocasionalmente habrá que aceptar la idea de que sólo sería un aparente conflicto de deberes. Y, sin embargo, la vida práctica nos ha enseñado que existen verdaderas posibilidades de auténticos conflictos de deberes. Como, por ejemplo, puede echarse a la vista en el supuesto de la actuación de un médico que trate a una clienta que padece una enfermedad sifilítica y si sabe que aquélla duerme en compañía de un niño o en la misma cama. ¿Le está permitido al médico, bajo el temor de infringir el secreto profesional, dar cuenta de la enfermedad para evitar el contagio? ¿Cómo se enjuiciará la conducta de un médico que coopera en la selección de enfermos mentales que deben morir para con ello librar mayor número posible de muertes? La Literatura y la Jurisprudencia han llegado a las conclusiones siguientes: a) El deber de mayor valor prevalecerá a costa del inferior; b) En el supuesto de deberes de idéntico valor sólo uno deberá cumplirse.

No actúa antijurídicamente quien se encuentre en una situación de colisión de deberes de desigual o pareja estima. Así, por ejemplo, el médico se comporta jurídicamente si comunica la enfermedad sifilítica de su paciente con objeto de defender la salud del niño (RGSt 38, pág. 62). Por el contrario, es hasta posible que en un estado de conflicto de deberes sólo sea excluida la culpabilidad. Se trata de aquellos casos de inculpabilidad en los cuales

(7) BELING: *Grundzüge des Strafrechts* (2 Aufl 1902), pág. 38.

(8) RADBRUCH: *Des Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem* (1904), pág. 130.

(9) Así WOLF en RADBRUCH, *Rechtsphilosophie* (4 Aufl 1950), pág. 37.

no estamos ante una colisión de deberes de desigual o idéntico valor, sino de un deber adecuado al que actúa. En el precitado ejemplo de la participación de los médicos en la muerte de enfermos mentales con el fin de impedir la muerte a un mayor número no funciona el deber como una causa de justificación, sino de inculpabilidad, ya que sólo se reconoce una causa personal de exclusión de la penalidad (OGJSt 1, pág. 335, con notas de L. Schmidt SJZ; 1949, Sp. 563 y Welzel MDR, 1949, pág. 375, OGHSt 2, pág. 122, con notas de Hartung NJW 1950, pág. 151).

IV. De enorme significación de principios y de consecuencias prácticas son las transformaciones que se han operado en la teoría de la culpabilidad, las cuales valen principalmente para la determinación de *contenido del dolo* y también igualmente para la cuestión del *error*.

1.º Con respecto al *contenido del dolo* hasta el año 1945 la Ciencia y la Jurisprudencia mantenían puntos de vista contrapuestos. La ciencia demandó para el dolo el saber y querer de las características del tipo y la conciencia de la antijuricidad. Enfrente de esta postura la Jurisprudencia, representada por los fallos del alto Tribunal de Justicia alemán, únicamente se contentaba con el saber y el querer de todas las características del delito. Desde el año 1945 las decisiones de los Tribunales alemanes se han apoyado en la posición de exigir además en el dolo la conciencia del injusto. (Compárese, por ejemplo, OLG Kiel DRZ, 1946, página 126; MDR, 1947, pág. 172 (10). Vamos a esforzarnos en determinar en forma detallada en qué consiste la conciencia del injusto.

2.º La conciencia del injusto existe si el autor es consciente de que su acción u omisión contradice el bien común expresado en normas que son inexcusables para la convivencia social; es exigible, y en verdad suficiente, que el individuo sea consciente de que actúa contra la ordenación establecida por el Estado. Esta conciencia existe, por consiguiente, sólo en el caso de que el autor sepa que efectivamente actuaba contra una Ley que prohíbe su actuación, ya que lo injusto no es aquí comprendido en un sentido formal de lo contrario a la Ley. En forma atinada se ha expresado sobre este particular el Tribunal federal suizo, pues según éste se da la conciencia de la antijuricidad «si el autor ha tenido la percepción que actuaba contra el Derecho, o sea contra el Derecho subjetivo de otros, ora contra uno de los mandatos de la ordenación jurídica, aun cuando no tenga una exacta representación de lo que es Derecho. Se trata, en última instancia, de la conciencia, de la actuación injusta» (Sentencia del Tribunal federal suizo, tomo 60, parte I, pág. 418). La conciencia del injusto no exige el conocimiento de la punibilidad del hacer. El autor no necesita saber que infringe una determinada norma penal, sino que basta y sobra con que sea consciente que su acción transgre-

(10) Para más detalles, véase SCHÖNKE, cit. págs. 211, 214.

gía posiblemente un precepto legal, si bien no era necesario una representación en particular de aquél» (RGSt 70, pág. 142, OLG Frankfurt SJZ 1947, Sp. 626, OLG Darmstadt MDR, 1948, página 185). Sólo es necesario y de suyo suficiente que el autor, en su representación profana y en su concepción jurídica se dé cuenta de que lo que hacía no estaba permitido (Hafter).

De esta manera salta a la vista que la conciencia del injusto no es parificable con la conciencia de lo antilegal o de la punibilidad, puesto que esta exigencia implicaría insalvables dificultades en la aplicación práctica de los preceptos penales; el peligro de apoyarse en la cuestión de la conciencia del injusto para escapar al castigo, desgraciadamente no es superable. En los crímenes y en la mayoría de los delitos se acepta como regla general la existencia de esta conciencia. Presupuesto de ella es, sin embargo, que se descubra la conciencia ética y las normas del Derecho penal criminal. Pero esto debe suceder en el caso en que esta necesidad de concordancia entre conciencia ética y normas del Derecho penal criminal encuentre en la conciencia de lo injusto su más acusada justificación.

3.º Al mismo tiempo que se exige la conciencia del injusto para la punibilidad de la conducta humana se discute por doquier la posición sistemática que corresponde a este elemento. Según algunos autores la conciencia del injusto es parte integrante del dolo. Esta postura se caracteriza como «teoría del dolo». Otros, por el contrario, consideran que la conciencia del injusto debe ocupar un puesto especial entre los presupuestos de la culpabilidad y junto al concepto del dolo. Y esta dirección se llama «teoría de la culpabilidad». A mi entender le asiste la razón a la «teoría del dolo». La conciencia del injusto es vértebra esencial del dolo. Todas las tentativas conducentes a radiar este elemento del dolo están condenadas al fracaso desde un principio (Mezger: «*Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*», 1950, pág. 42). Dolo es culpabilidad consciente; el punto de partida para la comprensión no puede ser otro sino la conciencia de que se actuaba de una manera injusta.

4.º La transformación anteriormente descrita de la concepción sobre el contenido del dolo ha repercutido de modo considerable en el tratamiento dogmático del *error*, ya que la teoría del error es, como se sabe, la teoría del *dolus*, desde el punto de vista negativo.

a) Si se acepta que la conciencia del injusto es el nervio de la culpabilidad, resultará de esto que el error apareja la exclusión de aquélla. Lo verdaderamente decisivo radica en saber si el error es de tal clase que el autor, sin embargo, ha tenido conciencia de que infringía una Ley. Por ello es inexcusable distinguir si se trata de un error sobre los hechos o de un error extrapenal. (Así OLG Kiel MDR, 1947, pág. 271, OLG Tübingen NJW, 1949, página 957.) Existe, por tanto, dolo si el autor ha actuado, a pesar del error, con conciencia del injusto. Si ha faltado en el

autor, por consiguiente, el error de la conciencia del injusto, entonces se pune la conducta en forma culposa, en el caso de que el error descansa en una falta de diligencia contraria al deber y aparezca, además, el tipo que viene en consideración castigado en forma culposa. Falta al autor, por consiguiente, la conciencia del injusto en el supuesto de que el error del autor gravite sobre la exculpación del hecho o su significación jurídica, en este caso queda exento de pena.

b) La Jurisprudencia del alto Tribunal de Justicia alemán, lo mismo que el Tribunal Supremo español (11), ha distinguido entre error de hecho y error extrapenal, de un lado; del llamado error jurídico penal, de otra parte. El error sobre los hechos y el extrapenal excluyen el dolo; en tanto que, por el contrario, el error jurídicopenal carece de relevancia excluyente de la actuación dolosa (12). En este sentido se acaban de pronunciar en un gran número de supuestos los Tribunales Superiores de Justicia (por ejemplo, OLG Darmstadt MDR, 1949, pág. 185; OLG Tübingen NJW, 1949, pág. 957); con ello siguen la doctrina representada por la actual literatura.

Es interesante observar que la posición de las Salas reunidas del alto Tribunal de Justicia ha sido reemplazada.

c) También en la aceptación de la conciencia del injusto como integrante del dolo se deben inferir consecuencias importantes para el justo tratamiento de una particular zona del error. Hablamos aquí de la llamada ceguera jurídica o enemistad contra el Derecho. El error del autor en cuanto su hecho no lesiona ninguna Ley o no hace nada injusto, no es tenido en cuenta si descansa en una actitud que es incompatible con la concepción general sobre el Derecho y el Injusto. La ausencia de conciencia del injusto no permite «apoyarse sobre un modo de ser malicioso, incompatible con la condición para la ordenación comunitaria» (OLG Tübingen, NJW, 1949, pág. 958).

V. Sumamente discutido en los últimos años ha sido el tema sobre el *concepto de autor* y también la *delimitación entre autoría y participación*.

1.º En la doctrina están frente por frente los conceptos amplio y restringido de la *autoría* (13). Según la concepción amplia, autor es todo aquel que coloca una condición para la producción del resultado, en cuanto no es castigado ni como instigador ni cómplice. Por el contrario, para la otra dirección, de orden limitado, el concepto de autor queda conferido nada más que a los que han realizado una conducta conforme al tipo. En la Jurisprudencia de la época más reciente penetró el concepto amplio de

(11) Compruébese en CUELLO CALÓN: *Derecho penal*, t. I (9.ª ed.), 1948, página 392.

(12) Compr. en SCHÖNKE, cit. pág. 225.

(13) Detalles sobre el Derecho español en CUELLO CALÓN, cit. págs. 546 y siguientes.

autor; y éste es, según mi entender, el justo. Ya que entre otras razones si se acoge la idea restringida resultaría sin apoyo alguno todos aquellos casos que son merecedores de castigo de autoría mediata.

2.º *La delimitación entre autoría y participación* debe orientarse en dirección de la voluntad del actuante. Eso es, es autor quien tiene el dominio de la voluntad sobre el hecho, el que quiere como propio el hecho, éste es autor. En el caso de no existir esta voluntad entonces estamos de pleno en el participador. Esta delimitación ha sido igualmente aceptada recientemente por la doctrina jurisprudencial alemana (por ejemplo, OGHSt 1, página 55, 367, 2, pág. 58, OLG Braunschweig NJW, 1948, página 193 (14)).

Polemizada, sin embargo, ha sido la cuestión de cómo deben solucionarse aquellos supuestos en los cuales alguien realiza completamente y de un modo personal un tipo delictivo, pero el hecho no es querido como propio. La polémica parte de una decisión judicial del alto Tribunal de Justicia (RGSt 74, pág. 85). Se refiere a una mujer que dió a luz un niño y la hermana de aquella mató al recién nacido por deseo y petición de la parturienta. Y ahora la pregunta cabe hacerla así: ¿Es la hermana autora de asesinato? El alto Tribunal de Justicia alemán mantuvo la tesis de que únicamente había auxiliado, ya que la ejecución la lleva a cabo en interés de la madre. De frente a esta postura algunos han afirmado que la total realización del tipo legal equivale a la autoría.

También en estos casos no sobra, por decirlo así, fundamentalmente indicar la delimitación subjetiva. Si basta para ser autor participar con voluntad de autor en el hecho, entonces cuando contemplado el comportamiento desde el exterior resulta que sólo ha contribuído con actos de auxilio, se debe calificar de cómplice y no de autor. Por lo general, no existirá de ninguna manera una diferencia práctica entre ambas concepciones, pues si alguien actúa por cuenta de los intereses de otra persona, pero lleva tan lejos su comportamiento como para considerar que le pertenece como propio, estamos a presencia de una actuación dolosa con todas las de la ley, ya que nadie se creará que ha realizado el hecho como si le fuera extraño a él. En resumen, quien actúa de esta manera cabe decir con exactitud que tiene voluntad de autor, esto es, la voluntad domina el hecho. Así, pues, decisivo es en consecuencia que el autor haya querido, pero lo querido en su objetiva significación.

3.º De nuevo es objeto de discusión los problemas relativos a los *motivos de punición* y la accesoriedad de la *participación*.

a) El punto de partida de la teoría de la participación es la de la causalidad. Como participador es castigable quien participa en la acción punible realizada por otra persona. Los actos del

(14). Más detalles en SCHÖNKE, cit. págs. 152, 153 y 162.

participador no poseen eficacia causal sobre la actuación de otra persona, según lo preceptuado en el artículo 49 a del C. p. alemán.

b) Discutible y sumamente dudosa es la cuestión de los *motivos de punición*, y con ello se plantea en toda su dimensión la esencia de la participación. Esta pregunta envuelve sobresalientes consecuencias prácticas. En inmediata conexión con las más antiguas ideas sobre la llamada teoría de la culpabilidad en la participación, se quiso ver el motivo de punición del participador en que comparte, en cierto modo, la culpabilidad del autor o (como auxiliador) ayuda a la formación de la responsabilidad de aquél. «No se puede juzgar el ataque del inductor tan intenso contra el bien jurídico que pudiera decirse que ha perpetrado el asesinato, si bien en todo caso ha hecho de asesino» (H. Mayer). De otra parte se afirma por otro grupo de autores que el instigador incurre en una culpabilidad que sobrepasa la de mera participación, ya que, con respecto al instigado, «realiza en cierto modo un delito especial, puesto que con él condujo a un delito a otra persona» (Germann). Esta concepción no es de suyo suficiente. Ya ha tiempo que el alto Tribunal de Justicia de Alemania dijo: «Si el C. p. castiga al instigador y al cómplice no es a causa de la misma culpabilidad o de la que comparten con otro, sino por otro motivo, consistente en que han coadyuvado por medio de actos peligrosos de suyo, que como tales están configurados penalmente en la Parte Segunda del C. p. (RGSt 15, página 316). El fundamento de punición de la participación yace, por tanto, en la colaboración en la producción de un resultado y en la puesta en práctica de una voluntad delictiva con respecto a la ayuda prestada.

4.^o Importantes transformaciones ha experimentado en los últimos diez años en el Derecho alemán la cuestión de la *accesoriedad de la participación*, deducida del hecho principal. En la instigación y en la complicidad se pune a cada uno sin referencia alguna a la culpabilidad de otra persona (parágrafo 50, párrafo 1 C. p. alemán). Para la punibilidad de la participación es suficiente que su culpabilidad venga inferida de una conducta típicamente antijurídica realizada por otra persona; por ello, si la otra persona es o no culpable carece, por consiguiente, de significación jurídicopenal. En el Derecho alemán se ha adoptado, por tanto, la llamada accesoriedad limitada de la participación.

Ha llegado a ser discutible hasta dónde la punibilidad de la participación es dependiente de las exigencias culpables del acto principal. Según mi modo de entender el problema, la punibilidad de la participación es independiente de todas las partes integrantes de la culpabilidad del hecho principal. No existe diferenciación alguna de si los presupuestos de la culpabilidad, esto es, la capacidad de imputabilidad o los grados de culpabilidad (dolo y culpa) faltan. El que, por ejemplo, ayuda a otra persona imputable a la perpetración de un falso testimonio se le considera a causa de esto instigador a causa del perjurio cometido, aun cuan-

do el deponente sea inimputable. Lo mismo acontece en el supuesto de que se trate de una persona que ha ejecutado un acto típicamente antijurídico, pero concurriendo una causa de error excluyente de culpabilidad en el sentido de los párrafos 48, 49 del C. alemán. Así, la participación es castigable y, claro está, posible en el caso de una acción ausente de dolo. Por el contrario, en la Literatura se recoge otra concepción, en la que se sostiene la idea de que debe siempre ser dependiente la participación del dolo del autor principal. De esta manera se viene a afirmar que la participación sólo es posible nada más que en referencia concreta a acciones dolosas. No es exacto que en la afirmación de posibilidad de castigar la participación en actos no dolosos se llega a la conclusión de no deslindar especialmente la autoría de la participación en general ni tampoco la instigación y la complicidad. Autoría y participación se diferencian esencialmente, teniendo en cuenta la dirección de voluntad del actuante; un *animus socii* no puede confundirse con un *animus auctoris*. Instigación y complicidad se delimitan subjetivamente, según la representación del causante.

Estos resultados de la teoría de la participación se han asegurado en la nueva redacción de los párrafos 48 y 49 del Código penal alemán en el año 1943. Con anterioridad a esta moderna redacción prevaleció el punto de vista de la accesoriedad restringida. La cual exigía para la punibilidad del participador no ya sólo que el autor del hecho principal hubiera realizado una acción típicamente antijurídica, sino que también su actuación cayera dentro del campo de la culpabilidad en grado dolosa. (Así, por ejemplo, véase RGSt 70, pág. 27). Como consecuencia de esto resultó que, según la teoría predominante, en el supuesto de que se prestara ayuda a una persona inimputable o cuya conducta estuviera cubierta por un error excluyente de culpabilidad, el participador quedaba exento de responsabilidad (RGSt 57, pág. 16, 273). Esta dirección doctrinal ha sido actualmente superada.

VI. También en la *Parte Especial* del C. p. alemán han sido reelaborados muchos problemas. Dentro del círculo legal tan sólo quisiera tocar aquí lo relativo a los preceptos destinados a *proteger el Estado* y lo tocante al *delito de homicidio en general*.

1.º En la Alemania occidental (República confederal alemana) el Gobierno federal ha presentado un anteproyecto de modificación del Código penal alemán (15). Este anteproyecto contiene, ante todo, determinados tipos penales dedicados a proteger el Estado. Es destacable en este anteproyecto la figura delictiva de la traición a la paz (párrafo 80) En este tipo penal se pune la preparación de una guerra de agresión con pena de reclusión. Y uno de los casos más característicos de preparación de una guerra de agresión castigado consiste en quien públicamente o en

(15) Drucksage Nr. 1307 des Deutschen Bundestages.

secreto exija el empleo de poder armado para una guerra de agresión. En otra de las prescripciones se amenaza con pena a los que «con intención de perturbar la vida comunitaria y pacífica del pueblo públicamente excita a otro pueblo o a sabiendas de la falsedad de cualquier noticia la propaga o utiliza a fin de poner en peligro la paz». Es ciertamente dudoso que con ello la redacción de tales tipos penales en un Código penal fácilmente nos conducirán a dificultades de naturaleza política. Esta propuesta del anteproyecto ha tropezado en Alemania con positivos contradictorios, y será hipotético que llegue a convertirse en preceptos vigentes.

2.º Vivamente discutido, tanto en la ciencia como en la jurisprudencia, ha sido la regulación concerniente al *delito de homicidio* genérico. A través de una Ley del año 1941 fueron modificadas las prescripciones legales relativas al asesinato y homicidio simple. De suerte que la característica distintiva entre las formas más graves de homicidio, esto es, entre asesinato y homicidio simple, no es ya como antes la deliberación, sino el grado de reprochabilidad del modo de ser del autor. El que mata a un hombre, bajo determinadas circunstancias en las que se manifieste su actitud especialmente reprobable o su peligrosidad, se le castigará como asesino. La Ley (parágrafo 211 del C. p. alemán) establece tres grupos de casos en los cuales se indican regularmente las clases de circunstancias: pueden ser los motivos de actuación de la ejecución del hecho determinados fines perseguidos por el autor los que le convierten en asesino. Como cuadro motivante de aquéllos se señalan, por lo general, para la estimación del asesinato, los que la Ley llama placer de matar o instinto sanguinario, afán sexual o codicia. Por las formas de perpetración del hecho también se califica el hecho de asesinato, como, por ejemplo, cuando se ejecuta la muerte de otro empleando medios que revelen alevosía, crueldad o peligrosidad. Asesino también es el que mata a otro para facilitar otro hecho penal o para encubrirlo (16).

VII. En la zona fronteriza entre Derecho penal material y Derecho penal procesal yace la cuestión de la admisibilidad de la condena sobre el motivo de la fijación alternativa. Una condena presupone fundamentalmente la precisión de que el inculpado ha realizado la acción de una manera determinada, que abarca todas las características legales consignadas en un tipo penal. En muchos casos no se deja esclarecer hasta el fondo el estado de hecho, ya que puede suceder que la conducta del inculpado con seguridad sea inscribible en uno u otro precepto penal o en varios a la vez. Con demasiada frecuencia cabe intercambiar la cuestión relativa a decidir por uno u otro tipo delictivo, puesto que a lo mejor la cosa robada se la haya encontrado, si bien esto no se puede determinar de una forma concluyente, ora ha sustraído la cosa o la

(16) Más detallado estudio de la jurisprudencia en SCHÖNKE, cit. en las notas al parágrafo 211.

ha encubierto, sabiendo que era producto de un robo. ¿Cómo se obrará en estos casos en que la determinación es discutible, ya que el inculpado o ha cometido un hurto o un encubrimiento? En Alemania se introdujo en el año 1935 una prescripción en el Código penal (parágrafo 2 b) que admitió la fijación de elección en un sentido amplio. Esta norma ha sido abolida en el año 1946 (Ley de Kontroll, Nr. 11). Con ello la admisibilidad de una determinación con tal criterio ha sido descartada por completo. El principio fundamental *Nullum crimen sine lege* excluye, por consiguiente, la elección de fijar el tipo penal con un criterio tan amplio (17).

¿Bajo qué presunciones puede ser admitida la determinación de la figura delictiva?

1.º Una fijación de elección no es permitida si no es posible la determinación inequívoca. El Juez está obligado a utilizar todas las fuentes jurídicas para lograr una determinación unívoca. Es inadmisibile no efectuar una fijación inequívoca, so pretexto de un examen detallado sobre aclaraciones más amplias de los elementos integrantes del supuesto de hecho.

2.º Se debe precisar que el inculpadó conforme a una figura delictiva ha realizado una determinada Ley penal de las varias que pudieran venir en consideración. La posibilidad de que el suceso fáctico no es subsunible bajo ninguna ley penal debe ser descartada; en otro caso no viene a discusión, claro está, lo relativo a una elección de determinación. En el caso en que en tres sospechosos no pueda determinarse quién de ellos ha actuado como autor o como auxiliar, ni tampoco con seguridad si completamente no participó, igualmente no es permitido una elección de determinación entre autoría y participación. Antes al contrario, en la coautoría la fijación en cuanto a dos inculpados cuya participación en la muerte no se muestra segura, dentro del mismo tipo penal se admite (OGHSt 1, pág. 111).

3.º Dudoso y también discutido es si la fijación de elección esencialmente es permitida solamente dentro de diferentes o idénticos actos de ejecución del mismo hecho penal, o antes bien se permite la admisión en un sentido amplio. La Jurisprudencia del alto Tribunal de Justicia ha adoptado fundamentalmente el primero de los puntos de vista. Según esta visión se admite la fijación alternativa si se trata de diferentes actos de ejecución de un mismo crimen o delito. Así, por ejemplo, funciona en el caso de causa de agravación del escalamiento y de la aplicación de llaves falsas en el robo grave (RGSt 55, pág. 44)

Por contraposición a esta corriente jurisprudencial se ha afirmado en la Literatura jurídicopenal la admisión de la fijación de elección sin límite alguno. En tanto que la doctrina del *Reichsgericht* adopta un punto de vista estrecho, la doctrina científica se

(17) Compr. para ello en SCHÖNKE, cit. pág. 47.

inclina por el opuesto; tan importante como la prevención de las absoluciones injustas es la garantía de las condenas justas. Exigible y de suyo es suficiente que si son aplicables conjunta e intrínsecamente varios tipos penales se haga una exacta comparación de las posibles formas de conducta, contempladas desde los puntos de vista éticojurídico y psicológico. De aquí que sea permitido, verbigracia, una fijación alternativa entre hurto y recepción, pero no es factible entre estafa y aborto.

C) DERECHO PENAL PROCESAL

En la Alemania occidental, como ya hemos dicho anteriormente, se ha modificado en el año 1950 la ordenación del proceso penal. La nueva redacción se ha preocupado esencialmente de establecer de modo claro el estado jurídico de las personas. Algunas otras cuestiones han sido igualmente reformadas. Tan sólo deseo resaltar el problema del *narcoanálisis*.

Y así cabe preguntar lo siguiente: ¿Es permitido suministrar, dado el estado actual del saber médico, a una persona un determinado narcótico para deponer ante un Tribunal o para mejorar su testimonio? Esta cuestión ha llegado a ser prácticamente en Alemania planteada en razón a diferentes procedimientos penales. Los hasta ahora conocidos métodos de investigación para averiguación de la verdad eran tales como, por ejemplo, la declaración conseguida a través de una influencia corporal (por ejemplo, el procedimiento de sangre) o mediante un influjo psíquico (el llamado *test* de Roschach), en los cuales todavía el interrogado disponía de una libertad de decisión. Pero otra cosa distinta es el llamado narcoanálisis, en el cual se emplean drogas, de forma que, según la concepción de diferentes médicos, la conciencia del individuo queda radicalmente excluida.

Lo decisivo para el buen planteamiento del problema en referencia con este método de investigación no puede de ninguna manera consistir en reflexiones acerca de particulares preceptos legales, sino, antes bien, en consideraciones de carácter general. Se trata, por consiguiente, «de los fundamentos éticos de la relación entre el Estado y el individuo, y de la cuestión, por tanto, de hasta qué punto los intereses del Estado—en un proceso para la averiguación de la verdad—puede ser sacrificada la personalidad responsable y ética del individuo» (18). Según mi entender en estos casos se veja la dignidad del ser humano y, en consecuencia, se debe prohibir por completo, so pena de convertir al hombre en un mero instrumento para fines extraños a los que le son constitutivos por su condición de ser humano. No es permitido que para defender el ordenamiento jurídico se tengan que destruir los valores fundamentales de nuestra cultura. Con razón

(18) E. SCHMIDT: Süddeutsche Juristen, Zeitung, 1949, pág. 456.

ha dicho Cuello Calón que este método se caracteriza por ser incompatible con el espíritu del moderno Derecho procesal penal (19). Algunos encendidos enemigos de este modo de averiguar la verdad quieren, no obstante, admitirlo si se tratare de un sospechoso el inculpado y este método pretendiera demostrar su inculpabilidad (20). Tampoco en el supuesto del consentimiento del interrogado debe ser admitido el procedimiento del narco-análisis. Los motivos generales hablan aquí igualmente contra este método investigativo. Sólo cabría una excepción para una investigación sobre el inculpado siempre que se presuma la culpabilidad del mismo y en tanto que la demanda no haya sido expresada o no hubiere consentido en una averiguación de tal índole.

La nueva ordenación del proceso penal ha prohibido a través de un moderno precepto (parágrafo 136 a StPO) el empleo del narcoanálisis. Se dice en esta prescripción legal que la libertad de decisión y manifestación de la voluntad no es permitido minucionarlas mediante estos medios. Así, todas aquellas medidas que de algún modo menoscaben el poder de recordación o la capacidad de comprensión quedan prohibidas. Y además expresamente se consigna que tal prohibición vale igualmente sin tener en cuenta el consentimiento del inculpado. También se afirma que si se lesionara esta prescripción y en consecuencia se obtuviera la confesión de alguno no se podrá emplear. Este precepto mantiene su vigencia no solamente para el interrogatorio judicial dentro y fuera del acto principal, sino también para el interrogatorio policiaco y del Ministerio fiscal. Y lo mismo cabe decir en cuanto a la eficacia del precepto precitado por lo que se refiere al interrogatorio del inculpado y de los testigos.

D) CONSTITUCIÓN DE LOS TRIBUNALES

También la Ley de constitución de los Tribunales, como ya hemos mencionado anteriormente, ha sido reformada en el año 1950. Tan sólo desearía en este particular terreno hacer mención de la cuestión concerniente al *jurado*.

El jurado se ha estimado en las modernas leyes de diferentes formas. En Inglaterra, la patria del moderno tribunal por jurado se le ha conceptuado como el gran baluarte de la libertad personal (21). Sería una cosa completamente incomprensible que alguien en Inglaterra indicara la supresión de esta institución (22).

En las recientes leyes continentales, Suiza, por ejemplo, em-

(19) CUELLO CALÓN: *Los nuevos métodos científicos de investigación criminal y los derechos de la persona*, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1949, pág. 50.

(20) ASÍ SCHNEIDER: *Die Irrenpflege*, Zürich, 1949.

(21) BURROWS: *Law Quarterly Review*, 1935, pág. 51, ann 2.

(22) MANNHEIM: *Trial by jury in modern continental criminal law*, *Law Quarterly Review*, 1937, pág. 101, con abundantes pruebas.

plea el Tribunal por jurado en el proceso verificado ante el Tribunal confederal con separación entre la decisión sobre la pregunta de la culpabilidad por los miembros del jurado y la relativa a la penalidad que compete exclusivamente al juez profesional (Art. 194 y sigs. de *Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege* vom 15, 6, 1934). Y en torno a la cuestión del mantenimiento o supresión del Tribunal por jurado en el procedimiento procesal ante el Tribunal federal se discutió de modo especial. En un gran número de Estados en los últimos años se ha transformado el Tribunal por jurado o bien se ha abolido. Es notable a este respecto que también en Francia, que fué durante mucho tiempo el país modelo por lo que hace a la constitución del tribunal por jurado, en virtud de la Ley de 25 de noviembre de 1941 y de la Ordenanza de 20 de abril de 1945 se ha convertido en un tribunal inferior de jurado (23). En general cabe apreciar en la mayoría de las legislaciones una acusada repulsión contra el Tribunal por jurados. Incluso se ha dicho que en realidad el Tribunal por jurados es sumamente criticable y que sólo a favor de la fuerza de la costumbre se ha mantenido a lo largo del tiempo (24).

Así, pues, cabe preguntar al llegar a este punto: ¿cuáles son los motivos por los cuales se ha valorado el Tribunal por jurado de una forma distinta en Inglaterra y en el resto de los países continentales? Quizá ello obedece a que en Francia y en los demás países la posición del jurado en relación con los jueces profesionales en parte no ha sido satisfactoria o a veces ha sido demasiado independiente. En tanto que en el Derecho inglés descansa la relación entre el jurado y los jueces profesionales en una mutua confianza, en el Derecho continental, por el contrario, en una desconfianza recíproca (25). La complicada posición de la cuestión del jurado en el Derecho continental radica, pues, en una especie de recelo contra los componentes del jurado. La limitación del presidente del Tribunal para discernir sobre la instrucción jurídica y la separación de los medios jurídicos de la decisión del jurado crea una atmósfera de reserva contra el juez profesional por parte del jurado. Sumamente instructivo es a este respecto el estado de la cuestión en Francia, en cuyo país se evidencia esa tirantez entre el poder del jurado y el del juez profesional: «Nacida esta desconfianza mutua, se incrementa ese sistema de división siempre renovada con nuevos motivos» (26). Y naturalmente una prevención mutua de tal índole

(23) Más sobre esto en D. DE VABRES: *Traité de Droit criminel et de législation pénale comparée* (3.^a ed. 1947), pág. 77.

(24) Así GORPHE: *Les réformes du jury à l'étranger*, *Revue internationale de Droit pénal*, 1935, pág. 424.

(25) MANNHEIM, cit. págs. 100 y 107. Compr. anteriormente GRUPPI, *Revue pénitentiaire*, 1899, pág. 1176.

(26) GNEIST: *Die Bildung der Geschworenengerichte in Deutschland* (1849), página 113.

no es saludable para la vida del jurado y da como consecuencia que la permanencia del jurado sólo es posible a base de que las respectivas funciones asignadas al jurado y al juez profesional se desenvuelvan en un ambiente de recíproca confianza. Nada más que teniendo presente esta colaboración íntima y estrecha entrambas funciones es hacedera una revitalización del Tribunal por jurado. De suerte que para la capacidad vital del jurado sería necesario que sus facultades, como sucedió en el Derecho positivo alemán hasta el año 1924, no se extendieran a decidir sobre una serie de preguntas que no es del caso detallar, sino que antes bien debieran circunscribirse estrictamente a la cuestión concerniente a si el enjuiciado ha sido o no efectivamente culpable. La mayor parte de las preguntas sometidas a la consideración del jurado han sido tergiversadas. En este sentido tiene razón Mannheim cuando dice que el sistema de preguntas ha convertido al jurado en un Tribunal en cierto modo impopular y carente de vida (27).

Por todo ello creemos que la posición del jurado debe limitarse nada más que al terreno de la culpabilidad, y así de otra parte se le facilita al Presidente del Tribunal la posibilidad de aconsejarse e instruirse del jurado en este concreto y decisivo aspecto del juicio. Diferentes ordenamientos jurídicos se han orientado en tal dirección, esto es, que el Presidente solicita del jurado una respuesta afirmativa o negativa en el extremo de la culpabilidad. Esto no se sucede sin dificultad. La característica principal del jurado es la de emitir un consejo independiente sobre la pregunta de la culpabilidad. Si se desea fijamente establecer el pensamiento del jurado siempre será a base de que su juicio sea independiente. Sobre todo lo dicho anteriormente la asistencia del presidente que dirigirá el juicio podría suscitar nuevas exigencias así como la participación del Ministerio público y del defensor se habrá de permitir. Como solución recomendable sería la de que el Presidente del Tribunal no someta a examen del jurado la instrucción jurídica, sino que sólo le sea consentido a aquél colaborar y compartir en lo relativo al resultado de la prueba. En los Derechos inglés y norteamericano puede recabar el Presidente del Tribunal también la prueba en su instrucción. Esto es habitual en los Tribunales anglosajones. En el procedimiento penal con un largo cortejo de prueba. (muchos testigos, peritos, etc...) no puede el jurado siempre captar sin más el resultado de la prueba del plenario. Por esto es necesario y posible que esto competa estrictamente al Juez.

La Ley de constitución de Tribunales en Alemania en su nueva redacción del año 1950 conserva todavía el nombre de Tribunal por jurado, pero tampoco los tribunales son lo mismo que los llamados tribunales inferiores de jurados, pues se compone el Tribunal de tres jueces profesionales y de seis del jurado, los

(27) V. MANNHEIM, ob. cit., pág. 109.

cuales aconsejan y deciden en común sobre la totalidad del proceso. Si más adelante sobrevendrá una modificación de este sistema no es una cosa descartada.

Abreviaturas :

- DRZ = Deutsche Rechtszeitschrift.
 HEST = Höchstrichterliche Entscheidung in Strafsachen.
 MDR = Monatsschrift für deutsche Recht.
 NJW = Neue Juristische Wochenschrift.
 DGHSt = Entscheidungen des Obersten Gerichtshof für die britische Zone in Strafsachen.
 OLG = Oberlandesgericht.
 SJZ = Süddeutsche Juristen Zeitung.

RÉSUMÉ

Le Prof. Schönke examine toutes les questions qui ont été formulées et considérées de nouveau pendant la dernière époque. Il traite principalement la question du concept d'action, exceptées l'illegalité par suite d'une collision de devoirs et la doctrine de la culpabilité de même que la doctrine de la participation. Le "Reichsgericht", en ce qui concerne la théorie de la culpabilité, soutenait précédemment la thèse que pour l'intention n'étaient nécessaires que la connaissance et la volonté des caractères du fait délictueux; la conscience de son antijuridicité n'était pas indispensable. Cette conception a été abandonnée dans la jurisprudence nouvelle; d'après celle-ci la conscience de l'illicéitude appartient aussi à l'intention. On suit de cela des conséquences transcendentales pour la doctrine de l'erreur. De la partie spéciale du Code pénal, ce sont les délits d'homicide ceux qui ont donné lieu aux discussions les plus vives, de même dans la doctrine que dans la jurisprudence. Les dispositions sur l'assassinat et l'homicide ont été considérablement modifiées par une loi de l'an 1941. La caractéristique différenciatrice entre les formes les plus graves des délits contre la vie, entre l'assassinat et l'homicide, n'est plus la préméditation mais le degré et l'abjection de l'intention de l'auteur. Celui qui tue une personne dans des circonstances qui indiquent clairement son intention abjecte ou le danger qu'il comporte, doit être puni comme un assassin. Le conférencier examine aussi les modifications du Droit de la procédure pénale, particulièrement la question de la narco-analyse, dont l'application dans le procès pénal allemand a été expressément défendue par une disposition nouvelle insérée dans la loi (§ 136 du St PO).

SUMMARY

Prof. Schönke examines all the questions that have been formulated and considered again during the last years. He treats principally the question of the concept of action, except the illegality as consequence of a collision of duties and the doctrine of culpability as well as the doctrine of participation. The "Reichsgericht", concerning the theory of culpability, maintained formerly the thesis that for the intention only the knowledge and the desire of the conditions of the misdeed were necessary; the conscience of its unlawfulness was not indispensable. This conception was abandoned in the new jurisprudence, according to which the conscience of unlawfulness belongs also, to the intention. Some transcendental consequences for the doctrine of error are drawn from this point. From the special part of the Penal Code, the crimes of murder are the ones which have caused the liveliest discussions, in the doctrine as well as in the jurisprudence. The dispositions about murder and manslaughter have been considerably modified by a law of the year 1941. The differential characteristic between the most serious forms of crimes against life, between murder and manslaughter, is no more premeditation but the grade and the vileness of the author's intention. The one who kills a person under such circumstances which clearly indicate his mean intention or the danger he represents, must be punished as a murderer. The lecturer examines too, the modifications of the legal proceeding of the Criminal Law, principally the question of narcosis, the application of which in the German criminal law-suit has been forbidden by a new disposition introduced into the law (§ 136 of the St PO).