

## A L E M A N I A

### JURISTENZEITUNG

J. C. B. Mohr. Tubinga. Segundo semestre. Julio-diciembre, 1951

Números 13-14

**JUERG ZUTT: "ZUR GESETZLICHEN NEUREGELUNG DES EINWEISUNG PSYCHISCH KRANKEN IN GESCHLOSSENE KRANKENANSTALTEN"** ("Sobre la nueva regulación legal del internamiento de enfermos psíquicos en hospitales cerrados").

Plántease en este artículo la necesidad de armonizar las necesidades de tratamiento y defensa de anormales con el liberalismo de la novísima Constitución de Bonn, cuyos arts. 2 y 104 estipulan que la autoridad judicial es la única llamada a limitar la libertad de los ciudadanos. Su autor, profesor de Psiquiatría en Frankfurt, lo presentó previamente como ponencia en la reunión de médicos psiquiatras y forenses de Hessen el 11 de noviembre de 1950. Propúgnase la intervención directa de los médicos, especialmente en casos de obvio peligro y en beneficio de los propios enfermos, algunos de los cuales, los alcohólicos sobre todo, únicamente pueden ser tratados eficazmente, si se hace con la mayor celeridad. Sugiere al efecto, como paradigma ideal, una vieja ley badense de 25 de junio de 1910 que, en su sentir, pudiera conciliar las exigencias clínicas con las de la libertad individual.

Se citan y comentan, en este número doble de la Revista, algunas interesantes sentencias del Tribunal Superior de Bonn: entre ellas una de 17 de abril de 1951, según la cual es tráfico de moneda falsa ("Inverkehrbringen") la dación hecha a una persona, aunque esta supiera previamente tal cualidad; y la de 11 de mayo del mismo año que considera lugar cerrado, a los efectos de fractura, los vehículos dedicados temporalmente a habitación.

Números 15-16

**BOCKELMANN, Paul: "ZUR REFORM DES STRAFENSYSTEMS"** ("Hacia la reforma del sistema penal").

Los clamores de reforma penal, procesal y penitenciaria se hicieron sentir en Alemania a partir del derrocamiento del régimen nacionalso-

cialista y en el artículo son examinados con escepticismo y juzgados con severidad por el profesor de Gotinga, que trata así de dar un toque de atención contra las impremeditadas innovaciones de los aficionados y neófitos. Centran estos sus propósitos, a juzgar por las resoluciones votadas en una de las últimas asambleas de 22 de marzo de 1950 (de la "Arbeitsgemeinschaft fuer Reform des Strafvollzuges"), en la abolición de las penas de presidio ("Zuchthaus") que, a su vez, entrañaría la del paralelismo penitenciario con su secuela de sanciones deshonrosas y no deshonrosas, el fin del binarismo entre penas y medidas de seguridad y, sobre todo, la introducción del fin exclusivo de resocialización en todo el sistema penal y penitenciario. En primer término regatea Bockelmann a los reformistas su prurito de novedad, dado que esto y mucho más fue proclamado por la escuela "moderna" de fin de siglo, la U. I. de D. P. y la doctrina político-criminal de von Listz. Reconoce que tales propósitos equivaldrían a resucitar las en otro tiempo implacables querellas de escuela, hoy tan amortiguadas, y ello con finalidades harto dudosas, pues estas disputas se acreditaron por su esterilidad a la vez que por su acritud. Con muy buen sentido se niega a aceptar un credo unitario en la básica cuestión de la finalidad de la pena, que no tiene ni puede tener un propósito único sino múltiple. Asimismo afirma valientemente la eterna verdad del valor de la pena como instrumento de la idea de justicia, que no hay por qué sacrificar absurdamente a la de mera y pretendida utilidad. En torno a este tema siempre actual, que es seguramente el más interesante del artículo y en el que Bockelmann se sitúa decididamente al lado de otros ilustres penalistas alemanes del día, Von Weber y Welzel entre ellos, se examinan las posibilidades que en el vigente Derecho penal caben a las ideas de expiación, tan a la ligera calificadas de caducas por los pedagogos y correccionalistas a ultranza. Tiene como ilusorio el afirmar la pena como un bien, siendo así que para el común sentir, para el legislador y para el penado, es obviamente un mal y debe seguir siéndolo por estimar incompatible el binomio "pena"- "educación". El corregir y el resocializar al delincuente es ciertamente un objetivo muy digno de tenerse en cuenta, pero de ningún modo puede ser el único ni siquiera el supremo del sistema penal; entre otras potísimas razones porque, como indica el autor con singular agudeza, gran número de delincuentes no tienen posibilidad ni siquiera necesidad de corrección. En efecto, no pueden ser corregibles, por definición, los reconocidos "incoregibles", ante cuya indubitada existencia fracasan todos sus programas generosos; pero no pueden serlo tampoco, y esto importa más, los delincuentes ocasionales que infringieron la ley penal no por inadaptación o falta de sociabilidad, sino por una serie de complejos que ni remotamente tienen que ver con su "educación".

Aparte su posición crítica, que es desde luego la más valiosa, el artículo de Bockelmann reconoce la precisión de la reforma, especialmente en el terreno de simplificar los tipos y las penas y, sobre todo, en el de reprimir el enorme abuso (inflación ha llegado a denominarse por alguno) de las disposiciones penales, debiéndose hacer al efecto una perfecta aunque no siempre fácil discriminación entre lo estrictamente penal y

lo administrativo. En materia de ejecución tiene también por urgente la absoluta diferenciación entre penas propiamente dichas y medidas de seguridad, tan a menudo confundidas y abusivamente asimiladas, como acontece en las prohibiciones o limitaciones de actividades profesionales. En el propio terreno de la clásica expiación, sería interesante su decidido enfoque en la finalidad político-criminal utilitaria, para lo que se precisaría una reforma a fondo en materia de rehabilitación y cancelación de antecedentes penales; en efecto, como dice gráficamente el autor, para muchos penados que "cumplen su condena", el momento de tal cumplimiento supone la iniciación de una nueva penalidad innominada por las dificultades sociales y económicas que su situación de ex-presidiario entraña.

\* \* \*

Muy interesante es en el mismo número de la Revista la glosa que el Profesor Mezger hace de una Sentencia del Tribunal Supremo de Bochum, de 26 de abril de 1951, denegando que en el actual sistema jurídico alemán tenga protección penal el honor como patrimonio familiar. El maestro de Munich sustenta la tesis contraria, apoyándola con las opiniones de Schoenke, Kohlrausch, Welzel y otros, consideraciones histórico-jurídicas y sociológicas, pero reconoce que la sentencia se acuerda con la jurisprudencia reciente, incluso la última del "Reichsgericht" de la anteguerra.

\* \* \*

En el número se inserta también una sentida necrología del recientemente fallecido Profesor Von Hippel, debida a la pluma de Welzel.

#### Número 17

**LESS, Günther: "¿GIBT ES STRAFBARE MITTELBARE TAETERSCHAFF WENN DER TATMITTLER RECHTMAESSIG HANDEL?"**  
 ("¿Se da autoría mediata si el intermediario obra justificadamente?").

Trátase en este trabajo de uno de los problemas siempre discutidos en la dogmática alemana en la que, como es bien sabido, el autor indirecto o instigador sólo es responsable a título de tal autor en el supuesto de valerse para su acción de un sujeto inmediatamente activo irresponsable o inimputable. En el supuesto, sin embargo, no de inimputabilidad, sino de justificación, el problema sigue en pie, pues se pregunta con harta razón de dónde recibe el acto su carácter de antijuridicidad. El profesor Less trata de proveer a las diversas dificultades que el asunto plantea en Alemania mediante el análisis separado de la conducta de ambos autores, el mediato y el intermediario, que cree posible en los supuestos que cita, el más concluyente de todos, el de un sujeto que se vale de la buena fe de un policía y de su conducta jurídica para privar de la libertad a un ciudadano con evidente antijuridicidad por su parte. Tal separación, tan lógica y correc-

ta en nuestro derecho positivo, resulta frecuentemente difícil en el alemán, por lo que la postura del Dr. Less ha de considerarse quizá como minoritaria. Estima que para una correcta regulación del asunto es menester una modificación en la estructura total del concepto de delito, orientado actualmente bajo el signo de un predominio absoluto del acto y no de la personalidad del autor.

#### Número 18

Sin artículos de contenido penal, sólo interesa indirectamente a esta disciplina un suelto del Magistrado Dr. Mueller, polemizando con el Profesor Eberhard Schmidt sobre si es posible y conveniente una regulación de la esterilización voluntaria. En tanto que el profesor de Heidelberg se pronuncia, al parecer, afirmativamente y reclama una ley de carácter federal sobre el asunto, el Dr. Mueller no estima procedente esta vía en las normas constitucionales vigentes, prefiriendo una libre reglamentación de los países, al modo de los Estados Unidos y Suiza, donde sólo veintiocho y un estados, respectivamente, aceptaron la esterilización.

#### Números 19-20

Hállase casi totalmente dedicado este número, doble de la Revista al examen de la reforma penal y procesal que en materia de delincuencia contra el Estado y sus órganos acaba de introducir la ley federal de 30 de agosto de 1951 y a la cual se hace detallada referencia en otro lugar de este mismo ANUARIO. Se ocupan de la cuestión el Fiscal de Friburgo, Doctor Schafheutle, en lo tocante al derecho material, y el Dr. Dallinger, del Ministerio de Justicia, en lo que a lo procesal y orgánico afecta.

#### Número 22

ALBERS, Jan: "DIE DESETZUNG DER JUGENDGERICHT" ("La ocupación de los tribunales menores").

El autor, Magistrado de Hamburgo, se ocupa de los efectos que la ley de unificación procesal de 12 de septiembre de 1950 haya de tener en el procedimiento especial infantil y juvenil. Trata muy especialmente sobre la conveniencia del empleo en ellos del escabinato, es decir, la intervención de los denominados "Jugendschoeffengerichte", como venía aconteciendo en la zona francesa. Personalmente se pronuncia por la estricta especialización, en el sentido de la antigua ley alemana de 1923, haciendo ver los múltiples peligros que en materia tan delicada ofrece la intervención de jueces legos o meramente no especializados en asuntos menores.

## Número 24

WÜRTEMBERGER, Thomas: "IST DIE ANWENDUNG DES LÜGEN-DETEKTORS IM DEUTSCHEN STRAFVERFAHREN ZULAESSIG?" ("¿Es admisible el empleo del detector de mentiras en el procedimiento penal alemán?").

Cuestión tan debatida como la licitud del empleo de medios barbitúricos en el testimonio no es igual, aunque si paralela, a la del uso de procedimientos mecánicos de examen, tales como el "detector de mentiras", mediante los cuales se trata de medir el grado de veracidad de una deposición por la aplicación externa de aparatos que registran el ritmo de la respiración, la presión sanguínea de los vasos y hasta la humedad de la piel. Muy usuales en Norteamérica, incluso al parecer por las autoridades de ocupación en Alemania, el asunto es examinado por el profesor de Maguncia, autor de este artículo. Prescindiendo de su eficacia, cuestión muy debatida y diversamente apreciada, se limita en él a exponer la posibilidad legal de su aplicación en el marco de las normas procesales vigentes. La cualidad de involuntariedad en la expresión, revelando profundidades de lo inconsciente le merecen la expresión de "comunicaciones mudas" (*stummen Mitteilungen*). Aunque merezcan éstas la categoría de "testimonios indirectos", lo decisivo es poder precisar si están o no incluídas en la ilícita coacción condenada por el parágrafo 136 de la ley procesal alemana. Seelig sostiene que con tales métodos no se opera sobre la voluntad, limitándose el instructor a valorar observaciones, opinión favorable al "detector de mentiras" de que participa Erbs, entre otros criminólogos y procesalistas. Radbruch, en cambio, mantiene la tesis más rotunda de oposición, asimilándolo al narcoanálisis y estimando que equivale a un retorno a las forzadas confesiones inquisitoriales. Procesalmente, el problema estriba en si el acusado está o no obligado a manifestar toda la verdad; estimando el doctor Würtemberger que no y que, por el contrario, tiene el pleno dominio de disposición sobre su testimonio, el empleo del detector es recusable en derecho alemán.

A la cuestión de si el uso de tales medios de instrucción puede justificarse indirectamente a través de la prueba pericial, como forma de "examen corporal", el articulista lo niega también, pues si bien reposa en efecto sobre apreciaciones físicas, éstas implican reacciones anímicas que rebasan los normales marcos de las diligencias periciales de examen.

A iguales o muy semejantes conclusiones llega el autor respecto a la ilegitimidad del empleo de los medios físicos de inquirir la verdad aplicables a los testigos, bien que en estos el deber de veracidad sea absoluto y los argumentos anteriores no tengan sobre los mismos tanta fuerza legal.

**ARGENTINA****La Ley****QUINTANO RIPOLLES, Antonio: "MEDIDA EGOLOGICA Y CULTURAL DEL JUSNATURALISMO".**

En el número correspondiente al jueves 22 de noviembre de 1951, en su primera página, nuestro colaborador y fino jurista Antonio Quintano Ripollés, echa su cuarto a espadas en la moderna teoría egológica—que tiene en Cossío, el ilustre jurista argentino, su más entusiasta defensor—en el que comienza evocando las enconadas luchas entre los jusnaturalistas escolásticos y los positivistas que culminaron en la clásica pugna de Cathrein, con Bergbohm, la polémica del derecho natural en torno a su misma existencia o inexistencia; como recuerda en la actualidad la crisis del positivismo normativista, con el indubitado renacer del jusnaturalismo que plantea otro problema de muy distinta índole, pues si de un lado afirmase el derecho natural, de otro se ponen en tela de juicio sus tradicionales pretensiones de valores absolutos, las de perennidad y unicidad especialmente. Es como—agrega Quintano Ripollés—, si a la negación atea sucediese en relación con el jusnaturalismo, una posición afirmativa, pero politeísta, y muy acorde con la insobornable hambre de humanismo y realidad característica de nuestro tiempo.

Parte el erudito artículo del concepto de que en una visión real y cósmica del mundo en el espacio y en el tiempo, la idea de un derecho natural único y permanente contradice las más obvias experiencias de cada uno a la vez que las de la historia. Trae a colación la famosa respuesta en la tragedia griega de Antígona a Creon, con referencia a las leyes eternas de Zeus, gloriosa fuente primera del jusnaturalismo occidental, que si hoy vale como pura retórica, en el angosto mundo ateniense del siglo de Sófocles, pudo responder y respondió sin duda a una realidad inconcusa; y pudo recoger la idea Roma, la cristiandad medieval y renacentista, e incluso Europa, en el siglo de las luces, en que la moda divulgada por París o Londres, valía para toda la humanidad con pretensión de universalidad valorativa de "juicios de valor". Aquellos esquemas culturales éticos y jurídicos de los sabios atenienses, del orador romano, del teólogo de Salamanca o del Profesor de Oxford o de la Sorbona, no planteaban siquiera la duda actual de que la naturaleza humana fuese una e igual para todos. En los momentos presentes, ante la diversidad inmensa de lo humano, acreditada en lo horizontal por los progresos etnográficos y en lo vertical por la psicología profunda, ya no puede hablarse de derecho natural con ambiciones de universalidad y eternidad. Cada hombre tiene su derecho natural, pero en la forma y dimensión expuesta por Quintano, y lógicamente individualizando, no excluye ciertas perspectivas sociales, antes bien las implica como consecuencia inmediata de la realidad operante. De este modo queda aclarada la teoría de Cossío, expuesta en "El Derecho en el derecho judicial", considerando "la plenaria personalidad humana, equivalente al yo ac-