

«Kritik der Strafrechtsreform (Crítica de la reforma del Derecho penal), editado por Carl Nedelmann, Editorial Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1968, 170 págs.

Lo que caracteriza a las cuatro contribuciones reunidas en este volumen es su actitud crítica, desde una perspectiva radical, frente a las concepciones jurídicopenales dominantes en la ciencia, la jurisprudencia y la legislación alemanas.

Richard Schmid, en el prólogo del libro, niega toda base científica a la doctrina del libre albedrío, fundamento, a su vez, del principio de culpabilidad en que se basa el Código penal alemán de 1871 y el Proyecto de 1962. Según Schmid, la principal tarea política y legislativa que se fijó el legislador de 1871 consistió en limitar y describir con la mayor precisión posible los tipos y las penas. Los bienes jurídicos a proteger —afirma Schmid— se seleccionaron de acuerdo con las necesidades y concepciones de la Sociedad burguesa-capitalista, predominando la función represiva de la ley penal: así, por ejemplo, la huelga laboral fue sancionada en Alemania hasta principios del siglo como un delito de coacción. No obstante lo expuesto, Schmid no niega que la clara delimitación de los tipos penales en el Código de 1871 no supusiera un progreso frente al Derecho penal anterior. Pero a partir de esa Codificación, critica Schmid, el delito se convierte en un problema de subsunción jurídica y se descuida el deber —vinculado al Derecho estatal de castigar— de prevenir eficazmente la delincuencia y de impedir —mediante la aplicación de medios individualizadores— que el delincuente recaiga. Los esfuerzos de v. Listz, dice Schmid, no tuvieron ninguna influencia, durante décadas, ni en la doctrina ni en la praxis, y el Proyecto de 1962, a cuya crítica está dedicado el libro, no hace más que continuar, en lo fundamental, la actitud descrita.

La primera contribución se debe a Carl Nedelmann y lleva el título: *La reforma de la protección de bienes jurídicos bajo el dogma del principio de la pena*. Nedelmann empieza su artículo recordando cuáles eran para v. Listz los fines de la pena: intimidar a los delincuentes ocasionales, mejorar a los delincuentes capaces de reforma, e impedir (mediante privación perpetua o indeterminada de la libertad) que los delincuentes incorregibles volvieran a delinquir. Von Liszt por esos motivos, y al contrario que sus oponentes v. Bar y Binding, quería que el Derecho penal no dependiese de la valoración jurídica, sino de los resultados de las ciencias sociales. El fin de la pena era, para v. Liszt, prescindiendo del caso del delincuente incorregible, el de la resocialización.

A continuación, Nedelmann pasa a preguntarse cuáles son y quién determina qué bienes jurídicos deben ser protegidos mediante el Derecho penal. En opinión de Nedelmann, el Estado, identificado con una clase social ha puesto a su servicio el Derecho penal para proteger, mediante el poder represivo, los intereses de sólo un sector: la represión se entiende y se impone como aquella que requiere la perpetuación del orden capitalista.

Citando a Maihofer, Nedelmann expone que hoy, bajo la corriente de la dogmática jurídica dominante en la ciencia alemana, casi resulta embarazoso el citar a v. Liszt y a Radbruch. Los penalistas se basan en la teoría pura

y rechazan cualquier ciencia basada, no en ella misma, sino en la experiencia: «rechazan la psicología con la misma decisión con que descuidan la criminología (que, casi siempre, está en sus manos)», sin preocuparse de que las prohibiciones —establecidas en teoría para todos— afecten antes a los pobres que a los pudientes, antes a los desesperados que a los satisfechos. Se hace responsable a los delincuentes porque la dignidad del hombre exige que se admita el libre albedrío, sin que los penalistas —identificados con la racionalidad parcial del Estado— estudien qué condiciones deben darse para que el albedrío pueda desenvolverse libremente.

La verdadera tarea de una reforma del Derecho penal consiste, piensa Nedelmann, en que la Sociedad, en vez de arrojar al delincuente a la pena, como si fuese algo molesto y perturbador, vaya tomando a su cargo, cada vez más, la responsabilidad de aquél. Para ello es preciso que la ciencia del Derecho penal se convierta en una ciencia de las condiciones sociales y, si no lo consigue, que pierda toda influencia en la regulación de la protección de bienes jurídicos, encomendándola a ciencias más cercanas a la realidad.

Al ocuparse de la regulación del error sobre causas de justificación en el Proyecto de 1962 —el sujeto cree, erróneamente, que se dan las circunstancias fácticas de una causa excluyente a la antijuricidad—, Nedelmann critica que los redactores, al legislar sobre la vencibilidad o invencibilidad del error, no hayan tenido en cuenta la tesis freudiana de la «acción fallida», la única que, en su opinión, puede arrojar luz sobre si el error fue vencible o invencible.

En un excursus, Nedelmann reproduce un artículo de la conocida periodista alemana Ulrike Marie Meinhof sobre el proceso seguido contra Jürgen Bartsch, quien asesinó a cuatro niños después de cometer excesos sexuales con ellos. La periodista describe las lamentables circunstancias en que se desarrolló la educación de Bartsch, explicando los aplausos y vítores que se oyeron en la Sala cuando el Presidente de la Audiencia dio a conocer la condena a reclusión perpetua como la reacción de una «Sociedad que, mediante su odio a un asesino de niños, se procura aquella buena conciencia que necesita para callar ante los asesinatos de niños en Vietnam y ante el bárbaro trato que se da a los niños en el propio país y en la propia familia». En casos como el de Bartsch, Nedelmann señala que los tribunales ocultan la responsabilidad social bajo el pretexto de que el delincuente ha actuado con libertad: en este sentido, Nedelmann señala que los miembros de la Gran Comisión, al regular la inimputabilidad, repudiaron la teoría psicoanalítica y se hicieron asesorar por los psiquiatras y neurólogos, como representantes de una ciencia que tampoco ha acogido el psicoanálisis.

Nedelmann concluye que el Proyecto de 1962 supera en injusticia al Código penal alemán vigente, y estima que si bien el Proyecto Alternativo continúa en gran parte sobre la base del pensamiento penal tradicional, no obstante supone un notable avance frente a la situación vigente en cuanto que limita considerablemente el campo de las penas de privación de libertad y abandona el rígido principio de retribución según la gravedad del hecho.

La siguiente contribución se debe a Peter Thoss y lleva el título: *Sobre la relación de núcleo y límites de la reforma; en especial de los delitos contra la propiedad*. Thoss piensa que la Gran Comisión de Derecho penal, como

plataforma jurídica, no estaba legitimada para ser ella exclusivamente la que reformase el Derecho penal; por ello no fue capaz de preparar las decisiones políticas sobre base científica, pues no percibió los límites de competencia de una discusión jurídica ni que era preciso esclarecer, primero, los determinantes sociales de la reforma.

Thoss estudia hasta qué punto están en conflicto los tipos penales tradicionales con la Ley Fundamental de Bonn que concibe a la República Federal de Alemania como un Estado social y de Derecho. En opinión de Thoss, el principio del Estado social significa que hay que rechazar la creencia en la armonía preestablecida del reparto de bienes: el Estado debe redistribuir los bienes para crear una auténtica igualdad de oportunidades, lo que puede hacer mediante la asistencia a los menos favorecidos y mediante una política fiscal que grave a los pudientes. Según la Ley Federal de Ayuda Social, todo alemán tiene derecho a llevar una vida conforme con la dignidad humana; la ayuda que tiene derecho a exigir del Estado comprende alimentos, alojamiento, vestido, enseres domésticos, calefacción, necesidades de la vida cotidiana y participación en la vida cultural.

Estos principios son también vinculantes para el Derecho penal. Por ello, Thoss estima que son anticonstitucionales, los §§ 248 a y 264 a del vigente Código penal y los preceptos correspondientes del Proyecto. En esas disposiciones se castiga, si bien con penas suaves, a los que hurtan y estafan por necesidad. Aquí, piensa el autor, se está defendiendo el *status quo* del reparto de bienes, a pesar de que el ataque del delincuente se dirige a participar en un mínimo de los bienes materiales: un Código penal así se expone a la sospecha de ser un instrumento de una «justicia de clases».

Desde la perspectiva del Estado social, Thoss estima también intolerable que los delitos tributarios —una criminalidad característica de las clases sociales pudientes— sean considerados por la legislación alemana «delitos de caballeros» y que no figuren en el Código penal —«el núcleo del Derecho penal»— sino en leyes especiales, a pesar de que esos delitos atacan esencialmente las funciones de un Estado social, en cuanto impiden que éste obtenga los bienes que ha de redistribuir.

También están escritas desde la misma perspectiva radical las dos últimas contribuciones que figuran en el libro: *Reforma del Derecho penal sexual*, de Hubert Bacia, y *La problemática de la protección anticipada del Estado*, de Walter Ammann.

E. G. O.

MILLE MILLE, Gerardo: «Delitos contra la economía nacional». Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Caracas, 1968, 311 págs.

Cada vez es más necesaria una mejor articulación de la defensa penal del patrimonio. Los Códigos vigentes sólo castigan los ataques al Patrimonio individual y esto cuando se realizan con los medios clásicos, realizados en gran escala, los que tienen un dolo específico tan encubierto que hasta puede pasar por acierto financiero, los que no tienden a dañar a economías individualizadas determinadas sino a los grandes intereses patri-