

ALEMANIA

ZEITSCHRIFT FÜR DIE GESAMTE STRAFRECHTSWISSENSCHAFT.

63 Band. Drittes Heft. Berlín, De Gruyter, 1951. "Revista General de la Ciencia Penal"; tomo 63, tercer cuaderno; págs. 269-379.

El tercer cuaderno de la Z. StW. dedica su primer artículo, como era de esperar, al centenario del nacimiento de su ilustre fundador, Franz Von Liszt (n. el 2-III-1851). Es debido a su editor y comentarista, Eberhard Schmidt, de Heidelberg, y se titula *Franz Von Liszt zum Gedächtnis* ("En recuerdo de F. von Liszt"). Deplora el escaso éxito legislativo obtenido en su patria por la genial siembra del maestro de Berlín, que contrasta con el alcanzado en la doctrina mundial y aun en muchas legislaciones extranjeras. Alaba sobre todo en la enseñanza lisztiana la rara armonización de los postulados finalistas (*Zweckmäßigkeit*) y de la justicia social (*soziale Gerechtigkeit*). Comenta con amargura la persecución nacionalsocialista de las ideas del maestro, tachándolas de individualistas y liberales, y el consciente abuso que se hizo de su gran postulado de la finalidad, adaptándolo a las más turbias premisas de la política y de la razón de Estado. Por lo demás, dice, la triste experiencia pasada ha ilustrado demasiado a los alemanes sobre la frecuente antinomia de la finalidad y la Justicia y sobre la necesidad de la dogmática del *nullum crimen sine lege* que, al faltar, conduce fatalmente a la tiranía del *nullus civis sine poena*. Se precisa en la actualidad, según el Dr. Schmidt, reintegrar el Derecho penal a su papel honrosísimo de guardián de la cultura, y no de un mero instrumento de poderío del Leviatán, labor ardua en la que la enseñanza de Von Liszt tiene aún mucho de vivo y vigente.

En parecidas razones abunda el segundo artículo, firmado por el Consejero de Estado de Estokolmo Dr. Gerhard Simson, pero referido al influjo de Von Liszt en la política criminal de Suecia (*Franz von Liszt und die schwedische Kriminalpolitik*). Adscribe al círculo de sus inmediatos seguidores locales los nombres cumbres de la ciencia penal, Joan C. W. Thyren, Nils F. Stjernborg y Olof Kinberg, a pesar de lo cual, las realizaciones lisztianas, en lo positivo, son más bien de última hora. Hace resaltar en su doctrina la difícil y valiosa síntesis, lindante en la paradoja, entre la idea liberal de "seguridad jurídica" y la de "seguridad social". Alaba su preocupación por colocar las medidas asegurativas bajo la potestad judicial y su sometimiento a las garantías jurídicoprocesales ordinarias. Por dichas razones, la modernísima sistemática penal sueca ha optado por la

vía única (*Einspurigkeit*) de subsumir la medida de seguridad en la pena. Como lo más valioso y vivo de la doctrina del maestro, estima el sincretismo entre los valores de lo individual y lo social y entre el acto y el autor.

NOWAKOWSKI, Dr. Friedrich, Fiscal y Profesor de Innsbruck: "DIE LEHRE VON DER RECHTSWIDRIGKEIT" ("La doctrina de la anti-juridicidad").

Interesante y agudísimo ensayo de alta dogmática penal, en el que, aparte de sus propios méritos, se incluye rica erudición modernísima en torno al tema, no sólo nacional, sino extranjera. Incluye a este respecto una alusión a las doctrinas egológicas de Carlos Cossío, el original pensador argentino, que, en su sentir, posibilita la conciliación del puro formalismo de Kelsen con los principios de la filosofía de los valores.

El tema de la antijuridicidad, dice el autor, puede ser situado en una perspectiva de "determinación normativa" (*als Bestimmungsnormen*) o de "valoración" (*Bewertungsnormen*), inclinándose decididamente por la segunda, contra el kelsenianismo clásico. Lo hace sobre consideraciones procesales o cuasiprocesales, en cuanto que cada calificación o sentencia es o presupone un juicio de valor, y que valores son las conductas y hasta los eventos. La discriminación valorativa es lo único que, según él, posibilita la subsiguiente de lo jurídico y lo antijurídico. En consecuencia, la antijuridicidad es una idea negativa, un "no valor" (*Unwert*), y no meramente una infracción formal a la norma imperativa o prohibitiva. Aproxímase de este modo a la concepción mezgeriana de la culpabilidad como "expresión jurídicamente desautorizada de la personalidad" (*als rechtlich miszbilligten Ausdruck der Persönlichkeit*).

La visión valorativa de la antijuridicidad implica la incorporación a la misma de los presupuestos políticos, culturales psicológicos, antes en la penumbra y subordinados siempre a los lógicos. Pero esto, en el sentir de Nowakowski, nada tiene que ver con la pura estructura de la antijuridicidad, afectando primordialmente a la esfera de su efectividad. Sirve también, dice, para fijar las nociones de dolo e imprudencia como conceptos valorativos y no simplemente como hechos psicológicos, al modo de Schönke, Engisch y Gerland.

Crítica el artículo la posición de Maurach en el *Grundriss*, fundamentando la jurídicopenal no en las normas de valor, sino en el clásico normatismo de Binding, pero estima que, en el fondo, la teoría de los valores es conciliable con ella y aun con la del finalismo. A esto último dedica, con máxima extensión, el segundo capítulo del artículo.

Considera el finalismo como una emancipación dogmática de la tradicional causalidad ciega, y por lo mismo favorable a una valoración humana de la acción. En su sentir, la real razón de ser del finalismo no es otra que el juicio de la juridicidad o antijuridicidad, esto es, un juicio de valor de la conducta. Aunque aceptando este modo de fundamentar la doctrina, propio de Welzel, el autor califica su ulterior desarrollo de extrajurídico o prejurídico, por las frecuentes alusiones a lo social, y aun de ontológico, en

vista de la constante preocupación welzeliana por la estructura del ser y del humano obrar. Para él, en cambio, esta "noción total de la vida real y social del acto" no debe ser el fundamento del Derecho penal, no cabiendo otro que el "delito jurídicamente valorado". En todo caso, aun reconociendo la originalidad y valía del finalismo welzeliano, estima que, a los efectos de antijuridicidad, siguen siendo preferibles las claras y simples fórmulas de Beling.

La cuestión de discriminación entre antijuridicidad y culpabilidad se desarrolla en el capítulo III del artículo, a la luz de la joven doctrina de los elementos de lo injusto. Para la misma, la antijuridicidad es un concepto objetivo del lado del hecho, y la culpabilidad otro subjetivo, del del autor. Lo ordinario, dice el articulista, es que así sea, pero se dan casos en que lo injusto y lo antijurídico están estructurados como datos personales, cual sucede en la habitualidad de tercería sexual del párr. 180 del Código penal alemán. La perfecta separación dogmática entre antijuridicidad y culpabilidad requiere, necesariamente, una clara precisión del bien jurídico definidor del tipo.

Resumiendo en un último capítulo la deseable construcción positiva de la doctrina de la antijuridicidad, el autor sostiene que en su punto central debe hallarse imprescindible la noción de la violación de un bien jurídico. A ella cabe añadirse la forma y modalidades del acto, pero siempre bajo el presupuesto de una totalidad unitaria y de valoración.

LANG, Dr. Dietrich, Profesor de Bamberg: "ZUR FRAGE DES UNRECHTSBEWUSZTSEINS" ("Sobre la cuestión de la conciencia de lo injusto").

Hasta hace bien pocos años era común opinión el pensar que para la culpabilidad dolosa era imprescindible la conciencia de lo injusto, integrante de la antijuridicidad. Ha sido en base a la doctrina de Radbruch cuando dicha doctrina unánime ha comenzado a ponerse en tela de juicio, pues para el mentado pensador, la conciencia de la antijuridicidad es sólo una exigencia del concepto imperativo del Derecho y no del de simple valoración. En la jurisprudencia alemana siempre se ha considerado la falta de plena conciencia como imperfección del acto, pero con la presunción *juris tantum* de su plenitud contra el acusado. Apréciase, pues, no tanto la conciencia como la exigencia de su "posibilidad", según el punto de vista de Frank Von Hippel, o de su "evitabilidad", en el todavía más moderno y exigente de Von Weber, Welzel y los finalistas. Tales doctrinas constituyen, en consecuencia, una a modo de aminoración de la clásica construcción de la culpabilidad de "pleno conocimiento" y, por lo tanto, un mayor rigor en lo tocante a la inculpación. El articulista afirma que una de las causas que lo han motivado es puramente episódica, la de la necesidad de incriminar conductas en algunos sensacionales procesos de la postguerra, como el de las matanzas sanatoriales, juzgado en Frankfurt el 12 de agosto de 1947. La exigencia de la plenitud de conciencia, al modo tradicional, haría imposibles o muy difíciles tales incriminaciones. El autor insinúa que un pro-

cedimiento para resolver la dificultad y salvar los postulados clásicos de la plena conciencia con los de la evitabilidad pudiera ser la noción dual de la sanción (pena-medida de seguridad), aplicando la pena propiamente dicha en el primer supuesto y la medida asegurativa en el segundo. En cuanto a la opinión de Mezger que considera en crisis tal dualismo, añade que lo que está verdaderamente en crisis es la idea misma de la "pena culpabilidad" (*Schuldstrafe*).

Inserta la Revista las acostumbradas rúbricas de novedades extranjeras, una de Holanda, debida al Prof. Pompe, de Utrecht, y otra de Grecia, firmada por el Magistrado de Atenas Christo Yotis. En la primera se dan sólo noticias del sistema penal y procesal de la ocupación e inmediata liberación; en la segunda se menciona, sin analizarlo, un nuevo Proyecto griego de Código penal que, al parecer, se halla en prensa.

Concluye el número con una reseña detallada de nuevos libros alemanes de Criminología, hecha por el Prof. Seelig, de Graz.

Antonio QUINTANO RIPOLES

BELGICA

REVUE DE DROIT PENAL ET DE CRIMINOLOGIE

Enero 1951

GRAVEN, Jean: "LE SYSTEME DE LA REPRESSION DE L'HOMICIDE EN DROIT SUISSE"; pág. 353.

Se trata de una magistral monografía, de más de 70 páginas, debida a la experta pluma del profesor de Derecho penal de la Universidad de Ginebra, con miras a la reforma actualmente en estudio del régimen existente en Gran Bretaña, que decidió a la *Royal Commission on Capital Punishment* a conocer el sistema legal de represión del homicidio en el extranjero y especialmente en Suiza, ya que por lo que respecta a este país, hasta fecha no lejana acusaba un sistema penal complejo y dispar, puesto que cada cantón federal poseía su propio Código, y las disposiciones que contenían y la jurisprudencia elaborada al efecto resultaban contradictorias, pero que desaparecieron en estos últimos años, al unificar Suiza su régimen penal con el Código penal federal de 21 de diciembre de 1937, que entró en vigor el 1.º de enero de 1948.

La "Introducción" resalta el mérito de la técnica del nuevo Código; el esfuerzo de comprender y desarrollar toda la materia de un modo moderno, racional y flexible, agrupando todos los casos que el ordenamiento encierra, con método de perfecta distribución y claridad de sus disposiciones, breves, completas y precisas. En cuanto a su espíritu, es verdaderamente notable por el liberalismo que le anima y el exquisito cuidado en buscar soluciones de equidad en todos los matices que informa su doctrina.

Las rúbricas que siguen abarcan: *La reglamentación del homicidio*.

1. El homicidio y sus condiciones. A) El acto material homicida, estudiando la muerte en su concepto más extenso, o sea, "el hecho de matar