

EL DERECHO PENAL ALEMAN DESPUES DE LA II GUERRA MUNDIAL

Crónica de novedades jurídico-penales alemanas, por el profesor Dr. Helmut Von Weber, de la Universidad de Bonn. (Traducción de Quintano Ripollés.)

En el "Boletín Oficial Federal" del 1 de septiembre de 1953, se ha dado a conocer el texto refundido del Código penal alemán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley tercera del 4 de agosto anterior. El propósito ha sido, primordialmente, no de reforma, sino de depuración del espíritu político nacional-socialista, ya que una reforma a fondo—pendiente y siempre fracasada en Alemania desde hace medio siglo—hállase, a su vez, planeada por el Ministerio Federal de Justicia y prevista para la próxima legislatura. Es todavía imposible prever su alcance y sus aciertos, pero cabe decir que el tiempo de las pequeñas modificaciones apresuradas y provisionales parece ya periclitado. Tanto la Jurisprudencia como la Investigación y la Enseñanza precisan un asentamiento legal que les permita madurar su evolución en el transcurso de algunos años.

El proceso de la restauración de la Ley penal después del período nacional-socialista no siempre ha transcurrido sin penosos episodios. Los primeros ataques de las Potencias ocupantes al Derecho penal alemán para liberarlo de los influjos nazis de los últimos años fueron, sin duda, necesarios, pero más bien inorgánicos y plenos de evidentes lagunas. Antes de la constitución de la República Federal, en el año 1949, habíase multiplicado la legislación penal de los diversos Estados, con el consiguiente riesgo para la unidad jurídica alemana. El primer Parlamento federal ocupose desde sus comienzos con materias penales, a partir, sobre todo de la importante Ley de reforma penal de 30 de agosto de 1951, reintroduciendo la abolida protección penal al Estado y sus fundamentales instituciones. Siguiéron la Ley para la protección de la libertad personal, de 15 de julio de 1951, la Ley penal económica, de 25 de marzo de 1952, la de Infracciones gubernativas, de la misma fecha, y, en fin, la citada de refundición y depuración de 4 de agosto de 1953, fecha en que se promulgó, asimismo, la nueva Ley de Tribunales de menores.

La restauración del orden penal que las citadas disposiciones, entre otras de menor trascendencia, entraña, no supone, sin más, un retorno puro y simple a la legalidad anterior al 30 de enero de 1933, fecha de la toma del poder por el Nacional-socialismo. El hacerlo así, como lo hizo Austria y como propugnaros en un principio las Potencias ocupantes, pudo resultar quizá lo más fácil, pero no ciertamente lo más justo ni lo más científico. Por grande que fuere el grado de depravación que en el terreno de lo jurídico-penal introdujo

el régimen derrocado, es incuestionable que no podían borrarse de un trazo de pluma doce años de progreso, como si, en efecto, todo lo realizado en la materia por el III Reich fuere inexcusablemente malo. Esto no era cierto, entre otras razones, porque su régimen vino a adoptar, en algunas materias, postulados y reformas que ya desde 1927, y aún de antes, interesaban a la ciencia alemana, sobre todo a la formada en el espíritu de la Escuela de Von Liszt. El buen sentido se impuso, afortunadamente, eligiéndose el camino más difícil, no de derogación, sino de depuración, procurándose alejar de la legislación todo lo que en ella existía de concesión al espíritu y concepciones nacional-socialistas, incompatibles con el nuevo orden de un Estado de Derecho. Así desaparecieron, naturalmente, los preceptos relativos a la incriminación analógica *in pejus*, el uso de la pena de muerte con finalidades notamente terroristas, las concepciones de la Alta traición y de los delitos contra la seguridad interior del Estado que suponían una protección al régimen totalitario y, en fin todas las normas referentes al estado de guerra. Ciertamente no fué tan natural la abolición de los preceptos protectores de las Fuerzas armadas, realizada con el propósito de herir al militarismo alemán, siendo de suponer que se echen de menos y se proceda a salvar la laguna el día en que se ponga en vigor el Pacto de la Defensa Europea.

Entre las diversas normas penales que subsistieron, procedentes del derrocado régimen, son de citar las introducidas en materia de delincuencia habitual por la Ley de 24 de noviembre de 1933, con la serie de medidas de seguridad previstas para alcohólicos, vagos y profesionales, tales como internamiento en asilos, casas de temperancia y de trabajo (si bien estas últimas, por razones desconocidas, fueron, a su vez prohibidas en la Zona americana), aunque se prescindió de la más radical de todas, la tan discutida de la esterilización. La medida de prohibición de oficio mantúvose, en cambio, reintroduciéndose por la Ley del Tráfico de 19 de diciembre de 1952 (parágrafo 42 n. del Código penal), así como la de cierre de establecimientos, tan frecuentemente usada en el Derecho penal económico. En el orden de la delincuencia juvenil las medidas disciplinarias y de corrección fueron, generalmente, respetadas, incluso la del llamado "arresto juvenil" de 1940, que prevalece en la Ley vigente.

En materia de principios es de observar que subsiste la norma de la accesoriidad limitada de la participación criminal, introducida en 1943, según la cual, cada participante en un delito responde primordialmente por su propia culpabilidad y no por el grado de la participación misma. Principio que suscitó bastante oposición, singularmente por lo ambiguo del término "culpabilidad", pero que merece ciertamente subsistir por ser mayores sus ventajas que sus inconvenientes, sobre todo por lo que tiene de simple el sistema individualizador al prescindir de la imputabilidad o inimputabilidad de conductas ajenas.

Mayor es todavía el número de innovaciones del tiempo nazi que persisten en el Derecho vigente de la parte especial, debiéndose citar aquí únicamente las más importantes. Así permanece, desde luego, la tipificación del asesinato introducida en 1941, reposando no ya sobre la premeditación, sino sobre la reprochabilidad de los motivos y forma de ejecución de la muerte. Permanecen, asimismo, la ampliación del tipo de falsa inculpación y de infidelidad, el reforzamiento de la protección a la caza y pesca (pars. 292 y siguien-

tes), al honor y la familia (par. 170 a), la ampliación y agravación de los delitos de homosexualismo, el secuestro de niños, la omisión de socorro (par. 330 c), etc. Integralmente subsiste la Ley penal protectora de animales. En algunos de los citados preceptos se han procurado mejoras de redacción y a veces disminución en la cuantía de las sanciones, pero sin afectar a su sustancia.

El legislador federal no se ha conformado, por supuesto, con las reformas de detalle y de carácter depurativo, pues ha emprendido, aunque con circunspección suma, ciertas innovaciones más trascendentales. En lo que toca a penalidades, la mayor de todas ha sido la abolición de la pena de muerte, por imperativo constitucional del artículo 102 de la Ley fundamental de 1949. Acordada por reacción al abuso de dicha penalidad durante el régimen del III Reich, ello explica que se hayan adherido a la radical medida muchos pensadores que en principio no son enemigos de la pena capital, haciendo dudar que la abolición permanezca, pese a que su consagración constitucional sea una grave dificultad para el restablecimiento, incluso en el ámbito del futuro derecho militar.

Una segunda innovación, ésta aportada por la Ley del 4 de agosto de 1953, es la de la adopción del sistema de suspensión condicional mediante prueba acordada por el Juez (pars. 23 y sigs. del Código penal), y no como hasta ahora a modo de gracia por los Gobiernos de los países federados. A sus ventajas como institución jurídica y judicial, no gubernativa, se unen las propias de la unificación, antes inexistente. Difiere del sistema anglosajón de la *probation*, en que lo suspendido es, efectivamente, la ejecución de la pena y no el pronunciamiento de la sentencia, aunque en lo demás siga lo esencial de su régimen, notablemente en cuanto a vigilantes, análogos a los *Probations officers* (*Bewährungshelfer*). Más próxima a la institución anglosajona se halla la Ley de Tribunales de menores, en la que dicha vigilancia es obligada (par. 57 de la Ley) y en que lo suspendido es el pronunciamiento de la sentencia (par. 27). La imposición de condiciones de vida y de control sobre la conducta del condicionalmente liberado hace que algunos hablen, no sin razón, de que el nuevo sistema implica una nueva pena innombrada, consistente en sustituir la privativa de libertad por otra respectiva de la misma. Por lo que respecta a las penas en el derecho de menores se ha cambiado el nombre de prisión por el de "pena juvenil" y, al mismo tiempo, para evitar las antipedagógicas medidas de corta duración, se ha aumentado su mínimo de duración a seis meses.

De relevante significación es la segregación de lo injusto administrativo del campo del Derecho penal propiamente dicho (el llamado Derecho penal criminal), primero incorporándolo al de carácter económico y luego, ya de un modo al parecer definitivo, al del Derecho penal gubernativo. Dicho Derecho, edificado sobre un injusto especial, distinto del criminal, es susceptible tan sólo de penas pecuniarias, no específicamente criminales, impuestas por la autoridad administrativa, pero siempre con posible recurso judicial. Impuesto este sistema en tiempo de guerra y de dificultades económicas, a los efectos de inmediata utilidad deriva teóricamente de la idea de que entre la infracción administrativa y la criminal existe una diferencia no sólo de grado, sino también cualidad. La verdad es, sin embargo, que todos los esfuerzos para fijar el límite de esa diferenciación cualitativa (por ejemplo, en el par. 6 de la Ley penal económica) han fracasado en la práctica.

En relación con el Derecho penal juvenil ha quedado definitivamente descartada la posibilidad, aun en los supuestos más graves de recurrir a las normas del Derecho penal común. Se ha ampliado, en cambio, su radio de acción, conforme a las tendencias más recientes, posibilitando la aplicación de sus normas a los jóvenes de dieciocho a veinte años. Respecto a ellos, en vez de aplicarles simplemente una circunstancia de atenuación, puede acordárseles la plena jurisdicción de los Tribunales de menores, a tenor de los párrafos 105, 106 y 108 de la Ley, siempre que su conducta se acredite como típicamente "falta de juventud".

En la parte especial del Código, la Ley de 1953 ha introducido solamente innovaciones de inminente urgencia. Así, en materia de circulación, el delito de fuga del causante de un accidente (par. 139 *a*) y en la de delincuencia contra el Estado, el restablecimiento de la de traición y contra la seguridad interior. En esta última valen como novedad, sobre todo, la figura de rapto con fines políticos, creada por la Ley de 15 de julio de 1951 (en el caso Kemritz) e incorporada al par. 234 *a* del Código, así como la de "suspición política" del par. 241 *a*, propias para combatir los nuevos métodos de la llamada "guerra fría".

Menos decisivas que en el Derecho material son las reformas en lo procesal penal. Después de 1945 quedaron en este campo igualmente amenazados los postulados de la unidad jurídica, reducida a la tripartición de zonas hasta la constitución de la República Federal, que trajo consigo, a su vez, la unificación procesal y orgánica merced a la Ley de 12 de noviembre de 1950. En ella se corrigen notorios abusos del pasado régimen, principalmente el que suponía la debilitación de la defensa del inculpado, la desorbitada ampliación de las facultades del Ministerio fiscal, la presencia de tribunales de excepción y la falta de independencia del Poder judicial. Además de restablecerse la normalidad propia de un Estado de Derecho, se han procurado algunas mejoras precisamente a la luz de las tristes experiencias vividas. Ya en el artículo 104 de la Constitución se establece que la libertad personal únicamente puede ser menoscabada en virtud de un precepto legal y mediante la acción del Juez. Completando el precepto constitucional, la Ley unificadora de 1950 reduce la detención policíaca solamente a un día. En la propia instrucción prohíbense expresamente en el párrafo 136 *a* de la Ley procesal las formas coactivas de interrogatorio, así como el empleo del narcoanálisis y de los detectores de mentiras.

Al reaparecer bajo el régimen de ocupación los tribunales locales de lo criminal, lo hicieron conforme a las normas preexistentes, incluso en la participación de jurados, después de su desaparición durante la guerra, siendo los últimos en restablecerse los de la jurisdicción de menores. Únicamente el Tribunal Supremo, el *Reichsgericht*, quedó sin resurgir, con los obvios inconvenientes que ello entrañaba para la deseable unidad de las decisiones jurisprudenciales. Para paliarlos, creóse primero en la Zona británica un Tribunal Superior en Colonia, a partir de 1948, sustituido por uno verdaderamente Supremo para todo el territorio federal en 1 de octubre de 1950, establecido en Karlsruhe (el *Bundesgerichtshof*). Procuráse en él guardar las tradiciones del

antiguo *Reichsgericht*, incluso en el personal, siendo su actual Presidente miembro del anterior, si bien la mayoría de magistrados y fiscales no pudo ser incorporado a su servicio por quedar Leipzig en la Zona soviética y haber sido internados, y a veces muertos en los campos de internamiento.

La jurisprudencia del Tribunal de Karlsruhe prosigue asimismo, en general, las enseñanzas del *Reichsgericht* de Leipzig, sin estar formal ni obligatoriamente vinculado a sus precedentes. Por lo mismo ha innovado también en la materia, como lo prueba, entre otras, la nueva jurisprudencia sobre el error de derecho, que ya traté en este mismo ANUARIO (T. VI, fascículo I). También se ha visto abocado a juzgar el nuevo Tribunal Supremo conductas criminales perpetradas en tiempos del nacional-socialismo, con la consiguiente dificultad de apreciar "lo injusto legal" y "colisión de deberes", dimanante de la obediencia a un orden jurídico a la sazón vigente.

En lo tocante a publicaciones científicas el año de 1945 obligó en muchos aspectos a cambios radicales. De un lado, para liberarse de la ideología nacional-socialista en gran parte dominante, y de otro, como consecuencia de las modificaciones legales sufridas. A ello había que añadir lo difícil de la situación material, por la imposibilidad de suministrar obras los grandes depósitos y editoriales de Leipzig, así como por la escasez de medios económicos de todo orden. Únicamente después de la reforma monetaria de 1948 comenzó a reponerse la producción bibliográfica alemana, que en lo penal no ha logrado todavía la normalidad deseable.

He aquí algunos cambios notables en materia de Tratados. Los famosos de Von Liszt-Schmidt (26 edición, en 1932) y Allfeld (9 edición, en 1934) no han reaparecido aún. La urgente necesidad de libros pedagógicos obligó a la confección de reducidos manuales (el de Von Weber, en 1946, con 2.ª edición, en 1948; de Maurach, en 1948; de Welzel, 2.ª edición, en 1949). Muy favorecidos son, asimismo, los cortos Tratados de Mezger (su parte general, 4.ª edición, de 1952; parte especial, 3.ª edición, 1952, y Criminología, 1951), cuyo Tratado, de 1933, reapareció en 1949. Amplio es también el de Sauer, de 1949. Carácter de verdaderos Tratados, bien que circunscritos a la parte general, son las exposiciones de Wegner, en 1951, y de Hellmuth Mayer, en 1953. Dos apreciables Tratados de la parte especial han publicado Nethhammer, en 1950, con jurisprudencia casi exclusivamente del *Reichsgericht*, y Maurach en 1952.

Los Comentarios han conseguido generalmente una mayor continuidad. El tan conocido de Frank todavía no ha aparecido (la última edición, la 16, data de 1931). Su lugar lo ha ocupado en la práctica el Comentario del recientemente fallecido Schönke (6.ª edición, en 1952). Las nuevas ediciones del Olshausen (la 12) y del Comentario de Leipzig (la 6.ª y 7.ª) iban apareciendo por entregas durante la guerra, suspendiéndose luego la publicación. El segundo ha reaparecido, al fin, en 1953, pero se ha hecho necesaria la reelaboración de la primera parte para ser liberada de su espíritu nacional-socialista. Nuevamente asequibles son los Comentarios, muy apreciados en la práctica, de Schwarz (15 edición, en 1952) y Kohlrausch-Lange (30-40 edición, en 1950, con apéndice de 1952).

La bibliografía procesal penal se ha visto enriquecida con numerosos títulos. Como manuales son de citar los de Exner (1948), Henkel (1950), Stock (1952), los Tratados reducidos de Kern (3.ª edición, 1953) y el Tratado de Peters, de 1952. Una posición intermedia entre el Tratado y el Comentario lo constituye el original "Tratado Comentario" de Eb. Schmidt (primera parte aparecida en 1952 y la segunda por aparecer aún). El clásico Comentario de Löwe-Rosenberg ha sido reeditado por Lingemann y Niethammer en su 20.ª edición. El Comentario manual de Schwarz apareció en 1951, en su edición 14. Completamente nuevos son los de Erbs, de 1950, y de Kleinknecht, Müller y Reithberger, del mismo año.

Sensibles lagunas se delatan todavía en la publicación de revistas especializadas. El Tribunal Supremo Federal sigue publicando sus decisiones en la misma forma periódica que el *Reichsgericht*. En lo que respecta a revistas científicas, las penales tardaron en reaparecer, llenando su puesto otras jurídicas de carácter general, como el *Juristenzeitung*, de Tübinga; el *Monatschrift für deutsches Recht*, de Hamburgo; el *Juristische Rundschau*, de Berlín, y el *Neue Juristische Wochenschrift*, de Munich. Hasta 1951 no reapareció el *Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft*, fundado por Von Lászt, haciéndolo con su tomo 63. En 1953 volvió a ver la luz el *Goldammer's Archiv*, que había sido fundado en 1853. En cambio, el *Monatschrift für Kriminologie*, de Aschaffenburg, no ha anunciado todavía su publicación.

Naturalmente habría que añadir a lo reseñado otras muchas publicaciones de carácter monográfico, principalmente en torno al comparatismo y a los procesos de Nuremberg, en los que destacan las publicaciones de Jescheck, sobre toda su obra: "La responsabilidad de los órganos estatales según el Derecho Internacional", de 1952. Muchos "Libros Homenaje" contienen asimismo materias penales, notablemente los dedicados a Rosenfeld y a Sauer (ambos en 1949). El tiempo de las grandes monografías, sin embargo, parece que no ha llegado todavía, por lo cual quedan a la ciencia penal alemana muchas tareas que cumplir antes de que alcance de nuevo el antiguo nivel logrado.