

detención las novedades establecidas por la 2.^a Ley de Reforma penal. Entre ellas sobresale la denominada *Verwarnung mit Strafvorbehalt* (que data del Proyecto Gürtner de 1936), el Tribunal de ejecución de penas (*Vollstreckungsgericht*), la suspensión condicionada de alguna medida de seguridad, etc.

RIESS, Peter: «Die Anforderungen der Strafrechtsreform an die Gerichtshilfe» (Las exigencias de la reforma jurídico-penal en la asistencia judicial); págs. 304-319.

Aboga el autor por la institucionalización jurídica de una asistencia judicial que puede perfectamente encuadrarse en los fines y derroteros tomados por la reforma penal de 1969, mediante la formación de verdaderos y variopintos equipos judiciales, integrados en las tareas de la administración de justicia.

Cierra el número Johannes Krause con un estudio de la evaluación y computo de los resultados obtenidos en la aplicación de la condena condicional bajo régimen de prueba y de la vigilancia probatoria en Baden-Württemberg.

Anexo a este número va un impreso especial que incluye las nuevas disposiciones sobre condena condicional, régimen de prueba y libertad condicional introducidas a partir de 1969 en todos los cuerpos legales penales.

PEDRO-LUIS YÁÑEZ ROMÁN

Juristenzeitung

Núms. 11-12, 1971

BURKHARDT, Björn: «Das Unternehmensdelikt und seine Grenzen», (La tentativa como «delictum sui generis» y sus límites); págs. 352-358.

Parte Burkhardt de la definición que el párrafo 46 a del *StGB* alemán nos ofrece del llamado «*Unternehmensdelikt*», expresión que se encuentra, asimismo, en los párrafos 81, 82, 122, 184, 316 a, 357 y 360 n.º 5 (1) del mismo cuerpo legal, pero cuya transposición literal al idioma castellano resulta del todo imposible, por cuanto se prestaría a confusiones sin cuento traducir el término alemán por «delito de empresa», etc. De ahí que haya de recurrirse a la expresión ya consagrada de «delito puro de tentativa» o a la de delito autónomo de tentativa, etc., para todos aquellos supuestos en los que no se trata sino de delitos en los que, a causa de la impaciencia del legis-

(1) § 81 (Alta traición contra la Federación); § 82 (Alta traición contra un estado de la Federación); § 122 (Amotinamiento de reclusos); § 184 (Difusión de publicaciones pornográficas); § 316 a (robo o atraco en autopista); § 357 (Prevaricación de un funcionario público); § 360, núm. 5 (despachar sin autorización impresos públicos, sellos, etc...).

lador —según ponía de relieve Binding, en relación con el delito de alta traición (2)—, la fase de consumación se adelanta al estadio de la tentativa, siendo por tanto equiparados ambos grados del *iter criminis*; razón por la cual, creo preferible a aquellos otros el empleo del término «*tentativa como delictum sui generis*», hecho ya por Sauermann en un estudio sobre este tema y que Burkhardt incluye en una nota a pie de página; estudio titulado: *Der Versuch als delictum sui generis*, «Strafrechtliche Abhandlungen», cuaderno 227, 1927.

En supuestos tales se identifican pues las fases de tentativa y de consumación del delito; la delimitación de la tentativa como categoría de delito autónomo de los actos puramente preparatorios se verifica, no obstante, con arreglo a los principios enumerados en el párrafo 43, ya que si bien es cierto que en esta clase especial de delitos los estadios de consumación y de tentativa coinciden, por cuanto, según ponía ya de relieve Max Ernst Mayer (3), «*der Anfang der Ausführung des Unternehmens ist das Unternehmen*» o, lo que es igual, el inicio de la ejecución de la tentativa es la tentativa —razón por la cual parece obvio que no es posible hablar de una tentativa de la tentativa (4)—, no ocurre, sin embargo, lo mismo con la tentativa concebida como *delictum sui generis* respecto a los actos puramente preparatorios, de los que aquélla resulta perfectamente diferenciable, como Binding destacaba, refiriéndose a la conspiración para el delito de alta traición, sin la cual resulta inimaginable el comienzo de la ejecución de actos constitutivos de tentativa, que, por ende, supondrían, en este caso, la consumación del delito (5). Lo que no es obstáculo para que, en otros supuestos, se eleven actos puramente preparatorios a la categoría de delito autónomo independiente.

Por otro lado, sólo a título excepcional, esto es, únicamente en los casos expresamente establecidos por la ley, cabe admitir el desistimiento, habida cuenta de que lo prohíbe de modo expreso el párrafo 46. Lo mismo cabría decir respecto al arrepentimiento espontáneo activo.

El autor enumera, acto seguido, las dos posturas de pensamiento existentes actualmente en torno a dos problemas cruciales en lo tocante a esta especie de delitos: una, relativa a si podrían abrirse caminos para crear posibilidades reales y legales de desistimiento junto a los supuestos prohibidos;

(2) BINDING, K.: *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, BT., 1905, tomo 2, 2, 446-447: «... con otras palabras, toda tentativa de alta traición debe ser considerada en sentido teórico como delito consumado».

(3) MAYER, M. E.: *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2.^a ed., 1923, 349, nota 17, donde destaca que la definición legal del párrafo 82, que, desde un punto de vista literal y material no podría ser peor, vale únicamente para la alta traición. En la página 350, habla MAYER de tentativa como *delictum sui generis*...

(4) MAYER, M. E.: *Der Allgemeine Teil...*, 350; BINDING, K.: *Lehrbuch...*, BT., 2, 2, 447, nota 2, citando a THOMSEN y señalando cómo al caracterizar el delito de alta traición con el término «*unternehmen*» la mera referencia al párrafo 43 sería lógicamente errónea: pues el «*unternehmen*» comienza con la tentativa, y, así, sería inimaginable una tentativa de la tentativa.

(5) BINDING, K.: *Lehrbuch...*, BT., 2, 2, 447: «... Lo contrario a estos actos de ejecución inmediata lo forma claramente el complot para el delito de alta traición..., sin que se haya llegado con ello al inicio de una acción punible con arreglo al párrafo 82...»

y otra, referente a si existiría la posibilidad de ampliar los principios enumerados en el párrafo 46 a a tipos de delito, como los contenidos en los párrafos 125, 257, 292, 330 c en los que viene a castigarse determinadas acciones tendenciosas pero sin que llegue a ser utilizado el concepto o término «*unternahmen*» (delito autónomo de tentativa).

En lo sucesivo, Burkhardt esboza, en primer término, la interpretación que la jurisprudencia y la doctrina ofrecen de las reglas del párrafo 46 a, para mostrar, en segundo, con innegable acierto, la inexactitud, tanto gramatical como dogmático-jurídica, que implica la utilización en el párrafo 46 a de un término que alude al mismo concepto técnico-jurídico de la tentativa que el previsto en el párrafo 43 del Código penal. Por lo que propone un replanteamiento en torno a la fijación jurídico-conceptual de un término de tentativa apto para estos casos, en los que esta última aparece configurada como «*delictum sui generis*».

La crítica desplegada por Burkhardt abarca el concepto propio de la tentativa que deba utilizarse en el párrafo 46 a, proponiendo, de *lege ferenda*, la supresión del término «*unternahmen*», de enorme imprecisión técnico-conceptual, por cuanto obliga al intérprete a remitirse al concepto de tentativa insito en el párrafo 43, lo que, a todas luces, implica utilizar un principio idéntico para supuestos evidentemente diversos; por lo que, tratándose del párrafo 46 a, sólo restrictivamente podría aplicarse el concepto de tentativa expuesto en el 43; a no ser, subraya Burkhardt, que se tratase de una infracción criminal que tuviese la categoría de delito grave, en cuyo caso sí podría hablarse de tentativa punible con arreglo al 43 del *StGB* alemán. Finalmente, destaca nuestro autor que únicamente en los casos previstos en la ley debería admitirse un desistimiento impune en el supuesto de una tentativa.

En resumen, un sintético, pero exhaustivo artículo, en el que puede atisbarse gran parte de la problemática que en la doctrina y en la jurisprudencia penales alemanas ha supuesto la inserción de «ese cuerpo extraño» que son los delitos puros de tentativa o, para ser más exactos, los casos de tentativa configurada como «*delictum sui generis*».

PEDRO-LUIS YÁÑEZ ROMÁN

Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform

Año 24, fasc. 1.º, marzo de 1971

HOHMEIER, Jürgen: «*Soziale Verhaltenstypen bei Insassen von Strafanstalten*» (Tipos de conducta social de los internos en los establecimientos penales); págs. 1-9.

Uno de los resultados más destacados obtenidos en los estudios realizados en las prisiones norteamericanas es el de que los reclusos de un establecimiento penal no forman una masa homogénea de individuos con idénticas reacciones y modelos de conducta, sino, antes bien, suele resultar un número