

los demás. Una indicación muy exacta y muy completa de las obras alemanas de Derecho criminal desde el fin del siglo último, ha sido hecha por Binding. *Bosquejo del Derecho criminal alemán. I Introducción y parte general*, 4.^a edición, Leipzig, 1890, págs. 43 á 48. Véase también von Liszt, en su *Curso* (5.^a edición, 1892), págs. 64 á 66. Una pequeña colección de las concordancias de los Derechos criminales se hizo para el Zollverein alemán, es decir, para esta asociación con carácter económico de los Estados alemanes, en la cual, desde los treinta primeros años del siglo XIX, la política prusiana había depositado con mano pródiga los primeros gérmenes del Imperio alemán. La Ley de unión aduanera, vigente todavía hoy, de la Confederación del Norte, de 1.^o de Julio de 1869 (Diario Oficial, pág. 355), contiene los principios del Derecho criminal, contenidos ya en los tratados anteriores.

II. Origen y formación del Código penal (1).

§ 3.^o Resumen histórico del período que precede á los proyectos.

Desde antes de la época de la constitución de la Confederación alemana del Norte, se habían ya elaborado varios proyectos de un C. p. común. La Constitución del Imperio de 1849 trazaba en el § 59 (64) su programa de fundar la unidad de la Legislación para la nación alemana, redactando Códigos generales, civil, de comercio y cambio, penal y de procedimiento. En su virtud, se propuso por el Ministerio de Justicia un proyecto de C. p. común para toda Alemania. «En él se considera, desde el punto de vista del Derecho criminal, toda la Alemania como un Estado único, borrando dentro de las fronteras toda distinción entre el interior y el exterior» (2). Conforme á los principios adoptados en la Constitución del Imperio (1849), el proyecto prusiano (!) abolía la pena de muerte. Con la rápida caída de esta Constitución en proyecto, resultó sin objeto y se perdió, á excepción de algunos ejemplares. Una proposición de Baviera (á la dieta de Francfort) para examinar la posibilidad y utilidad de una Legislación penal y civil uniforme (1859), no tuvo eco en esta asamblea tan dividida. Aun entre las mismas personas competentes, la necesidad de semejante Legislación se dejaba sentir tan poca cosa, que hasta el proyecto de constitución de la Federación alemana del Norte propuesto al Reichstag constituyente de 1867, no comprendía el Derecho penal entre los objetos de una Legislación federal. Y cuando los diputados Miquel y Lasker presentaron una

(1) Binding, *Manual* I, §§ 9 á 18, págs. 48 á 96; el mismo, *Bosquejo*, 4.^a edición, § 15, Rubo, Comentario al Código penal del Imperio alemán y á la Ley de 31 de Mayo de 1870, etc. Según las fuentes oficiales. Berlín, 1879, págs. 1 á 84. Rüdorff, *Código penal del Imperio alemán*, con comentario, 4.^a edición revisada y con referencia, especialmente á la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, por M. Stenglein, Berlín, 1892, págs. 6 á 26 y 35 á 38.

(2) Rüdorff, (Stenglein) pág. 8.

moción en ese sentido, el célebre criminalista sajón, el procurador general de Schwarze, declaraba que, en su opinión, era imposible entonces, ni durante largo tiempo, poseer un C. p. común.

¡Felizmente, la idea de la unidad alemana se imponía por encima de todas las opiniones individuales! Karl. von Wächter, entre otros, defendió con elocuencia el programa nacional, cuya justicia le parecía tan clara y evidente como la luz del sol. El Derecho penal fue comprendido en el art. 4.^o, núm. 13, de la Constitución de la Confederación alemana del Norte, entre los objetos de la legislación federal. A partir de la primavera del año siguiente (18 Abril 1868), el Reichstag de la Confederación del Norte resolvió invitar al Canciller para que preparase las leyes penales y de procedimiento criminal. El Consejo federal se asociaba á esta decisión. Falto de órganos en la Confederación para realizar la preparación de esas leyes, el Canciller pedía al Ministro de Justicia de Prusia que redactara un proyecto.

§ 4.^o Los proyectos.

El Dr. Friedberg, Consejero íntimo superior de justicia (*Geheimer Oberjustizrat*), más tarde Ministro de Justicia de Prusia, fue el encargado de la preparación del proyecto de ley. Uniéronse á él el Juez de distrito prusiano Rüdorff y el Asesor prusiano Dr. Rubo. Una Memoria de Friedberg dirigida al Consejo federal, de 21 de Noviembre de 1868 desenvolvía el programa que el redactor se había trazado. La tarea era en parte nueva y de un género especial. Había sin duda en los Códigos de los diferentes Estados ricos materiales, de los cuales una parte había sufrido ya las pruebas de la experiencia; por otra parte, era preciso que el Código prusiano fuera el fundamento principal del nuevo Código. Pero el Código prusiano no había sido hecho más que para un Estado único, y el nuevo Código debía servir para una Confederación, y una Confederación compuesta sobre todo de Monarquías. Los dependientes de cada Estado habían entrado por la Constitución federal en relaciones jurídicas políticas con los de los demás, y por consiguiente, con sus autoridades. Esas relaciones debían ser protegidas con sanciones penales. De otro lado, no se podía desconocer que las relaciones de los súbditos de uno de los Estados con las autoridades de su propio Estado eran más estrechas que las que sostenían con las autoridades de los otros Estados. La diferencia entre las sanciones penales tenía que establecerse teniendo en cuenta todo esto.

Además de los materiales legislativos acumulados en el Ministerio de Justicia de Prusia, se pusieron á contribución los elementos procurados por la doctrina y por la jurisprudencia al Derecho penal prusiano, especialmente en los archivos de Goldammer, así como el proyecto de C. p. para la Confederación alemana del Norte, redactado con exposición de motivos por John. El 31 de Junio de 1869, Friedberg remitió su proyecto al Canciller federal. Este pro-

yecto fue impreso y sometido inmediatamente al examen crítico del público (1). Lo formaban seis cuadernos en folio, y comprendía el proyecto mismo en 356 párrafos, y el de una Ley para ponerle en vigor en 6; además, figuraban también la exposición de motivos y cuatro apéndices. Estos últimos contenían un cuadro sinóptico de las disposiciones penales del país y del extranjero, una discusión acerca de la pena de muerte, observaciones sobre las cuestiones penales relativas á la Medicina legal, así como la opinión de los funcionarios de los establecimientos penitenciarios tocante á la duración máxima de la reclusión.

El proyecto de este modo preparado (primer proyecto ó proyecto ministerial), fue sometido á exámenes más ó menos profundos en numerosas comunicaciones manuscritas dirigidas á la Comisión, de que luego se hablará, así como en numerosos folletos (principalmente de Berner, Binding, Geyer, Hälschner, Heinze, John, H. Meyer, Vollert), siendo, por último, objeto de consultas por parte de Stenglein, Ad. Merkel, von Gossler y Seeger, y del Congreso de juristas alemanes (2). En el Consejo federal se opinó que los sabios de la doctrina habían tenido la palabra demasiado tiempo, y se eligió para examinar el proyecto una Comisión de siete prácticos del Norte de Alemania, «cuyos servicios en el Derecho criminal eran notorios desde el punto de vista legislativo, doctrinal y profesional». No se les unió Carlos Wächter. Formaban parte de esta Comisión el Ministro de Justicia de Prusia Leonhardt, como presidente, y el Procurador general sajón von Schwarze, como vicepresidente, Friedberg (autor del proyecto) como ponente, el senador Donandt, de Brema, el abogado Dorn, de Berlín, el consejero del Tribunal de apelación Bürgers, de Colonia, y el consejero del Tribunal de apelación superior Budde, de Rostock. Rüdorff y Rubo figuraban de nuevo como secretarios. Se quería terminar el proyecto en el primer período de la legislatura del Parlamento federal. Al efecto, se llegó á un acuerdo sobre un plan de trabajo, que merece ser recomendado á todas las Comisiones legislativas. No se había de entablar discusión sino sobre las proposiciones escritas relativas al proyecto y redactadas bajo forma de Ley. La redacción de las resoluciones tomadas incumbía al ponente, Dr. Friedberg, con la colaboración de Schwarze, y se hacía casi siempre el mismo día de la sesión. Después de tres lecturas, y al cabo de 43 sesiones, los trabajos se terminaron el 31 de Diciembre de 1869. El mismo día el proyecto II (el de la Comisión) (3) pasó impreso al Canciller federal. Este proyecto comprende 366 párrafos, y la ley de introducción 8. No iba anexa la exposición de motivos. El proyecto comunicóse á los Gobiernos de los Estados confederados, así como á aquellos que habían emitido su informe. Hubo todavía peticiones de prórroga para la adopción de esta obra legislativa tan rápidamente terminada. Los Gobier-

(1) Se comunicó al propio tiempo á los hombres más eminentes en la doctrina y en la jurisprudencia.

(2) V. Rüdorff (Stenglein), Comentarios, 4.^a edic., pág. 16 y siguientes.

(3) Proyecto de C. p. para la Confederación de la Alemania del Norte. Berlín 31 de Diciembre de 1869, in-folio.

nos de los grandes ducados de Sajonia y de Mecklenburgo, la primera Cámara del Reino de Sajonia y la Cámara de Señores de Prusia, hicieron objeciones contra su terminación definitiva. Sin embargo, desde el 11 de Febrero de 1870, el proyecto fue adoptado por unanimidad, salvo el voto contrario de los grandes ducados de Mecklenburgo y salvo ligeras modificaciones, siendo rechazadas la mayoría de las proposiciones que habían sido hechas por los diferentes Gobiernos. El mismo reino de Sajonia, de cuyas modificaciones se había prescindido por completo, dió su aprobación bajo el influjo del motivo de la unificación nacional.

§ 5.º Debates en el Reichstag de la Confederación del Norte.

El 14 de Febrero de 1870, en la apertura del Reichstag de la Confederación del Norte, el discurso de la Corona anunciaba el C. p. cuyo proyecto III (el del Consejo federal) se presentó al Reichstag el mismo día. Se le había adicionado la exposición de motivos, la cual había sido redactada sobre la base de la del primer proyecto por Friedberg y por Schwarze, con la colaboración de los secretarios. Esta exposición no se presentó al Consejo federal. Los apéndices del primer proyecto se adjuntaron también.

En el Reichstag se resolvió discutir inmediatamente, en reunión plenaria acerca de la introducción, la primera parte y las siete secciones de la segunda parte del proyecto (alta traición, traición para con la patria, ofensas al soberano y á los príncipes de los Estados federales, hostilidades contra los Estados amigos, crímenes y delitos relativos al ejercicio de los derechos civiles, resistencia contra las autoridades públicas y crímenes y delitos contra el orden público, así como aquellos que frecuentemente tienen un carácter político), y por el contrario, que una comisión examinara primeramente las secciones 8 á 29 de la segunda parte. En veinte sesiones (desde 28 de Febrero á 8 de Abril de 1870) se efectuó la segunda lectura en pleno. Un punto esencial del debate era la pena de muerte. No es dable desconocer que á la cuestión sobre la necesidad y legitimidad de esta pena, agitada desde Baccaria y desde el mismo Carpzov, se había respondido en un sentido negativo por la mayoría de aquellos que la discutieran. No eran sólo los juristas los que «por una repugnancia, hija de la debilidad de carácter, de ejercer sus funciones hasta su límite extremo» (palabras de Bismarck) hablaban y escribían contra la pena de muerte. También los filósofos y los teólogos se habían decidido contra ese medio supremo del derecho de castigar. Pero el conde de Bismarck, por el contrario, hablaba de esta manera en la sesión del 1.º de Marzo de 1870: «Por lo que á mí toca, decía no encuentro que sea justo someter sin más á la mayoría pacífica de los ciudadanos á la prueba de la abolición de la pena de muerte». En esas palabras de Bismarck sobre la pena capital se encuentra de un lado el eco de la doctrina psicológica de Feuerbach acerca de la acción coactiva represiva; de otro, la creencia en una misión de Dios para ejercer el derecho de castigar,

«Una fuerza humana que no sienta en sí misma su justificación venir desde lo alto, no es, ciertamente, bastante fuerte para sostener la espada de la justicia».

A pesar de esta viva defensa de Bismarck, la pena de muerte sucumbía en la segunda lectura del proyecto: fue rechazada por 118 votos contra 81. Esta resolución, así como otras dos, parecieron inadmisibles al Consejo federal. Al fin de la segunda lectura decidió, contra los usos legislativos, tomar posiciones en los debates del Reichstag. En la sesión del 21 de Mayo de 1870, el Ministro de Justicia de Prusia, Dr. Leonhardt, indicaba, reconociendo de antemano la adhesión del Reichstag á la obra nacional, cuáles eran aquellas de las resoluciones que al Consejo federal le parecían inadmisibles. La pena de muerte, decía, debía ser mantenida para el asesinato y los casos más graves de alta traición; la reclusión perpetua debía ser conservada como pena exclusiva en los casos más graves de traición á la patria, y para ciertos delitos políticos debía permitirse á los Estados instituir jurisdicciones especiales. Renováronse los debates, intentándose en ellos establecer una excepción á favor de los Estados que habían ya abolido la pena de muerte (reino de Sajonia, Oldenburgo, Anhalt y Brema), para permitirles conservar la abolición. Mas por una decisión del 22 de Mayo, el Consejo federal rechazaba esta situación especial, creada para ciertos Estados, como incompatible con la unidad del Derecho penal sobre un punto tan esencial. La tercera lectura se verificó los días 23, 24 y 25 de Mayo de 1870. Bismarck tomó también parte en los debates. En tanto que en la segunda lectura había hecho valer motivos de política penal principalmente, en la tercera los motivos de política nacional pasaron al primer término, cuando combatió el 23 de Mayo de 1870 la idea de conceder un derecho especial á algunos Estados de la Confederación del Norte.

«Para llegar al proyecto originario, declaraba Bismarck, cada Gobierno, puedo asegurarlo, casi cada príncipe personalmente, casi cada consejero de todo príncipe alemán ha debido sacrificar de un modo esencial sus convicciones, sus deseos, sus sentimientos jurídicos, casi, casi sus convicciones jurídicas. Se han despojado voluntariamente de todo en beneficio del fin más elevado de la unificación de las leyes en la nación alemana». «Los Gobiernos han demostrado que pueden decidirse á hacer ese sacrificio de sus propias convicciones, de sus ideas jurídicas ante el fin elevado de la unidad nacional: sólo hay un sacrificio que no pueden hacer, es el del principio de la unidad nacional misma». «Me es absolutamente imposible, sería esto renegar de todo mi pasado, consentir en una ley que sancionara el principio según el cual la Asamblea federal crease dos derechos distintos en la Alemania del Norte, y en su consecuencia diera vida también á dos clases de alemanes del Norte — unos, la excepción, aquellos que por sus costumbres, por su educación habrían llegado á un estado tal de civilización que hasta los mismos criminales no necesitarían ya de la amenaza del hacha, y otros, el *profánus vulgus*, de 27 millones, que no habrían alcanzado esa civilización de Sajonia y de Oldenburgo, y sobre cuyas cabezas el hacha debería todavía continuar suspendida para detenerlos. No

podemos, en verdad, admitir una situación semejante». Después de esto la proposición fue retirada, y por 127 votos contra 119 la pena de muerte fue definitivamente inscrita en el Código.

En una sesión de la noche del 24 al 25 de Mayo de 1870 dióse por terminada la redacción del proyecto, teniendo en cuenta las numerosas enmiendas acordadas en tercera lectura, y el 25 de Mayo, el proyecto de ese modo transformado, fue votado por una gran mayoría. El Consejo federal se adhirió por unanimidad el mismo día, y Guillermo I, como jefe de la Confederación del Norte, pudo, al cerrar el Reichstag, proclamar la adopción de tan grande y difícil obra legislativa. El 31 de Mayo de 1870 promulgaba el Código, el cual se publicó en el periódico oficial de la Confederación del Norte, núm. 16, página 195, el 8 de Junio de 1870. La Ley de introducción había señalado como fecha para que entrase en vigor la del 1.º de Enero de 1871.

Los años 1532 y 1870 son en la historia del Derecho penal alemán las fechas en que los Códigos penales alemanes han visto la luz. Una gran diferencia en el estado de la civilización separa á esos dos Códigos: difieren, además, éstos por su contenido, su economía, su estilo; pero ambos deben ser saludados con gozo y con reconocimiento por la nación alemana.

§ 6.º Transformación del Código penal de la Confederación del Norte en Código penal alemán.

I. Antes ya del día en que el C. p. debía ser puesto en vigor, las relaciones entre los Estados que habían sido tenidas en cuenta para su confección habían cambiado: 1.º La transformación de la Confederación del Norte en Imperio alemán extendió la esfera de aplicación del Código. El art. 80 de la Constitución transitoria de la Confederación alemana, convenida con Baden y Hesse, proclamaba el C. p. del Imperio, y decidía que las prescripciones que se referían á la Confederación del Norte valdrían para todo el Imperio, disponiendo, en fin, que ese Código se pondría en vigor para Hesse en 1871 y para Baden el 1.º de Enero de 1872. 2.º Esas disposiciones se ampliaron aplicándolas á Wurttemberg por convenio de 25 de Noviembre de 1870, de modo que el Código se había de considerar vigente el 1.º de Enero de 1872. 3.º Las disposiciones transitorias (art. 79) de la Constitución federal pactada con Baviera el 23 de Noviembre de 1870 declaraban, es verdad, el C. p. de 1.º de Enero de 1872, Ley federal; mas por el III, § 3 de esas disposiciones, la introducción del Código penal, como la mayoría de las leyes federales, se reservó para Baviera á un acto de la Legislación federal nuevamente constituida.

II. A instancia de Baviera la Ley del Imperio de 22 de Abril de 1871 (Gaceta, pág. 87) § 7, introdujo el C. p. en Baviera á partir del 1.º de Enero de 1872. Sólo respecto del § 4 de la Ley de introducción acerca del castigo de ciertos delitos cometidos durante el estado de sitio y en tiempo de guerra, se hacía en beneficio de Baviera una excepción que ha llegado á no tener en gran parte