EDMUND MEZGER

DERECHO PENAL

LIBRO DE ESTUDIO

PARTE GENERAL

Editorial Bibliográfica Argentina

Queda hecho el depósito
que previene la ley 11.723

COPYRIGHT©

by EDITORIAL BIBLIOGRAFICA ARGENTINA S. R. L.
Viamonte 857 T. E. 31-8753 Buenos Aires

DIRECCIÓN EDITORIAL:
BERNARDO LERNER

PRINTED IN ARGENTINE - IMPRESO EN LA ARGENTINA

Pellegrini, Impresores - Alv. Jonte 2315, T. E. 59-5916 - Bs. Aires
Fecha de impresión: Julio de 1958

PROLOGO

La traducción de una obra fundamental de derecho extranjero nunca es algo de lo que se pueda prescindir sin menoscabo en nuestro país. Su valor esencial es el de constituir una fuente necesaria para la labor científica o práctica. En el primer aspecto, porque en el país no se han constituído escuelas que estén en condiciones de sobrellevar por sí la tarea científica de una manera propia e independiente. En el segundo, porque el conocimiento de las posiciones científicas constituye un buen instrumento para la correcta comprensión de las cuestiones prácticas regulables por el derecho positivo. Claro está que nuestros científicos y prácticos deben advertir que cada derecho positivo tiene, en mayor o menor medida, particularidades que constituyen bases indefectibles a los efectos de su doctrina y realización y que proporcionan, precisamente, la medida de la admisibilidad de ciertas tesis doctrinarias que se encuentran en las obras extranjeras. Esto no significa desconocer —y esta es una de nuestras razones para insistir en la necesidad de las traducciones de la índole de la presente— que, como lo admite Mezger a través de las palabras de Th. E. Holland, insertas en la Introducción *del libro que prologamos en su versión castellana, los principios de la jurisprudencia extraídos de los datos de una comunidad determinada, son eficazmente aplicables a las leyes de otras siempre que sus componentes se asemejen en lo esencial.*

Una obra es indudablemente fundamental, según nuestra idea, cuando representa una evolución del punto de vista ya aceptado o constituye una refirmación de éste dentro de un

marco de progresividad que contempla, en la medida oportuna, las contiendas de los expositores.

La obra de Edmund Mezger, profesor de Derecho penal en la Universidad de Munich, Strafrecht - Ein Studienbuch, *Parte general, 6ª edición, 1955, y Parte especial, 4ª edición, 1954, cuya traducción a nuestro idioma, con el sello de la Editorial Bibliográfica Argentina, ha tomado a su cargo el doctor Conrado A. Finzi, traductor contratado por el Instituto de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba, representa una obra fundamental de la segunda especie. Después de los aportes de los precursores como Binding, von Liszt, Beling y M. E. Mayer, se puso a la cabeza del movimiento científico, una corriente de ideas jurídico-penales, a la que pertenece Mezger, cuyas características sobresalientes fueron el estudio de los elementos subjetivos del injusto (Hegler, M. E. Mayer, Mezger) y la concepción de la culpabilidad en sentido normativo (Frank, J. Goldschmidt, Freudenthal, Mezger).*

El Strafrecht - Ein Studienbuch *no es la obra principal de Mezger. Esta es su* Strafrecht - Ein Lehrbuch *(1ª ed., 1931; 3ª ed., 1949), traducido al castellano, bajo el título de* Tratado de Derecho Penal, *por el ex profesor de la Universidad de Valencia, José Arturo Rodríguez Muñoz (1ª ed., 1935; 2ª ed., 1946, ambas de la Editorial Revista de Derecho Privado). Mereció, también, una traducción al italiano a cargo del abogado Filippo Mandalari (*Diritto Penale, *1935. Casa Editrice Dott. Antonio Milani). La Parte general del* Studienbuch *de 1955, con las evoluciones propias de la tarea científica seriamente realizada, le muestra al lector castellano lo que, en mucha medida, permanece intacto de las enseñanzas de Mezger en el* Tratado *y cuáles son sus cambios, a la par que informa sintéticamente sobre la tarea doctrinaria cumplida en ese lapso, incluso acerca de la realizada por los autores que, enrolándose en un finalismo ontológicamente exacto, pero jurídicamente desubicado, que Mezger rechaza en esta obra, abogan por una transformación a fondo de la distribución sistemática de los elementos del delito jurídicamente considerado y, como consecuencia, por la reelabora-*

ción de sus correspondientes estructuras (Graf Dohna, von Weber, Welzel, Maurach).

Siguiendo una tendencia actual de los autores alemanes que no realizan el comentario del código penal, Mezger, a diferencia de lo que hizo al componer el Tratado, *dedica el segundo tomo del* Studienbuch *a la exposición de la Parte especial del Derecho penal. Lo han hecho recientemente Reinhart Maurach,* Deutsches Strafrecht - Besonderer Teil, *1952, y Emil Niethammer,* Lehrbuch des besonderen Teils des Strafrechts, *1950. Pero a diferencia de esta última, la de Mezger es una exposición que, apartándose del criterio puramente exegético, trata la materia con arreglo a ciertos principios ordenatorios que, partiendo del bien jurídico protegido, le permiten sistematizar el objeto de su estudio de una manera que no es la común y que representa un intento de dogmatizar la Parte especial del Derecho penal.*

El Tratado *y el* Studienbuch *no son las únicas obras de Mezger traducidas a nuestro idioma. Su* Kriminalpolitik auf krimino'ogischer Grundlage *(Política Criminal sobre Base Criminológica) fue traducida por el profesor Rodríguez Muñoz con el título de* Criminología, *Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1942. Y recientemente ha aparecido la* Culpabilidad en el moderno derecho penal, *Valladolid, 1956.*

Si no se puede decir que la tarea desenvuelta por Mezger en el campo del Derecho Penal lo señale como un precursor no se exagera cuando se coincide en que el valor de sus trabajos de aliento, reside en su labor de ordenación y crítica de la contribución de los teóricos alemanes durante el último medio siglo, a tal punto que la comprensión de sus libros capacita al jurista, por la suma de conocimientos que le proporciona, para penetrar en las esencias del saber jurídico-penal actual.

Haciéndose cargo del aporte que representa para la cultura jurídica nacional, la correcta versión de un libro como el presente, el Instituto de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba ha participado en su revisión. Esta tarea de colaboración prestada al doctor Conrado A. Finzi, correspondió al profesor de Derecho penal doctor Ernesto R. Gavier, y al suscrito.

Al propugnar trabajos de la índole de éste, no aspiramos a que el pensamiento extranjero sustituya nuestras propias reflexiones sobre el derecho nacional, sino que éstas se realicen contando con una necesaria y razonable información jurídica. La propia y dura experiencia personal nos aconseja, principalmente para abrir el camino a los jóvenes estudiosos, no ahorrar ningún esfuerzo que tenga por objetivo la formación de un ambiente científico en el país.

RICARDO C. NÚÑEZ
Profesor de Derecho Penal. Director del Instituto de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Córdoba, octubre de 1957.

A los directores y colaboradores en el homenaje con motivo de mi septuagésimo cumpleaños:

Karl Engisch y Reinhart Maurach,

Dietrich Lang-Hinrichsen, Wolfgang Preiser, Dietrich Oehler, Adolf Schönke †, Wilhelm Sauer, Richard Busch, Hellmuth von Weber, Thomas Würtenberger, Ernst Seelig, Karl Alfred Hall, Heinrich Henkel, Wilhelm Gallas, Hans-Jürgen Bruns, Paul Bockelmann, Richard Goetzeler, Eduard Kern, Horst Schröder, Ulrich Stock, Hellmuth Mayer, Karl Peters, Fritz Hartung,

con cordial agradecimiento

EDMUND MEZGER

PROLOGO A LA 6ª EDICION

(1955)

La 5ª edición (1954) debía ser la última antes de terminarse la reforma del derecho penal. Pero inesperadamente se ha agotado, haciéndose necesaria, por consiguiente, una nueva edición revisada.

Ya habíamos previsto, en el prólogo a la edición anterior, que se produciría en la legislación penal, hasta cierto punto, un compás de espera, y ello ha ocurrido efectivamente. Pero la elaboración científica no ha quedado inactiva; en 1954 ha aparecido la cuarta edición del Derecho penal de Welzel, en 1955 la tercera edición de la Teoría general del derecho penal de Sauer y, por sobre todo, en 1954 ha visto la luz la valiosa Parte general de Maurach. Pese a la importancia de esas nuevas publicaciones, resulta justificado que un breve tratado como es el presente, sólo las mencione ocasionalmente.

Por eso, la 6ª edición no difiere en mucho de la anterior. Sin embargo, se empeña en ofrecer una redacción más exacta y clara sobre algunas cuestiones fundamentales.

EDMUND MEZGER

Munich, octubre de 1955.

PROLOGO A LA 5ª EDICION

(1954)

En los prólogos a las ediciones 3ª y 4ª (1951, 1952) se informa detalladamente acerca del desarrollo de este libro de estudio. Esta nueva edición se refiere a lo tratado hasta ahora. Pero la situación actual del derecho penal alemán reclama a la vez algunas innovaciones.

Como se ha señalado autorizadamente (*JZ* 1953, p. 421), la tercera ley para la modificación del derecho penal de 4 de agosto de 1953 (*BGBl.* I, p. 735), se ha propuesto depurar el código penal y restituirle al juez un instrumento que, sancionado por el legislador, esté en condiciones de funcionar plenamente. No ha tenido la pretensión de ser una concepción acabada y uniforme en sus grandes lineamientos; no ha querido reformar, sino, precisamente, depurar, y crear así el presupuesto para que la gran reforma del derecho penal pueda prepararse con tranquilidad y llevarse a buen fin. Pero dicha ley ha dado lugar a una nueva redacción y promulgación del *código penal* en vigor, *de 25 de agosto de 1953* (*BGBl.* I, p. 1083) y ha eliminado, por consiguiente, algunas dudas.

Sin embargo, esta calma aparente y transitoria en la que descansa el derecho penal del presente, no puede hacer olvidar que este mismo derecho penal y la ciencia penal experimentan internamente un *movimiento* vigoroso.

Los conceptos fundamentales de la acción, de la antijuridicidad, de la culpabilidad, de la participación, etc., siguen siendo objeto de vivaces controversias doctrinarias y esperan impacientemente nuevos esclarecimientos. En el primer volumen del "Leipziger Kommentar", recientemente aparecido (7ª edición, 1954), hemos tomado posición, ampliamente, sobre estas cuestiones (§ § 47 y sigts., 50, antes del 51, 51 y 59 del código penal). Además, se ha emprendido, en gran escala, la total reforma del derecho penal alemán, y las sesiones correspondientes, que según las previsiones serán muy numerosas,

se han inaugurado el 6 de abril de 1954 en Bonn, bajo la presidencia del Ministro de Justicia de la República Federal.

Ni siquiera un "libro de estudio" puede pasar por alto, negligentemente, estos problemas, que pretende dar a conocer, a grandes rasgos, incluso a los estudiantes. Pero la plenitud de aquel movimiento rebasa el marco limitado de esta obra y obliga, más que antes, a *reducir* su material. En esta edición nos hemos empeñado en señalar la nueva situación por la que atraviesan la legislación y la doctrina. No obstante, estamos convencidos, más de lo que estábamos en oportunidad de las anteriores ediciones, de la imposibilidad de lograr de manera total nuestros propósitos. Esta tarea debe ser encarada y solucionada sobre más amplia base.

De lo dicho resulta, también para el *estudiante*, una nueva situación. Incluso él deberá tener presente que su trabajo es y tan sólo puede ser un comienzo. De esta manera, al estudiar, ya no podrá pensar que domina la estructuración del derecho penal alemán que hoy se erige de nuevo con gallardía. Pero esta advertencia servirá, sin embargo, para despertar en los que sean capaces y posean tenacidad la sensación de poder colaborar, cada uno dentro de su ámbito, en una gran tarea.

EDMUND MEZGER

Munich, agosto de 1954.

ABREVIATURAS

BGBl. — Bundesgesetzblatt (Boletín legislativo de la República Federal).
BGHStr. — Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (Resoluciones del Tribunal Federal en materia penal), vol. 1 y sigts. (desde 1951).

Dreher-Maassen. — StGB (El código penal). Edición de Dreher y Maassen. (Editorial C. H. Beck, Munich, 1954.)

Frank. — Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich (El código penal para el Reich alemán), 18ª ed., 1931.

Frank Nachtrag. — Nachtrag zur 18. Aufl. 1936 (Suplemento a la 18ª ed., 1936).

Gerland. — Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht (Derecho penal alemán del Reich), 2ª ed., 1932.

GerS. — Gerichtssaal (La Sala de Justicia).

Grd. — Mezger, Deutsches Strafrecht. Ein Grundriss (Derecho penal alemán. Compendio), 3ª ed., 1943.

Gürtner I. II. — Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht. Bd. I. Allgemeiner Teil (2. Aufl. 1935). Bd. II. Besonderer Teil (2. Aufl. 1936) (El futuro derecho penal alemán. Vol. I, parte general [2ª ed., 1935]. Vol. II, parte especial [2a ed., 1936]).

HESt. — Höchstrichterliche Entscheidungen in Strafsachen (Resoluciones del más alto tribunal en materia penal), vol. I y II.

v. Hippel I. II. Lehrb. — v. Hippel, Deutsches Strafrecht (Derecho penal alemán), vol. I, 1925; vol. II, 1930.
Lehrbuch des Strafrechts (Tratado de derecho penal), 1932.

Kohlrausch. — Kohlrausch-Lange, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Erläuterungen (El código penal con leyes accesorias y explicaciones), 38ª ed., 1944.

Kohlrausch-Lange. — Autores y ob. cit., 39ª-40ª ed., rev. por Rich. Lange. Nachtrag 1952 (Suplemento de 1952).

KrimPol. — Mezger, Kriminalpolitik und ihre kriminologischen Grundlagen (Política criminal y sus bases criminológicas), 3ª ed., 1944. La primera edición ha sido traducida al castellano (1942; 2ª ed., 1950; Rodríguez Muñoz) y al japonés. Ahora, el volumen III de

este "Studienbuch", titulado "Kriminologie" (1951) y "Das Typenproblem in Kriminologie und Strafrecht" (El problema de los tipos en la criminología y en el derecho penal), actas de las sesiones de la Academia Bávara de Ciencias, año 1955, fasc. 4.

KritVjschr. — Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Revista crítica trimestral de legislación y ciencia del derecho).

Lehrb. — Mezger, Strafrecht. Ein Lehrbuch (Derecho penal. Tratado), 3ª ed., 1949 (véase también Mezger, Mod. Wege, 1950). Traducido al italiano (1935; Mandalari) y al castellano (1935, y ahora 2ª ed.; Rodríguez Muñoz).

LeipzKomm. — Leipziger Kommentar. Strafgesetzbuch (Comentario de Leipzig. El código penal). Primer volumen (7ª ed., 1953): hasta el § 152. Segundo volumen (6ª-7ª ed., 1951): §§ 153-370 y la ley de introducción. Grosskommentar der Praxis (Gran comentario de la práctica). Está en preparación la 8ª edición (1955).

v. Liszt-Schmidt. — v. Liszt-Eb. Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Einleitung und Allgemeiner Teil (26. Aufl. 1932). Besonderer Teil (25. Aufl. 1927) (Tratado del derecho penal alemán. Introducción y parte general [26ª ed., 1932]. Parte especial [25ª ed., 1927]).

Maurach. — Maurach, Grundriss des Strafrechts, Allg. und Bes. Teil (Compendio de derecho penal, parte general y parte especial), 1948.

Maurach 1954. — Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch (Derecho penal alemán. Parte general. Tratado), 1954.

Maurach 1952. — Maurach, Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil (Derecho penal alemán. Parte especial), 1952.

Mezger, Mod. Wege. — Mezger, Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik (Rumbos modernos de la dogmática penal), 1950.

Mezger-Festschrift. — Festschrift für Edmund Mezger zum 15.Oktober 1953 (Homenaje a Edmund Mezger en la oportunidad de la fecha del 15 de octubre de 1953). Editorial C. H. Beck, Munich, 1954. Con bibliografía.

Mommsen. — Mommsen, Römisches Strafrecht (Derecho penal romano), 1899.

MonKrimBiol. (Psychol.). — Monatsschrift für Kriminalbiologie (hasta el vol. XXVIII, 1937: Kriminalpsychologie) und Strafrechtsreform (Revista mensual de biología criminal y reforma del derecho penal. Desde el año 36 (octubre de 1953): Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (MonKrim.).

Probl. — Probleme der Strafrechtserneuerung. Eduard Kohlrausch zum 70. Geburtstag (Kohlrausch-Festschrift) (Problemas relativos a la renovación del derecho penal. A Eduard Kohlrausch en su septuagésimo cumpleaños. Homenaje a Kohlrausch), 1944.

RGBl. — Reichsgesetzblatt (Boletín legislativo del Reich).

RGStr. — Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (Resoluciones del Tribunal del Reich en materia penal) (volumen y página).

Sauer. — Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre (Teoría general del derecho penal), 3ª ed., 1955.

Schönke. — Schönke, Strafgesetzbuch-Kommentar (Comentario al código penal), 3ª ed., 1947; 4ª ed., 1949; 5ª ed., 1951; 6ª ed., 1952. Schönke-Schröder, 7ª ed., 1954.

Schwarz. — Strafgesetzbuch. Kurz-Kommentar (Breve comentario al código penal), 13ª ed., 1949; 14ª ed., 1951; 15ª ed., 1952; 16ª ed., 1953: StGB, Neufassung vom August 1953 (El código penal en la nueva redacción de agosto de 1953); 18ª ed., 1955.

StrafrAbh. — Strafrechtliche Abhandlungen (Monografías de derecho penal), publicadas por Bennecke, después por Beling, v. Lilienthal y Schoetensack (Breslau).

VDA, VDB. — Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil. Besonderer Teil (Exposición comparada del derecho penal alemán y extranjero. Parte general [VDA]. Parte especial [VDB]), 1905-1909.

v. Weber. — v. Weber, Grundriss des deutschen Strafrechts (Compendio del derecho penal alemán), 2ª ed., 1948.

Welzel 1944. — Welzel, Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts (La parte general del derecho penal alemán), 3ª ed., 1944.

Welzel o *Welzel StrafR.* — Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen (El derecho penal alemán en sus rasgos fundamentales), 1947; 2ª ed., 1949 (con inclusión de la parte especial; y a la vez 4ª y 5ª ed. de la parte general de 1944); 3ª ed., 1954; Das deutsche Strafrecht, 4ª ed., 1954.

Welzel Syst. — Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems (El nuevo aspecto del sistema del derecho penal), 1951; 2ª ed., 1952.

ZStrW (o ZStW). — Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Revista para la total ciencia del derecho penal).

Además de las revistas indicadas, mencionamos, con las abreviaturas correspondientes, las siguientes *revistas jurídicas de carácter general*: Deutsche Rechts-Zeitschrift (DRZ) (Revista alemana de derecho); Neue Juristische Wochenschrift (NJW) (Nueva revista jurídica semanal); Süddeutsche Juristen-Zeitung (SJZ) (Revista jurídica del Sur de Alemania); Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR) (Revista mensual de derecho alemán); Juristische Rundschau (JR) (Revista Jurídica); Neue Justiz (Nueva justicia); Juristenzeitung (JZ; esta revista ha fusionado la DRZ y la SJZ).

Véanse, asimismo, los *datos bibliográficos* consignados en el § 6 b, de los cuales resulta, en caso de duda, el significado de otras abreviaturas, y las remisiones contenidas en los parágrafos de este libro.

INTRODUCCION

§ 1. Objeto y misión de este libro de estudio

Este *"libro de estudio"* quiere ser lo que su nombre indica — un libro que ha de servir para estimular al jurista al estudio en el campo del derecho penal y ayudarlo cuando lo realiza. Pretende cumplir esta finalidad mediante una estructura sistemática; el "Grundriss" se propuso ofrecer un claro panorama de la materia; el "Lehrbuch" intentó penetrar más a fondo problemas particulares más sutiles. Este libro está, pues, situado entre aquellos dos. Mientras el "Grundriss" está destinado ante todo a grabar en la memoria los principios fundamentales, este libro de estudio pretende estimular, como el "Lehrbuch", la meditación sobre cuestiones más difíciles. No se propone, sin embargo, la tarea de tratar de una manera exhaustiva todos los detalles (lo cual es, en la actualidad, menos factible aún que antes; véase el prólogo a la edición anterior); se conforma con poner de relieve lo esencial.

Se ha abusado con frecuencia, en el pasado, del *derecho penal.* Se debería siempre tener presente, por lo tanto, que todo derecho penal tiene una misión doble y a menudo contradictoria: la de luchar exitosa y eficientemente contra el delito y, al mismo tiempo, la de no descuidar nunca las exigencias y los *dictados* de la humanidad. El estudiante también debe estar al tanto de esta misión.

Habrá jóvenes juristas —y no de los peores— que experimentarán, frente a estas *transformaciones de los tiempos,* una sensación amarga de instabilidad. Ellos miran, no sin envidia, a otras ciencias que se ocupan de asuntos más permanentes y estables. ¿Deben estar ellos siempre supeditados al momento, al día, y a sus cambiantes exigencias? Esto nos hace recordar la frase de J. H. v. KIRCHMANN (1847), de que tres palabras de rectificación del legislador son suficientes para convertir bibliotecas enteras en tiras de papel. Sin em-

bargo, esta frase "ingeniosa" toca tan sólo la superficie. Una ciencia *auténtica* no se convierte nunca en una "tira de papel", aunque cambien las leyes fundamentales. No solamente lo que se repite, sino también lo que acontece una sola vez, merece y debe ser investigado por la ciencia. Concretamente, ver y reconocer lo general, es y sigue siendo, en todas partes, el principal objetivo de la ciencia.

La palabra universal y libertadora de un famoso jurista inglés nos hace comprender, mejor que la frase de v. KIRCHMANN, lo que es el derecho. Dice Th. E. HOLLAND (*The Elements of Jurisprudence*, 13ª ed., Oxford, 1924, p. 11): "Principles of Geology elaborated from the observation of England alone hold good all over the globe, in so far as the same substances and forces are everywhere present; and the principles of Jurisprudence, if arrived at entirely from English data, would be true if applied to the particular laws of any other community of human beings, assuming them to resemble in essentials the human beings who inhabit England." (Los principios de la geología, aunque estén elaborados tan sólo mediante la observación realizada en Inglaterra, rigen en todo el universo, siempre que las mismas sustancias y fuerzas se encuentren en todas partes; y los principios de la jurisprudencia, aunque sean extraídos exclusivamente de datos procedentes de Inglaterra, tienen eficacia en su aplicación a las leyes especiales de cualquier otra comunidad de seres humanos, siempre que éstos se asemejen, en lo esencial, a los que viven en Inglaterra). Al estudiar los principios del derecho penal relativos al derecho nacional alemán, afinamos la observación con respecto a la situación existente en otros países y la extendemos a otras épocas de la convivencia humana.

§ 2. La parte general y especial del derecho penal y la criminología

Siguiendo la tradición jurídico-penal y la estructura del código penal alemán en vigor, hacemos una distinción entre una *"parte general"* y una *"parte especial"* en el derecho penal. La parte general abarca lo que corresponde decir en general acerca de la ley penal, del hecho punible y de la pena: antepone esas importantes teorías universales; la parte especial trata de los distintos hechos punibles y de su castigo. El límite entre ambas partes no es firme; ningún límite está fijado con carácter definitivo; desde el punto de vista histórico, las llamadas teorías generales se han desarrollado, por lo común, dentro de un grupo especial de hechos punibles y

han alcanzado, poco a poco, forma y significación generales. En la actualidad, nos encontramos, en algunos casos —al aplicar, por ejemplo, el estado de necesidad a hechos punibles de distinta especie— frente a un movimiento retrógrado que previene, no sin fundamento, contra una generalización excesivamente amplia y un tratamiento semejante. Además, la moderna teoría del "tipo" constituye un puente tendido directamente de la parte general a la especial. Hasta dónde se pretende llegar cuando se estructuran "teorías generales" dentro de los distintos hechos punibles, es pues, a menudo, tan sólo un problema de tradición y de apreciación personal.

Ese es, también, el punto de partida de la presente exposición. Este *primer volumen* trata de la *parte general* del derecho penal; el segundo (4ª ed., 1954), de la *parte especial.* Pero al derecho penal en el sentido moderno no corresponde sólo el estudio de las *normas* jurídico-penales generales y especiales, sino también el estudio de los *hechos* jurídico-penales, mediante el cual se quiere conocer el delito y cómo éste se exterioriza realmente en la convivencia humana, tratando de percibir la legalidad de este suceso en particular. De ahí, que a los volúmenes I y II siga, como *tercer volumen,* uno sobre la *criminología* (1951), referente a la teoría de las formas reales de aparición del delito.

El estudiante encontrará, en el § 6 b de este volumen, el material que necesita en cuanto a *textos legislativos.* La *nómina de las abreviaturas* (pág. 17), a la que nos remitimos de manera muy especial, ofrece un panorama de la literatura más importante de nuestra disciplina. El § 6 b contiene otros datos acerca de la literatura penal alemana actual.

§ 3. Estructura de la parte general

La "parte general" del derecho penal, contenida en este primer volumen, antepone, como ya se ha dicho, las teorías que tienen una significación *general* respecto de los distintos hechos punibles y de su castigo.

Esta separación y esta prioridad dada al estudio de la "parte general", tienen, en el *derecho penal,* una *significación mayor* que en otras ramas del derecho. En efecto, en el derecho penal son, muy a menudo, decisivas las consideraciones *fundamentales* sobre el delito y la pena que tienen su sitio en la parte general y que tornan inteligibles las particularidades de los hechos punibles especiales. En cambio, la "parte especial", con el apoyo de observaciones de la historia del derecho y del derecho comparado, puntualiza esas particula-

ridades y consiente la realización de las tareas cotidianas de la práctica jurídico-penal.

Por eso, la parte general, *debe* aclarar, en primer lugar, lo que es común a todo derecho penal del país y del extranjero: la *ley*, el *delito* y la *pena*. Se deben tomar en cuenta ciertos conceptos (p. ej., el de la ley penal), cuyas características fundamentales se tratarán exhaustivamente más adelante (p. ej., en la teoría de la pena). Por regla general, este es el único camino posible, aunque por otros sea posible alcanzar también, al final, la meta perseguida — esto es, aquel total esclarecimiento. Por consiguiente, la exposición de la parte general se debe subdividir en tres partes principales:

I parte. La ley penal — una reseña del derecho vigente.

II parte. El hecho punible — como teoría del delito; la forma con que éste crea el presupuesto del castigo.

III parte. La pena en el sentido más amplio del término — como teoría de las consecuencias jurídicas del actuar ilícito, propias del derecho penal.

Primera Parte

LA LEY PENAL

Capítulo I

EL CONCEPTO Y LA HISTORIA DEL DERECHO PENAL

§ 4. El concepto del derecho penal

Lehrb., 3 y sigts., y 3ª ed., 1949, págs. V-VI. *Grd.*, 13 y sigts.

I. *Derecho penal es el conjunto de las normas jurídicas que vinculan la pena, como consecuencia jurídica, a un hecho cometido.* La expresión "derecho penal" a la que corresponde la antigua designación 'ius poenale' o, en alemán, 'peinliches Recht', es de origen más reciente para nosotros; según se ha comprobado, se ha empleado por primera vez aproximadamente a mediados del siglo XVIII, y ha comenzado a regir a principios del siglo XIX. Todavía en la actualidad es la expresión corriente, si se hace referencia al contenido de la consecuencia jurídica. El término empleado antes: "derecho criminal ('ius criminale')" —que tiene como punto de arranque la vinculación de la consecuencia jurídica a las circunstancias de un suceso, crimen o delito— ha perdido actualidad.

II. *Pero, derecho penal es también el conjunto de aquellas normas jurídicas que, en conexión con el derecho penal antes definido, vinculan al hecho cometido consecuencias jurídicas de otra naturaleza, para el castigo del hecho o para la prevención de delitos futuros.* El "derecho penal", tal como se ha desarrollado orgánicamente hasta ahora, ha excedido el marco de su expresión lingüística, ampliándose así su alcance, que había sido limitado de esa manera. Para entender tal situación, es necesario retomar como punto de arranque, según ha ocurrido cuando se empleaba la expresión derecho criminal, las circunstancias del suceso y el crimen, y no las consecuencias jurídicas. Aun hoy, el derecho penal comprende, en primer lugar y con alcance preponderante, sucesos a los

cuales la ley vincula, como consecuencia jurídica, una pena en el propio sentido del término. Pero no sólo comprende esos sucesos, ni tan sólo se ocupa de la consecuencia jurídica de la pena propiamente dicha. Los § § 42 *a-n* ofrecen al respecto el ejemplo más evidente; en ellos la ley vincula al hecho cometido "medidas de seguridad y corrección", que no son penas, pese a lo cual, la reglamentación de esas medidas se encuentra en el propio código penal y pertenece al derecho penal. Se trata de medidas jurídico-penales, no de penas. Pero no solamente estas medidas de seguridad y corrección de la ley sobre delincuentes habituales de 24 de noviembre de 1933 (*RGBl.* I, 995) forman parte integrante del derecho penal actual, sino también las medidas establecidas por la ley sobre tribunales de jóvenes de 4 de agosto de 1953 (*BGBl.* I, 751), ya sean penas propiamente dichas (pena para los jóvenes, § 17), o medidas de corrección (arresto para los jóvenes, § 13) o educativas (vigilancia de protección, educación a cargo de instituciones de beneficencia, etc., § 9), las cuales no son penas.

III. *Dentro del derecho penal, se distinguió antes entre derecho criminal propiamente dicho y simple derecho penal de orden (derecho penal de policía, derecho penal administrativo).* Aquél incluía los hechos punibles que afectaban a la comunidad como tal, éste reprimía infracciones al orden de menor cuantía y de carácter más bien exterior. En las contravenciones de los § § 360 y sigts. del código penal, también tal derecho penal de orden se encuentra, precisamente, en el propio código penal.

La doctrina y la legislación se empeñan, desde hace tiempo, pero sin lograr un resultado definitivo, en separar más exactamente los dos sectores y en someter el derecho penal de orden a una reglamentación especial. Se ha dicho, no sin fundamento, que estos esfuerzos se han convertido en un problema "que produce la desesperación de los juristas". Además del concepto de policía, que apareció, por primera vez, en las ordenanzas de policía del Reich de 1530, 1548 y 1577 y que abarca en ellas la total actividad del Estado dirigida a mantener el orden en el territorio nacional, se ha intentado contraponer al injusto criminal el injusto de policía. A la introducción de esta distinción y del correlativo concepto de la culpabilidad en el código penal, hace expresa mención el Tribunal del Reich (sentencia 49, 116). Juntamente con el injusto de policía —esto es, infracciones punibles a ordenanzas de la policía—, está también el llamado injusto administrativo — vale decir, el campo de las contravenciones de las leyes accesorias de cualquier naturaleza. Concretamente, existen, por lo tanto, tres grupos que se separan del derecho penal criminal propia-

mente dicho: el "derecho penal de bagatelas", representado por las contravenciones de los § § 360 y sigts. del código penal, el "derecho penal de policía" como campo de las infracciones punibles a ordenanzas de la policía, y el "derecho penal administrativo", como el de las infracciones a las reglamentaciones administrativas de las leyes accesorias.

La *legislación moderna* ha subrayado todavía más esta distinción. Se debe mencionar, al respecto, la *ley sobre infracciones al orden de 25 de marzo de 1952* (*BGBl.*, I, 177). En ésta, la distinción se hace, de manera expresa, en el § 1: si una acción está conminada exclusivamente con *multa*, es una infracción al orden (párr. 1); si está conminada exclusivamente con *pena*, es un hecho punible (párr. 2); si está conminada con pena o con multa, es, en el caso particular, un hecho punible o una infracción al orden, si debe castigarse con pena o con multa, respectivamente (párr. 3). De acuerdo con el § 48, fija la multa la autoridad administrativa, mediante una resolución, contra la cual es posible solicitar, con arreglo al § 54, decisión judicial. También la *ley penal administrativa de 25 de marzo de 1952* (*BGBl.*, I, 190), distinguía, en el § 6, entre hechos punibles referentes a la economía e infracciones al orden; en cuanto a los primeros, era menester de que lesionaran, en todos o en algunos aspectos, el interés del Estado en lo que hacía a la integridad y conservación del orden económico. La ley penal sobre la economía de 9 de julio de 1954 (*BGBl.* I, 175), que ha reemplazado a la ley anterior, conserva también, con un texto un poco diferente, la distinción entre hecho punible e infracción al orden.

§ 5. Posición del derecho penal en el sistema jurídico y sectores colindantes

Lehrb., 5-9. *Grd.*, 16-17.

El derecho penal es derecho público. No es derecho privado, por cuanto no regula las relaciones entre los particulares, sino del individuo con la colectividad. Esto ocurre también si se le reconoce al lesionado, como individuo, la posibilidad de influir en la persecución —tal es el caso de los delitos perseguibles por querella (§ 61) y por querella privada (§ § 374 y sigts. de la ordenanza procesal penal) — y de hacer valer, así, el derecho al castigo, que, no obstante, sigue siendo un derecho del Estado. Además, el derecho penal debe distinguirse del derecho administrativo, del derecho procesal penal y del derecho de las penas no criminales. De tal manera, la posición del dere-

cho penal queda determinada exactamente dentro del total sistema jurídico.

1. *Derecho administrativo* es el conjunto de las normas jurídicas que se refieren a la administración del Estado. En sentido más amplio, también la administración de la justicia penal es una parte de dicha administración del Estado. Pero, la evolución histórica y exigencias profundamente arraigadas del ordenamiento jurídico, han creado un sector especial e independiente que debe separarse del derecho administrativo propiamente dicho. Sin embargo, sería un error querer ver, en este límite, una línea definitiva y estable. Tal límite cambia continuamente y hace poco el derecho penal ha dado cabida a amplios sectores referentes a la lucha preventiva contra el delito con las correspondientes medidas de educación, seguridad y corrección que antes se consideraban de pertenencia del derecho administrativo.

2. *Derecho procesal penal* (llamado *derecho penal formal*) es el derecho que regula la determinación y realización del derecho penal material en el caso particular. También esta delimitación es obra del tiempo. La Constitución criminal de Carlos V de 1532 y las exposiciones que se hicieron sobre la misma, consideraron conjuntamente el derecho penal material y el procesal. En la actualidad, el derecho procesal penal está regulado legalmente en la ordenanza procesal penal correspondiente. Con todo, no queda excluído que algunas disposiciones del código penal sean, en realidad, de índole procesal (§ § 42, 61 y sigts., y 197 y similares). La delimitación tiene importancia práctica, dado que existen disposiciones de derecho penal y de derecho procesal penal que tienen, en algunas relaciones, fundamentos jurídicos distintos (detenidamente, al respecto, el *Lehrb.*, 8 y *Grd.*, 16).

3. *El derecho de las penas no criminales.* También fuera de la esfera del derecho penal, existen "penas" que, sin embargo, no poseen, de acuerdo con su naturaleza, carácter jurídico-penal alguno y que no pertenecen, por consiguiente, al derecho penal. Tal es el caso de la pena convencional de los § § 339 y sigts. del código civil y de las llamadas penas coercitivas o ejecutivas (que tienen por objeto doblegar la voluntad del individuo), que se conminan e imponen sobre todo en los códigos procesales, para obligar a que se realice una determinada conducta, por ejemplo, como medio para la ejecución de los § § 888 y 889 de la ordenanza procesal civil o como penas para obligar a un testigo a comparecer (§ § 70 y 390 de las ordenanzas procesales penal y civil, respectivamente), etc. El § 902, párr. 2 de la ordenanza procesal civil pone de manifiesto, con toda claridad, la diferencia que existe entre esta clase

de penas y las penas criminales; de acuerdo con dicho parágrafo, la pena termina en cuanto se emprende la acción a la que se quiso obligar. En las leyes procesales se encuentran, asimismo, frecuentemente, las llamadas penas de orden, que se imponen, por ejemplo, por la no comparencia de un testigo, en los §§ 51 de la ordenanza procesal penal y 380 de la ordenanza proc. civil, o por una conducta inconveniente en los §§ 178 y 179 de la ley sobre organización judicial (¡sin que por ello quede excluída la posibilidad de la persecución penal!). Estas penas llamadas de orden no deben confundirse con el derecho penal de orden del que se ha hablado en el § 4, III. Tampoco son penas criminales las llamadas penas de servicio o disciplinarias contra empleados públicos, eclesiásticos, estudiantes, etcétera; también en ete caso se pone de manifiesto el carácter no criminal de estas penas; en efecto, las mismas pueden ser acompañadas por penas de índole propiamente penal (p. ej., de acuerdo con el § 350 del código penal).

§ 6. La historia del derecho penal alemán y su literatura

Lehrb., 10 y sigts. *Grd.*, 17 y sigts. V. HIPPEL I, 38-375; II, 1-15. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* (Derecho penal romano) (1899). HIS, *Das Strafrecht des deutschen Mittelalters* (El derecho penal de la edad media alemana), I parte (1920); II parte (1935). EB. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege* (Introducción a la historia de la administración de la justicia penal alemana) (1947), 2ª ed. aumentada (1951).

I. Una exposición detallada de la *historia del derecho penal* sobrepasaría los límites de un libro de estudio. Por ello, nos limitaremos a una breve ojeada, que habrá de facilitar, a manera de *cuadro cronológico*, los puntos de apoyo necesarios para ordenar en el tiempo los acontecimientos. Remitimos, además, a la bibliografía mencionada, la cual permite el acceso a otras fuentes.

II. El *derecho penal* es posible, como cualquier otra rama del derecho, en la vida humana en común, dado que el derecho es un fenómeno social, una regulación de la colectividad. Pero tiene su origen psicológico en la condición humana, y es comprensible sólo si se toman en cuenta los movimientos instintivos del primitivo sentimiento de venganza, en el cual se ha visto con acierto una forma de proyección externa del concepto de la personalidad. En los comienzos del desarrollo del derecho se manifiesta, en todas partes, una estrecha relación entre este sentimiento de *venganza* y el sentimiento religioso y, por lo tanto, se encuentra un rasgo sacro en todo derecho

penal. La pena se eleva desde una esfera meramente personal a otra más elevada; más tarde, el hombre se siente obligado, para eludir su desgracia, a substituirse a la divinidad a fin de vengarse del mal que ha sufrido. Luego, la comunidad social reemplazará a la divinidad, comenzando con ello la *racionalización* y la *humanización* del concepto de la pena. En lo que se refiere al momento histórico propiamente dicho, es especialmente importante la transición de la concepción jurídico-privada del delito y de la pena a la concepción jurídico-pública.

III. *La época germánica, la época franca (450-900 después de J. C.) y el derecho penal de la edad media (900-1500).*

1. En la época *germánica*, la historia del derecho es la historia de la casta. En el territorio germánico encontramos los tres grandes grupos de los alemanes de la Baja Alemania (sajones, frisones, anglios y longobardos), de la Alemania Central (francos y turingenses) y de la Alta Alemania (bávaros y alamanes). Dentro del lazo *personal* de la casta existe el poder punitivo del jefe de la familia y la facultad de expulsar, de aquélla, a los miembros indignos que la integran. Las ofensas realizadas por personas ajenas a la casta traen consigo la faida (venganza de la sangre). Pero en su reemplazo se aplica cada vez en mayor medida la reparación mediante una enmienda para el lesionado ('compositio') y, a menudo, mediante el precio de la paz ('fredus') que se debe abonar a la autoridad pública. La pena *pública* (pena de muerte) se conmina en los casos más graves de violación de los intereses públicos, como ser la traición de guerra y los delitos contra el culto. La fuente más importante con respecto a la época más antigua, la ofrece TÁCITO (*Germania*, 12 y 21). Los llamados *derechos populares*, redactados, a partir del siglo VI, en latín, que representan, con sus detalladas disposiciones sobre las multas, documentos importantes de cultura, posibilitan un estudio profundizado de los derechos posteriores de la casta. Dichos derechos populares son la 'Lex Salica', la 'Lex Ribuaria', la 'Lex Alamannorum', la 'Lex Baiuvariorum', etcétera.

2. Con la época *franca* tenemos, por primera vez, un Estado alemán unitario y firme con estructura espacial, sobre todo durante el reino de Carlomagno (768-814). Por consiguiente, el derecho penal muestra una acentuación más considerable de la concepción jurídico-pública. De acuerdo con el derecho franco ('Lex Salica' 43, 1), el rescate de la sangre comporta en el derecho popular, para el hombre libre común, 200 'solidi'. Pero luego se abre paso, como nueva fuente jurídica, juntamente con los derechos populares, la legislación del rey (capitulares). La influencia de la Iglesia se impone cada vez más.

3. El derecho penal de la *edad media* da lugar a muchas incertidumbres y divisiones. A la debilitación del poder del Estado corresponde un movimiento retrógrado también en el derecho penal. Se admite que los caballeros ejerzan el derecho de la faida, lo cual da lugar a grandes arbitrariedades. Desde los comienzos del siglo XI, los reyes alemanes adoptan medidas extraordinarias contra el bandolerismo de los caballeros y la faida. A fines de siglo se introduce, desde Francia, la institución de la tregua de Dios, como medio para restaurar la seguridad pública. En el siglo XII, la reemplazan las paces territoriales con carácter de leyes y contratos, para el Reich o los territorios particulares. Las primeras paces territoriales, por ejemplo la bávara de 1094, se remontan a la época turbulenta de Enrique IV; la primera paz del Reich se dicta en Maguncia en 1103. Luego adquieren celebridad la paz territorial de Maguncia ('Constitutio Moguntina') de Federico II de 1235, a *mediados de siglo la liga renana de 1254, y, finalmente,* la paz territorial eterna de Worms de 1495 con la prohibición permanente de la faida. A partir del siglo XIII, aparecen numerosos bosquejos de derechos particulares, entre los cuales descuella el 'Sachsenspiegel' (espejo de Sajonia) del caballero E. v. Repgow de 1221-1224, al que siguen el 'Deutschenspiegel' (espejo de los alemanes) de 1274-1275 y el 'Schwabenspiegel' (espejo de Suabia) de 1275-1276. Entre los derechos territoriales el más importante es el de Baviera, de Luis el Bávaro, y entre los derechos de las ciudades los de Magdeburgo y Lubeck.

IV. *El derecho romano-canónico-italiano.* A fines de la edad media, los derechos extranjeros se desarrollaron, también en el campo del derecho penal, sobre la base del derecho romano-canónico-italiano.

1. En el antiguo derecho *romano* existe, dentro de la familia, el poder punitivo, jurídicamente ilimitado, del 'pater familias' que llega hasta el 'ius vitae ac necis'. Los 'delicta privata' mantienen su importancia por mucho tiempo también en el derecho romano. Pero es digno de mención que, junto con el carácter universal del derecho penal, se haya destacado desde muy temprano la naturaleza jurídico-pública de la pena en los dos casos importantes del 'perduellio' —traición a la patria— y del 'parricidium' — la muerte dada a un miembro de la casta. La legislación penal termina, en cierto modo, con las XII tablas (451 antes de J. C.). El poder punitivo de los reyes y, luego, del magistrado ('coercitio'), es, en los primeros tiempos, legalmente ilimitado. Pero, en los casos de penas capitales contra ciudadanos romanos, tienen éstos el derecho de "provocar" comicios, en los que el pueblo decide. Hacia el

fin de la República, se crea el procedimiento de las 'quaestiones', para cuyo desarrollo son especialmente importantes las 'Leges Corneliae' de Sila (82-80 antes de J. C.). Para cada delito, existe un tribunal ('quaestio perpetua'): 'quot delicta, tot quaestiones' — lo cual contribuye grandemente a una estructuración más exacta de los tipos. Bajo Sila existían siete quaestiones: 'de maiestate, de ambitu (captación de empleos públicos), de repetundis (concusión), de peculatu (apropiación indebida), de sicariis et veneficis (asesinato), de iniuriis (injuria grave), de falsis'. Durante la República, aparecieron dos más: 'de plagio' (robo de persona) y 'de vi' (violencia); bajo el reinado de Augusto, las relativas a los delitos contra el matrimonio y la moralidad, usura, etc. En el Imperio, la jurisdicción penal pasa cada vez más al emperador y a sus funcionarios. Juntamente con los 'crimina legitima' y los 'delicta privata', aparecen los más amplios 'crimina extraordinaria', por ejemplo el 'stellionatus' como infamia. En los Digestos (533 después de J. C.), el derecho penal está contenido en D. 47 ('de privatis') y D. 48 ('de publicis iudiciis') y en el 'Codex' (534 después de J. C.) en el libro 9.

2. A partir del reconocimiento de la Iglesia de parte del Estado romano (Constantino 323-337, Concilio de Nicea 325), se constituye un amplio poder disciplinario del obispo y del Papa con respecto a religiosos y profanos en asuntos espirituales y varios. El derecho *canónico* ejerce su influencia, a partir de este momento, sobre el desarrollo del derecho penal.

3. El desenvolvimiento ulterior del derecho romano (imperial) y canónico (papal) se realiza, desde el siglo XII, en las universidades *italianas*, entre las cuales se destaca la de Bolonia. Desde 1100 hasta 1250, aproximadamente, figura en primer término la escuela de los glosadores, y desde 1250 hasta 1450 la de los postglosadores o comentaristas, como Albertus Gantinus (alrededor de 1300), Cino (1270-1335), Bartolus (1314-1357), Baldus (1328-1400), Angelus Aretinus (fallecido en 1450) y Clarus (1525-1575). Ejerció influencia para la *recepción en Alemania* una amplia literatura popular, sobre todo el 'Klagspiegel' (espejo de las querellas) (alrededor de 1425) y el 'Laienspiegel' (espejo de los legos) de Ulrich Tengler (1509-1511). La reforma de Worms de 1498, la ordenanza de los "maleficios" para el Tirol de 1499 y la ordenanza penal para Radolfzell de 1506, constituyen las leyes particulares más importantes.

V. *El período desde 1500 hasta 1800.*

1. Para el *nuevo período que se inicia*, es fundamental la ordenanza penal para el obispado de Bamberg, la 'Constitutio criminalis Bambergensis' de 1507 del caballero franco

Johann Freiherr zu Schwarzenberg und Hohenlandsberg. En ésta, 'mater Carolinae', se basa la gran obra de la legislación del Reich, la ordenanza penal de Carlos V ("Peinliche Gerichtsordnung Karls V") o *Carolina* ('Constitutio Criminalis Carolina'), de 1532. En el derecho penal no tenemos, pues, como en el derecho civil, una recepción del derecho consuetudinario, sino una obra legislativa. La Carolina de 1532 es el primero y único código alemán completo hasta el código penal de 1871. Crea, de acuerdo con la 'clausula salvatoria', al fin del preámbulo, solamente derecho subsidiario, pero también contiene, en parte, por ejemplo en el art. 218, derecho obligatorio. Completan la Carolina las tres ordenanzas de policía del Reich de 1530, 1548 y 1577. La Carolina es una ordenanza procesal con un agregado de reglamentaciones de derecho penal material (art. 104-280).

2. Sobre la base de la Carolina, que gana influencia más allá de su validez formalmente obligatoria en virtud de su contenido positivo y que será completada y suprimida luego por un nuevo derecho, se desarrolla el llamado *derecho penal alemán común*. Se atenuarán, en cierto modo, con el tiempo, las crueles leyes contra el cuerpo y la vida (véase, al respecto, el *Lehrb.*, p. 18).

3. A fines del siglo XVIII aparecen "como monumentos de cultura de un pasado ya superado, con toda la dureza del derecho penal común en el comienzo de un período nuevo" (v. HIPPEL), en *Baviera* el 'Codex iuris bavarici criminalis' de 1751, y en *Austria* la 'Constitutio criminalis Theresiana' de 1768, que posteriormente, bajo el reino de José II, será reemplazada por la ley general sobre los delitos y el castigo de los mismos (1787), dentro del espíritu excesivamente doctrinario de la época de las luces. En *Prusia*, se dicta el Derecho general para los Estados de Prusia de 5 de febrero de 1794 en el sentido del absolutismo iluminista (el código penal se encuentra en la parte II, título 20, § § 1-1577).

VI. *La época de las luces y el siglo XIX*. Por múltiples que sean, aun hoy, en los detalles de la creación de los tipos y definiciones científicas, los efectos del derecho penal romano-italiano y alemán común, el *espíritu del derecho penal moderno* se ha formado más tarde. El derecho penal que hoy rige, es hijo de la *época de las luces*. Ya han sido mencionados, en tal sentido, el código penal de José II en Austria (1787) y el Derecho general para los Estados de Prusia (1794). El "code pénal" francés de Napoleón de 12 de febrero de 1810 —"une défense sociale au moyen de l'intimidation" (GARRAUD)— ha tenido influencia sobre el código penal prusiano de 1851.

1. A comienzos del siglo XIX, tenemos el *código penal bávaro de 16 de mayo de 1813* (Código penal general para el reino de Baviera), estructurado por FEUERBACH, que tuvo gran influencia en la legislación ulterior de los Estados.

2. Luego, y hasta más allá de la mitad del siglo, los Estados particulares estructuran *sus códigos penales* (acerca de esta legislación de los Estados del siglo XIX, véanse las noticias detalladas contenidas en el *Lehrb.*, 22-23). Mencionaremos los de Sajonia (1838 y 1855 y la revisión de 1868), de Turingia (1848-1849 y siguientes), de Wurtemberg (1839), de Baden (1845), de Hannover (1840), de Hesse (1841), de Hamburgo (1869), de Prusia (1851) y de Baviera (1861). Los tres pequeños volúmenes manuables de STENGLEIN, *Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher* (Colección de los códigos penales alemanes), contienen, precisamente, estos códigos penales.

3. En *Alemania del Norte* se estructuró, como código penal unitario, el código penal para la Confederación de Alemania del Norte de 31 de mayo de 1870 (*BGBl.*, 195 y sigts.). Sobre la formación del mismo, da noticias detalladas el *Lehrbuch* (27-28).

VII. *El código penal del Reich de 1871 y sus complementos posteriores. Su nueva promulgación de 25 de agosto de 1953* (*BGBl.* I, 1083). Del código penal para la Confederación de Alemania del Norte de 31 de mayo de 1870, deriva, con las modificaciones de redacción impuestas a raíz de la creación del Reich, el *código penal para el Reich alemán de 15 de mayo de 1871.* El 1º de enero de 1872 entra a regir en Baviera, Wurtemberg y Baden. Con el tiempo, ha sufrido numerosas modificaciones y complementos consistentes en muchas leyes penales accesorias.

1. El *Lehrb.* (28-30) informa detalladamente acerca de la nueva redacción del código penal (*RGBl.* 1876, p. 40 y sigts.) y el *período anterior a 1933.* En lo que respecta a las leyes penales accesorias anteriores y posteriores, véanse MÜLLER-POHLE, *Führer durch das gesamte Reichs-Nebenstrafrecht* (Guía del derecho penal accesorio del Reich) (1937) y ERBS, *Strafrechtliche Nebengesetze. Kurzkommentar* (Leyes penales accesorias. Breve comentario) (Edición de hojas sueltas, 1ª entrega 1953; Ed. C. H. Beck, Munich).

2. Pertenecen al *período posterior a 1933* y deben ser mencionadas como innovaciones especialmente importantes, las Novelas de 26 de mayo de 1933 (*RGBl.* I, 295), de 24 de noviembre de 1933 (*RGBl.* I, 995; la llamada ley sobre los delincuentes habituales (§ § 20 *a* y 42 *a* y sigts.), de 28 de junio de 1935 (*RGBl.* I, 839) y de 29 de mayo de 1943 (*RGBl.* I,

339; la llamada ordenanza para la unificación del derecho penal), como así también, en reemplazo de la ley sobre tribunales de jóvenes de 16 de febrero de 1923 (*RGBl*, I, 135), la ley correspondiente de 6 de noviembre de 1943 (*RGBl.* I, 635), la cual ha sido sustituida, a su vez, por la ley de 4 de agosto de 1953 (*BGBl.* I, 751).

3. *A partir de 1945*, la intervención de las potencias ocupantes ha producido algunas modificaciones en el derecho penal alemán; las ediciones 1ª y 2ª (1948), págs. 4-10, reproducen estas disposiciones. El código penal del Reich ha sufrido otras modificaciones mediante la ley para la protección de la libertad personal de 15 de julio de 1951 (*BGBl.* 448) en los §§ 139 y 241 *a*, la primera ley para la modificación de disposiciones de derecho penal de 30 de agosto de 1951 (*BGBl.* 739) en los § § 80-101 y en las nuevas redacciones de los §§ 4, 129 y 317, la cancelación de los §§ 135, 318 y 318 *a* y la inclusión de los §§ 106 *a*, 106 *b*, 129 *a*, 187 *a*, 316 *a* y 353 *a* (al respecto, *JZ* 51, 609 y sigts. de SCHAFHEUTLE), la segunda ley para la modificación de disposiciones de derecho penal de 6 de marzo de 1953 (*BGBl.* I, 42) (§ 141) y la ley para la seguridad del tránsito de 19 de diciembre de 1952 (*BGBl.* I, 832) con varias modificaciones. De gran importancia es la tercera ley para la modificación de disposiciones de derecho penal de 4 de agosto de 1953 (*BGBl.* I, 735); al respecto, DREHER-LACKNER, *JZ* 53, 421 y 428. Sobre esta base, se ha realizado una *nueva redacción del código penal* mediante la promulgación *de 25 de agosto de 1953* (*BGBl.* I, 1083), en virtud de la cual han quedado eliminadas algunas dudas relativas a la vigencia de distintas disposiciones de la ley. La edición del código penal con las leyes accesorias más importantes, de DREHER-MAASSEN (Ed. C. H. Beck, Munich, 1954), contiene un cuadro exacto de las modificaciones del código penal hasta la nueva redacción. Bajo este aspecto, se debe mencionar, además, la nueva *ley sobre tribunales de jóvenes de 4 de agosto de 1953* (*BGBl.* I, 751); al respecto, LACKNER, *JZ* 53, 527, y las modificaciones a la ley sobre la previsión social para jóvenes de 9 de julio de 1922 (*RGBl.* I, 633) en el *BGBl.* de 28 de agosto de 1953 (I, 1035). Las renovadas aspiraciones a la total reforma del derecho penal (VIII, 3) hacen pensar que, por el momento, se ha producido un compás de espera en lo que se refiere a la legislación penal fundamental.

VIII. *Las aspiraciones reformistas penales en el siglo XX.* Desde las postrimerías del siglo XIX se realizan, juntamente con las modificaciones parciales, intensos trabajos de reforma en torno al total derecho penal, que, sin embargo,

no han dado hasta el presente un resultado concreto. Por consiguiente, sigue rigiendo, fundamentalmente, el código penal del Reich de 1871 según la promulgación de 25 de agosto de 1953 (*BGBl.* I, 1083).

1. El movimiento de reforma dirigido a la totalidad del derecho penal alemán comienza *poco después de 1900.* El *Lehrb.* (42-47) trata en detalle respecto del período que se extiende hasta 1933. Tras amplios trabajos preparatorios de derecho comparado (v. LISZT-CRUSEN, *Die Strafgesetzgebung der Gegenwart* [La legislación penal del presente], vol. I, 1894 y vol. II, 1899, y *VDA y VDB* en 16 volúmenes, 1905-1909), han aparecido el anteproyecto de 1909, el contraproyecto de 1911, el proyecto de 1913, el proyecto de 1919, el proyecto de RADBRUCH de 1922, el proyecto oficial de 1925 presentado al "Reichsrat", el proyecto oficial de 1927 presentado al "Reichstag" y el proyecto de 1930 que es el resultado de las deliberaciones de las comisiones del "Reichstag".

2. En lo que respecta al *período posterior a 1933,* informa el *Grundriss* (23-24) detalladamente. Desde el 3 de noviembre de 1933 hasta 1936, la comisión oficial de derecho penal realizó, en el Ministerio de Justicia del Reich, 107 sesiones. Sobre la base del proyecto propuesto en 1933, surgió, en primera lectura, el proyecto de 1934 y, en segunda lectura, el de 1936, al que se le agregaron ulteriores modificaciones con una amplia exposición de motivos. Los trabajos correspondientes no han sido publicados, pero orienta acerca de los mismos GÜRTNER, *Das kommende deutsche Strafrecht* (El futuro derecho penal alemán), parte general (1ª ed., para la primera lectura de 1934, 2ª ed. para la segunda lectura de 1935) y parte especial (1935 y 1936). En otros trabajos se adhiere a la idea de unificar el derecho penal del Reich con el austríaco, estando contenidos los resultados correspondientes en la llamada ordenanza para la unificación del derecho penal de 29 de mayo de 1943 (*RGBl.* I, 339).

3. *Después de 1945,* el Consejo de Control ha emprendido una total revisión, pero sin resultado alguno.

Más tarde, se han renovado las aspiraciones en el sentido de realizar una *total reforma del derecho penal.* El 6 de abril de 1954 tuvo lugar, bajo la presidencia del Ministro de Justicia de la República Federal NEUMAYER, en la sede del Ministerio de Justicia en Bonn, la primera sesión de la nueva comisión para la gran reforma del derecho penal (gran comisión). (Véase al respecto el discurso pronunciado por el Ministro de Justicia, publicado en el Boletín Federal Nº 68 de 7 de abril de 1954). En la primera sesión de los trabajos, efectuada desde el 29 de junio al 2 de julio de 1954, se dis-

cutieron problemas fundamentales. Las sesiones continuaron en la segunda reunión de trabajos del 12 al 15 de octubre de 1954, en la tercera del 23 al 26 de noviembre de 1954, en la cuarta del 1º al 4 de febrero de 1955, en la quinta del 21 al 24 de marzo de 1955, en la sexta del 21 al 24 de junio de 1955 y en la séptima del 2 al 6 de septiembre de 1955, y deberán continuar en el futuro. Acerca de los resultados, el consejero ministerial Dr. DREHER ha publicado un informe en el Boletín Federal Nos. 176/1954, 237/1954, 33/1955, 76/1955, 109/1955 y sigts., titulado *"Probleme der Strafrechtsreform"* (véase también el resumen publicado en la *ZStrW*). *Representan materiales importantes para la reforma del derecho penal,* en lo que respecta a distintos problemas de la parte general y especial, el primer volumen, *Gutachten der Strafrechtslehrer* (Pareceres de los penalistas) y el segundo volumen, *Zusammenstellung der am Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg angefertigten rechtsvergleichenden Arbeiten* (Recopilación de los trabajos de derecho comparado realizados en el Instituto de derecho penal extranjero e internacional de Friburgo). (Dichos materiales han sido publicados por el *Ministerio de Justicia de la República Federal de Bonn*; la venta de los mismos está a cargo del Dr. Hans HEGER, Bad Godesberg, Rheinallee 20).

§ 6 a. (Continuación): la historia de la ciencia del derecho penal

I. *Epoca primitiva.* Remitimos, en lo que a esta época se refiere, a la historia general del derecho. Corresponde mencionar, como obra especialmente importante para el *derecho penal de la edad media,* HIS, *Das Strafrecht des deutschen Mittelalters,* I parte (1920); II parte (1935). Se ocupa del espejo de Sajonia, FRIESE, *Das Strafrecht des Sachsenspiegels* (1898).

El derecho *romano, canónico* e *italiano* tiene su literatura propia. En cuanto al derecho penal romano, sigue siendo fundamental MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* (1899). En lo que respecta a la Italia de la edad media, véase ENGELMANN, *Die Schuldlehre der Postglossatoren* (La teoría de la culpabilidad de los postglosadores) (1895), y DAHM, *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter* (El derecho penal de Italia en las postrimerías de la edad media) (1931).

Para la historia de la *Carolina de 1532* tienen importancia las obras de BRUNNENMEISTER, *Die Quellen der Bamber-*

gensis (Las fuentes de la Bambergensis) (1879) y GÜTERBOCK, *Die Entstehungsgeschichte der Caroline* (La historia de la formación de la Carolina) (1876). En lo que respecta a las ordenanzas de policía del Reich de 1530, 1548 y 1577, confr. SEGALL, *Geschichte und Strafrecht der RPO von 1530, 1548 und 1577* (*StrafrAbh.*, fasc. 183) (1914).

Contamos con una amplia literatura relacionada con el *derecho penal alemán común* de los siglos XVI, XVII y XVIII. La ciencia del derecho penal se hallaba "en las manos de copistas sin ingenio ni espíritu crítico". Las obras de VIGELIUS, profesor en Marburgo (1583), de GILHAUSEN (1603) y de HARPPRECHT, profesor en Tubinga (1603) ponen de manifiesto una mayor profundidad científica. La ciencia jurídica común debe su florecimiento a la jurisprudencia sajona, con Matthias BERLICH (1586-1638) y sobre todo con Benedict CARPZOV (1595-1666), profesor titular en la Facultad de Derecho de Leipzig y miembro del tribunal de escabinos de dicha ciudad, autor de la *'Practica nova'* (1635). CARPZOV dominó, por más de un siglo, en la ciencia alemana del derecho penal. Ofrece datos importantes al respecto BOEHM (*ZStW* 59, 371 y 620; 60, 155; 61, 300). Luego, la autoridad de CARPZOV declina. El representante más notable del siglo XVIII, que concluye este desarrollo, es J. S. F. BÖHMER (1704-1772), profesor en Halle *('Elementa, Observationes, Meditationes in CCC')*. Al respecto, BOLDT, *J. S. F. von Böhmer und die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft* (J. S. F. von Böhmer y la ciencia del derecho penal común) (1936). El *Lehrb.* (17-18) contiene más datos sobre el tema total. También es útil la obra de SCHAFFSTEIN, *Die Allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts* (Las teorías generales sobre el delito en su desarrollo en la ciencia del derecho penal común) (1930).

II. *La época de las luces y de Feuerbach hasta el código penal de 1871.* Ya hemos señalado que el espíritu del derecho penal moderno tiene su origen en los principios de la época de las luces. El gran problema de este período consiste en hallar la delimitación jurídica entre sociedad e individuo, problema que es, aún en la actualidad, uno de los más importantes del derecho penal. La época de las luces constituye un período de profundas modificaciones de las ideas. El hombre y su facultad de pensar se independizan, "la ciencia deja de ser la servidora de la teología, e incluso el Estado y el derecho son llevados ante el tribunal de la razón crítica del hombre". Es el ocaso del derecho penal alemán común (*Lehrb.*, 19). En Italia ve la luz la vibrante obra de Cesare BECCARIA (nacido

en 1738 en Milán, que en ese entonces se encontraba bajo el dominio de Austria; fallecido en 1794), *Dei delitti e delle pene.*

En Alemania, tenemos, a principios del siglo XIX, la figura de Paul Anselm v. FEUERBACH, el "padre de la ciencia moderna del derecho penal". FEUERBACH, padre del célebre filósofo Ludwig Feuerbach y abuelo del igualmente célebre pintor Anselm Feuerbach, nació el 14 de noviembre de 1775 en Hainichen, cerca de Jena (luego su padre se trasladó a Francfort del Mein para ejercer la abogacía); fué profesor en Jena (en 1801; se había iniciado en la enseñanza, como profesor libre, en la misma Universidad), en Kiel (1802) y en Landshut (1804); fué llamado a Munich en 1805 al Ministerio de Justicia para preparar el código penal de Baviera, pero ahí, con motivo de desavenencias determinadas por sus ideas liberales y su actitud contraria a Napoleón, fué, en 1814, al "brillante exilio" de Bamberg, en donde desempeñó el cargo de segundo presidente del tribunal de apelaciones y luego, en 1817, a Ansbach, para presidir aquel tribunal de apelaciones. Murió el 29 de mayo de 1833 en Francfort, donde está sepultado. Sobre Feuerbach, *Lehrb.*, 20-22, y RADBRUCH, *Paul Johann Anselm Feuerbach, Ein Juristenleben* (P. J. A. F., La vida de un jurista) (1934). En primer término, se dedicó a la filosofía, siendo partidario entusiasta de KANT; pero la rígida teoría de la retribución sostenida por este autor, no tuvo una influencia fundamental en sus teorías jurídico-penales. Es el representante de una teoría general preventiva de coacción psicológica; la coacción de la *conminación* legal de la pena debe actuar en forma de "intimidación" sobre la colectividad, la cual "puede infringir" el ordenamiento jurídico, mientras que la *ejecución de la pena* es solamente la consecuencia necesaria y la afirmación de toda conminación. Por lo tanto, esa "conminación" debe ser delimitada legalmente con toda precisión; esta concepción de FEUERBACH lo convierte en el creador de los tipos penales claramente definidos. En su *Aktenmässige Darstellung merkwürdiger Verbrechen* (Exposición de crímenes notables con arreglo a las actas del proceso (2ª ed., volúmenes I y II, 1828/1829), se revela como un psicólogo y un agudo conocedor de los hombres, sin que por ello la psicología criminal deje de constituir para él un nexo orgánico con la propia ciencia del derecho penal. Contemporáneos de FEUERBACH fueron KLEIN en Halle y KLEINSCHROD en Wurzburgo (cuyo proyecto fue blanco, en 1804, de su demoledora crítica); fueron sus amigos v. GROLMAN en Hesse y Harscher v. ALMENDINGEN que propugnaban ideas de prevención especial.

Entre los penalistas del siglo XIX, se deben mencionar

muy especialmente, Karl Georg v. WÄCHTER (nacido en 1797 en Marbach (Wurtemberg), profesor en Tubinga y Leipzig, presidente provisional del tribunal de Lubeck), K. J. A. MITTERMAIER (comparatista notable y cultor de ciencias auxiliares del derecho penal), numerosos representantes de la orientación positivista histórica y, asimismo, los partidarios de la filosofía hegeliana (ABEGG, KÖSTLIN, BERNER hasta A. MERKEL). Además, se encuentran la influencia de la práctica *prusiana* y de *Hanóver* y la ciencia y la práctica de los demás derechos particulares, que constituyen la base del *derecho penal del Reich alemán*. (Véase, en detalle, acerca de todo lo que antecede, *Lehrb.*, 23-27).

III. *La ciencia del derecho penal desde la promulgación del código penal del Reich.* Ella ostenta, muy especialmente en la "lucha de las escuelas" que se desencadenó a partir de 1880, una intensa vitalidad espiritual con proyecciones internacionales (*Lehrb.*, 30-39).

1. Era natural que, después de estructurarse definitivamente un código como el de 1871, surgiera la urgente necesidad de penetrar, desde el punto de vista histórico-dogmático, la materia jurídica contenida en el mismo. Estos estudios alcanzan su punto culminante con Karl BINDING (nacido en 1841 en Francfort del Mein, profesor en Basilea, Friburgo, Estrasburgo y Leipzig; fallecido en 1920): *Die Normen und ihre Übertretung* (Las normas y su infracción), vol. I, 4ª ed., 1922; vol. II, 1ª parte, 2ª ed., 1914; 2ª parte, 2ª ed., 1916; vol. III, 1918; vol. IV, 1919. Otros datos en el *Lehrb.*, 31. La llamada *escuela clásica del derecho penal* es fundamentalmente partidaria de las teorías de BINDING, pero con algunas discrepancias; esta escuela pone en primer plano, desde el punto de vista histórico-conservador, los principios de la retribución y del Estado de derecho (*Lehrb.*, 31-33).

2. A partir de 1870, se oponen a dicha escuela las tendencias que, sobre la base de un determinismo naturalista-sociológico, auspician una política criminal consecuente y, por lo tanto, la investigación causal y la lucha contra las causas del delito. Tales tendencias desembocan en las *escuelas de derecho penal* llamadas, sintéticamente, *modernas*.

Con tales criterios, fundó en Italia el médico y criminalista Cesare LOMBROSO (1835-1909) la escuela *antropológica criminal*, que sería continuada sobre la base de principios jurídico-penales, principalmente por Enrico FERRI ("Scuola positiva", 'Progetto' de 1921). La escuela ha tenido una influencia estimulante sobre la investigación *biológico-criminal* del delincuente (*Lehrb.*, 34-35, *KrimPol.*, p. 14 y sigts. y vol. III de este libro de estudio publicado en 1951). Al desarrollo ul-

terior de la investigación criminológica contribuyó la *Sociedad de biología criminal*; sobre el VII congreso que ésta realizó en Munich el 28 y 29 de mayo de 1953, ha aparecido un informe titulado *Kriminalbiologische Gegenwartsfragen* (Cuestiones actuales biológico-criminales), publicado por Edmund MEZGER y Ernst SEELIG (Ed. F. Enke, Stuttgart, 1953; XII y 126 páginas). El VIII congreso de la Sociedad se ha realizado en Graz (fasc. 2 del informe mencionado). Acerca de la "Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform", véase el § 6 b, XI.

La figura principal de la orientación *sociológico-criminal* en Alemania es Franz v. LISZT (nacido en 1851 en Viena, profesor en Giessen, Marburg, Halle y Berlín; fallecido en 1919): *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (El pensamiento finalista en el derecho penal) publicado en 1882, el *Lehrbuch* reelaborado por SCHMIDT (25ª ed., 1927), y *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* que se publica desde 1881; además, *Internationale kriminalistische Vereinigung* (Unión internacional de derecho criminal), desde 1889. LISZT destaca muy especialmente el criterio de la prevención especial y de la consideración finalista político-criminal. Más detalles en el *Lehrb.*, 36-38.

3. La ciencia penal alemana del siglo XX pone de manifiesto, además de un interés directo en los problemas planteados por la lucha de las escuelas, una especial tendencia hacia la *orientación filosófica*, tanto en el sentido formal-neokantiano (Graf zu DOHNA) como, principalmente, en el aspecto de la teoría del conocimiento y del valor, sobre la base de la llamada filosofía del sud-oeste de Alemania. El *fundamento de experiencia*, creado en el siglo XIX y principios del siglo XX, representa una conquista segura. Más detalles en el *Lehrb.*, 38-39.

IV. *Los fundamentos de la ciencia del derecho penal del presente.* Muchos puntos que habían sido objeto, durante decenios, de luchas intensas de parte de las escuelas "modernas", se han convertido, en la actualidad, en un patrimonio de la ciencia del derecho penal, más firme aún de lo que esas mismas escuelas esperaban. Estas, en su afán de investigar las causas del delito y luchar contra ellas, pensaron en la conveniencia de apelar a las numerosas "ciencias auxiliares" del derecho penal. Mientras tanto, la ciencia del derecho penal se ha convertido, además que en una *ciencia normativa*, en una *ciencia de la experiencia*, y lo que un tiempo fué simple ciencia auxiliar, es, en la actualidad, patrimonio de la "total ciencia del derecho penal". Pero con ello las antiguas concepciones *dogmáticas* del derecho penal no se han tornado, por cierto, super-

fluas o insignificantes. La dogmática del derecho vigente y la investigación jurídico-penal de los hechos forman hoy una sola unidad inseparable. La ciencia del derecho penal del presente sabe que necesita *varios métodos* para lograr el objetivo a que tiende su investigación. En tal sentido, la ciencia del derecho penal abarca lo que a continuación se especifica.

1. La ciencia del derecho penal se asienta, en *primer término*, en las *normas legales* del derecho vigente, con las cuales comienza todo su trabajo. Sin perjuicio de los necesarios trabajos preparatorios de crítica de los textos y de índole lingüística y gramatical, histórica y sistemática, el objetivo está determinado ampliamente en el sentido de la conceptuación legal, esto es, *lógico*. Es preciso evitar y descubrir contradicciones para que aparezca el total sistema del derecho. A veces, esta tarea metódica de la "elaboración lógica de las normas vigentes" ha sido objeto de desconfianza y de desprecio. Es cierto que el trabajo del jurista no queda ni debe quedar agotado con esa actividad. Pero sería también falso desconocer el alto significado de este trabajo lógico. En efecto, sólo siguiendo este camino, logra el jurista dominar su materia y la plenitud de las manifestaciones de la vida.

2. Las normas son los medios para la realización *valorativa*. Tienen su origen, por lo tanto, en el campo de los valores. Y también los preceptos del derecho penal son *valoraciones* humanas hechas por el legislador competente, que el jurista, en su trabajo exegético, en su carácter de intérprete de la ley, tiene que continuar y terminar, para aplicarlos a los casos prácticos de la vida. La tarea *volorativa* incumbe también al jurista científico y práctico. Pero, como dice RADBRUCH en su obra *Grundzüge der Rechtsphilosophie* (Rasgos fundamentales de la filosofía del derecho) (1914), "los juicios valorativos no pueden ser objeto de conocimiento, sino, y sólo de reconocimiento" (p. 2). Con esto, se quiere expresar que el jurista, en esta actividad necesariamente valorativa, y no, por lo tanto, exclusivamente lógica, sino *axiológica*, puede ser un "reconocedor", pero no un auténtico representante de la *ciencia*. El concepto es demasiado limitado; es cierto que todas las "valoraciones" humanas son tentativas emocionales y artísticas para aproximarse a los "valores" existentes "en sí". Esas *valoraciones* tienen siempre, por consiguiente, un carácter relativo, o sea, temporal y espacialmente condicionado. En rigor, no poseen, pues, una forma "científica", de conocimiento. Sin embargo, las valoraciones 'a priori', son accesibles a la consideración científica. Y lo es también el conocimiento del valor de *justicia*, el cual gobierna toda la tarea que concierne al derecho y, por consiguiente, al derecho penal.

3. Por otra parte, la ciencia del derecho penal del presente es, a la vez, una *ciencia* jurídica *de hechos* frente a las manifestaciones del delito y de la pena. Sin cumplir una investigación acentuadamente empírica, basada en la experiencia, sobre esas manifestaciones y sus leyes, quien se inicie en el estudio de la ciencia del derecho penal no realizará su misión como *jurista*. A la consideración lógica y axiológica de la materia, se agrega, como tercero y seguro elemento, el aspecto científico del ser, vale decir, en el sentido literal y no propiamente filosófico del término, el *aspecto ontológico*. Con el mismo, sobre todo, la *criminología* (que hemos tratado muy especialmente en el tercer volumen de esta obra; edición de 1951), se convierte, como teoría del delito en el sentido de una manifestación real de la vida, en un auténtico elemento de la total ciencia del derecho penal. Importantes problemas metódicos relativos al tema trata MEZGER en la exposición académica *Das Typenproblem in Kriminologie und Strafrecht* (El problema de los tipos en la criminología y en el derecho penal). Actas de las sesiones de la Academia Bávara de Ciencias; Sección histórico-filosófica. Año 1955, fasc. 4.

La *ciencia del derecho penal del presente*, en su tarea en el "telar veloz del tiempo", está inseparablemente unida, por lo tanto, a consideraciones y tareas jurídico-conceptuales (lógicas), valorativas (axiológicas) y científicas del ser (ontológicas). De tal manera, la ciencia del derecho penal participa del carácter eterno de toda ciencia auténtica, aun en los casos en que su objeto se encuentra expuesto a modificaciones temporales y espaciales.

§ 6 b. (Continuación): las fuentes y la literatura del derecho penal alemán actual

I. La fuente más importante del derecho penal alemán actual sigue siendo el CÓDIGO PENAL PARA EL REICH ALEMÁN DE 15 DE MAYO DE 1871 (*RGBl.*, 127 y sigts.), con sus numerosos complementos, con arreglo a la PROMULGACIÓN DE 25 DE AGOSTO DE 1953 (*BGBl.* I, 1083). El tema ya ha sido tratado en el § 6, VII. Corresponde remitirse, especialmente en lo que respecta al período inmediatamente siguiente al año 1945, a la proclamación Nº 3 del Consejo de Control de 20 de octubre de 1945 (principios para la reorganización de la Justicia) y a la ley Nº 1 del Gobierno Militar (zona norteamericana), arts. III (disposiciones generales sobre la interpretación) y IV (limitación de penas). Las instrucciones generales para los jueces, de otoño de 1945, *han quedado sin efecto* a partir del

1º de enero de 1950 (véase sobre el particular la parte especial, 2ª ed., 1951, p. 258, y *DRZ* 1950, p. 566 y *BGHStr.* 1, 59 y sigts.). En el § 6, VII, ya nos hemos referido a las modificaciones posteriores, incluída la promulgación de 25 de agosto de 1953.

II. *Ediciones de textos legales.* En 1949 ha sido publicada la 2ª edición, a cargo de LANGE, de KOHLRAUSCH, *Deutsches Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen* (El código penal alemán con leyes accesorias) (Berlín, W. de Gruyter & Co., 1947). En la conocida colección de leyes de la Editorial C. H. Beck de Munich, ha sido publicado el *Strafgesetzbuch mit 77 Nebengesetzen* con arreglo a la situación legislativa existente al 1º de enero de 1955 (26ª ed.).

III. *Comentarios breves.* SCHWARZ, *Strafgesetzbuch* (14ª ed.) (Ed. Beck, Munich, 1951), con la *Strafrechtsänderungsgesetz* (suplemento de 1952) y jurisprudencia, muy utilizado en la práctica; la 16ª ed. de 1953 está de acuerdo con la promulgación de 25 de agosto de 1953 y tiene un prólogo de octubre de ese mismo año; 18ª ed., 1955. KOHLRAUSCH-LANGE, *Stragesetzbuch,* ed. 39ª y 40ª (Ed. W. de Gruyter & Co., Berlín, 1950), obra científicamente valiosa. Como suplemento, LANGE, *Strafrechtsänderung-und Freiheitsschutzgesetz, Kommentar* (Comentario a la ley sobre modificación de disposiciones del derecho penal y la protección de la libertad) (1952). MÜHLMANN-BOMMEL, *Das Strafgesetzbuch* (1949), con jurisprudencia. DALCKE-FUHRMANN-SCHÄFER, *Strafrecht und Strafverfahren* (Derecho y procedimiento penales), 35ª ed., 1950, con suplementos de diciembre de 1950 y mayo de 1951; 36ª ed., 1955. Particularmente importante en la actualidad, DREHER-MAASSEN, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und den wichtigsten Nebengesetzen* (El código penal con explicaciones y las leyes accesorias más importantes) (Ed. C. H. Beck, Munich, 1954); sus notas son concisas y ricas en contenido (comenta esta obra la *JZ* 54, 619).

IV. *Comentarios más extensos.* Mencionamos, en primer término, el concienzudo comentario de SCHÖNKE (*Strafgesetzbuch, Kommentar*; 5ª ed., 1951; la 6ª edición, por ser del año 1952, no trata de la tercera ley para la modificación de disposiciones de derecho penal; la 7ª edición es de SCHÖNKE-SCHRÖDER y ha sido publicada en 1954). El *Kommentar* de FRANK (18ª ed., 1931, con apéndice de E. SCHÄFER-v. DOHNANYI, 1936), concebido originalmente como comentario didáctico, es algo anticuado, pero muy valioso desde el punto de vista científico y consultado por los prácticos. Véase, al respecto, *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag* (Homenaje a Reinhard von FRANK en su septuagésimo cumpleaños;

publicado por A. HEGLER), vol. I y II, 1930. Acerca del origen de su obra, el mismo FRANK expresa *(Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen)* (La ciencia del derecho del presente en exposiciones propias) (III, 1929, p. 23 y sigts.), que las conferencias y los cursos en la forma tradicional de entonces no eran adecuados "para trazar el estudio del derecho penal en la forma documentada que me parecía oportuna, pensando que este objetivo podía ser alcanzado sólo mediante un comentario. Las ediciones corrientes contenían sólo noticias carentes de cohesión y los comentarios existentes no les eran útiles a los estudiantes por su gran extensión. Por esto, resolví preparar un breve comentario, destinado especialmente a los estudiantes". OLSHAUSEN, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, vol. I y II, 11ª ed., 1927, con el volumen complementario de 1936. De la 12ª edición de 1942, han aparecido los § § 1-247. *Leipziger Kommentar* (Comentario de Leipzig), 4ª ed., 1929, de EBERMAYER, LOBE, ROSENBERG; 5ª ed., parte general, de LOBE, 1933, con apéndice de 1934 (jurisprudencia del Tribunal del Reich y dogmática en el sentido de la escuela clásica). De la 6ª edición de 1944 han aparecido los § § 1-152 (vol. I) y de las ediciones 6ª y 7ª de 1951, los § § 153 y siguientes (vol. 2). Ahora contamos con este *Grosskommentar der Praxis* (Gran comentario de la práctica), publicado por JAGUSCH-MEZGER, obra de los directores y demás colaboradores: vol. 1 (1954; introducción, § § 1-152 y ley sobre tribunales de jóvenes, XIX y 734 páginas); vol. 2 (1951; § § 153 y sigts. y ley de introducción al código penal, XIX y 777 páginas con cinco suplementos e índices). STENGLEIN, *Kommentar zu den Strafrechtlichen Nebengesetzen des Deutschen Reiches* (Comentario a las leyes penales accesorias del Reich alemán), 5ª ed., vol. I, 1928; vol. II, 1931; volumen suplementario, 1933.

V. *Compendios.* V. WEBER, *Grundriss des deutschen Strafrechts* (Compendio del derecho penal alemán), 2ª ed., 1948. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen* (El derecho penal alemán en sus rasgos fundamentales), 2ª ed., 1949 (contemporáneamente, la 5ª edición de *Allgemeiner Teil des deutschen Strafrechts* (Parte general del derecho penal alemán); véase ahora en cuanto a las ediciones 3ª y 4ª de 1954, más abajo, N. VI). MAURACH, *Grundriss des Strafrechts; Allgemeiner, Besonderer Teil und Fälle* (Compendio de derecho penal; parte general, parte especial y casos), 1948. KERN, *Grundriss des Besonderen Teils*, 1950.

VI. *Tratados.* V. LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (Tratado del derecho penal alemán), 25ª ed., 1927 (es el tratado más importante de la escuela moderna de derecho penal). *Einleitung und Allgemeiner Teil* (Introducción y

parte general), 26ª ed., 1932. V. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht* (Derecho penal alemán), vol. I, 1925, vol. II, 1930; *Lehrbuch des Strafrechts* (Tratado de derecho penal), 1932. MEZGER, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3ª ed., 1949. GERLAND, *Deutsches Reichsstrafrecht* (Derecho penal alemán del Reich), 2ª ed., 1932. WELZEL (véase más arriba), *Das deutsche Strafrecht*; 3ª ed., 1954, 4ª ed., 1954. NIETHAMMER, *Lehrbuch des Besonderen Teils des Strafrechts* (Tratado de la parte especial del derecho penal), 1950. MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil 1954. Besonderer Teil 1952* (Derecho penal alemán. Parte general, 1954. Parte especial, 1952). SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre. Eine lehrbuchmässige Darstellung* (Teoría general del derecho penal. Exposición en forma de tratado), 1955; *System des Strafrechts, Besonderer Teil 1954* (Sistema del derecho penal, parte especial, 1954). Hellmuth MAYER, véase el N. VII.

VII. *Otras obras mayores y exposiciones de contenido general.* BELING, *Die Lehre vom Verbrechen* (La teoría del delito), 1906. KANTOROWICZ, *Tat und Schuld* (El hecho y la culpabilidad), 1933. Hellmuth MAYER, *Das Strafrecht des deutschen Volkes* (El derecho penal del pueblo alemán), 1936. Ahora: *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (Derecho penal. Parte general), 1953. GRAF ZU DOHNA, *Der Aufbau der Verbrechenslehre* (Estructura de la teoría del delito), 2ª ed., 1941. *Probleme der Strafrechtserneuerung (Eduard Kohlrausch zum 70. Geburtstag)* (Problemas de la renovación del derecho penal) (A Eduard KOHLRAUSCH en su septuagésimo cumpleaños), 1944. SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 2ª edición completamente renovada con los principios fundamentales del derecho penal, 1949 (véase el N. VI). MEZGER, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik* (Rumbos modernos de la dogmática penal), 1950. WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystems* (El nuevo aspecto del sistema del derecho penal), 1951; 2ª edición, 1952. *Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre* (Problemas actuales del derecho penal en el marco de la teoría de la acción finalista) (Conferencia pronunciada en Karlsruhe el 29 de mayo de 1953), 1953. *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag* (Homenaje a Edmund MEZGER en su septuagésimo cumpleaños; publicado por Karl ENGISCH y Reinhart MAURACH) (Ed. C. H. Beck, Munich, 1954; 522 páginas con numerosas colaboraciones y bibliografía). Materiales para la reforma del derecho penal: véase el § 6, VIII, 3.

VIII. *Colecciones más recientes de casos* con introducciones, dignas de ser señaladas, al tratamiento práctico de casos jurídico-penales: KERN, *Anleitung zur Bearbeitung von Straf-*

rechtsfällen (Guía para el tratamiento de casos de derecho penal), 1947, y *Strafrechtsfälle mit Lösungen* (Casos de derecho penal con soluciones), Ed. C. H. Beck, Munich, 1949/1950. Eb. SCHMIDT, *Strafrechtspraktikum* (Prácticas de derecho penal), 1946.

IX. *Revistas de derecho penal. Der Gerichtssaal* (La sala de justicia), fundada en 1849; el último volumen, publicado en 1942, lleva el número 116 (fasc. 3). *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (Revista para la total ciencia del derecho penal); dejó de publicarse en 1944 (vol. 62, fasc. 4); pero se ha reanudado su publicación (vol. 63 y sigts.). *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (Archivo del derecho penal de GOLTDAMMER; ha vuelto a publicarse en las ediciones de R. v. Decker de Hamburgo). Más datos en el *Grd.*, 25. Para conocer el desarrollo más reciente, se deben confrontar también las *revistas jurídicas de carácter general*, y muy especialmente la *Deutsche Rechts-Zeitschrift* (Revista alemana de derecho) (Ed. J. C. B. Mohr, Tubinga, desde julio de 1946; año II, 1947 y sigts.), la *Neue Juristische Wochenschrift* (Nueva revista jurídica semanal), la *Süddeutsche Juristen-Zeitung* (Revista jurídica del Sur de Alemania), la *Monatsschrift für Deutsches Recht* (Revista mensual de derecho alemán), la *Juristische Rundschau* (Revista jurídica) y la *Juristenzeitung* (Revista jurídica) (desde enero de 1951 ha fusionado la *Deutsche Rechts-Zeitschrift* y la *Süddeutsche Juristen-Zeitung*).

X. *Colecciones de sentencias.* Siguen teniendo gran importancia las *Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen* (Resoluciones del Tribunal del Reich en materia penal); el último volumen ha sido publicado en 1944 y lleva el número 77 (fasc. 1-4). A continuación de esta colección, han sido publicadas las *Höchstrichterliche Entscheidungen in Strafsachen* (Resoluciones del más alto tribunal en materia penal), vol. I y II (Heidelberg, Lambert Schneider) y las *Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs der Britischen Zone in Strafsachen* (Resoluciones del tribunal supremo de la zona británica en materia penal), I, II y III (W. de Gruyter & Co., Berlín). Son valiosos los suplementos de la citada *Neue Juristische Wochenschrift*, documentación sistemática de la jurisprudencia alemana y artículos de revistas, fasc. 1/1950 y fasc. 1, II, hasta el 31 de diciembre de 1952 (Ed. C. H. Beck, Munich). En reemplazo de las mencionadas *Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen*, se publican, desde 1951 (actualmente, en 7 volúmenes) las *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen* (Resoluciones del Tribunal Federal en materia penal).

XI. *Criminología.* MEZGER, *Kriminalpolitik und ihre kriminologischen Grundlagen* (Política criminal y sus bases crimi-

nológicas), 3ª ed., 1944. En 1951, ha aparecido, con el título de *Kriminologie*, el III volumen perteneciente a este libro de estudio. EXNER, *Kriminologie*, 3ª ed., 1949. SAUER, *Kriminologie*, 1950. SEELIG, *Lehrbuch der Kriminologie* (Tratado de criminología) (1951, con inclusión de la criminalística). *Handwörterbuch der Kriminologie* (Diccionario manual de criminología), dirigido por ELSTER y LINGEMANN, vol. I y II, 1932 y sigts. Más datos, en el *Grd.*, 25-26. Ha vuelto a aparecer, desde 1953, bajo la dirección de GRUHLE y SIEVERTS, la *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* (Revista mensual de criminología y reforma del derecho penal). Ha vuelto a publicarse, asimismo, el *Archiv für Kriminologie* (Archivo de Criminología), que había sido fundado por H. GROSS.

§ 7. Ojeada de conjunto sobre el derecho penal extranjero

I. El *derecho penal comparado*, esto es, la ciencia que compara el derecho penal del país y extranjero, es una ciencia autónoma la cual, precisamente, no enfrenta en absoluto dificultades que sean insuperables. Pero un autor tan autorizado como WACH ha definido insalvables los impedimentos que se oponen, en principio, a nuestra disciplina (*VDB* VIII, 1 y sigts.). Puede ser que se haya expresado con pesimismo exagerado y, desde el punto de vista del investigador escrupuloso, con discreción excesiva. De todos modos, las dificultades con que se tropieza, son de carácter general.

Tales dificultades consisten en lo siguiente. A los fines del estudio comparativo —o sea de una confrontación verdaderamente beneficiosa entre el derecho penal del país y extranjero— es indispensable una ojeada de conjunto sobre el total derecho de los demás países, la cual presupone, naturalmente, un conocimiento exacto de *lo particular*. Adquirir tal conocimiento de *todos* los derechos extranjeros es, también para el investigador más infatigable, tarea sencillamente imposible de realizar. El conocimiento exacto del derecho penal de *un solo* país extranjero es cometido arduo, de gran alcance, es el trabajo de una vida entera que presupone un estudio *científico* y las correspondientes experiencias *prácticas*. Pero, extender *tales* conocimientos a *todos los derechos* de los principales países civilizados o, aun sólo, a varios de ellos, supera las posibilidades que ofrecen el tiempo y las fuerzas de una persona.

Con todo, no podemos ni debemos dejar de conocer el derecho penal extranjero. Desgraciadamente, la ciencia ale-

mana del derecho penal ha descuidado este aspecto con excesiva frecuencia. Son sus mismos intereses que reclaman, a cada paso, esa comparación. Un estudio verdaderamente *científico* de los problemas jurídico-penales limitado al campo reducido del derecho propio, no es siquiera imaginable. Y también las exigencias *prácticas,* por ejemplo en el terreno de la asistencia judicial, requieren que sea tomado en cuenta, además del derecho penal propio, el de los demás países. WÜRTENBERGER dedica al valor y al significado de la comparación, palabras que merecen ser meditadas (*Mezger-Festschrift* 1954, p. 211).

En una obra como ésta, no se puede dar acabada cuenta de la situación que impera en los derechos extranjeros o en uno u otro de ellos. Para eso, se necesitaría un libro entero. En cambio, puede intentarse un conciso resumen del derecho penal extranjero y del desarrollo de la investigación en el sentido expresado, y, sobre todo, señalar brevemente cuál es el material indispensable para ocuparse más de cerca del derecho penal foráneo ante necesidades de orden práctico y teórico. Y aun prescindiendo de ello, es sugestivo echar una mirada al trabajo que se realiza al respecto en todas las naciones.

II. Al ofrecer un cuadro de la investigación comparativa del derecho penal, es mejor llegar hasta el año 1932 inclusive. Hasta ese momento, existen distintos cuadros sintéticos que podemos aprobar, pero, en lo que se refiere al desarrollo siguiente, más vale medir el paso.

1. Los trabajos relativos a la total reforma penal, desde fines del siglo XIX hasta el siglo XX, han sido emprendidos, con profundidad y seriedad típicamente alemanas, sobre la base de amplias investigaciones en el campo del *derecho comparado.*

El primer resultado de dichos trabajos fue una obra en dos volúmenes con una exposición sintética de los distintos derechos extranjeros, ordenada por países y con la colaboración de destacados juristas extranjeros: v. LISZT-CRUSEN, *Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung* (La legislación penal del presente en una exposición comparada del derecho); vol. I, *Das Strafrecht der Staaten Europas* (El derecho penal de los Estados de Europa) (1894), y vol. II, *Das Strafrecht der aussereuropäischen Staaten* (El derecho penal de los Estados no europeos) (1899).

Sobre esta base, se publicó la *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts* (Exposición comparada del derecho penal alemán y extranjero) (1905-1909), elaborada por numerosos juristas alemanes (alrededor de cin-

cuenta), ordenada por materias e integrada por 16 volúmenes; esta obra contiene una cantidad de material y de ideas que, a pesar del tiempo transcurrido, son, aún hoy, de gran valor. Seis de estos imponentes volúmenes comprenden la parte general y nueve la parte especial; uno está dedicado a un índice detallado.

La *ZStrW* y las *Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung* (Boletines de la Unión internacional de derecho criminal), han publicado, traducida al alemán, la *Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher* (Colección de los códigos penales extranjeros) (1888 y sigts.). Cuando se publicó la 4ª edición de este libro de estudio (1952), habían aparecido los fascículos 53 y 54 con el código penal australiano de 1939 y el código penal rumano de 1936, respectivamente. Estaba en preparación, en ese entonces, el fascículo 55, con el *Criminal Justice Act* (en la traducción de SIEVERTS). El trabajo ha continuado; véase la lista *hasta el fascículo 66* en la parte especial de esta obra (4ª ed., 1954, p. 304), en la que hay que hacer las siguientes rectificaciones: *fascículo 60*, con el código penal de la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas Rusas de 1926, y *fascículo 61*, con el código penal de Brasil (LANG- HINRICHSEN). Han sido publicados posteriormente los *fascículos 67*, con el código penal de Turquía de 1926, *68* con el código penal de Groenlandia de 1954, *69* con el de España de 1944 y *70* con el de Polonia de 1944.

Sigue siendo valioso, a los fines del derecho comparado, el Anexo I al proyecto alemán de código penal de 1927. Véanse, asimismo, los materiales para la reforma del derecho penal, en el § 6, VIII, 3.

Con arreglo al material citado y otro cuya mención hemos omitido, dan un panorama del derecho penal extranjero, los tratados de derecho penal, ya citados, de v. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, vol. I (1925), págs. 376-456, vol. II (1930), págs. 15-30 y el *Lehrbuch des Strafrechts* (1932), págs. 47-55; de v. LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (26ª ed., 1932), págs. 88-106; y de MEZGER, *Strafrecht* (3ª ed., 1949), págs. 48-56. Remitimos de manera especial a esas obras.

2. Después, no es fácil mantenerse siempre al tanto de la ulterior evolución del derecho penal extranjero; en efecto, se han introducido, en muchos países, amplias e importantes innovaciones.

En la *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Revista crítica trimestral de legislación y ciencia del derecho), nueva serie, vol. XXVIII y sigts.

(1937 y sigts.), he seguido de cerca ese desarrollo. Este trabajo —que ha sido minucioso y arduo— consta en varias *recopilaciones de informes*, ordenados por países. Al 31 de julio de 1940, habían aparecido los volúmenes XXVIII (417-474), XXIX (206-226), XXX (458-460) y XXXI (150-157). SCHÖNKE, con el auspicio de la biblioteca del seminario de derecho penal extranjero e internacional de Friburgo, que contaba en ese entonces con cinco mil volúmenes aproximadamente, ofreció, en la revista *Deutsches Strafrecht* (Derecho penal alemán) (1942, fasc. 9, p. 143 y sigts.; 2ª ed.), una obra de consulta muy valiosa sobre la literatura extranjera, intitulada *Ausländisches Strafrecht, Übersicht über die wichtigsten Quellen und über das wichtigste Schrifttum* (Derecho penal extranjero, Ojeada de conjunto sobre las fuentes y la literatura más importantes). El trabajo ha sido publicado también por separado; la actual 4ª edición revisada (a cargo de KIELWEIN) figura como obra autónoma y lleva ese mismo título (Ed. C. H. Beck, Munich 1953, 88 páginas). También la obra de SCHÖNKE, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, ya citada, considera continuamente, al lado del derecho penal alemán, el derecho penal extranjero.

Para conocer el desarrollo del derecho extranjero es de gran valor el *Mitteilungsblatt der Fachgruppe für Strafrechtsvergleichung in der Gesellschaft für Rechtsvergleichung* (Boletín de la sección de derecho penal comparado de la asociación de derecho comparado), que apareció al comienzo escrito a máquina y cuya posterior publicación estuvo a cargo del Instituto de derecho extranjero e internacional de Friburgo de Brisgovia por intermedio del profesor SCHÖNKE, encargado de cursos en el mismo Instituto, y, en la actualidad, del Prof. JESCHECK y del Dr. KIELWEIN. Han sido publicados los fascículos 1-4 del año 1 (1951) y los fascículos 1-4 del año 2 (1952), terminados el 31 de agosto de 1952. Dichos fascículos contienen, entre otro material, una elaboración del *Criminal Justice Act* de 1948 (I. 1 p. 6), las innovaciones introducidas en los países de la América Latina (I. 2 p. 1, y 4 p. 1), en Bélgica (I. 2 p. 9), en los Estados orientales (I. 3 p. 1) y en el Japón (I. 4 p. 11), sobre la condena condicional, la libertad condicional y la pena indeterminada en el extranjero (I. 4 p. 1), el derecho penal de los jóvenes en Francia con la ley del 24-5-1951 (II. 1 p. 1), convenios internacionales (II. 1 p. 12) e informes sobre el congreso de Colonia de 22 de septiembre de 1951 (condena condicional con ponencias de GRÜNHUT y SIMSON), etc. Todas estas materias se completarán en el futuro. En el carácter de Boletín de la sección de derecho penal de la asociación de derecho comparado, y *Auslands-*

rundschau der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtwissenschaft (Sección de la *ZStrW*, dedicada al extranjero) (vol. 65 y sigts.), se han publicado los años 3º (1953, fasc. 1-4), 4º (1954, fascículos 1-4) y 5º (1955; *ZStrW*, vol. 67; fascículos 1 y 2). El Prof. JESCHECK ha sucedido en Friburgo al Prof. SCHÖNKE, fallecido el 1º de mayo de 1953. Se debe mencionar, asimismo, las *Mitteilungen der Gesellschaft für Rechtsvergleichung* (Boletines de la Asociación de derecho comparado) Nos. 1 (invierno 1950-1951), 2 (verano 1952) y 3 (invierno 1953-1954); dicha entidad y su sección de derecho penal han sesionado en Munich desde el 28 hasta el 30 de julio de 1954. Se halla en preparación una obra que, con el título de *Ausländisches Strafrecht der Gegenwart* (Derecho penal extranjero del presente), contendrá una exposición de cada uno de los derechos penales de los distintos países, a cargo de destacados estudiosos alemanes y extranjeros. De acuerdo con lo proyectado, la obra estará integrada por varios volúmenes. Como directores de la publicación, figuran los nombres de MEZGER-SCHÖNKE-JESCHECK. Hasta ahora ha aparecido el *primer volumen* que contiene las exposiciones referentes a Argentina, Dinamarca, Japón y Yugoeslavia (1955; 468 páginas), editado por la Casa Duncker y Humblot de Berlín. Se debe remitir finalmente, junto con la ya citada *Auslandsrundschau der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, incluso en sus primeros volúmenes, a la serie de escritos que publica la editorial de Ludwig Röhrscheid en Bonn, bajo la dirección de MEZGER-JESCHECK (antes MEZGER-SCHÖNKE-SCHWINGE) titulada *Rechtsvergleichende Untersuchungen zur gesamten Strafrechtswissenschaft* (Investigaciones de derecho comparado para la total ciencia del derecho penal). El último fascículo, perteneciente a la nueva serie, ha sido publicado en 1955 y lleva el número 16. Por otra parte, véase también, más arriba, el Nº 1.

III. Ofrecemos, a continuación, algunas breves indicaciones referentes a los *países más importantes*, que pueden servir para una mejor orientación. La obra, ya mencionada, de SCHÖNKE-KIELWEIN, *Ausländisches Strafrecht* no será citada siempre de manera especial, sino que desde ya se hace una referencia general a la misma.

1. *Austria.* Austria participa en la evolución del derecho penal alemán común y se independiza con la 'Constitutio Criminalis Theresiana' de 1768; bajo el reinado de José II, en 1787, se publica un código penal que reproduce el espíritu de la época de las luces, y bajo el reinado de Francisco II, en 1803, otro código penal. El *código penal de 27 de mayo de 1852*, que sigue rigiendo en la actualidad, es una nueva edición re-

visada de este último. HOYER, *Das Strafgesetz vom 27. Mai 1852* (La ley penal de 27 de mayo de 1852) (ediciones de bolsillo de Manz, 6 vol., 2ª ed. 1944). PICHLER-DREXLER, *Strafrechtliche Nebengesetze* (*Das Strafrecht in der Ostmark*) (Leyes penales accesorias - El derecho penal en la Marca Oriental), vol. III, 1942. TLAPEK-SERINI, *Das österreichisce Strafgesetz (Strafgesetz 1945) mit ausgewählten Nebengesetzen* (La ley penal austríaca —ley penal de 1945— con leyes accesorias seleccionadas), 2ª ed., 1951 (ediciones de Manz, 6 vol.). Tratado más importante: RITTLER, *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, Bd. I Allgemeiner Teil, Bd. II Besonderer Teil* (Tratado del derecho penal austríaco, vol. I, parte general; vol. II, parte especial. Publicados en 1933 y en 1938, respectivamente. De la parte general apareció la segunda edición en 1954). NOWAKOWSKI, *Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen* (El derecho penal austríaco en sus rasgos fundamentales), 1955. ALTMANN-JACOB, *Kommentar*, vol. I (1928), vol. II (1930). HORROW, *Grundriss des österreichischen Strafrechts. Allgemeiner Teil* (Compendio del derecho penal austríaco. Parte general); 1ª parte (completa hasta 1950); 2ª parte en cinco entregas (1952). En lo que respecta a Austria, Checoeslovaquia y Hungría, véase *KritVjschr.*, XXVIII, 419-423 y 468; XXIX, 207-208; XXX, 459.

2. *Suiza.* Hasta el 31 de diciembre de 1941 los distintos cantones tenían (menos el de Uri y Nidwalden) sus correspondientes códigos penales, y el derecho penal federal tenía un alcance limitado. La *KritVjschr.* (XXIX, 209-219 y XXX, 460) ofrece un cuadro de conjunto de la situación reinante en Suiza hasta ese entonces, juntamente con los datos contenidos en el tratado de HAFTER. El nuevo *código penal suizo de 21 de diciembre de 1937* ha entrado a regir el 1º de enero de 1942. Tratado más importante: HAFTER, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts* (Tratado del derecho penal suizo). Parte general (1926); la segunda edición ha sido publicada en 1946 (Ed. Stämpfli & Cie., Berna); parte especial: primera parte (1937); segunda parte (1943) (Ed. Springer, Berlín). Ediciones de textos legales: GERMANN, *Schweizerisches Strafgesetzbuch* (El código penal suizo) (1938; 4ª ed., 1947; la 5ª edición ha sido publicada en 1952 y contiene el texto modificado del código penal en vigencia desde el 5-1-1951); la edición trilingüe ha estado a cargo de NEIDHART (1939). THORMANN-v. OVERBECK, *Kommentar*, vol. I, II, III con inclusión de las disposiciones cantonales de introducción (1938-1943). GERMANN, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht* (El delito en el nuevo derecho penal) (Zurich, 1942-1943, cuatro entregas). *Der Verbrechensbegriff nach schweizerischem Straf-*

gesetzbuch (El concepto del delito según el código penal suizo) (1943). *10 Jahre schweizerischen Strafgesetzbuchs* (10 años de código penal suizo), publicado en la *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* (Revista suiza de derecho penal), vol. 67, p. 1 y sigts. (1952). *Kommentar zum schweizerischen Strafgesetzbuch an Stelle einer 2. Auflage des Kommentars von Thormann-v. Overbeck* (Comentario al código penal suizo en sustitución de una 2ª edición del comentario de THORMANN-v. OVERBECK); hasta ahora ha sido publicado el vol. I, parte general. La primera entrega contiene valiosos comentarios metódicos. Paul LOGOZ, *Commentaire du Code Pénal Suisse. Partie générale* (Neuchâtel, 1939). Véanse, además, en la *KritVjschr.*, los vol. XXVIII (423-426 y 468-469), XXIX (208-216) y XXX (460). Ofrecen otros datos SCHÖNKE-KIELWEIN (4ª ed., 1953, p. 45 y sigts.).

El derecho penal de Suiza tiene, desde el punto de vista del derecho comparado, una *importancia muy especial.* Bajo la dirección de Carl STOOSS (véase *Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, vol. I, 1925), se inició, ya en 1893, con toda prolijidad, la tarea de estructuración de un código para la Confederación, que fué concluída el 21 de diciembre de 1937, entrando a regir el código penal suizo el 1º de enero de 1942. En el lapso comprendido entre la iniciación y la terminación de dichos trabajos, el intercambio con la ciencia alemana del derecho penal fué muy intenso. El desarrollo del derecho penal alemán adquirió en Suiza un interés particular; las estructuraciones alemanas del derecho penal de los cantones de habla alemana, debían armonizar con los pensamientos jurídico-penales de los cantones occidentales que experimentaban, en ese campo, la influencia francesa. Suiza cuenta en la actualidad con un código penal federal armónico, moderno y democrático, cuya comparación puede resultar de utilidad permanente también a los fines de nuestro derecho.

3. *Francia.* La legislación de Napoleón, y, en nuestro campo, el *'Code pénal' de 12 de febrero de 1810,* que entró en vigor el 1º de enero de 1811, constituye la base sólida del derecho penal francés, que se ha venido afirmando a través de una jurisprudencia y elaboración literaria extensas y en muchas leyes particulares. El texto más utilizado es el de la *Petite Collection Dalloz* (París), que se edita anualmente (véase, p. ej., la 39ª edición de 1941 y las siguientes). Entre las exposiciones breves de las teorías generales, se debe mencionar GARRAUD, *Precis de Droit Criminel* (15ª ed., 1934) y muy especialmente la de fecha reciente de DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de Droit criminel et de Législation pénale comparée* (2ª ed., 1943; 3ª ed., 1947), que contiene ojeadas

de conjunto sobre el derecho comparado. Una obra más extensa es la del propio GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, vol. I-VI (3ª ed., 1913-1935). Comentarios: GARRAUD-GARÇON, *Code pénal annoté* (1901-1906 y 1930). En lo que respecta al derecho penal de los jóvenes, rigen la ley de 27 de julio de 1942 (DONNEDIEU DE VABRES, páginas 146 y 159), la ordenanza de 2 de febrero de 1945 (DRZ 1947, p. 280 y sigts.) y la ley de 24 de mayo de 1951, ya mencionada (II, 2). Además de la obra de SCHÖNKE-KIELWEIN (4ª ed., 1953, p. 19 y sigts.), que contiene otros datos bibliográficos referentes a Francia, Bélgica y Luxemburgo, véase la *KritVjschr.* (XXVIII, 433-436 y 469-470; XXIX, 218; XXX, 153-154).

El derecho penal francés ha tenido influencia sobre el código penal prusiano de 1851 y, por ende, sobre el código penal alemán de 1871.

4. *Italia.* El *'Codice penale' de 1930* ha sido aprobado el 19 de octubre de ese mismo año, y ha reemplazado el código penal de 1889. Ediciones de textos: JANNITTI-PIROMALLO, *Manuale legislativo per l'audienza penale* (2ª ed., 1934) y SOFO BORGHESE, *Codice penale e Codice di procedura penale* (1-1-1952) (Milán, 1952). La literatura es muy rica. Véanse, por ejemplo, el comentario de SALTELLI-ROMANO DI FALCO, *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, vol. I-IV (2ª ed., 1940) y el tratado de MANZINI que consta de diez volúmenes (*KritVjschr.* XXX, 421). Véase, asimismo, la *KritVjschr.* XXVIII, 437-440 y 470, y XXIX, 218-219, con remisiones detalladas. Recientemente han aparecido: BATTAGLINI, *Diritto penale, parte generale* (3ª ed., Padua, 1949); GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. I y II (Milán, 1950); BETTIOL, *Diritto penale (parte generale)* (2ª ed., Palermo, 1950; 3ª ed., 1955). RANIERI, *Manuale di diritto penale*, vol. I *(parte generale)* (Padua, 1952); ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale* (2ª ed., 1949) y *parte speciale*, I y II (1954); *Scritti di diritto penale* (1955). SCHÖNKE-KIELWEIN (4ª ed., 1953, p. 30 y sigts.), ofrecen otros datos bibliográficos.

5. *Holanda, Dinamarca, Suecia, Noruega* y *Finlandia.* El desarrollo que han alcanzado estos países en nuestra materia es muy considerable, y también es importante la literatura con que cuenta, que ha sido objeto, reiterada y merecidamente, de la consideración de los autores alemanes. Rigen: el *código penal holandés de 3 de marzo de 1881,* con modificaciones y complementos ulteriores (edición de Donner-van Dijck-Meyjes, 3ª ed. de 1933 con suplemento), el *código penal dinamarqués de 24 de junio de 1939, el código penal sueco de 16 de febrero de 1864* con modificaciones y complementos posteriores y el

código penal noruego de 22 de mayo de 1902. Remitimos a SCHÖNKE-KIELWEIN, ob. cit.; a la *KritVjschr.*, XXVIII, 427-433 y 469; XXIX, 216-218 y XXXI, 151-153; y a SCHÖNKE, *Die Strafrechtsreform in Schweden* (La reforma del derecho penal en Suecia), *DRZ* 1949, p. 49 y sigts.

6. *Inglaterra y Estados Unidos de América.* El derecho anglosajón constituye una parte autónoma del derecho penal extranjero y requiere un estudio especial. La base es el *Common Law*; en Inglaterra no existe un código penal unitario, pero en los tiempos más recientes se ha dictado una serie de leyes importantes. Acerca del derecho penal inglés, mencionamos muy especialmente la exposición breve y clara contenida en STEPHEN, *Commentaries on the Laws of England*, cuyo volumen IV se refiere al *Criminal Law* (19ª ed., Londres, 1928); la obra valiosa, rica y concienzuda de ARCHBOLD, *Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases with the Statutes, Precedents of Indictments*, etc. (31ª ed., Londres, 1943; 32ª ed., 1949), y RUSSELL, *On Crime* (9ª ed., 1936; vol. I y II, 10ª ed., 1950). Es útil a los fines demostrativos KENNY, *A Selection of Cases Illustrative of English Criminal Law* (8ª ed., Cambridge, 1935). En lo que respecta al derecho penal de los jóvenes, véase IKIN, *Children and Young Persons Act 1933* (Londres, 1933). Remitimos, asimismo, muy especialmente, a SCHÖNKE y SCHÖNKE-KIELWEIN (4ª ed., 1953, p. 23 y sigts., 64 y sigts. y otras en los puntos correspondientes), y a la *KritVjschr.* (XXVIII, 452-459 y 472; XXIX, 221-224; XXXI, 155-156). Remitimos, además, a SCHÖNKE, *Materialien zum Englisch-Amerikanischen Strafrecht* (Materiales para el derecho penal anglo-norteamericano), 4ª separata de la *DRZ* 1948, y a HONIG, *Die englische Criminal Justice Bill*, *DRZ* 1948, p. 376 con SCHÖNKE, "Juristische Rundschau", 1948, p. 118 y RADZINOWICZ-TURNER, "The Journal of Criminal Science", vol. I (1948) y vol. II (1950: *A symposium on the Criminal Justice Act*, 1948) (MacMillan and Co., Londres). A los fines comparativos es interesante la serie de los *US Military Government Court of Appeals Reports*; han aparecido, hasta ahora, los vols. I-XIX (1949 y sigts.; en inglés y en alemán) con *Opinions* (Nos. 1-1035).

7. En cuanto a los demás países (incluyendo a los Dominios británicos) no citados especialmente hasta ahora, véanse, bajo los nombres respectivos, la *KritVjschr.*, lug. cit., y los datos suministrados por SCHÖNKE-KIELWEIN, como así también los "Boletines" ya mencionados (II, 2). *Grecia* tiene un nuevo código penal, el *Pomikos Kodix* de 1950; véase la revista "Poinika Chronika" (desde enero de 1951). Acerca de la *evolución más reciente* (a partir de 1940), informan útilmente las

revistas respectivas. En lo que se refiere al *derecho penal español y latino-americano*, véanse Juan DEL ROSAL, *Principios de derecho penal español*, vol. I (1945) y vol. II, 1 (1948) (Valladolid), y Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, vols. I (1950), II (1950), III (1951) y IV (1952), que es una extensa obra de cerca de 4000 páginas, la cual constituye una fuente de riqueza inagotable para la comparación en el derecho penal.

CAPÍTULO II

LA APLICACION DE LA LEY PENAL

§ 8. Los principios generales de la aplicación de la ley

Lehrb., 79-86.

Todo derecho, también el derecho penal, requiere una *"interpretación"*. Interpretar la ley significa *averiguar su sentido determinante, a fin de aplicarlo a los casos particulares de la vida real.*

Esa interpretación de la ley debe comenzar por el *texto* de la ley, el cual tiene que ser entendido de acuerdo con el uso del lenguaje común, especial y sobre todo jurídico-penal (§ § 52, párr. 2, y 359 y similares); háblase, en este caso, de interpretación *gramatical.* A la interpretación *histórica* corresponde el estudio de la formación de la ley; a la interpretación *sistemática,* el de las correlaciones totales; una y otra son tan sólo recursos de la interpretación y no conceptos generales obligatorios; los llamados materiales de la ley carecen, especialmente, en el derecho penal actual, de fuerza de ley. Dado que se debe averiguar la voluntad de la *ley* y no sólo la voluntad del legislador, la interpretación no permanece ligada a toda costa a todas las opiniones determinantes en el momento de su formación. También puede ganar influencia, con posterioridad y sin que medien modificaciones de leyes, un nuevo tablero de fuerzas sociales (*ZStrW*, vol. 59, p. 572, nota 36, juntamente con el *Lehrb.*, 85, nota 20 y la "Deutsche Rechtswissenschaft", 1939, p. 259 y sigts.). Pero la meta de toda interpretación de la ley es averiguar el SENTIDO determinante DE LA LEY (*BGHStr.* 1, 75-76). En esto reside su adaptación a las exigencias de la vida del presente.

Toda interpretación de la ley se vale de las *concepciones*

jurídicas generales, señaladas por la *lógica* cognitiva y emocional, y de las *experiencias* generales de la vida, de acuerdo con las investigaciones de la ciencia en los distintos campos (ciencias naturales, técnica, medicina, historia, sociología, cultura, etc.). De tal manera, la *ciencia* sirve, en su conjunto, al derecho penal. La interpretación, como averiguación del sentido, es, en última instancia, *actividad valorativa*. Aquí el derecho y también, por consiguiente, el derecho penal, se presenta como parte integrante de la valoración humana y especialmente ética. Cuando el derecho, trabado en un positivismo legal unilateral, pierde esta conexión, se convierte en algo inútil, en un juguete en poder de déspotas ambiciosos y desconsiderados. Toda interpretación debe tener conciencia, por lo tanto, constantemente, de tal conexión. La interpretación descansa, al fin y al cabo, sobre los fundamentos decisivos de toda la *cultura y civilización occidentales* (THOMA, *DRZ*, 1948, p. 143).

§ 9. No hay pena sin ley

Lehrb., 75-79. SCHOTTLÄNDER, *Die geschichtliche Entwicklung des Satzes: Nulla poena sine lege* (La evolución histórica del principio 'Nulla poena sine lege' - No hay pena sin ley), *StrafrAbh.* 132 (1911). BOHNE, *Die Magna Charta von 1215 und das strafgesetzliche Analogieverbot* (Festschrift für H. Lehmann) (La 'Magna Charta' de 1215 y la prohibición de la aplicación analógica jurídico-penal - Homenaje a H. Lehmann), 1937, p. 71 y sigts. V. WEBER, *Zur Geschichte der Analogie im Strafrecht* (Sobre la historia de la analogía en el derecho penal), *ZStrW*, vol. 56, p. 653 y sigts.

I. Los *principios jurídicos generales de la interpretación* rigen también para el derecho penal, por ejemplo, para la interpretación de sus relaciones conceptuales con el derecho civil, la interpretación de las causas de atenuación y exclusión de la pena, etc. Pero la interpretación *jurídico-penal* tiene una *peculiaridad*, por cuanto rigen, para la fundamentación de la pena, normas *restrictivas*. Las mismas encuentran su expresión en el principio: *no hay pena sin ley*, NULLA POENA SINE LEGE (como lo ha formulado FEUERBACH, *Lehrbuch*, 14ª ed., 1847, § § 19 y 20, y no el derecho romano, a pesar del Digesto de Ulpiano 50, 16 y 131 § 1: *Leitfaden*, 1936, p. 34 y WELZEL, 1954, p. 19). El derecho penal penetra tan profundamente en la libertad, el honor, el patrimonio y en la vida misma de los hombres, que se presenta la necesidad imperiosa de circundar su acción con garantías especiales (véanse más detenidamente,

acerca de la evolución, el *Lehrb.*, 77-79, y la extensión y rectificación siguientes).

II. Se acostumbra señalar a la *'Magna Charta'* inglesa del Rey Juan, de 1215, como el documento en que aparece por primera vez el principio: "No hay pena sin ley". La misma prohibe, en el artículo 39, una pena contra los libres, "nisi per legale judicium parium suorum vel per legem terrae". Pero esta frase ya origina algunas cuestiones; por lo pronto, la de si "vel" —como sustenta, por ejemplo, SCHOTTLÄNDER (*StrafrAbh.*, fasc. 132, 1911, p. 26)— significa verdaderamente "y", y no, más correctamente, "o". Pero sobre todo se discrepa en cuanto al significado de "lex terrae". Mientras, por ejemplo, HENNINGS (*Die Entstehungsgeschichte des Satzes nulla poena sine lege* — La formación histórica del principio 'nulla poena sine lege'; tesis doctoral Gotinga, 1933), sigue aferrado, sobre la base de la literatura inglesa, al significado de ley jurídico-penal, BOHNE, juntamente con R. SCHMIDT, da a toda la frase un sentido predominantemente *procesal* (ob. y lug. cit.). Sin embargo, es un hecho que en épocas posteriores, las constituciones norteamericanas (Congreso de Filadelfia de 1744, declaraciones y constituciones de los Estados particulares de 1776 y años siguientes) y la Declaración de los Derechos del Hombre de la revolución francesa (1789 y 1791), se vinculan literalmente al art. 39 de la 'Magna Charta', y lo entienden en el sentido "nullum crimen, nulla poena sine lege" que había penetrado cada vez más en la conciencia jurídico-penal occidental.

Otras contribuciones a la historia de la analogía en derecho penal ofrecen H. v. WEBER (*ZStrW* 56, p. 653 y sigts.), DIEDENHOFEN (*Die Art. 104-105 der PGO und ihre Bedeutung für die Geschichte der Analogie*, 1938; con notas críticas de Eb. SCHMIDT en la *ZStrW* 59, p. 482-483), y Hellmuth MAYER (*KritVjschr.*, XXXI, 126 y sigts.). Sobre el particular, también, v. HIPPEL (*Strafrecht*, vol. I, 1925, p. 236-239). Por primera vez y con carácter inequívoco en cuanto a la interpretación "literal" de las leyes, aparece el principio en la ley austríaca de José II (1787, 1ª parte, § 13).

III. Acerca de la *situación jurídica actual*, hay que decir lo siguiente. El *código penal de 1871* establecía, en el § 2, que "una acción sólo puede ser castigada con una pena, si esta pena estaba determinada por la ley antes de que la acción fuese cometida".

Con la *Novela de 28 de junio de 1935*, la disposición ha tomado la siguiente redacción;

"Será castigado quien comete un hecho que la ley declara punible o que según el concepto fundamental de una ley penal

y el sano sentimiento popular merece castigo. Si ninguna ley penal determinada resulta aplicable directamente al hecho, éste será castigado según la ley cuyo concepto fundamental corresponde mejor a él."

Con la *ley Nº 11 del Consejo de Control* sobre la derogación de distintas disposiciones del derecho penal alemán, de 30 de enero de 1946 (art. I), este § 2 ha sido expresamente abolido ('repealed'). Pero el art. IV agrega expresamente: La derogación de las disposiciones indicadas en los arts. I y II no pone nuevamente en vigencia las leyes anteriores que hayan sido abolidas.

En la ley se presentó, por consiguiente, una laguna. SCHÖNKE (5ª ed., 1951, p. 31 y sigts.), remitió, para llenarla, a la proclamación Nº 3 del Consejo de Control:

"2. Existe responsabilidad punible solamente con respecto a acciones que el derecho ('law') declara punible.

3. Ningún tribunal puede declarar punible acción alguna sobre la base de la 'analogía' o en virtud del llamado 'sano sentimiento popular', como ha ocurrido hasta el presente en el derecho penal alemán."

La ley Nº 1 del Gobierno Militar de los Estados Unidos también disponía en el art. IV:

"Pueden presentarse acusaciones, dictarse sentencias e imponerse penas, solamente en el caso de que una ley en vigencia en el momento de la comisión de la acción, declare expresamente punible esta acción. Está prohibido el castigo de hechos mediante la aplicación de la analogía o con arreglo a un supuesto 'sano sentimiento popular'."

También el art. 104, párr. 1, de la Constitución de Baviera de 2 de diciembre de 1946 y el artículo 103, párr. 2, de la ley fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1949, recalcan el criterio de la prohibición del castigo con efecto retroactivo.

Luego, la tercera ley para la modificación de disposiciones de derecho penal (art. 2, Nº 1 *a*), con la correspondiente nueva redacción del código penal de 25 de agosto de 1953 (§ 2, párr. 1), ha insertado la disposición con arreglo a la cual "un hecho sólo puede ser castigado si la punibilidad estaba determinada por la ley antes de que el hecho fuese cometido".

De acuerdo con esta nueva redacción, es suficiente, pues, la existencia de la *"punibilidad"* ('nullum crimen sine lege'); ya no se requiere, contrariamente a lo que establecía el código penal de 1871, que la *"pena"* esté *"determinada"* con anterioridad al hecho ('nulla poena sine lege').

A los fines de la fundamentación de la pena están prohibidos, por consiguiente, el *derecho consuetudinario* y la *ana-*

logía. También las leyes penales, están sujetas, naturalmente, a la *interpretación*. Pero no es siempre fácil establecer el límite. Ya disponía el art. III de la ley Nº 1 del Gobierno Militar que "el derecho alemán que ha entrado a regir después del 30 de enero de 1933, y el que puede quedar en vigor, debe ser interpretado y aplicado de acuerdo con el claro sentido del texto. Al interpretar, no se deben tomar en cuenta las finalidades de la ley y las explicaciones contenidas en manifestaciones anteriores u otras declaraciones".

No pueden fundamentar una pena el derecho consuetudinario y la aplicación analógica (analogía). En cambio, la *limitación* y la *exclusión de la pena* siguen las reglas generales sobre la interpretación: *RGStr.* 56, p. 161 y sigts. y 168. En tal sentido se admiten, sin limitaciones, el derecho consuetudinario, la analogía y las consideraciones extraídas del contenido total del derecho.

IV. Acerca del significado del principio "nulla poena sine lege" en el *derecho anglo-norteamericano*, agregamos aquí las siguientes observaciones. Con razón expresan SCHÖNKE-SCHRÖDER (1954, p. 46) que difícilmente puede compararse en esta materia el derecho anglo-norteamericano con los derechos escritos, por cuanto, en virtud de la coordinación del 'Common Law' (derecho consuetudinario), 'Statute Law' (derecho escrito) y 'Judiciary Law' (derecho judicial), imperan principios totalmente distintos. De tal modo, también se admite *fundamentalmente* el principio "Judge made law" (el juez crea derecho) (v. también A. ROSS, *Theorie der Rechtsquellen* —Teoría de las fuentes jurídicas—, 1929, p. 97). Pero es un *error* deducir de este principio una facultad ilimitada del juez para crear nuevo derecho penal. El juez anglosajón está fuertemente sometido al 'Common Law', a la ley, a las costumbres y a las anteriores decisiones (como ya lo ha hecho notar SCHUSTER, *Strafgesetzgebung der Gegenwart* —Legislación penal del presente—, 1894, vol. I, p. 616); a menudo mucho más que el juez continental (RADBRUCH, *Der Geist des englischen Rechts* —El espíritu del derecho inglés—, 1946, p. 49). El juicio de R. v. Manley, mencionado y discutido por SCHÖNKE (obra y lug. cit.) (1933 1 *KB* 529; v. KENNY, *Cases*, 8ª ed., 1935, p. 575, y ARCHBOLD, *Pleading*, 31ª ed., 1943, p. 4 y 1208-09) no ha querido crear en realidad y no ha creado ningún "nuevo" derecho penal. Por lo tanto. no se puede recurrir a ese juicio a los efectos de una estructuración judicial del derecho ilimitadamente "libre".

§ 10. La llamada determinación alternativa en derecho penal

Grd., 38-40.

Con la *ley para la modificación del código penal de 28 de junio de 1935* (*RGBl.*, I, 839) se ha insertado en el código penal, "para evitar absoluciones injustas", el siguiente parágrafo (§ 2 *b*):

"Si consta que alguno ha infringido una de varias leyes penales, pero es posible la determinación del hecho solamente de manera alternativa, el autor deberá ser castigado según la ley más benigna."

De acuerdo con esta disposición, en caso de venta de abortivos inidóneos, por ejemplo, puede permitirse la elección entre la estafa y la complicidad en aborto tentado.

Esta disposición es incompatible con el § 2 del código penal de 1871. En realidad, en este caso ya no se impondrá una pena que "estaba determinada por la ley", sino que, de subsistir la incertidumbre, se procederá a absolver con arreglo a los antiguos principios. Con motivo de esta incompatibilidad con los criterios seguidos por el § 2 del código penal de 1871, la ley Nº 11 del Consejo de Control también ha *derogado* (art. I) el § 2 *b* del código penal (novela de 28 de junio de 1935). La ley para la modificación del código penal de 1953 no ha puesto nuevamente en vigor la disposición; sin embargo, la exposición de motivos del proyecto subraya que la antigua disposición no debe ser considerada como nacional-socialista. La jurisprudencia que se ajusta de nuevo a lo resuelto por el Tribunal del Reich en materia penal (68, 257), torna innecesaria la reimplantación de la disposición (DREHER, *JZ* 53, 424). De tal manera no está excluída, en ciertas circunstancias, la determinación alternativa.

Con anterioridad a la novela de 28 de junio de 1935, tal "determinación alternativa" había sido *admitida* expresamente en el acuerdo de los Senados penales reunidos del Trib. del Reich de 2 de mayo de 1934 (*RGStr.* 68, 257), en un caso especial, relativo al hurto y a la receptación (§ § 242 y 259, respectivamente). Esto ha sido admitido por los Tribunales Regionales Superiores de Celle (*DRZ* 1947, 64) y de Friburgo (*DRZ* 1947, 65), *aun después de la derogación del § 2 b.* Al mismo caso se refiere el Tribunal Federal (sentencia 1, 328). Por lo tanto, incluso en la actualidad, es *posible* la determinación alternativa con alcance limitado. A la misma se debe recurrir si se trata de "varias formas de uno y el mis-

mo caso", y, pues, en el caso de la llamada ley mixta alternativa (v. § 35, VII, 2 a de este libro). DREHER (*JZ* 53, 424, Nº 4) auspicia una extensión de la posibilidad de la determinación alternativa y se muestra favorable a trasladar toda la cuestión a la *ordenanza procesal penal*, lo cual, sin embargo, haría surgir inconvenientes; en efecto, como se desprende de lo dicho, la cuestión es, *en primer término*, de derecho penal material.

NIETHAMMER (*DRZ* I, 11-15) también es partidario de una más amplia aceptación del acuerdo de los Senados penales reunidos del Trib. del Reich (68, 257), pero no admite, por injusta, una condena, si los tipos, por los pormenores exteriores y el impulso anímico del autor, no son comparables entre sí. Este criterio se sustenta también de otra manera. SCHÖNKE (7ª ed., 1954), en su comentario al § 2 *b*, subraya, con el apoyo de numerosas citas y con explicaciones minuciosas, que mediante la ley N. 11 del Consejo de Control, no queda, sin más, excluída la admisibilidad de determinaciones alternativas; es necesario y suficiente que los varios tipos estén íntimamente relacionados entre sí. Del mismo modo, KOHLRAUSCH-LANGE (*Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 39/40ª ed., 1950, p. 31) sostienen con referencia a las dos sentencias indicadas más arriba de los Tribunales Superiores de Celle y Friburgo (ahora *HESt.* I, 3 y 10), que es admisible la determinación alternativa si las posibles formas de conducta son ética y psicológicamente comparables. Sobre la total cuestión, *BGHStr.* vol. 1, p. 127 (autoría e instigación), 275 (inadmisibilidad con respecto al § 330 *a*, y hecho cometido en estado de embriaguez), 304 (hurto y receptación, según la admisibilidad establecida por el Tribunal del Reich en la sentencia mencionada 68, 257), 327 y sigts. (véase más arriba); vol. 4, 128 (delitos tributarios), 340 (admisibilidad con respecto al falso juramento y al falso juramento culposo); vol. 5, 280 (robo). Ver sobre el particular, también, MAURACH 1954, p. 83, y SAUER 1955, p. 57.

CAPÍTULO III

LA ESFERA DE VALIDEZ DE LA LEY PENAL

§ 11. La validez espacial del derecho penal

I. El *código penal de 1871* (con arreglo a la promulgación de 25 de agosto de 1953) sigue rigiendo fundamentalmente. En la que se llamaba Marca Oriental, campo de validez del derecho austríaco, especialmente del código penal austríaco (1803-1852), no había entrado en vigencia (*Grd.*, 22-23). En la zona oriental, el Estado de Turingia ha dictado, el 1º de noviembre de 1945, una ley para la aplicación del código penal que contiene disposiciones que en parte son discordantes (Leyes y ordenanzas de Turingia, fasc. 2: *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich in der Fassung des Thür. Anwendungsgesetzes vom 1. November 1945 mit strafrechtlichen Einzelgesetzen* [El código penal para el Reich alemán en la redacción de la ley turingense de aplicación de 1º de noviembre de 1945 con leyes penales especiales], por el profesor Dr. Richard LANGE, Weimar 1946). Como consecuencia de la división de Alemania en zonas, se han producido diferencias en partes fundamentales. Frente a ellas, el Tribunal del Reich estableció el principio de que debía regir el derecho penal del lugar del hecho (*RGStr.* 74, 219), y, al existir varios lugares del hecho, se plantearon algunos difíciles problemas jurídicos (p. ej., *RGStr.* 75, 104 y 385; 76, 201). Tratan el tema WELZEL (1947, p. 10) con mención de los debates de la Academia de derecho alemán de 24 de noviembre de 1940 en Munich ("Deutsches Strafrecht" 1940, p. 179 y sigts.); v. WEBER, *Interlokales Strafrecht* en "Probleme der Strafrechtserneuerung" (1944) p. 120 y sigts.; y el *Grundriss*, p. 43. En los nuevos §§ 3 y sigts. del código penal, este llamado *derecho penal interlocal*

no está reglamentado expresamente; pero, de acuerdo con DREHER-MAASSEN (*Strafgesetzbuch*, 1954; § 3, N. 6), nos basamos, en los casos dudosos, en la analogía (véase el N. III).

II. El *derecho de los Estados* (*Lehrb.*, 61 y sigts.; *Grd.*, 22; MAURACH 1954, p. 62 y sigts.), fué derogado, con arreglo al § 2 de la ley de introducción al código penal, en cuanto concierne a las materias que son objeto del código penal de 1871. Son "materias" las zonas coherentes de intereses vitales a las que se refiere la reglamentación jurídico-penal; ellas son "objeto" del código penal, cuando éste toma sobre sí la reglamentación en forma evidentemente agotadora; por ejemplo, el campo de los delitos contra la moralidad del capítulo XIII (§ § 173 y sigts.), por lo cual las disposiciones del derecho de los Estados contra el concubinato carecen de valor para el Tribunal del Reich (33, 273). Las disposiciones generales del código penal, por ejemplo, las del § 51, obligan en parte al derecho de los Estados y en parte no (detenidamente al respecto el *Lehrb.*, 63-64). Se deduce una significación subsidiaria del derecho del Reich, del § 2, párr. 2 de la ley de introducción al código penal (*Lehrb.*, 65).

III. Al llamado *derecho penal internacional* (*Lehrb.*, 57 y sigts. y *Grd.*, 40-43), mediante el cual se reglamentan las relaciones del derecho penal alemán con respecto al territorio nacional y al extranjero, se refieren los § § 3-7 del código penal (los § § 8 y 9 han sido derogados). A pesar del nombre que puede inducir a error, no se trata de derecho internacional propiamente dicho, sino de derecho nacional y, precisamente, del *derecho de aplicación del derecho penal.* No obstante que con frecuencia se lo señale como un derecho de colisión, no concierne a verdaderas "colisiones" entre el derecho penal alemán y el extranjero, por cuanto los tribunales alemanes aplican siempre el derecho penal alemán (con excepciones de escasa importancia en los § § 4 párr. 2, y 7). El derecho de referencia, del cual se deduce, en consecuencia, la aplicabilidad del derecho penal alemán, utiliza siempre puntos de arranque, con la ayuda de los cuales determina más exactamente la esfera de validez del derecho penal, por ejemplo del lugar del hecho, de la nacionalidad del autor, del interés nacional y, en general, de los intereses de la justicia penal. De ahí que se acostumbre distinguir entre el *principio territorial*, en virtud del cual el derecho penal alemán se aplica a todos los hechos cometidos en el territorio alemán, y no a los cometidos fuera del mismo; el *principio personal*, por el cual la aplicación se determina de acuerdo con criterios personales, especialmente la nacionalidad del autor; el *principio real (o principio de protección)*: aquí es decisiva la violación de intereses alemanes,

se haya ésta realizado en Alemania o en el extranjero; y el *principio universal* (o *principio de administración de justicia mundial*), con arreglo al cual se aplica siempre el derecho penal alemán, sin consideración al lugar en que el hecho ha sido cometido, a sus repercusiones y a la persona del autor.

De acuerdo con el § 3, párr. 1, en la nueva redacción de la ordenanza sobre la esfera de validez del derecho penal de 6 de mayo de 1940 (*RGBl.* I, 754), que ha sido mantenida en la ley para la modificación del derecho penal y en la promulgación de 25 de agosto de 1953, el derecho penal alemán rige fundamentalmente con respecto al hecho de un *ciudadano alemán*, sin consideración a que éste lo haya cometido en el territorio nacional o en el extranjero. Con ello, el principio personal ha reemplazado al territorial, que antes se hallaba en primer plano (*Grd.*, 42). En cuanto a quien, al tiempo del hecho, era ciudadano extranjero y luego adquirió la nacionalidad alemana, el § 4, párr. 2, Nº 1, establece una limitación a los hechos punibles conminados con pena por el derecho del lugar en que el hecho ha sido cometido o a los que han sido cometidos en territorio no sometido a un Estado. Acerca de la total cuestión, véase la sentencia 2, 160 del Tribunal Federal.

La práctica —sin excepciones— de este principio, en virtud del cual un alemán es castigado con arreglo al derecho alemán con motivo de todos los hechos cometidos por él en el extranjero, traería inconvenientes. De ahí que el § 3, párr. 2 limite el principio si se trata de hechos que el derecho del lugar en que han sido cometidos no conmina con pena; el derecho penal alemán no rige si el hecho, en vista de las condiciones especiales existentes en el lugar del mismo (esto es, de acuerdo con la concepción alemana; en idéntico sentido, DREHER-MAASSEN, Nº 4), no constituye un injusto digno de pena. El § 6 establece otra limitación respecto de las contravenciones. (OEHLER, *Die Grenzen des aktiven Personalitätsprinzips im internationalen Strafrecht.* "Mezger-Festschrift" 1954, p. 83 y sigts.).

Los hechos punibles cometidos por *extranjeros* están sujetos, en general, al principio territorial; el derecho penal alemán rige con respecto a hechos cometidos por un extranjero en el territorio alemán. El derecho penal alemán rige con respecto a hechos cometidos en el extranjero por extranjeros solamente en las excepciones previstas por el § 4, párr. 2 (hechos conminados con pena por el derecho del lugar en el que han sido cometidos, etc.) y por el § 3 (con prescindencia del derecho del lugar en el que los hechos han sido cometidos). En los casos particulares de referencia es determinante, en parte, la protección de intereses alemanes con arreglo al prin-

cipio real (principio de protección) —p. ej., párr. 2, Nº 2 ó párr. 3, Nos. 1, 5, 6, etc.—, y en parte, la protección de intereses culturales de todos los Estados de acuerdo con el principio universal (principio de administración de justicia mundial) — p. ej., párr. 3, Nos. 3, 4, 7, etc.

§ 12. La validez temporal del derecho penal

Lehrb., 65-72. *Grd.*, 43-44.

También en el caso del llamado *derecho penal intertemporal* se trata del *derecho de aplicación del derecho penal*, y, precisamente, en el aspecto temporal. Las disposiciones anteriores han sido modificadas por la novela de 28 de junio de 1935 (*RGBl.* I, 839), que le ha dado una nueva redacción al § 2 *a*. La ley para la modificación de disposiciones de derecho penal de 1953 (art. 2, Nos. 1 *a* y 1 *b*) ha derogado el § 2 *a* y ha reglamentado la materia, en conjunto, en el § *2, párr. 2-4 del código penal* vigente. Las disposiciones correspondientes rezan:

"(2) La pena se determina según la ley que rige al tiempo del hecho. Si existe disparidad de leyes desde el tiempo de la acción cometida hasta el juicio, debe ser aplicada la ley más benigna.

(3) Una ley que ha sido dictada solamente para un tiempo determinado, debe ser aplicada a los hechos punibles cometidos durante su validez, aun en el caso de que ella haya perdido su vigor.

(4) Sobre las medidas de seguridad y corrección deberá decidirse según la ley que rige al tiempo de la decisión."

I. *Las leyes penales no tienen, fundamentalmente, efecto retroactivo.* El § 2, párr. 2, 1ª parte del código penal, dispone expresamente: "La pena se determina según la ley que rige al tiempo del hecho." Durante el nacional-socialismo se ha abusado mucho de la retroactividad de ciertas leyes penales (*Grd.*, 43); WELZEL (1954; p. 23) se ha expresado acertadamente al respecto. Ya hemos señalado (§ 9, III) que la constitución de Baviera (art. 104, párr. 1) y la ley fundamental de Bonn (art. 103, párr. 2) prohiben la retroactividad de las leyes penales.

II. *La ley penal más benigna tiene efecto retroactivo* (acerca de las razones de esta reglamentación, véase WELZEL, 1947, p. 16). Mientras este principio regía, con arreglo al originario § 2, párr. 2, con carácter obligatorio, el § 2 *a*, párr. 2 de la novela de 28 de junio de 1935, constituyó una simple "norma facultativa". La ley para la modificación del código

penal de 1953 ha vuelto a convertir, en el § 2, párr. 2, 2ª parte, del código penal, en una *norma de carácter obligatorio* esta norma facultativa, y esto debe recibirse con complacencia, en atención a razones político-jurídicas (en el mismo sentido, DREHER, *JZ* 53, 424). "La ley más benigna" es, si fuera el caso (análogamente, DREHER, núm. 14), la impunidad existente en el momento de la decisión; no se puede imponer castigo alguno. Las llamadas leyes intermedias entre la comisión del hecho y el juicio no se toman en cuenta.

Constituyen una excepción a estos principios las llamadas *leyes temporarias* (§ 2, párr. 3), dictadas, 'a priori', sólo con relación a una situación transitoria de emergencia; son tales, por ejemplo, las disposiciones adoptadas por la policía con motivo de una epidemia del ganado. "Una ley que ha sido dictada solamente para un tiempo determinado, debe ser aplicada a los hechos cometidos durante su validez, aun en el caso de que ella haya perdido su vigor". Con esta disposición expresa, procura la ley solucionar un problema difícil (*Lehrb.*, 68-72). De acuerdo con el Tribunal Federal (*NJW* 52, 72; DREHER-MAASSEN, *Strafgesetzbuch* § 2, Nº 4), una ley temporaria no es solamente una ley delimitada en el tiempo, sino también una ley que, por su contenido, quiere reglamentar solamente con carácter transitorio circunstancias del momento. Acerca del § 2, párrafos 2 y 3, véase también la sentencia *BGHStr.* 6, 30 y sigts.

III. En cuanto a las *medidas de seguridad y corrección* (§ § 42 *a* y sigts.), interesa solamente el *tiempo de la decisión.* "En efecto, ellas no constituyen una expiación con respecto al hecho cometido, sino una seguridad para el futuro" (WELZEL). El Tribunal del Reich (67, 215) aplica los mismos principios a formas determinadas de confiscación.

Segunda Parte

EL HECHO PUNIBLE

§ 13. El concepto y la denominación de hecho punible

Lehrb., 88.

Hecho punible es el conjunto de los presupuestos de la pena. En esta segunda parte nos ocuparemos, por consiguiente, de los presupuestos de la pena, y en la tercera parte de la consecuencia jurídica de la misma.

El conjunto de las manifestaciones en que se materializan los presupuestos de la pena ha sido denominado de distintas maneras. Más apropiado y más cercano a la vida que la expresión hecho punible *("Straftat")*, sería el término crimen *("Verbrechen")*; quien comete un crimen, quebranta el derecho y la paz y, por esto, lo alcanza la pena. La misma ley, sin embargo, designa con el nombre de crímenes solamente el grupo de los hechos punibles más graves, puesto que en el § 1 distingue entre crímenes, delitos y contravenciones. De ahí que si se quisiera utilizar para todo el campo de las acciones punibles dicha denominación, deberíase emplear la palabra crimen en sentido amplio y a los fines del § 1, párr. 1, en sentido estricto. Pero esto sería artificioso y podría dar motivos a confusiones.

En vez de las dos palabras —*"acción punible"*— que la misma ley emplea (p. ej., en el § 51), sería suficiente una sola. Además, también aquí, deberíase distinguir —y lo estudiaremos más adelante— entre acción en sentido amplio (hecho de comisión y de omisión) y acción en sentido estricto. En los § § 48 y 49, entre otros, se hace una acentuada distinción entre la llamada accesoriedad de la "acción punible" y la "acción conminada con pena". En conclusión, las palabras no traducen breve y simplemente el concepto total que nos ocupa.

El término *"Delikt"* ha sido empleado por BINDIG y FINGER (*Lehrb.*, 88, nota 3) en un sentido jurídico estricto, neta-

mente distinto del que tienen las palabras "acción punible"; "Delikt" es el nombre genérico de la infracción culpable de la norma. De ahí, que se debería hablar de "delito jurídico-penal". Cuando el sentido no dé lugar a equivocaciones, emplearemos el término delito ("Delikt") y ello nos facilitará la tarea, sobre todo en la parte especial.

La expresión "STRAFTAT" (hecho punible), empleada para expresar el concepto general, ha sido rechazada por algunos autores que la han considerado fea y no alemana (*Lehrb.*, 88, nota 2). No se le ha reprochado solamente tales defectos; también se ha dicho que esta expresión es falsa, por cuanto el hecho punible es el acto del verdugo y no del asesino, y ello puede ser, hasta cierto punto, exacto, por lo menos en el aspecto filológico. Con todo, dicha expresión se ha generalizado y expresa el sentido de referencia en forma concisa y evita toda confusión. Nosotros la mantenemos como denominación fundamental, pero sin excluir otras expresiones. Y cuando el sentido no dé lugar a dudas, también hablaremos, simplemente, del *hecho* ("TAT") (*Lehrb.*, 94, nota 8).

§ 14 El hecho punible como conducta humana. Su aspecto externo (objetivo, material) e interno (subjetivo, psíquico)

Grd., 61-63. MEZGER, *Mod. Wege.*

I. *El hecho punible es conducta humana.* Este es el sólido punto de arranque de todas las consideraciones ulteriores. Una característica es común a todos los hechos punibles; éstos son siempre y en todas partes una *conducta humana* determinada. Sólo el hombre y el hacer y omitir del hombre son punibles. Existieron, hace tiempo, penas y procesos contra los animales, pero ya han desaparecido (*Lehrb.*, 92-93).

II. *Todo hecho punible presenta un aspecto* OBJETIVO *y otro* SUBJETIVO. El hombre tiene una doble naturaleza, material y psíquica. También su conducta, en la convivencia humana, presenta siempre, por consiguiente, un aspecto *externo, perceptible físicamente*, y otro *interno y psíquico*. No con toda exactitud, pero en forma comprensible y corriente, se denominan, respectivamente, aspecto "objetivo" y "subjetivo" del hecho punible. En tal sentido, todo hecho punible contiene necesariamente relaciones objetivas y subjetivas. Toda la "teoría del delito" está compenetrada de este contraste y de esta

unión. Esta dualidad da lugar a muchas discusiones dogmáticas y de orden político-criminal en lo que respecta a la distribución de esos elementos [1]. WELZEL (1954, p. 1 y sigts.), distingue en toda acción, como posibles *aspectos valorativos* diferentes, el "valor del hecho material (valor del resultado)" externo y el "valor del acto" interno. También él subraya que en todos los casos "ambas formas valorativas son importantes para el derecho penal".

Se discute mucho acerca de si el derecho penal debe ser "derecho penal de resultado" o "derecho penal de voluntad"; si existe una "antijuridicidad objetiva" o solamente un "injusto personal"; si la inexigibilidad "subjetiva" excluye la culpabilidad; si es correcta la teoría "objetiva" o la teoría "subjetiva" de la tentativa y de la participación; si finalmente varios acontecimientos se deben considerar unitariamente, de acuerdo con criterios "objetivos" o "subjetivos". Todas estas cuestiones que se basan, con más o menos claridad, en el contraste mencionado, han sido objeto de discusiones. El código penal de 1871 estaba orientado originariamente, en forma *inequívoca, en un sentido más "objetivo", pero en el ínterin* ha seguido una trayectoria cada vez más "subjetiva". A veces, este desarrollo ha traído como consecuencia un exceso perjudicial del subjetivismo y el abuso político del mismo. Pero sería un error imputar directamente tal abuso a la circunstancia de situar el hecho punible en el alma del hombre. En efecto, esta orientación hacia la psicologización es mucho más antigua y, respecto del derecho penal moderno es, en general, característica. Ella se ha implantado firmemente antes de fines del siglo pasado en todas partes. Pero es comprensible que, en vista de los peligros que se han puesto de manifiesto, exista la tendencia de volver a acentuar también los fundamentos "objetivos". Con eso, no se deben descuidar o eliminar totalmente el aspecto "subjetivo" del hecho punible, la voluntad junto con el resultado, los elementos subjetivos del injusto sobre una base objetiva del derecho y de la antijuridicidad, la realización consecuente de una teoría de la culpabilidad basada en la voluntad subjetiva, el punto de arranque subjetivo en la teoría de la tentativa y de la participación, etc. *Ambos aspectos del hecho punible son indispensables.* "Una cosa es inatacable: *todo hecho punible presenta un aspecto concreto (objetivo) y personal (subjetivo)*" [2].

[1] Véase en "Festgabe zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts" (1929, V, 13 y sigts.): *Subjektivismus und Objektivismus in der strafgerichtlichen Rechtsprechung des Reichsgerichts* (Subjetivismo y objetivismo en la jurisprudencia penal del Tribunal del Reich).

[2] *Grd.*, 62. Como ocurre en otras ciencias —véase, en lo que res-

§ 15. La estructura de la teoría del hecho punible

La teoría del hecho punible comprende:

A. *Las formas generales de aparición del hecho punible.* Muestran lo que es común a todos los hechos punibles. Por ello, son, a la vez, la teoría de los elementos comunes a todo delito. Son tres, a saber: la *acción*, la *antijuridicidad* y la *culpabilidad*. La *"tipicidad"* no constituye, en esta correlación, un elemento independiente (substancial) del hecho punible, sino solamente un agregado adjetival a dichos elementos fundamentales: "acción típica", "antijuridicidad típica", "culpabilidad típica".

B. *Las formas especiales de aparición del hecho punible.* Muestran el hecho punible en la forma especial de la *tentativa* (el hecho no consumado), de la *participación* (la intervención de varias personas en el hecho) y del *concurso* (la concurrencia de varios puntos de vista jurídico-penales o de varios hechos jurídico-penales).

A. LAS FORMAS GENERALES DE APARICION DEL HECHO PUNIBLE

Lehrb., 89-90. *Grd.*, 64-66.

§ 16. El sistema jurídico-penal y las características del hecho punible en particular

Lehrb., 89-90.*Grd.*, 61-66 y el trabajo citado en el § 14.

I. *El hecho punible es acción.* Empleamos aquí el término "acción" en el sentido más amplio; a saber, nos referimos a lo que ya hemos dicho en el § 14: todo hecho punible es *conducta humana.* Es el propio código penal el que proporciona, en el § 1, este punto de arranque, el cual, por consiguiente, es inconmovible. De aquí se deduce una *doble posibilidad de estructura sistemática jurídico-penal* y de clasificación de los elementos distintivos del hecho punible.

pecta a la psicopatología, Kurt SCHNEIDER, *Die psychopathischen Persönlichkeiten*, 6ª ed., 1943, p. 9— también el derecho penal se basa en un *"dualismo empírico"*. Se considera que el cuerpo y el alma actúan separadamente, sin que con ello se quiera tomar posición en favor o en contra de teorías metafísicas, como ser la teoría psicofísica de la acción recíproca o del paralelismo psicofísico. Excesivamente amplio en la orientación metafísica: *Lehrb.*, 108, nota 11. Véase también en el § 55 de este libro lo que está impreso con caracteres menores.

1. Podemos atenernos a la distinción ya señalada (§ 14) y separar, por lo tanto, el aspecto *externo (objetivo)* del *interno (subjetivo)*. Esto corresponde a la sistemática más antigua, en la que se basa, por ejemplo, el Comentario de FRANK (18ª ed., 1931). BUSCH, en su obra *Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre* (Transformaciones modernas de la teoría del delito) (1949; p. 4-5 y 36), entiende que este sistema de la dogmática jurídico-penal clásica, cuya sencillez lo recomienda tan enérgicamente, se ha vuelto insostenible en virtud de la teoría del concepto normativo de la culpabilidad y de los elementos subjetivos del injusto. Todavía más gravitación que esta consideración tiene la circunstancia de que la nueva legislación sugiere otro punto de arranque, al independizar la "culpabilidad" del individuo (§ 50, párr. 1), y al tomar en consideración el concepto de la acción conminada con pena y, por consiguiente, del "injusto" inculpable (§ § 48, 49, 42 *b* y 330 *a*). Con esto, la legislación exige como punto de partida la distinción fundamental entre *injusto* y *culpabilidad* (*Mod. Wege.*, p. 49, nota 9). Véase, al respecto, también SAUER (1955; p. 22-23 y 68).

2. Por las razones expuestas, el desarrollo doctrinario y legislativo moderno del derecho penal adopta, como punto de arranque del sistema jurídico-penal, no la contraposición meramente formal entre aspecto externo (objetivo) e interno (subjetivo), sino la contraposición material de la *antijuridicidad (injusto)* y de la *culpabilidad*. Antijuridicidad significa el juicio impersonal-objetivo del ordenamiento jurídico sobre el *hecho* (que puede contener, por su parte, elementos "subjetivos"; confr. el § 31, III), en tanto que la culpabilidad tiene en cuenta la *imputación* personal-subjetiva del hecho a un *autor* determinado. Esta contraposición se basa en el § 59, párr. 1, en el cual se hace una evidente distinción entre el "*tipo* legal" *objetivo* (con inclusión de sus elementos subjetivos) y la "imputación" *subjetiva* (personal) de este tipo a una persona determinada. De ahí, la sistemática de la exposición siguiente, que está de acuerdo con la ley. La obra *Moderne Wege* se empeña en desarrollar estos conceptos con lógica absoluta. En la misma, se distingue entre *acción* como infracción jurídica dirigida finalísticamente; *antijuridicidad* como juicio desvalorativo objetivo acerca de la infracción, y *culpabilidad* como reproche personal, también valorativo (y, asimismo, pues, normativo), a un autor determinado con respecto a esa infracción.

Por lo demás, sin que se siga una u otra dirección (Nos. 1 ó 2), *una cosa será siempre falsa e insostenible*, esto es, la idea de que ambas direcciones se pueden combinar en forma tal

que lo "exterior" equivalga al injusto y lo "interno" a la culpabilidad. La "teoría de los elementos subjetivos del injusto" (§ 32) *desvirtúa* esta posibilidad.

II. El *hecho punible* es, por lo tanto, una acción típicamente *antijurídica*, personalmente *imputable* y *conminada con pena*.

1. El hecho punible es *acción* en el sentido amplio del término. Esto significa, como ya hemos dicho, que el hecho punible, el "crimen", es siempre conducta humana. En el sentido estricto del término, se entiende por acción (*Lehrb.*, 89 y 91; *Grd.*, 50-51) solamente el hacer activo, en tanto que la teoría de la acción en sentido amplio abarca también el omitir. La teoría de la acción en este último sentido (capítulo 1) incluye los problemas generales referentes al concepto de acción, la persona del autor, la clasificación legal de las acciones punibles y la diferencia entre hecho de comisión y hecho de omisión. La acción, como concepto jurídico-penal, toma, además, sobre sí los atributos valorativos siguientes.

2. El hecho punible es acción *antijurídica*, es decir *injusto*. Con esta expresión, se hace referencia al *aspecto externo* (injusto objetivo), como así también al *aspecto interno* del injusto (elementos subjetivos del injusto), que se presenta con carácter de excepción. La teoría de la antijuridicidad (capítulo 2) trata de la fundamentación y de la exclusión de la antijuridicidad; en materia de fundamentación de la antijuridicidad, se refiere a los principios generales de la misma y a la estructura típica de los hechos punibles, y en cuanto a la exclusión de la antijuridicidad, se ocupa de la exclusión del injusto de acuerdo con los principios de su ausencia y del derecho predominante.

3. El hecho punible es también acción *imputable*. La teoría de la *culpabilidad* (capítulo 3) deduce del requisito de la imputación personal del hecho punible el concepto más limitado, práctico y esencial de la acción culpable y trata en particular de la imputabilidad, de las formas de culpabilidad (el dolo y la culpa) y de las causas de exclusión de la culpabilidad.

4. Finalmente, el hecho punible es acción *conminada con pena*. Ha sido puesta en duda la legitimidad de esta última característica en la definición del hecho punible. Se ha considerado que aquí existe una tautología que debe evitarse (hecho "punible" y hecho conminado con "pena"), y una definición carente de pureza desde el punto de vista de la lógica, mediante la cual lo que constituye el objeto de la propia definición —el hecho punible— se define por sus consecuencias jurídicas y no, como debe ser, determinando sus características. En el *Lehrbuch* (p. 90, nota 5) se acepta esta duda y se re-

nuncia a esa característica. No obstante, es indiscutible que la esencia del hecho punible puede determinarse en forma nítida y exhaustiva sólo si se tienen en cuenta las consecuencias jurídicas del mismo, esto es, la pena (*Grd.*, 65-66). La tautología en cuestión no resulta perjudicial, por cuanto no se prescinde de la discusión precisa acerca de lo que es la pena y la conminación de la misma, sino que ella será objeto más adelante (en la tercera parte) de un estudio exhaustivo.

CAPÍTULO I

LA ACCION

a) PRINCIPIOS GENERALES

§ 17. La acción como fundamento del derecho penal

Lehrb., 101-105. RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem* (El concepto de acción en su significación para el sistema penal), 1904. *Zur Systematik der Verbrechenslehre* (Acerca de la sistemática de la teoría del delito); *Frank-Festgabe*, 1930, vol. I, 158 y sigts. MEZGER, *Moderne Wege* (1950; p. 11 a 19).

Con arreglo a los §§ 1 y sigts., es punible la *"acción"* que comete el autor. De tal manera, nuestro derecho penal es, fundamentalmente, un *derecho penal del hecho*, y no un *derecho penal del autor*. Si, dentro de tal derecho, se trata especialmente del autor, la interpretación a dar sólo puede ser en el sentido de que el derecho en vigor, como ocurre en el caso del § 20 *a* referente al delincuente habitual peligroso, tiene *también* en cuenta, en el marco de la apreciación del hecho, la persona del autor. Con otras palabras: con arreglo al derecho vigente, al hecho corresponde un *valor* jurídico-penal *propio*.

La *concepción del derecho penal* llamada *sintomática*, que ha sido comentada profundamente por TESAR y KOLLMANN (*Lehrb.*, 104), se opone a este principio. La misma pone en duda el significado central del concepto de acción y reclama con ello una decisión fundamental acerca del punto de partida del sistema jurídico-penal, que tampoco este libro puede pasar por alto. Su sentido es el siguiente: el hecho punible no debe formar la base propia de la pena, sino que ha de ser, más bien, un *indicio*, una *señal*, un *"síntoma"* de una *situación* determinada y, desde el punto de vista jurídico-penal, signi-

ficativa respecto *del autor*. Este debe constituir, pues, el fundamento verdadero del castigo. *No* se castiga a uno porque haya cometido un hecho punible, sino porque es una *persona* socialmente peligrosa, como se desprende del propio hecho que ha cometido. Por lo tanto, el fundamento verdadero de la pena está situado en la peligrosidad personal del autor.

Tal concepción sintomática del delito no constituye la concepción del derecho vigente y puede ser objeto, en las condiciones actuales, cuando mucho, de una consideración de orden *político-criminal*, sin alcanzar significación exegética y dogmática alguna. Esto quiere decir que esa concepción puede ser entendida, a lo sumo, como un requerimiento formulado al legislador, respecto de cómo debe estructurarse el derecho futuro y de cómo debe tenerse en cuenta, no el hecho, sino, directamente, la persona del autor. No viene al caso tratar aquí acerca de la legitimidad de tal requerimiento. Es indudable que en el derecho vigente el hecho forma la base y el punto de partida de toda pena. Esto se confirmará, particularmente, a través de la redacción de la parte especial, en la cual la pena se refiere siempre a un hecho cometido y determina su naturaleza y envergadura de acuerdo con este hecho. Siempre el autor es castigado *por* el hecho que ha cometido.

Con ello, la *acción* permanece, como acontecimiento determinado particular, como la base del derecho penal y de la pena. Y a la acción le corresponde, en el marco del derecho vigente, una doble tarea y misión, que es la de servir, por un lado, para la *clasificación* de los sucesos jurídico-penales significativos —puesto que, por ser la "más alta unidad con respecto a todos los fenómenos del derecho penal", fija los límites externos para su aplicación y excluye todo lo que no está incluído de antemano dentro de su esfera—, y la de servir, por otro lado, dentro del derecho penal, para la *definición* del hecho punible, dado que proporciona el sustantivo al que se conectan, como atributos, todos los demás elementos del hecho punible (*Lehrb.*, 94-95).

§ 18. (Continuación): el concepto de acción en particular y su relación con el tipo legal

Véase la bibliografía citada en el § 17.

I. El *concepto de acción*, como indicación de conducta humana, es, también para la *ley* (§ § 1 y 43), el *punto de partida* universal de la observación jurídico-penal (*Mod. Wege.*, 11). En contra de este principio, se ha formulado una primera objeción. RADBRUCH (*Frank-Festgabe*, 1930, vol. I, 162), afir-

ma que el concepto superior del sistema jurídico-penal no es la acción, sino la *tipicidad*; él se refiere al tipo de la acción punible en su totalidad, al llamado *tipo de acción, y no* al tipo del injusto, que tiene una especial significación en el derecho penal (*NJW* 1953, p. 2). En principio, RADBRUCH tiene razón. En efecto, la circunstancia de que no existan en el derecho penal vigente, por ejemplo, penas contra los animales, tiene su fundamento en el hecho de que han sido excluídos sin excepción todos los tipos jurídico-penales que no se refieran a una conducta humana. De tal manera, la tipicidad es la *base* de la que depende todo lo demás. Pero en la determinación conceptual, que aquí intentamos, del hecho punible, se trata de poner de relieve los distintos *puntos de relación del hecho punible*. Se trata, ante todo, de destacar y poner en primer plano, en el concepto de acción, aquello que es común a todos los hechos punibles. Queda, así, justificado nuestro punto de partida sistemático. Con otras palabras: la *"tipicidad"* es, en su significación más amplia, el fundamento y el presupuesto de la "pena"; ya nos encontramos —si se nos permite la expresión— en el segundo piso, cuando desmembramos este complejo fundamental y uniforme, en la "acción" (entendida ontológicamente), en la "antijuridicidad" y en la "culpabilidad" determinadas normativamente.

Fundamental para todo lo demás —es conveniente señalarlo desde ya— resulta la *distinción entre tipo de acción y tipo del injusto* (§ 59). En la actualidad, la inobservancia de esta distinción se ha convertido, para la dogmática, en una fuente de graves errores, y de ello se tratará extensamente en el § 19.

II. El concepto de acción, que hemos presentado como base de la pena, señala en la conducta humana que convierte en objeto de consideración jurídico-penal— un *acontecimiento natural-real* en el mundo de la experiencia. Como elemento del sistema normativo jurídico-penal (*Lehrb.*, 103), indica lo que *debe* ser castigado con pena, y está *hecho* para servir, en su ulterior estructuración, para la apreciación de determinadas finalidades humanas. Por consiguiente, no está en lo cierto v. LISZT cuando ve en ese concepto tan sólo una "abstracción de los hechos" (*Lehrb.*, 103, nota 9). Pero es siempre, necesariamente, un concepto *realista* y, por consiguiente, ontológico (esencial). La tentativa de circunscribir exactamente dentro de la "conducta humana" el suceso al cual se pueden conectar medidas jurídico-penales, se debe ajustar a los *verdaderos* acontecimientos de la vida. Por ello, el concepto de acción es un concepto *ontológico, el ser jurídico* (*LeipzKomm.*, I, 3). La *apreciación normativa (el deber ser jurídico)* de sus distintos elementos, no tiene lugar en él, sino en sus ele-

mentos atributivos de la antijuridicidad y de la culpabilidad; de ahí que sea un *elemental error metódico* el querer deducir de los elementos *ontológicos* de la acción, orientaciones para la estructuración *normativa* de la antijuridicidad y de la culpabilidad. Por su parte, el concepto de acción sólo puede presentar exclusivamente las *posibilidades* ontológicas de *valuación* a las que es posible conectar una selección normativa ulterior.

De ahí se deduce, con finalidades prácticas, que el concepto de acción, dado que debe proporcionar y contener una descripción lo más "neutral" posible de todo acontecimiento que se tome *en cuenta*, en general, en el aspecto jurídico-penal, no deba ser recargado de antemano con valoraciones innecesarias. Ese concepto de acción traza, en primer término, un límite extremo que no puede excluir nada sobre lo cual resulte necesario un ulterior conocimiento jurídico-penal. "Precisamente, los intereses del derecho penal pueden exigir, y de hecho exigen, que no se recargue de antemano dicho concepto con propiedades que harían imposible conectar en él un análisis particular de los elementos distintivos del delito."

III. Este concepto de acción abarca toda *conducta humana concreta*, que pueda y deba constituir el punto de partida de consideraciones jurídico-penales. Como tal, abarca, en particular, los dos aspectos siguientes:

1. El *fundamento de la voluntad* de la acción, como fenómeno psíquico, como acto subjetivo de voluntad. Toda acción es una conducta *enderezada por la voluntad* y, por ello, necesariamente, es una conducta *dirigida a un fin, a una meta*. El que actúa debe siempre querer "algo", y el que omite, no querer "algo". De tal manera, toda acción lleva consigo, de acuerdo con su naturaleza "ontológica" (esencial), un carácter *"final"*. Está siempre dirigida a una "meta" determinada. Por lo tanto, la cuestión de si uno es, en el derecho penal, *"finalista"* o *"no finalista"*, es una insensatez. Lo único *dudoso* es si uno sustenta un *"finalismo" acertado o no*.

2. El *movimiento corporal externo con su resultado ulterior*, como suceso objetivo producido mediante el acto de voluntad.

De acuerdo con lo dicho, resulta claro el *contenido* de la voluntad de la acción; desgraciadamente, la literatura da, sobre el particular, algunas explicaciones equívocas y que inducen a error, cuya rectificación es necesaria. La acción jurídico-penal se pregunta qué ha querido y qué se ha propuesto el *autor*, para ella está en consideración "la finalidad del autor". En cambio, la apreciación "normativa" (del deber ser jurídico) de este contenido de voluntad, esto es, la "finalidad de la *ley*",

no constituye su objeto. Tal apreciación se hace en la teoría jurídico-penal del *injusto* o de la *culpabilidad*. Sólo así puede el concepto de acción lograr su necesario carácter "neutral" y servir como base de todas las demás investigaciones jurídico-penales. Si quisiéramos investigar en este momento esta *valoración* normativa de lo acaecido, recargaríamos la teoría de la acción en una forma imposible en cuanto a sus consecuencias que, en vez de conducir a un sistema fácil de comprensión, llevaría a un desorden ininteligible. Aquí vale el principio de la separación. El que suministra a otro, sin saberlo, un veneno mortal, comete una *acción de homicidio;* pero es en la teoría de la antijuridicidad y de la culpabilidad en donde se decide, en forma definitiva, si aquél ha cometido un *homicidio punible*. Puede "considerarse como acción solamente un hecho de la vida que una persona ha realizado con premeditación" (NIETHAMMER en OLSHAUSEN, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 12ª ed., p. 160); pero si esa premeditación tiene o no significación jurídico-penal, será contestado, concluyentemente, por un examen posterior. Este examen no corresponde todavía a la teoría de la acción (*Lehrb.*, 108-109).

IV. Con este concepto natural de la acción, *queda desestimado* el *concepto de acción* puramente *formal* desarrollado por BELING (*Die Lehre vom Verbrechen* —La teoría del delito—, 1906, p. 17-19) (*Lehrb.*, 94, nota 9). BELING considera al concepto de acción totalmente "anémico" e "incoloro", y se conforma con el resultado de que pone de relieve determinados "trozos de la vida humana", susceptibles de ser objeto de consideración. "El juicio valorativo, de acuerdo con el cual un suceso es acción o no, conduce a una agrupación de secciones de la vida del individuo. El suceso al que queremos unir la comprobación de que existe un delito, debe caber en uno de los trozos de la vida en los cuales la persona era dueño de su cuerpo". BELING encuentra el valor del concepto de acción en un sentido negativo: "en la exclusión de todos los sucesos que no son acción, que no se toman en cuenta de antemano a los fines del derecho penal". De este modo, resulta injustificado relacionar el concepto de acción con el acontecimiento *concreto*. La teoría de BELING no tiene en cuenta que en el mismo trozo de vida pueden existir, a veces, incluso *juntos*, sucesos adecuados a la acción y sucesos no adecuados a ella.

§ 19. La llamada teoría de la acción finalista

WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts* (Estudios sobre el sistema del derecho penal) (*ZStrW.*, vol. 58, p. 491 y sigts., 1938). *Um die finale Handlungslehre. Eine Auseinandersetzung mit ihren Kritikern.* (Acerca de la teoría de

la acción finalista. Una polémica con los que la critican) ("Recht und Staat", 146, 1949). *Das neue Bild des Strafrechtssystems* (2ª ed., 1952). *Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre* (Problemas actuales del derecho penal en el marco de la teoría de la acción finalista); conferencia pronunciada en Karlsruhe el 29 de mayo de 1953) (1953). *Strafrecht* (4ª ed., 1954, p. 26 y sigts. y 45 y sigts.). Además: ENGISCH, *Kohlrausch-Festgabe* (1944, p. 141 y sigts.). BUSCH, *Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre* (Transformaciones modernas de la teoría del delito) ("Recht und Staat", 137, 1949). NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit* (Finalidad, dolo y culpa) ("Recht und Staat", 156-157, 1951). MAURACH 1954 (p. 124 y sigts.) (131 y 139). MEZGER, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik* (1950), y en la 4ª ed. (1952), p. 41 y sigts. con *NJW*, 1951, p. 500, 577 y 869.

I. El concepto de acción jurídico-penal, desarrollado precedentemente, es un concepto *"final"*. En efecto, es una condición del mismo, la de ser un acto de voluntad "dirigido a un fin y a una meta", y esta dirección hacia una meta es, como tal, con arreglo a su esencia, de naturaleza finalista. "Tiende" hacia un movimiento corporal determinado y a ulteriores resultados ocasionados por el mismo. Ya BINDING había puesto claramente de relieve este fundamento de la voluntad de la acción [1].

Pero, no *cualquier* contenido subjetivo de la voluntad que, en el caso particular, constituya un requisito de la acción *punible*, debe recibir, en la teoría "de la acción", su apreciación normativa definitiva. No se puede confundir, sin más, como lo han hecho, sin razón, anteriores teorías, la "acción imputable" con la "acción" (*Lehrb.*, 102-103). Mientras se trate del punto de partida *sistemático* del derecho penal, debemos atenernos al principio de que la "acción", como base del sistema jurídico-penal, tiene que ser caracterizada ante

[1] *Normen* (2ª ed., 1914, vol. II, p. 481); pero el mismo BINDING admitió que este criterio encerraba ciertas exageraciones (*Lehrb.*, 102 y nota 4). Está fundamentalmente justificada la exigencia de WELZEL (*ZStrW.*, 58, 491) en el sentido de que se profundice la teoría tradicional de la acción, para que se vuelva a poner de manifiesto la "real y significativa totalidad" del hecho punible. El valor de su teoría consiste, ante todo, en el esclarecimiento de los acontecimientos del actuar humano en general, y en la indicación del valor ontológico de la acción frente al mero valor de resultado (*Moderne Wege*, 23-25). Pero, a veces, *confunde la finalidad de la acción* (del agente) con su simple *relación* con otras finalidades. Acerca del concepto de la *"finalidad"*, confr. KANT, *Kritik der Urteilskraft*, 3ª ed., 1799, p. 269; STAMMLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 3ª ed., 1928, p. 57; EISLER, *Handwörterbuch der Philosophie*, 2ª ed., 1922, p. 177.

todo y en general, únicamente como "conducta humana". Luego nos ocuparemos, en detalle, del *contenido* de la voluntad de la acción (con lo cual, sin embargo, éste no dejará de ser, naturalmente, contenido de la acción). En parte, lo haremos a propósito de la teoría del *injusto* (antijuridicidad), pero nos ocuparemos de ello, muy especialmente, con motivo de la teoría de la *culpabilidad*. Esto ya ha sido aclarado en el *Lehrb.* (2ª ed., 1933, p. 108-109).

La *teoría de la acción finalista de* WELZEL, que este autor ha expuesto y desarrollado profundamente en las obras citadas al comienzo, subraya, en forma muy especial, este carácter "finalista" de la acción. Al respecto ya dice en *Das neue Bild des Strafrechtssystems* (1951, p. 9): "La acción humana es ejercicio de actividad finalista. Por eso, la acción es un suceso «finalista» y no sólo un suceso «causal». La «finalidad» o actividad finalista de la acción tiene su fundamento en el hecho de que el hombre puede prever, hasta cierto punto, en virtud de su conocimiento causal, las consecuencias posibles de su actuar futuro, y fijarse por lo tanto, distintas metas, dirigiendo su actuar futuro, de un modo sistemático, hacia su consecución. En virtud de su conocimiento causal previo, él puede gobernar los distintos actos de su actividad en forma tal de conducir hacia la meta el suceso externo causal y dirigirlo así en forma final. La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde la meta, mientras que la pura causalidad no es guiada desde la meta, sino que es la resultante accidental de los componentes causales existentes de manera constante". Esta "*finalidad*" es penalmente importante, porque todo derecho penal se refiere a ella (*Strafrecht*, 1954, p. 30): "impide la realización de acciones cuya finalidad se dirige a una situación socialmente indeseable o a un suceso indeseable" (en los hechos punibles dolosos) y "reclama que la conducta finalista sea gobernada en forma tal que no se produzcan consecuencias reprobadas" (en los hechos punibles culposos). Esto se ajusta perfectamente a nuestras explicaciones acerca del concepto de acción (*Lehrb.*, 1ª ed., 1931, p. 105-106): *fundamento* de la acción es un *querer* del agente. Pero, el querer "señala el acto particular de la voluntad", o sea, "un acto interno, psíquico, en virtud del cual el agente se coloca a sí mismo como *causa* de la realización de un resultado que se ha representado". Con otras palabras: la esencia de la acción consiste en gobernar el suceso externo con un acto interno, psíquico, que anticipa, en la representación interna, la marcha de los acontecimientos externos causales y los determina, de tal manera, en su curso futuro. Esa esencia contradice, por lo tanto, cosas muy claras, cuando

WELZEL dice que "la teoría tradicional (LISZT, BELING, RADBRUCH, MEZGER, SCHÖNKE)" ve en la acción solamente una "causación ciega de la voluntad".

En otro sentido, la llamada teoría de la acción finalista omite una distinción suficiente entre la *finalidad ontológica* de la acción y su *relación* con una finalidad *debida*. Esta falta de claridad tiene su origen, además que en otras causas, en una errada concepción del hecho culposo. Por consiguiente, nosotros distinguimos (*JZ* 1954, p. 313), entre:

a) la *finalidad del propio autor*, esto es, lo que *éste* quiere. Tal finalidad es *esencial* en toda acción que desempeña un papel en el derecho penal (también la acción "culposa" o, de cualquier manera, "no dolosa"). En efecto, toda acción jurídico-penal está "dirigida a un fin" de acuerdo con su esencia *ontológica;*

b) la *finalidad de la ley*, vale decir lo que la misma exige del autor, y a lo cual *se mide* el valor de la acción. La misma no desempeña *ningún* papel en la teoría jurídico-penal de la acción. En efecto, ella concierne a su *valoración normativa* que se realiza sólo en la teoría de la antijuridicidad o de la culpabilidad. La teoría ontológica de la acción puede, cuando más, señalar los *puntos de inserción* a los que se puede aplicar tal valoración normativa.

En WELZEL también se destaca esta significación *normativa* de su teoría, cuando, refiriéndose a la acción culposa, dice (*JZ* 1954, 430): en los delitos culposos la dirección finalista es constitutivamente "exigida" (!) respecto de la *antijuridicidad*, "pero no lo es la dirección finalista realizada para evitar el resultado típico". Pero, la dirección "exigida" no tiene nada que ver con la consideración ontológica; el "precepto" puede tener su origen en la esfera *normativa* (y, por lo tanto, en la antijuridicidad o en la culpabilidad).

NIESE (1951) y MAURACH (1954), partidarios ambos de la teoría en cuestión, examinan el verdadero sentido y las conexiones más profundas de ella. Entiende NIESE (p. 11) que "como representante de un concepto de acción finalista eficaz para el derecho penal, sólo puede valer aquel que considera al dolo dentro de la acción injusta". Del mismo modo, afirma MAURACH (p. 131) en el sentido de la llamada teoría de la acción finalista, que "es finalista sólo aquel que, en los hechos punibles dolosos, incluye al dolo como parte subjetiva del tipo (en tanto que en la página 190 expresa que por tipo se debe entender aquí la «situación injusta típica»). Las opiniones se dividen, acerca de este elemento distintivo, con la claridad debida". En estas dos afirmaciones, se pone de manifiesto, sin disimulo, la verdad: *la* llamada *teoría de la*

acción finalista no es una teoría de la acción finalista (mientras derriba puertas abiertas), *sino*, en realidad, una *teoría del injusto finalista*. Como tal, ella pertenece, sistemáticamente, a la teoría de la antijuridicidad.

Las otras manifestaciones de MAURACH (lug. cit.) conducen a ulteriores apreciaciones decisivas. Ya LANGE y ENGISCH han señalado con acierto (*Mezger-Festschrift*, 1954, p. 127), que el movimiento moderno de la teoría de la culpabilidad en la esfera de la llamada teoría de la acción finalista, plantea nuevos problemas a la teoría del tipo. Dice MAURACH, respecto de la contraposición entre tipo de acción y tipo del injusto, que por este "tipo" (y con ello pone en discusión el tipo de acción), "no se entiende otra cosa que el antiguo 'corpus delicti' en el sentido de la concepción jurídica común". Pero, no resulta claramente a *cuál* 'corpus delicti' se refiere (HALL, *Die Lehre vom Corpus delicti*, 1933) y por qué motivo sería inadmisible esa comparación. MAURACH ve, en este destaque del tipo de acción, una confusión "finalista que se debe evitar". Pero esa "confusión", por él censurada, significa *poner de manifiesto, desgraciadamente, el antagonismo entre tipo de acción y tipo del injusto*, lo cual no hace, y ello redunda en detrimento suyo, a la llamada teoría de la acción finalista. La *confusión no advertida entre tipo de acción y tipo del injusto, constituye el presupuesto constante de todos los encantamientos seductores de un finalismo desacertado*. Es conveniente armarse, frente a él, de la necesaria circunspección. Confr., sobre el particular, también las observaciones, dignas de toda consideración, formuladas por SAUER (1955; p. 24).

§ 20. El autor de la acción

Grd., 45-49.

Nos ocuparemos aquí del *autor* del hecho, esto es, del sujeto de la acción punible. Toda conducta punible es conducta humana; los hombres son, en todas partes, los causantes del hacer y del omitir punible y por eso también este aspecto personal del hecho punible requiere un estudio especial.

I. Autor del hecho punible es, por regla general, el hombre como *ser individual*. 'Societas delinquere non potest'. Contrariamente a lo que ocurre en el derecho civil, el derecho penal no contempla, de ordinario, el delito de la corporación (*Lehrb.*, 93, nota 6). Una sentencia del Tribunal del Reich (47,91) establece que "con arreglo a las disposiciones del código penal y de la ordenanza procesal penal, pueden ser penal-

mente responsables sólo las personas físicas"; otra sentencia (26, 300) admite en principio que el derecho de los Estados establezca una regulación distinta.

No obstante, *no todos* pueden ser considerados como autores de hechos punibles. Existen algunas excepciones, que son las siguientes.

1. De acuerdo con las disposiciones del *derecho penal de los jóvenes* de las que nos ocuparemos más adelante, no puede ser castigado el niño que no ha cumplido los catorce años de edad.

La teoría de la culpabilidad jurídico-penal establece, asimismo, la impunidad por determinadas causas personales, por ejemplo la perturbación morbosa de la actividad del espíritu (§ 51, párr. 1), la sordomudez (§ 55, párr. 1) y la edad juvenil. Pero con ello no se quiere quitar competencia, como ocurre en el caso citado del niño, al derecho penal en lo que atañe a categorías determinadas de personas como tales, sino que la impunidad es la consecuencia de una investigación más exacta en cada caso particular. De ahí que el tema sea objeto de un estudio detenido en la teoría de la culpabilidad.

2. Determinados grupos de hechos punibles quedan limitados, por su naturaleza, a un círculo reducido de autores, de modo que las personas que no están incluidas en el mismo no pueden ser consideradas como autores del hecho. Esto ocurre muy especialmente en los llamados *delitos especiales* (*Grd.*, 134). En los mismos, la posibilidad de la autoría se vincula a determinadas condiciones naturales o jurídicas, por lo cual, si éstas no existen, no hay autoría. Los delitos cometidos por funcionarios públicos (§§331 y sigts.) ofrecen los ejemplos más importantes al respecto; los §§ 175 y 181 *a* refieren la autoría al sexo masculino; el § 300 menciona grupos determinados de personas que se toman en cuenta como autores, etc. La condición personal crea, en estos casos, una causa de impedimento, no a los fines del castigo en general, sino del castigo que se les impone como autores, pudiendo ser punibles, como instigadores y cómplices, aun otras personas. Además de los delitos especiales, mencionaremos aquí como una especialidad también los llamados *delitos de propia mano* —como ser el falso juramento previsto en el § 154— en los cuales cualquiera puede ser autor, siempre que realice la acción en persona. También en estos delitos, se toman en cuenta otras personas, sólo como instigadores o cómplices. De todo ello se hablará detenidamente a propósito de la teoría de la participación.

II. El autor del hecho punible es una *corporación* solamente en casos del todo excepcionales, admisibles desde un

punto de vista lógico, pero vivamente discutidos en el terreno legislativo. Por supuesto, no se puede enviar a la cárcel a la sociedad como tal; pero se puede concebir, y es posible, la imposición de penas pecuniarias también contra la sociedad, en su condición de tal. Las opiniones formuladas en Alemania y en el extranjero acerca de si ésta es una medida de seguridad oportuna y recomendable desde el punto de vista político-criminal, difieren considerablemente. BELING entiende que el castigo de las personas jurídicas no sólo es una "injusticia enorme", sino también inútil. En cambio, v. LISZT-SCHMIDT recomiendan la aplicación de tal castigo; otros autores lo tienen, por lo menos, en cuenta o le otorgan en principio el efecto de "medida de seguridad". HAFTER no ha mantenido el criterio que había sustentado en ese sentido (*Lehrb.*, 93, nota 7, con la literatura correspondiente).

El derecho alemán en vigencia establece una pena a una corporación, por motivos fiscales, en el § 393 de la ordenanza tributaria del Reich de 13 de diciembre de 1919 (*RGBl.* 1993), en la redacción de 22 de mayo de 1931 (*RGBl.* I, 161), etc. En la misma se admiten las penas pecuniarias contra personas jurídicas y sociedades sin que sea necesaria la demostración de la culpabilidad de una persona física, en caso de que, en las actividades realizadas por aquéllas, hayan sido cometidos fraudes fiscales. Es dudoso si esta disposición tiene aun, en la actualidad, campo de aplicación: HARTUNG, *Das Steuerstrafrecht, Kommentar.* (El derecho penal tributario, Comentario) (1950, p. 7). SCHWARZ (*Kommentar zum Strafgesetzbuch*; 14ª ed., 1951, p. 832), considera que la disposición sigue rigiendo y sustenta este mismo criterio en la 16ª edición de la obra (1953, p. 1001). El congreso alemán de juristas, realizado en Hamburgo en 1953, se ha ocupado del asunto detenidamente.

III. Trataremos aquí brevemente de la tan conocida y discutida *teoría del tipo de autor* (*Grd.*, 46-48 con bibliografía; SCHÖNKE-SCHRÖDER, p. 17-18; MAURACH, 1954, p. 211 y sigts., y SAUER, 1955, p. 34 y sigts.). No queremos recorrer, a este respecto, todos los "caminos acertados y equivocados que ha seguido la teoría del tipo de autor" ("Deutsche Justiz", 1944, p. 215). En muchas partes, ya es anticuada. V. WEBER (*Grundriss*, 1946, p. 50) ha reconocido con todo acierto los fundamentos de esta teoría cuando dice: Esta teoría "por insatisfactoria que haya sido desde el punto de vista dogmático" ha tenido y cumplido, en su tiempo, una tarea especial, la de atenuar la "rigurosa severidad de algunos reglamentos de guerra" y de "hacer olvidar el hecho, al negar la jurisprudencia, a la ley, las consecuencias correspondientes". Al que-

dar las leyes sin efecto, ha caducado la finalidad de la teoría y, con ello, también una gran parte de la misma. No obstante, algunos puntos de la teoría han mantenido una significación permanente para el presente y el futuro y los mencionaremos brevemente a continuación.

1. *Existen tipos legales de autores.* Ello significa que el legislador crea, a veces, tipos determinados de autores que circunscribe por medio de los presupuestos correspondientes y a los que conecta consecuencias jurídicas determinadas. El delincuente habitual peligroso, previsto en el § 20 *a* del código penal, y el delincuente con tendencias delictivas, ofrecen el ejemplo más importante. También se pueden mencionar, dentro de este grupo, el ladrón reincidente (§ § 244-245) y los delincuentes de esa especie si no se puede asegurar una verdadera unidad interna como *tipos de autores.*

2. *Existen tipos criminológicos de autores.* Son extraídos de la realidad de la vida. También el tipo legal de autor (N. 1), podrá sobrevivir, con el tiempo, si, como en el caso del mencionado delincuente habitual, se apoya, de alguna manera, en los fenómenos de la vida, vale decir si es, a la vez, un tipo "criminológico" de autor. Como cualquier tipo verdadero, también éste constituye una "forma acuñada viviente". No hay dudas de que existen estas formas de sucesos criminales en personas que participan en ellos. En este sentido, conocemos, por ejemplo, algunos tipos de ladrones, como los ladrones profesionales por efracción, los carteristas, las ladronas en ocasión del acto sexual, etc., los caballeros de industria, estafadores, los llamados simuladores de matrimonio, muchos tipos de delincuentes contra la moralidad, delincuentes brutales violentos, etc. En todos estos tipos, el hecho cometido no aparece como un suceso "fortuito" en el transcurso de la vida, sino como un acontecimiento que tiene su origen en la idiosincrasia del autor. Corresponde a la criminología (véase el tercer volumen) estudiar estos tipos y juzgarlos en su significación político-criminal.

3. Finalmente, *existen, en cierta medida,* también *tipos de autores típicos.* Queremos circunscribir esta designación, tan usada y abusada, a aquellos casos en los cuales tipos jurídico-penales determinados presuponen, para su realización, una relación determinada entre el hecho cometido y la total personalidad del autor. Este presupuesto no se puede aplicar, de ninguna manera, a todos los tipos jurídico-penales: quien hurta, será castigado con arreglo al § 242, aunque no sea, esencialmente, un "ladrón". También el término "asesino" contenido en el § 211, induce a errores, es impreciso y hace pensar, sin justificación alguna, en un tipo de autor típico; lo que tam-

bién aquí es dudoso es solamente el castigo por el asesinato cometido, pero no es necesaria la fijación de un "tipo de autor" especial. En cambio, una sentencia, muy citada, del Tribunal del Reich (73, 183) ha establecido, no sin fundamento, que la condena por rufianería con arreglo al § 181 *a* depende de una relación *personal* del autor bien determinada, y ha creado, de tal manera, un tipo de autor típico determinante para la jurisprudencia.

Acerca de la total cuestión, véase, además, la exposición académica referente al "problema de los tipos", citada al final del § 6 *a*.

§ 21. La clasificación de las acciones punibles en la ley

Lehrb., 98-101. *Grd.*, 66-67 y la bibliografía citada en este parágrafo.

El § 1 del código penal alemán, en la redacción de 25 de agosto de 1953, establece lo siguiente:

"Una acción conminada con reclusión o encierro por más de cinco años, es un CRIMEN.

Una acción conminada con encierro hasta cinco años, con prisión o con pena pecuniaria superior a ciento cincuenta marcos alemanes, o simplemente con pena pecuniaria, es un DELITO.

Una acción conminada con arresto o con pena pecuniaria hasta ciento cincuenta marcos alemanes, es una CONTRAVENCIÓN."

I. El derecho penal alemán antiguo había establecido una *división formal* de los hechos punibles, esto es, no una división material de los mismos en la parte especial con arreglo al bien jurídico lesionado en cada caso, sino una división general *de acuerdo con la gravedad del hecho cometido.*

1. El antiguo derecho penal dividía las acciones punibles en 'Causae maiores' *("Ungerichte, Malefiz mit peinlichen Strafen an Hals und Hand")* y 'Causae minores' *("Frevel mit bürgerlichen Strafen an Haut und Haar")*. A esta bipartición corresponde el art. 105 de la 'Constitutio Criminalis Carolina' de 1532. De acuerdo con el criterio sustentado por los escritores italianos (Julius Clarus), los juristas sajones del siglo XVII —y muy especialmente CARPZOV— hicieron una tripartición de los delitos ('delicta atrocissima' [conminados con la pena de muerte agravada], 'atrocia' y 'levia'), la cual se mantuvo hasta el 'Codex Bavaricus' de 1751 y la 'Theresiana' de 1768, pero que perdió su razón de ser al desaparecer posteriormente las penas corporales y de muerte. La época de las luces distinguió entre "crímenes", que se dirigían contra los

derechos naturales (vida, libertad, etc.), "delitos", que afectaban solamente los derechos nacidos del contrato social (propiedad, etc.) y simples "contravenciones de policía". El Derecho general para los Estados de Prusia de 1794 habla, en forma unitaria, de "crímenes" (v. HIPPEL, II, 94).

2. La tripartición actual (tricotomía) se remonta a la clasificación que se seguía en *Francia* desde 1791, la cual tenía en cuenta la gravedad de la pena *conminada*: "Crimes", "délits" y "contraventions". El *Code pénal de 1810* (arts. 1 y sigts. y 464 y sigts.) hizo la misma tripartición, determinante, a la vez, de la competencia de los tribunales: los "crimes" corresponden a las "Cours d'assises" (tribunales de jurados), los "délits" a los "Tribunaux correctionnels" (cámaras de justicia penal) y las "contraventions" a los "Tribunaux de police" (jueces individuales).

3. La tripartición adoptada en Francia pasa a los códigos penales de *Baviera de 1813* (art. 2) y *de 1861* (art. 1) y de *Prusia de 1851* (§ 1) y, de este último, al *código penal del Reich alemán de 1871* (§ 1). Tal como ocurre en el derecho francés, también aquí es determinante la pena *conminada* en la ley, y precisamente la pena *más elevada* conminada en cada caso, y no aquella en la que se ha incurrido en el caso particular (v. HIPPEL, II, 95-96).

II. *Al aplicarse el § 1 del código penal*, se debe tomar como punto de partida la *conminación de la pena referente al hecho punible particular e independiente*, y no sus formas especiales de aparición. Esta distinción es firme, pero no es siempre fácil de captar (v. WEBER, *Grd.*, 1946, p. 35, y *Grd.*, 171). Es determinante el "marco normal de la pena" (*Grd.*, 165). Si se acepta este punto de partida, también se deben aceptar, para el desarrollo ulterior, algunos principios, que son los siguientes:

1. *Las causas generales e innominadas de agravación y atenuación de la pena no modifican* la clasificación establecida en el § 1.

a) En primer término, no tienen pues influencia alguna, a los fines del carácter del delito, las *causas generales de modificación de la pena*, como la tentativa (§ 44) y la complicidad (§ 49); tampoco la tenía, antes, la edad juvenil del autor (§ 9 de la ley sobre tribunales de jóvenes de 1923). En el § 18, párr. 1, 3ª parte de la ley del mismo nombre correspondiente a 1953, se suprime la distinción de los marcos penales, sin que con ello se abandone la tripartición prevista en el § 1 (§ 4 de dicha ley). La tentativa o la complicidad en un crimen sigue constituyendo un crimen.

b) Pero tampoco tienen influencia alguna las *causas in-*

nominadas de agravación y de atenuación de la pena de forma general o especial. Esto vale muy especialmente para las llamadas circunstancias atenuantes previstas en el código penal, de manera que, por ejemplo, un robo, castigado en virtud de la admisión de circunstancias atenuantes con ocho meses de prisión, sigue siendo un crimen. Tampoco tienen importancia las causas de agravación de la pena innominadas que antes eran muy raras. La jurisprudencia, apoyándose en esta consideración, le ha negado incluso al § 20 *a*, insertado en la novela de 24 de noviembre de 1933, toda influencia respecto de la clasificación (*RGStr.* 74, 65 y *BGHStr.* 4, 226); del mismo modo, la jurisprudencia ha declarado que tampoco los "casos particularmente graves" pueden modificar la clasificación (*RGStr.* 69, 49 y *BGHStr.* 2, 181). De ahí que en el caso particular también un "delito" puede ser castigado con reclusión; a los fines de la procedencia de estas decisiones, hay que referirse en conjunto a la evolución más reciente.

2. *Las causas determinadas de agravación y de atenuación de la pena modifican* la clasificación establecida en el § 1. Un hurto agravado con arreglo al § 243 o un hurto en el que concurre la reincidencia del § 244 no es, en consecuencia, como el hurto simple previsto en el § 242, un delito, sino un crimen, y sigue siendo tal aun en el caso en que, por ejemplo, concurran, de acuerdo con el § 243, párr. 2, circunstancias atenuantes innominadas (1 b). A la inversa, uno de los hechos previstos en el § 370, N. 5, es una simple contravención. El hecho punible contemplado en el § 313, párr. 1, es un crimen, y el hecho punible al que se refiere el § 313, párr. 2, es un delito. El principio rige cuando la circunstancia determinada crea un nuevo hecho punible independiente ('delictum sui generis'); de tal manera, el robo previsto en el § 249 es, con respecto al hurto, un crimen, y el homicidio a pedido (§ 216) es un delito frente a los § § 211-212.

III. El aumento de los marcos penales en sentido ascendente y descendente que se ha producido con la *evolución más reciente*, ha afectado cada vez más este criterio que se había puesto de manifiesto en forma clara y sencilla, y ha significado el abandono del antiguo punto de partida. Los "casos particularmente graves" (p. ej., la estafa prevista en el § 263, párr. 4) comportan, en el caso particular, las penas de reclusión, y de acuerdo con el § 20 *a*, en unión con la ley (que mientras tanto ha sido derogada) de 4 de septiembre de 1941 (*RGBl.* I, 549), se hubiera podido imponer la pena de muerte con respecto a hechos que por su naturaleza eran tan sólo delitos; pues bien, un hecho tan grave, castigado en el caso particular con la reclusión o incluso con la muerte, ¿debe se-

guir constituyendo un "delito"? Por otra parte, ha parecido conveniente no designar como "crimen" cualquier estafa leve, que se designaba así por el solo hecho de que, 'in abstracto', cualquier estafa puede ser castigada con reclusión (§ 263, párr. 4). Por consiguiente, la evolución ha establecido, con rigor cada vez más firme, una diferencia que no tiene en cuenta el marco abstracto fijado por la ley, sino la situación especial de cada caso, vale decir, lo que se ha dado en llamar la *"forma de consideración concreta"* (*Grd.*, 67). La misma ya había sido requerida y adoptada por SCHÄFER-v. DOHNANYI en el apéndice al Comentario de FRANK (1936, p. 9-10).

Las causas que determinan esa forma de consideración "concreta" son muy dignas de ser tomadas en cuenta. Ya en la 2ª edición de su Comentario (1947; § 1, II), SCHÖNKE se había declarado partidario de la "forma de consideración concreta", afirmando la necesidad de tener en cuenta la pena en que se había *incurrido* o que se debe imponer en el caso particular, y no la pena conminada en la ley. En la 5ª edición (1951), en vista de que ambas formas de consideración —la abstracta y la concreta— son insatisfactorias, este autor auspicia la conveniencia de adoptar una opinión intermedia, que designa como "consideración especializadora" (ENGISCH, *SJZ.* 46, 253).

La jurisprudencia primero, y después la literatura, *no* han aceptado la "forma de consideración concreta". Según KOHLRAUSCH (*Kommentar zum Strafgesetzbuch*; 38ª ed., 1944, p. 32; § 1, IV), no es determinante en principio la pena que "se impondrá o impondría con motivo de *este* hecho, sino la pena que puede o podía imponerse por un *tal* hecho; es necesaria, por consiguiente, una consideración general, agrupante y tipificante". También WELZEL mantuvo (edición de 1944, p. 16-18) la concepción tradicional, pero admitió excepciones cuando el caso particular "pertenece al *grupo* de los casos particularmente graves o leves" (en la edición de 1954, p. 18, se expresa, con mayor firmeza aún, en favor del criterio tradicional). De tal manera, este autor se ha acercado a la forma de consideración "más concreta" de RIETZSCH, que éste opone a la consideración concreta. V. WEBER, en el *Grundriss* de 1946 (p. 36-38), se decide, en atención a la seguridad jurídica, en favor de la forma de consideración "abstracta": "Las extensas consecuencias que genera la tripartición (p. ej., la punibilidad de la tentativa o de la participación y la duración de los términos de la prescripción), no pueden depender de la valoración, frecuentemente muy dudosa, que se hace de un autor como delincuente habitual o de un hecho como un caso grave." También MAURACH (1954, p. 111) y SAUER (1955,

p. 31) se declaran partidarios de la consideración abstracta. Y también el *LeipzKomm.* (6ª ed., 1944; § 1, n. 3) y OLSHAUSEN (*Kommentar zum Strafgesetzbuch*; 12ª ed., 1944; § 1, n. 5 y 8, con jurisprudencia) se ocupan de la cuestión. "Mediante la interpretación individualizadora, se desmoronaría toda la estructura, y la incertidumbre sería total" (*LeipzKomm.*, p. 77).

Una *decisión realista* referente a este difícil problema deberá tener en cuenta el desarrollo efectivo de los hechos. La forma de consideración "abstracta" del § 1 es incontestable, y resulta imposible, por lo tanto, quebrantar con respecto a leyes más nuevas este punto de partida como tal; de lo contrario, se producirían las consecuencias puntualizadas por los opositores de la forma de consideración concreta, que perturban la seguridad jurídica y que son, por consiguiente, intolerables. Por otra parte, la nueva evolución de la doctrina tiende a realizar una amplia adaptación a la nueva situación. En la 4ª edición de esta obra (1952, p. 51) se ha intentado pues la siguiente distinción:

1. Las *reglas tradicionales* deben seguir siendo determinantes si se refieren a casos firmemente estructurados. La tentativa (§ 43), la complicidad (§ 49) y las "circunstancias atenuantes", que han constituído siempre una parte integrante del código penal, no deben tener influencia, tampoco en lo sucesivo, en la clasificación; y a la inversa, se modificará el carácter del hecho punible en virtud de circunstancias especialmente mencionadas, como los § § 243, 244 y 370, N. 5.

2. En cambio, se ha pensado que *los casos introducidos recientemente* se podían considerar de una manera realista, solamente en la forma "concreta". Esto valía sobre todo con respeto al § 20 *a;* en contra de la sentencia *RGStr.* 74, 65, se calificó como "crimen" el "delito" cometido por un delincuente habitual peligroso. Lo mismo ocurrió respecto de los casos "particularmente graves" y "leves": la estafa prevista en el § 263 sigue siendo fundamentalmente un "delito", pero se convierte en un "crimen" si existe, con arreglo al § 263, párr. 4, un caso particularmente grave. En lo que atañe a las penas llamadas multiplicativamente determinadas, remitimos al *Lehrb.*, p. 100.

El Tribunal Federal ha aclarado, en la sentencia de 30 de agosto de 1951 (*JZ* 51, 754 = *BGHStr.* 2, 393) que una acción conminada en forma alternativa con reclusión o prisión, es siempre un crimen, aunque sea castigada, en el caso particular, con una pena de prisión; WELZEL, en la nota a esta sentencia, admite que con ella terminan las discusiones acerca de la forma de consideración "concreta" y "abstracta", en fa-

vor de esta última. En efecto, el Tribunal Federal ha vuelto luego, con firmeza creciente, a la forma de consideración *"abstracta"*, especialmente en las sentencias 2, 181; 2, 393 y 3, 47. El mismo Tribunal queda aferrado, en el caso del § 20 *a*, al carácter de delito (en sentido contrario, DREHER-MAASSEN, § 1, N. 3 y ENGISCH, *JZ* 54, 45). Dado que la ley de modificación del derecho penal de 1953 y la nueva redacción de 25 de agosto de 1953 no han modificado el § 1, la cuestión debe considerarse resuelta, en lo que a la práctica respecta, en el sentido del método *abstracto*. Pero con ello las dudas no desaparecen.

IV. La *significación práctica de la tripartición* del § 1 es relevante, pese a su carácter formal.

1. La distinción entre *crímenes* y *delitos* por un lado y *contravenciones* por el otro, tiene una significación fundamental para la sistemática del código penal (§ § 360 y sigts.) y es importante respecto de los § § 43, 49 y 257. La pena pecuniaria (§ § 27 y 27 *a*) es tratada en forma distinta, lo mismo que la prescripción (§ 67). La imposición de penas únicas (§ § 74 y 79) está limitada a crímenes y delitos.

2. La distinción entre *crímenes* por un lado y *delitos* por el otro, tiene importancia en la pena pecuniaria sustituta (§ 27 *b*), en la tentativa (§ 43, párr. 2), en el § 49 *a* y en la prescripción (§ 67). Los § § 126 y 241 se refieren expresamente a "crímenes".

§ 22. Las formas de la acción: el hecho de comisión y el hecho de omisión

Lehrb., 91-98. *Grd.*, 51-52.

I. El hecho punible como acción en sentido amplio abarca dos formas de conducta humana: los *hechos de comisión* (actividad positiva) y los *hechos de omisión* (conducta pasiva, omisión). La acción en sentido amplio (p. ej., en el § 1) abarca ambos hechos, y en sentido estricto (en la ley, sólo en el § 68) solamente los hechos de comisión. Aun el uso que se hace de la palabra acción en la vida cotidiana tiene este doble significado: la madre que deja morir de hambre a su hijo (mediante omisión) comete una acción (en sentido amplio) especialmente abyecta, pero ella no mata a su hijo con una acción (en sentido estricto), sino con una omisión.

Una cosa es, ante todo, digna de tomarse en cuenta en el campo del derecho penal en estas dos formas de acción en sentido amplio: el que realiza una actividad positiva (hecho de comisión), hace siempre *"algo"*. Pero también el que

en el sentido del derecho penal omite algo (hecho de omisión), no es que no haga "nada", sino que "no hace algo" (*Lehrb.*, 130). No se habrían producido tantas discusiones inútiles a propósito de la teoría del delito de omisión, si se hubiera tomado suficientemente en cuenta el principio de referencia, vale decir, si se hubiera aclarado que detrás de todo hecho jurídico-penal de omisión se halla una *"acción esperada"* (en sentido estricto), que es decisiva. El que, contrariamente a las disposiciones en la materia, no se inscribe en el nuevo lugar de residencia y por eso debe ser castigado, no es punible porque no ha hecho nada, sino por no haber realizado la inscripción que se *esperaba* de él y que se le exigía; la madre que deja morir de hambre a su hijo, no es punible porque no ha hecho nada, sino por haber omitido la alimentación que se *esperaba* (y que se le exigía). El fundamento del hecho de omisión y sus características, de las que se hablará luego, se comprenden al tomar en cuenta esta acción "esperada".

Así, *se elimina la duda* de RADBRUCH (*Der Handlungsbegriff* —El concepto de acción—, 1904) contra la posibilidad de un concepto general y jurídico-penal de acción en sentido amplio (*Lehrb.*, 101-102). Este autor destaca con acierto que no puede existir, para posición y negación, para *a* y no *a* (acción en sentido estricto y omisión como no acción) ningún concepto superior común, por cuanto no tienen características comunes. Por lamentable que esto sea —dice RADBRUCH— la acción en sentido estricto (actuar positivo) y la omisión están, por lo tanto, una al lado de la otra y sin conexión entre sí, escindiéndose el sistema jurídico-penal, de punta a cabo, en dos partes, y "no existiendo, hasta en las ramificaciones últimas y más sutiles del sistema, concepto alguno que no deba considerarse en un doble aspecto". Esta deducción, por aguda que sea en su punto de arranque, olvida que existe algo *común* entre el hecho jurídico-penal de comisión y el de omisión y que comisión y omisión se refieren a "algo" en que se basan y armonizan; en otras palabras, son *conceptos valorativos*, contenidos en un sistema valorativo *unitario*. No son mera posición y negación (*a* y no *a*). Desde el punto de vista jurídico-penal, la acción positiva y la omisión no se oponen entre sí, y, por lo tanto, existe también para ellas el concepto superior común que RADBRUCH les niega (a saber, la acción en sentido amplio).

II. Por otra parte, las dos formas de acción en sentido amplio, pueden tener, desde el punto de vista jurídico-penal, dos manifestaciones: *hechos punibles de resultado* (delitos de resultado) y *hechos punibles sin resultado* (delitos sin resultado). A fin de entender estas manifestaciones, tendremos

nuevamente en cuenta los dos elementos que constituyen la acción en sentido amplio. Corresponden a dichas manifestaciones:

1. El *acto de voluntad* como punto de partida y fundamento de la acción en sentido amplio. Es la "causa" del suceso externo. En el hacer activo, este acto de voluntad constituye siempre un *"querer algo"*, o sea, siempre, incluso en el hacer culposo, un suceso psicológico real (referido a un fin), y en la omisión un *"no querer algo"*, vale decir, en la omisión dolosa es el rechazo (real) de una idea existente y que se impone, en tanto que en la omisión culposa —el delito "más pequeño entre los pequeños"— a la que corresponde aquí "el más alto honor" (BINDING, *Normen* II, 102), no existe un suceso psíquico real, sino un no querer puesto en relación con algo esperado, bien determinado y concreto.

2. La *conducta corporal* del autor producida por este acto de voluntad. En el hacer activo es un "movimiento corporal", y en la omisión un no hacer corporal, cuando el hacer es esperado. Esta conducta corporal no es un suceso psíquico interno, como no lo es el acto de voluntad (N. 1), sino un suceso en el mundo exterior perceptible o en relación con éste.

3. El *resultado posterior* producido por esta conducta corporal. Trátase de los efectos ocasionados por la conducta corporal. Se presentan, en primer lugar, en el mundo material, pero pueden manifestarse también en la vida psíquica de las personas; tal es el caso, por ejemplo, de la sensación de dolor que experimenta el lesionado (§ 223) o del escándalo a que puede dar lugar una acción (§ 183).

Llegamos, de tal manera, al *concepto jurídico-penal de resultado*, que también puede existir en un sentido amplio y en uno estricto (detenidamente, al respecto, el *Lehrb.*, 95-96). Resultado del hecho punible en sentido estricto y *propio* del término (dicho más claramente, el *"resultado externo"*), es sólo el resultado posterior producido por la conducta corporal del autor (N. 3). Ambos conceptos desempeñan un papel oportunamente (v. HIPPEL, II, 131); pero en general nos atenemos al concepto de resultado en *sentido estricto* (N. 3). Las causas de este resultado externo son, de por sí, ilimitadas, por cuanto toda modificación en el mundo exterior (N. 2) se convierte, a su vez, en una causa de otro suceso. Pero, el *tipo* correspondiente de la ley penal particular que se debe aplicar, cumple, en la relación *jurídico-penal*, una "función objetiva limitadora" (*Lehrb.*, 96, nota 15); lo que está más allá, por ejemplo el destino del cadáver después del asesinato (§ 211), ya no pertenece al hecho punible y ya no "interesa" a éste. Con ello, no queda excluído, por cierto, que aun estos remotos re-

sultados tengan significación jurídica en determinadas relaciones, por ejemplo, respecto de la graduación judicial de la pena.

Los *hechos punibles de resultado (delitos de resultado)* son, por consiguiente, los hechos punibles que tienen un *resultado en sentido estricto.*

III. Dado que el resultado en sentido estricto (resultado externo) no es esencial para todos los hechos punibles, por cuanto existen también hechos punibles sin tal resultado, se puede presentar el siguiente *panorama* general acerca de las formas posibles de sucesos jurídico-penales (*Lehrb.*, 91-92 y *Grd.*, 51):

1. HECHO DE COMISIÓN *(actividad positiva, delito comisivo)*, cuando el autor *hace* algo que no debe hacer, esto es, infringe una norma prohibitiva; por ejemplo, si mata a tiros a una persona (§ § 211-212). Puede ser:

a) un simple hacer, llamado *delito de simple actividad*, con el cual la sola conducta corporal del autor realiza el tipo jurídico-penal, no siendo necesario un resultado externo: por ejemplo, caminar sobre un campo sembrado (§ 368, N. 9) o prestar un juramento falso (§ 154);

b) un hacer que produce un resultado, llamado *delito de resultado*, con el cual el tipo jurídico-penal exige, para su consumación, además de la conducta corporal del autor, un resultado externo (resultado en sentido estricto), por ejemplo, la muerte de una persona (§ § 211-212) o la provocación de un escándalo (§ 183).

2. HECHO DE OMISIÓN *(conducta pasiva, omisión)*, cuando el autor *no hace algo* que debe hacer, esto es, infringe una norma preceptiva; puede ser:

a) simple omisión, llamada *omisión propia, delito de omisión*; aquí interesa la circunstancia de que no se actúa; queda sólo lesionada, por lo tanto, la norma preceptiva, como ser el no alejarse (§ 116), el no denunciar (§ 139), la omisión en numerosos casos de contravenciones;

b) omisión que produce el resultado, llamada *omisión impropia, delito comisivo mediante omisión*; aquí, la circunstancia de que no se actúa debe producir un resultado; *además* de la norma preceptiva, queda también infringida una norma prohibitiva (el autor no hace lo que debe hacer y produce por ello un resultado que no debe producir). Salvo pocas excepciones (p. ej., la bigamia del § 171 y el perjurio asertorio del § 154), todo delito puede ser cometido tanto por medio de una actividad positiva como mediante una omisión, si existe un deber jurídico de actuar: por ejemplo, la muerte del niño ocasionada por la madre que lo deja morir de hambre, y el

hecho punible que pone en peligro la seguridad del transporte (§ § 315 ó 316), cometido por el guardavía que no realiza el debido cambio de agujas.

En rigor, la subsiguiente *teoría de la relación causal* y del deber jurídico de actuar en el *hecho de omisión* (véanse el § 24 y los § § 26 y sigts. de este libro, respectivamente) no corresponde a la teoría de la acción, sino a la *teoría de la antijuridicidad*, pese a lo cual trataremos el tema, por razones de claridad, en el presente capítulo. Que esto sea admisible, lo demuestra nuestra obra *Moderne Wege* a la que remitimos (p. 14 y 16).

b) EL HECHO DE COMISION (TEORIA DEL HACER ACTIVO)

§ 23. El hecho de comisión en general

Lehrb., 105-109. *Grd.*, 52-53.

I. El *hecho de comisión*, la *acción en sentido estricto*, el *hacer activo* (el autor hace algo que no debe hacer e infringe, por consiguiente, una norma prohibitiva), abarca, según lo dicho:

1. Un *acto de voluntad* como suceso psíquico interno que produce, en forma no del todo fácil de comprender pero experimentada de mil maneras diferentes, un movimiento corporal externo.

2. Un *movimiento corporal* y, en tanto no se trate de un delito de simple actividad sino de un delito de resultado, un *resultado* posterior, como consecuencias de aquel acto de voluntad. Un movimiento corporal, producido por el acto de voluntad, no puede faltar nunca: 'Cogitationis poenam nemo patitur' (D. 48, 19, 18); el simple querer, la voluntad no realizada es impune. El solo pensar no es punible. Si no se produce un suceso externo, no hay hechos punibles.

Por lo tanto, en el hecho de comisión es preciso considerar detenidamente dos elementos: el *acto de voluntad* (N. II) y la *relación causal* (véase el § 24 de este libro). Esta relación de causalidad debe existir entre el acto de voluntad y el movimiento corporal, como así también entre éste y el resultado posterior; no se limita, pues, a la relación con respecto al suceso externo, sino que debe ya existir entre el suceso anímico y el movimiento corporal. Esta cuestión que, a veces, no se tiene en cuenta, no deja de tener importancia a los fines

prácticos: los movimientos corporales que se basan en el acto de voluntad sólo aparentemente, no corresponden al hecho punible.

II. El *acto de voluntad*, en el que se basa el hecho de comisión, es un suceso psicológico. Está dominado por una relación finalista de parte del actor. Es inútil realizar investigaciones a fondo sobre la esencia del querer en el sentido de la psicología científica. En efecto, la ciencia del derecho penal emplea aquí la palabra y el concepto de "voluntad" y de "acto de voluntad" con el mismo sentido que tienen en el uso corriente del idioma.

En cambio, requieren una especial consideración, dentro del derecho penal, aquellos casos de sucesos corporales, en los cuales falta un *acto de voluntad* jurídicamente relevante y, por lo tanto, desde un principio, una *acción punible*. Dichos casos son los siguientes:

1. Los llamados *movimientos reflejos*, esto es, los movimientos corporales en los que los nervios motores no están excitados por influjos psíquicos, sino por un estímulo fisiológico-corporal que se convierte directamente en un movimiento, o sea sin intervención de la conciencia. En este caso, falta la "acción" (concebida finalísticamente) y, por consiguiente, un hecho jurídico-penal relevante. Si una persona destroza, en un 'raptus', una cosa ajena, no se puede hablar de un delito de daño con arreglo al § 303; si el encargado de hacer determinadas señales (§ § 315 y 316) se desmaya en el momento en que debe actuar, su inactividad no es punible.

Se debe distinguir entre estos movimientos reflejos con transformación inconsciente del estímulo en un movimiento, y el llamado *actuar impulsivo* que tiene su origen en un suceso psíquico, en el cual, no obstante, el impulso psíquico, con exclusión de las representaciones contrarias, se convierte, sin más, en acciones dirigidas a un fin. Estas "acciones de corto circuito" se realizan eludiendo la personalidad total, pero no la conciencia. Aquí existe una acción, por cuanto la misma depende de una actitud de la voluntad; pero el problema puede solucionarse sólo *dentro* del derecho penal (§ 51).

2. Los *movimientos realizados bajo el influjo de una fuerza irresistible* (llamada *'vis absoluta'*), esto es, movimientos corporales en los que una persona actúa como instrumento sin voluntad de otra persona, como consecuencia de la fuerza exterior ejercitada sobre ella. Tal es el caso, por ejemplo, de la persona cuya mano es llevada con violencia sobre el fusil para que dispare, o sobre un documento para que lo firme. En estos casos puede ser penalmente responsable el forzador, no el forzado.

No ocurre lo propio si se trata de la llamada *'vis compulsiva'*; aquí la aplicación de la fuerza no obliga al coaccionado directamente, sino que lo determina, actuando sobre su voluntad, a realizar una conducta determinada. Tal ocurre si se apalea a una persona, hasta que cede. En estos casos, existe una acción de parte del coaccionado y, por lo tanto, se admite que el derecho penal los considere. Pero nuevamente debe resolverse *dentro* del derecho penal el problema de si no existe la punibilidad (§ 52) o si, en cambio, existe, a pesar de la coacción.

§ 24. La causalidad (la relación de causalidad o causal) del hacer activo

Lehrb., 109-129. *Grd.*, 53-55. ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände* (La causalidad como característica de los tipos jurídico-penales) (1931). TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht* (El concepto de causalidad en el derecho penal y en el derecho civil) (1904). TARNOWSKI, *Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs* (La significación sistemática de la teoría de la causalidad adecuada para la estructuración del concepto de delito) (1927). LEONHARD, *Die Kausalität als Erklärung durch Ergänzung* (La causalidad como explicación por complementación) (1946).

I. *La punibilidad del hecho presupone la causalidad del acto de voluntad.* Entre los distintos elementos que integran el hecho de comisión —el acto de voluntad, el movimiento corporal y el resultado posterior— debe existir, para que puedan ser atribuídos al hecho, una relación mutua en el sentido de una RELACIÓN DE CAUSAS O RELACIÓN CAUSAL. La determinación de tal relación constituye, por lo tanto, una tarea jurídico-penal importante. Tanto la doctrina como la jurisprudencia se han ocupado detenidamente de este problema, el cual tenía una importancia práctica particular cuando el grado del castigo dependía exclusivamente de esta relación causal; por ejemplo, de acuerdo con el criterio sustentado con anterioridad por la teoría dominante, en los llamados delitos cualificados por el resultado (como ser, la lesión corporal grave del § 224 o la lesión corporal seguida de muerte del § 226). Pero, con arreglo al nuevo § 56, esto ya no es admisible en la actualidad.

II. *La causalidad (relación de causalidad) presupone que no se puede suprimir un suceso determinado* (la *"causa"* y, por consiguiente, el acto de voluntad y su actuación) *sin que con ello desaparezca también el "efecto" del mismo en su forma concreta; en otras palabras, aquel suceso es la 'condicio*

sine qua non' del resultado. En caso de que la víctima hubiera sobrevivido si no le hubiesen hecho tomar un veneno, la suministración del veneno es la causa de la muerte.

El concepto de causalidad, estructurado de tal manera, es un *concepto* lógico que corresponde, por lo tanto, a la *teoría de la ciencia en general* (*Lehrb.*, 111-112). Se han puesto reparos a este punto de arranque relativo al concepto jurídico-penal de causalidad. Todo concepto del derecho vigente es un *concepto jurídico*, cuya forma depende de las finalidades que persigue el ordenamiento jurídico, y por ello se ha considerado arbitrario tomar como punto de arranque del concepto *jurídico-penal* de causalidad, sin estudiarlo detenidamente, un concepto preconcebido de causalidad perteneciente a la lógica *en general.* Esta objeción es, por de pronto, justificada. Un concepto tan fundamental de nuestro pensar general como lo es el concepto general de causalidad, debe manifestarse como un *concepto jurídico*, si ha de constituir justificadamente el punto de arranque para la consideración jurídico-penal. Sin embargo, los intereses del derecho penal pueden exigir que la consideración jurídico-penal de las causas se base en esta forma *general* de pensar, y así ocurre en efecto. El derecho penal, para no ser ajeno a la vida y al mundo, *debe* respetar el nexo con la experiencia general de la vida; y a ello está obligado, por cuanto se sirve y debe servirse, en muchos puntos, por ejemplo en el concepto fundamental de la imputabilidad (§ 51), de los resultados que ha logrado la consideración científica en otros aspectos de la vida. El nexo íntimo existente con los mismos experimentaría dificultades, si el derecho penal no se ajustara a los conceptos legales generales, que se convierten en "reglas de derecho". Con otras palabras: también el derecho penal investiga, en cuanto a los sucesos que corresponden a su apreciación, acerca de la existencia de las *relaciones causales* y adopta el *concepto general de causalidad*; es *un problema aparte* el de establecer si y hasta qué punto la *responsabilidad* jurídico-penal se basa en las relaciones obtenidas de esa manera.

El *principio de la 'condicio sine qua non'* —según el cual todo lo que no puede ser suprimido sin que con ello desaparezca también *el efecto en su forma concreta*, es "causa" y, por lo tanto, causal con respecto a un "efecto"— se pone de manifiesto como un recurso general e infalible para la demostración de la conexión causal. Pero, como ya hemos dicho, no se debe generalizar este efecto —a saber, el *"resultado"*— ni concebirlo *en forma abstracta, sino* solamente *en su total forma concreta.* El que da a un moribundo una droga para que muera, "causa" la muerte, aunque la víctima hubiera

muerto, sin esa droga, sólo media hora después. La droga, en efecto, ha producido la muerte. Pero con esto nada se dice todavía acerca de la *significación* de tal causación o de la punibilidad de la misma. Es preciso prescindir completamente de tales principios sobre la "significación" de la causa, y, entonces, ya no sorprenderá que aquel que ha vertido el contenido de una vasija en las aguas que desbordan y ocasionan una inundación, haya "cocausado" *esta* inundación (*Lehrb.*, 115, nota 16: ejemplo tomado de TRAEGER).

Se ha puesto en tela de juicio la idoneidad del concepto sobre la determinación de la relación causal, pero sin razón. ENGISCH (ob. cit., p. 15) presenta el ejemplo siguiente; se permite al padre de la víctima que asista a la ejecución del asesino; aquél logra acercarse al cadalso y es él mismo quien, en el momento decisivo, después de dar un empujón al verdugo, aprieta el botón, para vengar personalmente al hijo. ENGISCH entiende que esta intervención no modifica en absoluto el desarrollo. Sin embargo, si no se hubiese producido el impulso del padre, el desarrollo de la ejecución habría sido *distinto*. Es *arbitrario* hacer caso omiso de la primera parte del suceso externo y aceptar, en lugar del concreto desarrollo causal, una representación general indeterminada. Critica este punto de vista también SPENDEL *(Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte)* (La fórmula de la causalidad en la teoría de la condición con respecto a los delitos de acción) (1948); este autor emplea, con razón, sólo la fórmula *positiva* (*"causal"*, si el resultado no se hubiera producido sin la acción") y con argumentos acertados se expresa en contra de la fórmula *negativa* a la que recurrió ocasionalmente el Tribunal del Reich (*RGStr.* 15, 151; 44, 139; 63, 214: "*no causal*, si el resultado se hubiera producido aún sin la acción").

Por consiguiente, vale, sin limitaciones, el principio de que es *"causal" todo suceso* que no se puede suprimir sin que con ello desaparezca también el resultado, debiéndose entender por tal el que se ha realizado 'in concreto' con todas sus modalidades, incluso las más pequeñas. Con ello se destaca de manera segura e infalible el concepto de la relación causal.

III. *Pero tenemos que preguntarnos si y hasta qué punto la relación causal obtenida de esta manera conduce a la responsabilidad jurídico-penal. Sobre este punto, todavía no resuelto, hay divergencia de opiniones.* Se han estructurado tres grupos principales que son los siguientes:

1. La llamada *teoría de la equivalencia* (N. IV), que quiere aceptar *sin modificaciones* el concepto causal expuesto y considerarlo, a la vez, como fundamento de la *responsabi-*

lidad jurídico-penal; la teoría ha constituído la base de la apreciación jurídico-penal del Tribunal del Reich en jurisprudencia constante.

2. La llamada *teoría de la adecuación* (N. V), que quiere *limitar* el *concepto causal* en materia jurídico-penal.

3. La llamada *teoría de la relevancia* (N. VI) —que es, a nuestro entender, exacta— la cual *no modifica* el *concepto causal expuesto*, pero *no* lo acepta *sin más* como fundamento de la responsabilidad *jurídico-penal* y de otras consecuencias jurídico-penales.

IV. *La teoría de la equivalencia. Toda condición* en sentido lógico es siempre *causa* en sentido jurídico-penal. *Todas* las condiciones son *"equivalentes"* con respecto a la causa y como tales constituyen el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal. Dado que, de todos modos, el requisito de la *culpabilidad* (dolo o culpa) limita generalmente la responsabilidad jurídico-penal, no se advierten, por lo común, las consecuencias de la teoría. Esto no ocurre si la culpabilidad no es requerida para el resultado, como lo era antes en los delitos cualificados por el resultado. Aquí, la esencia de la teoría se ha manifestado con especial claridad.

La *jurisprudencia* constante *de los Senados penales reunidos del Tribunal del Reich* se basa en la teoría de la equivalencia. Acerca de la aceptación de esta teoría por parte de la literatura, véase el *Lehrb.*, p. 117. SCHÖNKE-SCHRÖDER (1954, p. 20-25) amplían los datos bibliográficos y las remisiones al derecho extranjero, y adhieren a la teoría. En el acuerdo plenario de los Senados penales reunidos del Trib. del Reich (*RGStr.*, 44, 230 y sigts., 244), se formula la teoría de la equivalencia que ya hemos indicado ("no se puede suprimir", etc.). La concurrencia de otras circunstancias, por ejemplo, la peculiar constitución física o psíquica del lesionado, es irrelevante y por lo tanto no excluye la causalidad (*RGStr.*, 5, 29: enfermedad escrofulosa de los ojos; 54, 349: caso de hemofilia; 27, 93: aparición de una enfermedad mental favorecida por la constitución tarada del lesionado). También la evitabilidad del resultado, por ejemplo mediante una intervención quirúrgica (*RGStr.*, 22, 173; 27, 80), es irrelevante. Y lo es, asimismo, la intervención de otras personas (*RGStr.*, 7, 332), sea ésta culposa (*RGStr.*, 1, 373; 6, 249; 34, 91: revólver en el guardarropa de un teatro) o dolosa (*RGStr.*, 61, 318; 63, 382; 64, 316 y 370). Por consiguiente, la conducta del lesionado excluye la causalidad solamente si el resultado no puede ser atribuído a la conducta del autor (*RGStr.*, 77, 18). Es suficiente que la acción apresure la producción del resultado (*RGStr.*, 22, 325; 70, 258). El Tribunal del Reich vuelve

a expresar que es suficiente que la acción sea una condición del resultado (*RGStr.*, 76, 86-87). Compárese la peculiar decisión (*RGStr.*, 67, 258-259) referente al viejo problema sobre el llamado 'dolus generalis', en la que el Tribunal del Reich admite que el mismo autor ha establecido la causa para su hacer posterior.

El Tribunal Federal se ha declarado partidario, en lo que respecta al § 226 (antes que entrara a regir el nuevo § 56), de la *teoría de la condición* (*BGHStr.*, 1, 332; ENGISCH ha dedicado a esta sentencia una nota importante en *JZ* 51, 787). No obstante, el Tribunal no ha resuelto si están incluídas en la disposición también las "consecuencias, del todo inusitadas, que están fuera de toda posibilidad de previsión"; con esta limitación, el Tribunal Federal se acerca, en un punto fundamental, a lo que se dirá en los Nos. V y VI. DREHER-MAASSEN (antes del § 1, N. 2) formulan críticas a esta "teoría orientada en sentido científico-natural; la circunstancia de que, precisamente, no existen en el campo de las ciencias naturales condiciones negativas (¡delitos de omisión!), hacen dudosa la teoría en cuestión".

V. *La teoría de la adecuación.* La teoría de la equivalencia (N. IV) extiende excesivamente la total responsabilidad del autor sobre todo cuando falta la característica limitadora de la culpabilidad, y es defendible en la práctica sólo si tácitamente no se amplían demasiado las consecuencias correspondientes. Por ejemplo, con arreglo a tal teoría, se habría debido castigar por lesión corporal seguida de muerte (§ 226) al que hubiera producido lesiones corporales a otra persona, si ésta, como consecuencia de las mismas, hubiera cambiado el camino habitual para ir a su casa y hubiera sido víctima, en dicho camino, de un accidente mortal. De ahí, que la *literatura* haya intentado repetidas veces limitar la total responsabilidad a los casos "adecuados", sustituyendo al concepto causal general un *concepto causal jurídico-penal especial.* Las condiciones del todo inusitadas no pueden tener cabida en el concepto de causalidad. También los *Senados civiles* del Tribunal del Reich siguen este método.

Sería inútil exponer y discutir aquí las distintas formas de la teoría de la adecuación, estructuradas, entre otros autores, por v. BAR, J. v. KRIES, MAX RÜMELIN, TRÄGER, TARNOWSKI, v. HIPPEL y SAUER (1955, p. 79 y sigts.), en las que se hacen, en parte, consideraciones que se refieren al derecho civil. El *Lehrb.* (p. 117-122) informa detenidamente al respecto. El concepto fundamental de dichas formas de la teoría de la adecuación es, en términos generales, el siguiente: el concepto *jurídico-penal* de causalidad debe limitarse a las

condiciones apropiadas, de acuerdo con la experiencia de la vida, para producir el resultado; con frecuencia, entra en juego también el criterio de la previsibilidad del resultado, pero este criterio puede producir confusiones entre la causalidad y el concepto de culpabilidad.

Dicha limitación de la responsabilidad se justifica en cuanto al *resultado*. Pero la teoría comete el error de dirigir sus críticas al *concepto causal*, el cual, de acuerdo con lo que se ha observado al comienzo, puede ser, *también* para el campo del derecho penal, solamente el concepto causal *general*.

VI. *La teoría de la relevancia* (*Lehrb.*, 122-127) distingue netamente, en cambio, entre *concepto causal* y *concepto de responsabilidad*. La teoría *sigue aferrada, consecuentemente, en cuanto al problema de la causalidad, al concepto causal científico general. Pero resuelve el problema de la responsabilidad exclusivamente con arreglo a criterios jurídico-penales*, y, precisamente, con arreglo al "sentido" que corresponde a los distintos *tipos* jurídico-penales. Por lo tanto, no se puede admitir que esta responsabilidad y sus alcances puedan ser considerados siempre, respecto del total campo del derecho penal, en forma igual y unitaria. Es muy posible, en cambio, que la consideración de los distintos hechos punibles conduzca a resultados diferentes. La equivalencia causal de las fracciones causales *no* trae, pues, consigo su equivalencia jurídica. *Entre la causalidad* de la acción y el problema de la *culpabilidad* jurídico-penal, está situada, como requisito indispensable, la *tipicidad* del resultado. La diferencia práctica que existe frente a la teoría de la equivalencia (N. IV) se pone especialmente de manifiesto en la circunstancia de que la necesaria limitación *no* está circunscripta sólo, como sostiene SCHÖNKE (ob. cit., p. 23), al correctivo de la culpabilidad. Podemos expresarnos también de la siguiente manera: el *presupuesto* de toda relación causal mencionada en los tipos jurídico-penales es la causalidad en sentido lógico (N. II); pero son estos mismos tipos los que deciden si, para la relación (que fundamenta el injusto o la culpabilidad), son necesarios aún *otros* presupuestos. Por lo común, no se tiene en cuenta que la antijuridicidad y la culpabilidad se mueven siempre, tácitamente, en el *plano* de la tipicidad. Si se hubiera meditado convenientemente al respecto, no se habría hablado con tanta superficialidad de un "dogma causal" dominante en el derecho penal moderno.

Podríamos tomar como lógico punto de arranque el hecho de que los tipos jurídico-penales, cuando se refieren a correlaciones de esta especie, se limitan a condiciones del resultado *generalmente apropiadas* y acordes con la experiencia. Pero ya se ha observado, a propósito del grupo de los delitos

cualificados por el resultado (*Lehrb.*, 124), que la responsabilidad debe restringirse aún más y limitarse a la relación situada en el "marco del peculiar favorecimiento de resultados de índole más grave". De todos modos, se debe tener siempre la mirada puesta, con respecto a los distintos hechos punibles, en eventuales peculiaridades. Por consiguiente, la teoría de la relevancia no es sólo una teoría de la adecuación con otro nombre; en efecto, esta última no tiene en cuenta el punto de vista jurídicamente decisivo de la tipicidad jurídico-penal (*Moderne Wege*, 15). Acerca de la teoría de la relevancia, véanse también SAUER (1955, p. 83) y MAURACH (1954, p. 158-159); este último autor en sentido coincidente.

Muchas *objeciones* se han hecho *a la teoría de la relevancia, pero ninguna de ellas ha dado en el blanco.* Graf zu DOHNA dice (*Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 2ª ed., 1941, p. 11) que "la afirmación según la cual existen, en general, tres presupuestos de la responsabilidad —a saber, la relación causal entre hecho y resultado, la relevancia jurídica de esta relación causal y la culpabilidad— no encuentra ningún apoyo en la ley y no satisface un requerimiento doctrinario"; con tales palabras, este autor pasa por alto la circunstancia de que todo depende *penalmente* de la responsabilidad *típica* y sólo de ésta. Y nada se modifica, aunque la ley emplee, como ocurre en el § 222, la palabra "ocasiona". Como ya hemos visto, mientras la *ciencia* debe atenerse, en cuanto a sus fines, al concepto causal lógico general, la *ley* puede emplear el concepto de causación en un sentido más estricto que se ajusta al uso corriente. Sobre este concepto de la causalidad que precede al concepto científico, se extiende también Franz LEONHARD en su obra *Die Kausalität als Erklärung durch Ergänzung* (1946). En su *Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil* (9ª ed., 1934; p. 105-106, nota 18), destaca ALLFELD la amplia afinidad existente entre la teoría de la relevancia y los *resultados* de la teoría de la adecuación (en sentido análogo, SCHWARZ, *Strafgesetzbuch* [12ª ed., 1943; p. 13]); ya hemos señalado que este criterio es exacto. Pero ALLFELD no tiene en cuenta que la *fundamentación incorrecta* de la teoría de la adecuación requiere una rectificación, que ofrece la teoría de la relevancia. SCHÖNKE (2ª ed., 1944, p. 14; y 5ª ed., 1951, p. 22), v. LISZT-SCHMIDT (26ª ed., parte general, 1932, p. 163) y, en forma similar, WELZEL (1947, p. 28), llaman la atención sobre la "gran incertidumbre" a que da lugar el concepto de la adecuación y creen con ello asestar un golpe también a la teoría de la relevancia, pero no se dan cuenta que ésta se basa en el concepto "seguro" de la tipicidad concreta. Hellmuth MAYER (*Das Strafrecht des deutschen*

Volkes; 1936, p. 168) se lanza contra el "dogma de la causación" como tal y pretende que "los tipos no se deben entender simplemente como sucesos de causación" (lo cual es cierto sólo con respecto a los delitos de homicidio, de donde procede la total teoría). Así, esta crítica coincide acertadamente, en algunos puntos, con el criterio de una distinción más sutil de los distintos hechos punibles; solamente de esta manera podemos aprobar este punto de vista. Como quiera que sea, estas consideraciones sobre la relevancia típica de las relaciones causales jurídico-penales constituyen una advertencia, en el sentido de que es preciso guardar una mayor prudencia cuando, como se hace con frecuencia en el moderno derecho penal, se reprochan las expresiones "dogma de la causación" y "dogma causal".

§ 25. El lugar y el tiempo del hecho de comisión

Lehrb., 150-161. *Grd.*, 55-56.

I. *Fundamentalmente, un hecho punible (hecho de comisión) se considera cometido en el lugar y en el tiempo, en donde y cuando el tipo se ha realizado.* Este principio constituye el punto de arranque para la determinación del lugar y del tiempo del hecho de comisión. Pero el principio no es, en el caso particular, obligatorio, por cuanto no se trata de una relación del hecho lógicamente existente, sino de otra cuestión; qué partes del lugar y del tiempo de la acción se conectan "en razón del derecho". Y de esto se hablará en primer término —en forma separada para el lugar y el tiempo— siendo muy posible que la conexión jurídica sea en algunas partes distinta, vale decir, que el lugar y el tiempo del hecho deban ser determinados, en el caso particular, con arreglo a puntos de vista diferentes.

II. El *lugar del hecho* es determinante para el llamado derecho penal internacional (§ § 3 y sigts.) y para la competencia judicial del hecho cometido (§ 7 de la ordenanza procesal penal). En estas dos cuestiones todo habla en favor de una consideración lo más amplia posible de todas las relaciones espaciales del hecho. Por consiguiente, lugar del hecho es *todo lugar en el que ha sido realizada alguna parte integrante del hecho, trátese de la actividad corporal del autor o del resultado posterior.* Un resultado posterior puede ser tomado en cuenta, siempre que corresponda todavía al hecho. La determinación del lugar del hecho termina en donde éste concluye. El lugar adonde se conduce el cadáver del asesinado carece de influencia respecto del lugar del hecho. Pero este lugar sí es

importante, dado que corresponde todavía al hecho (§ § 211 y sigts.).

La cuestión presenta dificultades cuando el hecho está constituído por una *pluralidad de relaciones espaciales.* No hay duda de que, por ejemplo en el asesinato, el lugar de actividad del asesino (teoría de la actividad o de la residencia) y el lugar en que la víctima muere (teoría del resultado), aun en el caso en que los dos lugares sean distintos, determinan el lugar del hecho (teoría unitaria; *Lehrb.*, 152), el cual se realiza, *por lo tanto,* en *varios* lugares. Pero, en los llamados delitos de tránsito, ¿qué ocurre con respecto a los lugares intermedios entre el comienzo y el final del hecho? La contestación correcta debería ser que también estos simples efectos intermedios son decisivos para la determinación del lugar (la llamada teoría del efecto intermedio). El envío de una carta desde París a Viena a través del territorio alemán, constituye, para el derecho alemán, un hecho cometido en Alemania. Se podría objetar que con ello la determinación del lugar está sujeta a meras casualidades, por ejemplo la marcha de la víctima (§ 211) hacia el lugar en que se le dará muerte. Esto no afecta en absoluto las relaciones mencionadas (derecho penal internacional y competencia judicial), pero puede ser requerido por exigencias de orden práctico; si en vez de aquella carta inofensiva, se toma como ejemplo un objeto explosivo peligroso enviado a través del territorio alemán, salta a la vista que un juicio en Alemania no sólo será inevitable, sino requerido por las circunstancias.

Estas consideraciones son determinantes también para la *tentativa,* que se entiende cometida en todo lugar en donde efectivamente ha sucedido algo. Si se dispara desde territorio extranjero al territorio nacional, pero el proyectil no lo alcanza, no se puede hablar, de acuerdo con los principios expuestos, de hecho cometido en Alemania. Pero la ordenanza de 6 de mayo de 1940 (*RGBl.* I, 754), ha introducido una reglamentación legal que es determinante, por tratarse de una cuestión de derecho positivo; la misma hace extensivo el lugar del hecho, para la tentativa, a esos lugares en los que "debía" producirse sólo el resultado (aun en el caso en que no se hubiera producido). El § 3, párr. 3 dispone en tal sentido con efecto general, sin que la nueva redacción de 25 de agosto de 1953 haya modificado algo al respecto, que "un hecho se considera cometido en todo lugar en el cual el autor haya actuado o, en caso de omisión, hubiera debido actuar, o en el cual se haya producido el resultado o hubiera debido producirse".

Para los hechos punibles de varios actos (antes, el § 267), compuestos (§ 249), permanentes (§ 239) y continuados,

cuentan *todos* los distintos actos positivos y resultados. Los partícipes actúan en el lugar en que llevan a cabo su actividad; pero, en cuanto al resultado, pueden ser determinantes, también para ellos, los resultados del hecho principal.

III. El *tiempo del hecho* es determinante, por un lado, para las cuestiones de la prescripción (§ 67) y de la querella (§ 61), y por el otro para la validez temporal de la ley penal (§ 2, párr. 2 y 3) y las cuestiones de la antijuridicidad (p. ej., el momento del consentimiento) y de la culpabilidad (p. ej., la determinación de la imputabilidad, § § 51 y 55, y ley de tribunales de jóvenes, y, ocasionalmente, también el momento del dolo o la causa de exclusión de la culpabilidad). Contrariamente a lo que ocurre a propósito de la cuestión referente al lugar del hecho, no es posible, en este caso, una contestación de carácter unitario, sino que se deben *distinguir* las distintas cuestiones y considerar, al respecto, lo siguiente:

1. En lo que respecta a la *prescripción* y a la *querella*, interesa nuevamente —como ocurre a propósito del lugar del hecho— la totalidad del hecho (teoría unitaria), y, muy especialmente, el momento de la producción del resultado. A partir de este momento, empiezan a correr la prescripción y el término para presentar la querella. El § 67, párr. 4 contradice aparentemente este principio, al decir que la prescripción empieza a correr desde el día en que la acción ha sido cometida "sin consideración al momento en que se ha producido el resultado". Pese a ello, la jurisprudencia constante y acertada del Tribunal del Reich (*RGStr.*, 5, 282; 9, 152; 21, 228; 26, 261; 42, 171; 62, 418), admite que la prescripción empiece a correr al producirse el resultado que fundamenta la punibilidad e interpreta las palabras de la ley sólo en el sentido de resultados *posteriores*. SCHÖNKE (§ 67, II) se declara partidario de esta jurisprudencia, agrega datos bibliográficos y señala algunas opiniones contrarias. Es importante al respecto la distinción entre "consumación" y "conclusión" del hecho (en lo que se refiere a la estafa, véase *JW* 1938, p. 493 y sigts.); en este caso, se toma en cuenta solamente la consumación. Véase también, en cuanto a los pormenores, DREHER-MAASSEN (§ 67, N. 4). También en lo que atañe a la iniciación del término para presentar la querella, la práctica adopta, como punto de arranque, los mismos puntos de vista (*RGStr.* 2, 62; 61, 299).

2. El problema se presenta en otra forma en lo que se refiere a las relaciones temporales en la *validez de las leyes penales*, la determinación de la *antijuridicidad* y de la *culpabilidad*. Lógicamente, puede ser determinante, en estos casos, sólo el momento de la actividad personal del autor (teoría

de la actividad). Aquí, el hecho se considera "cometido" sólo en el momento en que se realiza tal actividad. Es determinante la circunstancia que el autor, en el momento de obrar, haya sido imputable o inimputable en el sentido del § 51, párr. 1; no interesa su estado psíquico en el tiempo que sigue al de la producción del resultado. La sentencia 57, 193, del Tribunal del Reich, estudia a fondo las cuestiones del tiempo de comisión respecto de la injuria.

Para la *tentativa* no existen particularidades en lo que atañe al *tiempo* de comisión.

c) EL HECHO DE OMISION (TEORIA DE LA OMISION)

§ 26. El hecho de omisión en general

Lehrb., 130-150. *Grd.*, 56-61 con otros datos bibliográficos. Entre la bibliografía menos reciente: LANDSBERG, *Die Kommissivdelikte durch Unterlassen im deutschen Strafrecht* (Los delitos comisivos mediante omisión en el derecho penal alemán) (1890). TRAEGER, *Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht* (El problema de los delitos de omisión en el derecho penal y en el derecho civil) (1913).

El *hecho de omisión (conducta pasiva, omisión)* no consiste, como ya se ha afirmado en el § 22, en un "simple no hacer", sino en un "*no hacer algo*". El fundamento de todo hecho de omisión (propio e impropio) es una "*acción esperada*", que posibilita la aplicación de todos los criterios válidos para el hecho de comisión al hecho de omisión. (Véase al respecto el *Lehrb.*, p. 130, con datos bibliográficos.)

Como ya se ha dicho, el hecho de omisión se presenta, dentro del derecho penal, en *dos formas*:

1. *Simple omisión, llamada omisión propia (delito de omisión)*, en que se castiga el no hacer de la acción esperada y exigida como tal, no siendo necesario un resultado; por ejemplo, el no alejarse (§ 116), el no denunciar (§ 139), la omisión en numerosos casos de contravenciones.

2. *Omisión que produce el resultado, llamada omisión impropia (delito comisivo mediante omisión)*; aquí, la circunstancia de que no se actúa debe producir un *resultado*; a la no realización de la acción esperada y exigida, se debe unir una determinada causación del resultado para el castigo en razón de un hecho consumado, por ejemplo, la muerte del niño ocasionada por la madre (§ § 211-212) que lo deja morir de ham-

bre intencionalmente, y el hecho punible que pone en peligro la seguridad del transporte (§§ 315-316), cometido por el guardavía que no realiza el debido cambio de agujas.

Con respecto al total campo de la omisión, y especialmente al hecho de omisión que produce el resultado, es importante saber cómo y con arreglo a cuáles principios se distinguen, *en el caso particular*, el *hecho de comisión y el hecho de omisión*, o sea de qué manera se reconoce si las reglas jurídicas deben ser aplicadas a éste o a aquél. La cuestión es importante, por cuanto los presupuestos de la punibilidad son distintos en ambos casos, y *no* puede ser resuelta de acuerdo con la forma *externa* del caso particular, sino teniendo en cuenta *el objeto* contra el cual se dirige siempre el *reproche jurídico*. El siguiente ejemplo práctico, tomado de la jurisprudencia del Tribunal del Reich (63, 211), aclarará mejor esto. El autor ha sido acusado de haber entregado a sus obreros pelos de cabras chinas (!), sin haberlos desinfectado debidamente (!); ese descuido ha ocasionado una infección por virus carbuncosos y la muerte de cuatro obreras. La situación, vista por fuera, hace pensar *tanto* en un hecho de comisión (la entrega de los pelos no desinfectados), *como* en un hecho de omisión (la omisión de la debida desinfección). Pero, dado que el *reproche* que se hace al acusado no se funda en absoluto en la falta de preparación de los pelos, sino en la entrega de los mismos sin haberlos desinfectado previamente, el caso debe ser considerado y resuelto *exclusivamente* desde el punto de vista del delito de omisión. *Por consiguiente, la diferencia entre hecho de comisión y hecho de omisión no estriba en una cuestión de hechos, sino valorativa.* Véanse más detenidamente sobre el particular, el *Grd.* (p. 52) y los datos bibliográficos correspondientes. (Eb. SCHMIDT, *Der Arzt im Strafrecht* —El médico en el derecho penal—, 1939, p. 79 y 85. SAUER, *Grundlagen des Strafrechts* —Principios fundamentales del derecho penal—, 1921, p. 418-419; SAUER, 1955, p. 88. H. MAYER, *Strafrecht*, 1936, p. 24. NAGLER, *GerS.* 111, p. 33. EXNER, *Frank-Festgabe* I, 1930, p. 586; en otro sentido, con fundamentación penetrante, MAURACH, 1954, p. 170). Para el hecho de comisión, el autor debe siempre "hacer algo", y para el hecho de omisión es suficiente, en cambio, que "no haga algo"; pero, aun en el caso en que "haga algo", puede existir un simple hecho de omisión, a saber, si el *reproche* no se dirige contra este "hacer algo", sino solamente contra el "no hacer algo". EXNER (ob. cit., p. 585-586) expone, como ejemplo, el caso de A que, al marchar adelante con su bicicleta sin luces, no ha hecho *nada* que pueda haber ocasionado la muerte de X, con quien ha chocado B que marchaba atrás; en

cuanto a A, se puede tomar en cuenta, a lo sumo, una "omisión", pero no un "hacer".

§ 27. La simple omisión, llamada omisión propia (delito de omisión)

En la *omisión simple o propia* (*Lehrb.*, 131-133), el autor infringe un mandato y por ello es castigado. Es esta una cuestión que corresponde a la parte especial, en donde el derecho vigente establece ese mandato y prevé la pena pertinente. Se trata, por lo general, de *delitos de peligro abstracto*, pero también son posibles, dentro de la omisión simple, los *delitos de lesión*, como ser el no alejarse en la violación de domicilio (§ 123).

La omisión propia puede ser una contravención, un delito o un crimen. Muy frecuentemente, son *contravenciones* de diversa índole, por ejemplo el hecho de no informar sobre algo. Un *delito* importante, entre los que corresponden a este grupo, es no denunciar un hecho punible (§ 139, párr. 1). El § 139, párr. 2, prevé la pena de reclusión (¡y preveía, antes de su derogación, la pena de muerte!). De importancia práctica es, asimismo, el delito de omitir la prestación de una ayuda (§ 330 *c*) que ha sustituido, con la novela de 28 de junio de 1935, a la contravención prevista en el § 360, N. 10. El § 346 (encubrimiento por parte de funcionarios públicos) es considerado un *crimen*, aunque se estime que constituye un propio delito de omisión; si aquí se exige como "resultado" la no realización de la reclamación penal del Estado (SCHÖNKE, § 346, VI, con *RGStr.* 70, 254), estamos frente a un delito de omisión impropio.

Aun el delito de omisión propio puede cometerse, según las circunstancias, *dolosa o culposamente*. En algunos casos de delitos culposos de omisión (p. ej., el simple olvido de la inscripción en el lugar de llegada), se pone de manifiesto que, para que se realice un delito de omisión propio, no sólo no es necesaria *actividad alguna*, sino tampoco *voluntad alguna*. Pero aquí tampoco se trata de un simple no querer, sino, como de costumbre, de un "no querer algo".

§ 28. La omisión que produce el resultado, llamada omisión impropia (delito comisivo mediante omisión). La causalidad de la omisión. El lugar y el tiempo del hecho de omisión

I. En la *omisión que produce el resultado o impropia* (*Lehrb.*, 133 y sigts. y *Grd.*, 57 y sigts.), los problemas más

importantes que se plantean con respecto a lo dicho hasta ahora, son los cuatro siguientes:

1. ¿Cómo es posible que una omisión *produzca* un *resultado?* (N. II).

2. ¿Cuándo y dentro de cuáles circunstancias existe el *deber* jurídico de *impedir ese resultado?* (N. III).

3. ¿Cuándo existe *por ese resultado responsabilidad jurídico-penal?* (N. IV).

4. A continuación de ello, se deberá tratar sobre el *lugar* y el *tiempo del hecho de omisión.* (N. V).

II. La *causalidad de la omisión.* ¿Cómo es posible que la *nada* (la omisión) produzca *algo* (un resultado positivo en el mundo externo)? Este es el gran problema, situado en el comienzo de la teoría del llamado delito de omisión impropio.

La solución se halla en la circunstancia constantemente señalada: la omisión jurídico-penal no es un simple "no hacer", sino un "no hacer algo". Por consiguiente, la omisión es *causal* respecto de un *resultado* determinado, si ese "algo" hubiera *impedido* este resultado. Existe, por lo tanto, un completo paralelismo entre la causalidad del *hacer activo* y la *causalidad de la omisión;* en el primer caso, no puede *ser suprimido* "algo" que se ha hecho sin que con ello desaparezca el resultado; en el segundo, no puede ser *añadido 'in mente'* "algo" que ha sido omitido, sin que con ello se impida el resultado. En ambos casos, este "algo" es causal respecto del resultado, y un *proceso intelectual hipotético* —y él solo— conduce al juicio que concluye y afirma la causalidad; es un error creer que en la causalidad del hacer activo todo depende de la "realidad" directa y que la causalidad de la omisión es tan sólo una descolorida operación intelectual. La estructura *lógica* de la representación de la causalidad es, *en ambos casos, exactamente la misma* (ENGISCH está de acuerdo con este punto de vista, *MonKrimBiol.* XXX, 426-427).

De ahi que *no* sea exacta la opinión de Eb. SCHMIDT (*Der Arzt im Strafrecht,* 1939, p. 85; *MonKrimBiol.* XXXIII, 85 y sigts., 87 n. 2 y 93 n. 8; *Strafrechtspraktikum,* 1946, p. 23-24), de que en el delito impropio de omisión no se presentan problemas causales y que la teoría dominante los "encare en una forma completamente distinta que en los casos del hacer positivo"; *en ambos casos,* una consideración sobre la probabilidad es determinante y fundamental a los fines de la decisión. Eb. SCHMIDT entiende que, por ejemplo, al considerar la acción médica (*MonKrimBiol.* XXXIII, 94), debería preguntarse si, en el momento en que el médico debía intervenir (¡'ex ante', por lo tanto!), una inyección de suero habría constituido efectivamente, desde el punto de vista de

la ciencia médica y de la experiencia práctica, el remedio adecuado del que cabía esperar la salvación del paciente, y si el médico había cumplido con su deber de impedir el resultado o no. Este *mero juicio valorativo* (el *Strafrechtspraktikum*, p. 25, establece el principio de que la conducta del autor *significa* 'in concreto' no impedir un resultado típico), que puede ser necesario para la *fundamentación del deber* en el delito de omisión, se confunde aquí con el *juicio cognitivo de probabilidad*, que sirve para la *determinación de la causalidad* (¡que se realiza 'ex post'!). Por consiguiente, el Tribunal del Reich se ajusta acertada y *fundamentalmente* (51, 127; 58, 131; 74, 350; 75, 50 y 324; nota en la "Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht" 1942, p. 28) al criterio según el cual es determinante que en el caso de la inexistencia de la omisión pueda admitirse "con una probabilidad aproximada a la seguridad" la evitación del resultado. En cambio, el mismo Tribunal hace al respecto, en otra sentencia (75, 327-328), comentarios que se alejan de este punto de vista. Coincide con el mismo, fundamentalmente, también SAUER (1955, p. 90), el cual remite, además, a la sentencia *RGStr.* 75, 372.

SCHÖNKE (Observaciones preliminares, VII, 3, antes del § 1), está de acuerdo con la concepción sustentada aquí. El *Lehrb.* (138) ofrece otros pormenores a este respecto. MAURACH (1954, p. 176) destaca, juntamente con Hellmuth MAYER, la "equivalencia sustancial del hacer y del dejar de hacer en un mundo en fluctuante evolución".

III. *El deber de actuar.* El deber de impedir el resultado antijurídico es, en el delito impropio de omisión, un *deber de actuar.* Establecer cuándo éste existe, es un problema de amplios alcances y, a veces, no fácil de contestar (*Lehrb.*, 138-148; *Grd.*, 57-61). Pertenece al tipo legal del injusto; un error al respecto es un error acerca del tipo, no un error sobre la prohibición (*BGHStr.*, 3, 82).

La teoría tradicional destaca tres grupos en orden a tal fundamentación del deber: la *ley*, la especial *aceptación* y el *hacer precedente.* En los últimos tiempos, se han agregado las *relaciones concretas de la vida*, que fundamentan, como tales, el deber de actuar.

1. *Fundamentación del deber en virtud de un precepto jurídico*, a saber, por la "ley" en el sentido más amplio del término. Están incluidas la ley en sentido estricto, la ordenanza equiparada a la ley, la orden del superior jerárquico y el derecho consuetudinario. El derecho público y privado son determinantes. Se toman en cuenta, muy especialmente, los deberes derivados del derecho de familia relativos al cuidado de otras personas: los deberes del padre (§ 1627 del código

civil), de la madre (§ 1634), de la madre ilegítima (§ 1707), del tutor (§§ 1793, 1800 y 1897); también el deber de alimentos (§§ 1601 y sigts.). A la ley en sentido estricto se equipara la ordenanza asimilada a la ley, como asimismo toda orden o mandato que se base en la ley. Un deber "simplemente moral" no tiene relevancia a esos efectos, tampoco indirectamente a través del § 826 del código civil; pero la demarcación es, con frecuencia, elástica (*Lehrb.*, 139-140), y también intervienen aquí, en parte, los criterios que se tratarán en el N. 4.

2. *Fundamentación del deber por especial aceptación.* Aquí pertenecen, ante todo, los casos de la aceptación de un deber en virtud de un negocio jurídico, especialmente *sobre la base de un contrato.* De ahí que la sentencia 10, 100 del Tribunal del Reich condene por lesiones corporales al que, teniendo a un ciego bajo su custodia, no ha tomado las medidas protectoras correspondientes. Dicha aceptación del deber puede fundamentarse también por medio de una *conducta concluyente* o de una *gestión de negocios sin encargo previo*; así, el hecho de haber comenzado una operación quirúrgica fundamenta, dentro de ciertas circunstancias, el deber de continuarla (véase al respecto también la sentencia *RGStr.*, 50, 37), y asimismo una obligación contractual puede fundamentar el deber aunque haya vencido el *término* (*RGStr.*, 17, 260). La aceptación de un *cargo oficial* se sitúa entre los dos grupos de casos mencionados (*RGStr.*, 53, 292).

3. *Fundamentación del deber por un hacer precedente,* mediante el cual se requiere una ulterior intervención. Corresponde a este grupo, por ejemplo, el deber de poner en libertad a una persona a la que se ha encerrado por equivocación, sin concurrencia de culpabilidad, fundamentando una privación de la libertad con arreglo al § 239 (*RGStr.* 24, 339). La jurisprudencia del Tribunal del Reich adopta aquí un principio afirmado en el derecho consuetudinario; son importantes al respecto las siguientes resoluciones del Tribunal citado; 46, 337 (343); 58, 130 (132); 60, 77; y 64, 273 (275). El Tribunal Federal (4, 20) afirma que existe el deber de garantía al vender bebidas alcohólicas a un automovilista. Puede surgir un deber de actuar también por una omisión precedente (*RGStr.* 68, 99). Aquí se exige una cuidadosa ponderación de la situación de peligro y de la situación especial de deber que se deduce de la misma (véase al respecto el *Lehrb.*, 146-148).

4. *Fundamentación del deber por otras relaciones concretas de la vida.* La reciente evolución jurídico-penal muestra la clara tendencia de tomar en cuenta, además de las fundamen-

taciones demasiado formales del deber expuestas hasta ahora, otros deberes de actuar, deducidos de la situación concreta, convirtiendo así deberes "simplemente morales" en verdaderos deberes jurídicos. Se destacan al respecto algunas relaciones concretas especiales, como los deberes de la abuela del niño ilegítimo (*RGStr.* 64, 316) y los deberes del padre ilegítimo (*RGStr.* 66, 71); una convivencia particular (69, 321); relaciones especiales en el proceso (*RGStr.* 70, 82 y 390). El Tribunal del Reich deduce determinados deberes —lo cual es fundamentalmente exacto— aún de relaciones ilícitas o adulterinas (véase sobre el particular la sentencia *RGStr.* 73, 52). El mismo Tribunal habla de los deberes especiales que incumben a una campesina en caso de declararse un incendio en la granja en donde vive (71, 193) En lo que atañe a la estafa por silencio, son importantes las sentencias 69, 283 y 70, 45 del Tribunal del Reich, y la sentencia 6, 198 del Tribunal Federal. Aun en el caso de que las mismas hayan experimentado la influencia del § 2 en su temporaria validez con arreglo a la ley de 28 de junio de 1935, siguen teniendo importancia también después de haber sido ésta derogada. Remitimos, en lo que respecta al total problema, también a WELZEL (1954, p. 158) y a la profunda exposición de MAURACH (1954, p. 242 y sig.). En materia de límites referentes al deber de los cónyuges de impedir el resultado, véase la sentencia 6, 322 del Tribunal Federal.

IV. *La responsabilidad jurídico-penal por el resultado.* La existencia de un deber de actuar (N. III, 1-4), no crea siempre, necesariamente, una responsabilidad jurídico-penal en orden al *resultado* producido por la omisión. Este concepto, descuidado con frecuencia sobre todo en la práctica, debe destacarse de manera muy especial. Hasta ahora no se ha logrado determinar, para este ámbito, criterios decisivos y concluyentemente claros. Haremos nuevamente referencia, al respecto, a algunas líneas directrices.

1. En el deber fundamentado *por la ley*, se desprenden, respecto de la responsabilidad por el resultado, con suficiente precisión, ciertas excepciones. La misma ley prevé, a veces, penas en caso de omisiones contrarias al deber y castiga la omisión como tal, o sea como *propia* omisión, pero no establece penas en orden al resultado. Por ejemplo, está conminada con pena la omisión de prestar ayuda en casos de accidentes, etc. (§ 330 *c*), pero no se establecen penas para las consecuencias que el accidente ocasiona (§§ 211 y sigts. y 223 y sigts.): *BGHStr.* 3, 65. De esta manera, el que, por haber omitido la denuncia correspondiente, no ha im-

pedido la realización de un delito, será castigado con arreglo al § 139, pero no, por lo menos como regla general, por el delito mismo cometido por el otro, si no existen los presupuestos especiales para admitir una complicidad, etc. (Acerca de la cuestión de la responsabilidad por el resultado, véanse las sentencias *RGStr.* 69, 349; 70, 82; 71, 189; el *Grd.* [p. 60] se expresa al respecto en sentido crítico).

En cambio, en otros casos, y sobre todo en el de aquel que precisamente para evitar un peligro está "colocado en un puesto" que significa una situación de peligro especial, existe una responsabilidad con respecto al total resultado. La *estructuración de los tipos* señala con frecuencia que la propia ley piensa muy especialmente en tales casos, como ocurre, por ejemplo, en los § § 121 (deja escapar), 221 (abandona dejando en situación de desamparo), 357 (deja cometer), etc. De todos modos, lo que decide siempre es la interpretación debida de los *tipos* correspondientes. (Detenidamente, al respecto, el *Lehrb.*, 140-143). Véase SAUER (1955, p. 88 y sig.).

2. En la fundamentación del deber *en virtud de un contrato*, son decisivas consideraciones análogas. Aquí se trata, sobre todo, de saber si la aceptación del deber ha ocasionado un aumento de la situación de peligro y si el obligado se ha convertido —como se acostumbra decir a este respecto (WELZEL, 1954, p. 157 y sigts.)— en *garante* para evitar el peligro. Por lo general, crean responsabilidad en orden al resultado, entre otros casos, la aceptación de cuidar a una persona inválida o enferma, el hecho de llevar a otras personas a la montaña o exponerlas a otras situaciones peligrosas, la aceptación de un servicio especial de vigilancia. Pero el guía, que, contrariamente a lo que dispone el contrato, no acompaña a un turista, *no* es penalmente responsable de un accidente, si la excursión ha sido emprendida por éste último a su propio riesgo. (Detenidamente sobre el total problema, el *Lehrb.*, 144-145.)

3. Ya se ha puesto de relieve que el *hacer precedente* y las *relaciones especiales* de vida requieren siempre una apreciación rigurosamente *concreta*. Acerca de todas las cuestiones pertinentes, véanse también v. WEBER, *Grundriss* (1946, p. 56), SCHÖNKE (p. 26 y sigts.), MAURACH (1954, p. 243) y SAUER (1955, p. 92), que manifiesta ciertas reservas.

4. Haremos referencia a un *criterio especial* que requiere, precisamente, una consideración particular. El tráfico moderno y la técnica moderna implican situaciones de peligro de índole especial y la participación de intereses de otras personas, que obligan a "adoptar, frente a posibles peligros y le-

siones, las medidas de precaución exigidas por las reglas del tráfico". Pero, sería *incorrecto* deducir de esta situación "una responsabilidad jurídico-penal *general* con respecto a la propia esfera de dominio"; tal responsabilidad requiere siempre una fundamentación *especial*. Este criterio rige, por ejemplo, en los casos de instalaciones peligrosas de una máquina, falta de iluminación de una escalera, zanjas no cubiertas, circulación de perros que muerden, etc. (Detenidamente al respecto v. HIPPEL, II, 163-164, citado en el *Lehrb.*, 143.)

V. *El lugar y el tiempo del hecho de omisión (de la omisión propia e impropia)* (*Lehrb.*, 158 y *Grd.*, 61). Estas cuestiones no precisan más explicaciones que las que ya han sido dadas. En la omisión, la acción "esperada" y "exigida" reemplaza a la acción verdadera y valen para ella las mismas relaciones espaciales y temporales que valen, en el hecho de comisión, para la acción verdadera. En la omisión que produce un resultado, se agregan las relaciones espaciales y temporales de la producción del resultado.

Lo que se deduce de consideraciones de orden general, ya ha sido expresamente establecido también por la ley, por medio de la nueva redacción del § 3, párr. 3, en lo que al lugar del hecho se refiere. Con arreglo a esa disposición, es fundamental, "en el caso de omisión", el lugar en que el autor "hubiera debido actuar"; además, se establecen disposiciones especiales en orden a la producción del resultado. Lo mismo vale con respecto al tiempo, con las peculiaridades ya mencionadas a propósito del hecho de comisión.

De ahí que el hecho de omisión sea cometido *en todos los lugares* en que el autor hubiera debido actuar para evitar la pena; su lugar de residencia es relevante en tanto que éste sea determinante en orden a la fundamentación del deber. A ello se agrega, en la omisión impropia, el lugar en que se ha producido el resultado. El momento de la omisión comienza *cuando* es requerida la acción para evitar la pena y dura hasta que termina el deber. El Tribunal del Reich (75, 32) niega, en este sentido, la continuación del efecto desde el punto de vista de un "delito permanente", pero admite que el deber y el hecho de omisión siguen produciendo efectos, si existe "un nuevo motivo" para ello. El mismo Tribunal (75, 297) no incluye en la duración del delito las "consecuencias" del hecho, lo cual puede ser acertado, quizás, respecto del hecho de que se trata, a los fines de la *concesión de la gracia*, pero con arreglo a lo que se ha expresado más arriba, no admite otras generalizaciones.

d) EL PELIGRO

§ 29. El concepto de peligro y su significación jurídico-penal

Lehrb., 128-129 con datos bibliográficos. *Grd.*, 199 y sigts. MEZGER, *GerS* 93, 138.

I. En el derecho penal no es importante solamente la lesión, sino también el *"peligro"* que pueden correr los bienes jurídicos. Hay *acciones* y *personas* que se señalan como *"peligrosas"* (§ 20 *a*). El concepto de *"peligro"* es fundamental y lo vamos a aclarar a continuación.

II. PELIGRO es la *posibilidad inmediata de un resultado perjudicial.* Por consiguiente, el concepto procede de los criterios lógicos de la "posibilidad" (SIGWART, *Logik*, 3ª ed., 1904, vol. I, p. 235 y sigts.; EISLER, *Handwörterbuch der Philosophie*, 2ª ed., 1922: voz *Möglichkeit* — posibilidad). Logramos el concepto de referencia "en tanto consideramos aisladamente una parte de las condiciones" (SIGWART, 271). "Una parte de las condiciones, de las que depende el resultado efectivo, es conocida y fundamenta el juicio; y, mientras se juzga el grupo de las condiciones conocidas y ciertas frente a las que no lo son, comienza la apreciación de la probabilidad de aquello que calificamos posible" (p. 277). Por lo tanto, posibilidad es sinónimo de "potencialidad", de "disposición de una situación en factores que necesitan solamente el agregado de ciertas condiciones parciales para realizar lo posible" (EISLER, 405). El juicio se conecta con la experiencia general de la vida. "Peligro" es, por consiguiente, la existencia de circunstancias que precisarían o habrían precisado sólo el agregado de otras condiciones parciales frecuentes para producir la lesión. De esta situación, se deduce la probabilidad del resultado perjudicial. La vida cuenta y debe contar, a cada momento, con tales "posibilidades" y "probabilidades".

Por consiguiente, cuando se juzga la existencia de un peligro, se da un juicio cognitivo sobre la base de la experiencia general y del conocimiento objetivo de las leyes que regulan los acontecimientos con referencia a una lesión inmediata de un bien jurídico. Y ahí está el momento *"objetivo"* del peligro. No hay dudas de que éste contiene, asimismo, un momento *"subjetivo"*, por cuanto el hecho de que, al apreciar el peligro, podemos utilizar tan sólo una *parte* de las condiciones, constituye la consecuencia directa de nuestra "ignoran-

cia", que conduce a la "imposibilidad subjetiva" de una decisión segura. Una concepción *meramente* subjetiva del peligro es, sin más, errónea (*Lehrb.*, 129, nota 70; y FINGER, *Frank-Festgabe*, 1930, I, 232). Que no son precisos motivos efectivos especiales —que v. HIPPEL (II, 422-424) trae a colación— se deduce de las consideraciones precedentes. Según FRANK, no es necesaria, a los fines del "peligro", una situación "anormal" en sentido estricto.

Se puede juzgar con exactitud acerca de la existencia de un "verdadero" peligro sólo 'ex post'; juzgarlo 'ex ante', es, más bien, "imaginarse" un peligro. Véanse sobre el total problema SCHÖNKE (p. 25 con indicaciones bibliográficas) y el Tribunal del Reich (30, 178 y sigts.).

III. Las consideraciones de referencia tienen, desde distintos puntos de vista, *importancia práctica* en el derecho penal, y, sobre todo, en los llamados delitos de peligro, mencionados en el capítulo XXVII de la parte especial ("Crímenes y delitos de peligro común") (*Grd.*, 199). La *"puesta en peligro" ("Gefährdung")* es la producción de un peligro, y muy especialmente la acción a la que es inherente esta propiedad. Se distingue entre *"delitos de peligro concreto"*, en los cuales ese peligro pertenece al tipo legal especial —como en los §§ 308 ("son apropiados", etc.), 310 *a* ("peligro de incendio"), 312-314 ("con peligro común") y 330 ("hacer surgir un peligro para otros")— y *"delitos de peligro abstracto"* en los que tal peligro se presupone como motivo establecido por el legislador y, por consiguiente, no aparece especialmente en el tipo — como en los § § 306 (el incendio es, como tal, "peligroso") y 324. Acerca de la total cuestión, son importantes los § § 330 *c* (prestación de ayuda en caso de peligro) y 315, párr. 3 (concepto de "peligro común" establecido legalmente).

El concepto de peligro adquiere importancia práctica, especialmente en las "medidas de seguridad y corrección" (§ § 42 *a*-42 *n*). Las mismas deben proteger la "seguridad pública" (§ 42 *b*), etc., frente a personas que constituyen un peligro para ella; los § § 20 *a* y 42 *e* hablan de "delincuentes habituales peligrosos". "Peligrosa" es, en tal caso, una acción o una persona que representa un peligro con respecto a la seguridad pública, etc. También aquí, peligro significa la probabilidad de un suceso futuro perjudicial y exige un "pronóstico" acerca del acontecimiento futuro (véase muy especialmente EXNER, *Theorie der Sicherungsmittel*, 1914, p. 59).

El concepto de peligro puede adquirir importancia también en *algunas teorías jurídico-penales*. Así, revela, a manera de ejemplo, la inexactitud de la opinión de v. BURI

acerca de la "equivalencia de todas las condiciones" en la teoría de la tentativa (§ 43) y de la participación (§ § 47 y sigts.), y constituye la base de todas las consideraciones referentes a la "peligrosidad" de una acción que ha quedado en la fase de la tentativa.

CAPÍTULO II

LA ANTIJURIDICIDAD (EL INJUSTO)

§ 30. Cuadro de conjunto de la teoría de la antijuridicidad

I. *Una acción es punible sólo si es antijurídica.* La ANTIJURIDICIDAD, o, como se acostumbra decir en la actualidad, el INJUSTO, es el presupuesto imprescindible de todo hecho punible. Antes, el término más usado era "antijuridicidad", que significa, sencillamente, que el delito constituye una violación del derecho, o sea que "contradice el derecho". Hoy, en virtud de la aversión que se tiene a conceptos rigurosos y cierta predilección por expresiones más vagas, se prefiere emplear, como decíamos, la palabra injusto (literalmente: no derecho: "*Unrecht*"), que determina el concepto, precisamente, con menor exactitud que la otra. De todos modos, emplearemos ambas expresiones (antijuridicidad e injusto) como sinónimas.

Esta *antijuridicidad (injusto)* significa (§ 16, I, 2; II, 2; y § 31, III de este libro) *el juicio impersonal-objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico*, en tanto que la *culpabilidad* destaca la *imputación personal* de un hecho al *autor*.

WELZEL (*Syst.*, 1951; 15-16) le atribuye otro sentido a las palabras "antijuridicidad" e "injusto". Según este autor, la antijuridicidad es una característica de la acción, y, más exactamente, la relación que expresa un desequilibrio entre la acción y el ordenamiento jurídico, e injusto la acción antijurídica como conjunto, a saber el objeto juntamente con su atributo valorativo. Por lo tanto, la antijuridicidad debe ser indistintamente la misma en el total ordenamiento jurídico, en tanto que existe un injusto específico pero no una antijuridicidad específicamente jurídico-penal. Aun en la tercera edición de su obra (1954; 42-43), WELZEL expresa: "La antijuridicidad,

esto es, el desequilibrio entre la materia de la prohibición y el ordenamiento jurídico es, en todo el derecho, la misma. Lo que es *antijuridicidad en una rama del derecho, lo es también en la otra.*" Aquí, nos referiremos a *esta* "antijuridicidad" (que *para nosotros* es sinónimo de "injusto"). Por su parte, WELZEL *distingue* el "injusto" y ve en el mismo "algo substancial", "un substantivo" (y no, por consiguiente, un mero "atributo" valorativo). Según él, el "injusto" es "la misma forma antijurídica de conducta"; por lo cual, existe, a su juicio, en contraposición con la antijuridicidad, "un *injusto específicamente jurídico-penal*". En cambio, nosotros entendemos que con ello se fija un concepto intermedio —que no es ni claro ni necesario— entre los dos distintos juicios valorativos normativos de la "antijuridicidad" y de la "culpabilidad", el cual debería *dejar sin efecto*, en sus consecuencias, la total *distinción entre antijuridicidad y culpabilidad*; en efecto, WELZEL no se refiere (ob. cit., p. 39) a la antijuridicidad en sí, sino a la *totalidad del "delito"*, esto es, exclusivamente al injusto *"jurídico-penal"* que debe ser separado "típicamente" de la antijuridicidad. Este orden *lógicamente* fijo no nos impide, no obstante, referirnos, *prácticamente, dentro del derecho penal*, sólo a la antijuridicidad típica.

Ha sido J. S. F. BÖHMER el primer autor que ha reconocido que el derecho penal se ocupa solamente de acciones y omisiones antijurídicas; este principio ha sido elaborado insuficientemente hasta el año 1870 (v. HIPPEL, II, 182). La opinión de que el delito no es un injusto no precisa siquiera ser refutada (*Lehrb.*, 167 y nota 11); si no se infringe el derecho, no existe para nosotros ni culpabilidad ni pena en sentido jurídico. Tampoco se pone en duda, en la actualidad, la separación entre antijuridicidad y culpabilidad, que ha sido discutida a veces, pero sin fundamento, en la época de un extremo "derecho penal de la voluntad" (*Grd.*, 62-63).

II. Con estas afirmaciones, queda planteado, de inmediato, *el problema de la fundamentación de la antijuridicidad.* Ello conduce a un conocimiento general acerca de la esencia del derecho y del injusto, como así también a una determinación de ambos con arreglo a características objetivas (externas) y subjetivas (psíquicas). (Véanse al respecto, más detenidamente, los § § 31-33 de este libro.) A dicho problema se une el de una presunta *especial antijuridicidad jurídico-penal.* No se puede admitir en absoluto que exista una tal antijuridicidad en contraposición con la antijuridicidad general, en el sentido de que haya algo antijurídico dentro del derecho penal y algo no antijurídico fuera del mismo, y al revés (*Lehrb.*, 181-182). En efecto, el derecho forma una unidad cerrada y

el derecho y el injusto son los mismos en todos los distintos campos (véase sobre el particular también ENGISCH, *Die Einheit der Rechtsordnung* —La unidad del ordenamiento jurídico—, 1935). Pero esto no excluye, como ya se ha señalado, que el derecho penal haya creado, con el instituto del llamado "*tipo*" (§ 59, párr. 1), un recurso altamente ingenioso para destacar y delimitar más exactamente *un campo especial* del injusto al que conecta la *pena*. Por consiguiente, esta *especial antijuridicidad jurídico-penal* será objeto de nuestra preferente atención. (Véanse al respecto los § § 34-36 de este libro.)

III. Por otra parte, hay que considerar, en el terreno de la antijuridicidad, las causas que determinan, en el caso particular, la *exclusión de la antijuridicidad* (tema que será tratado en los § § 37-50). *Este* punto de vista se sitúa tan en primer plano, que en la mayoría de las exposiciones referentes a la antijuridicidad, el problema de la *fundamentación* de la antijuridicidad no se tiene en cuenta en toda su extensión o bien no se le da la importancia debida. En esta obra tratamos de que *ambos* puntos de vista tengan el lugar sistemático y la importancia que les corresponden.

a) LA FUNDAMENTACION DE LA ANTIJURIDICIDAD

aa) LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA ANTIJURIDICIDAD

§ 31. El derecho objetivo y la antijuridicidad objetiva

Lehrb., 163-167 y *Grd.*, 62 con datos bibliográficos. Véanse, además, los escritos ya mencionados: MEZGER, *Subjektivismus und Objektivismus in der strafgerichtlichen Rechtsprechung des Reichsgerichts* (*Reichsgerichts Festgabe 1929*, vol. V, p. 13 y sigts.) y *Moderne Wege* (1950), especialmente p. 20 y sigts.

I. El derecho es una *ordenación objetiva de vida*. Determina que ciertas situaciones de la convivencia humana son y, por consiguiente, deben ser conformes al orden jurídico y que otras situaciones son antijurídicas y, por lo tanto, no lo deben ser. Al determinarlo así, el derecho se refiere siempre a la conducta *humana* y no a otra, por lo cual la destrucción de una casa producida por un rayo, por ejemplo, no representa un suceso "antijurídico" (lo cual no excluye que se hable, en sentido *figurado*, por ejemplo en el § 53, párr. 2, de la agresión "antijurídica" de un animal, si se quiere hacer refe-

rencia indirecta al "derecho" de legítima defensa de una persona). De ahí se deducen determinados *mandatos* relacionados con lo que el individuo debe hacer y determinadas *prohibiciones* acerca de lo que no debe hacer.

II. Distinguimos, por lo tanto, una *norma* objetiva *de valoración* del derecho que materializa esa ordenación objetiva de vida y una *norma* subjetiva *de determinación* que se deduce de aquella norma y que se dirige al individuo y le dice y le quiere decir lo que debe hacer y omitir para satisfacer dicha norma de valoración. Lo que contradice la norma objetiva de valoración es *"antijuridicidad objetiva"* o, como se acostumbra decir en la actualidad, *"injusto"*.

III. La norma objetiva de valoración del derecho puede referirse tanto a la *conducta externa* ("objetiva") como a la *conducta interna y psíquica* ("subjetiva"). Por consiguiente, las palabras *"objetivo-subjetivo"* tienen un *significado distinto*; sin embargo, siempre se las ha confundido; nosotros las tendremos rigurosamente separadas: el derecho es una ordenación "objetiva" de vida, en tanto que materializa, sin una relación con sujetos determinados (que se realiza convirtiéndose en la "norma de determinación"), una valoración de sucesos sociales que, sin embargo, no necesita estar limitada a sucesos externos "objetivos". La conversión a lo "subjetivo" se realiza allí en la transición desde la norma de valoración a la de determinación y aquí, en cambio, en la transición desde la valoración del suceso externo (objetivo) a la del suceso interno (subjetivo). Ya ha sido puesta claramente de relieve (véanse más arriba el § 16, I, 2 y II, 2 y el § 30, I), la relación existente entre la antijuridicidad (injusto) y el "ordenamiento jurídico objetivo" y, por consiguiente, el carácter "impersonal" de éste en contraposición con la culpabilidad; a tal relación volvemos a referirnos aquí. También WELZEL destaca con acierto en este sentido, y lo recalca nuevamente en *Das neue Bild des Strafrechtssystems* (1951, p. 15), que la antijuridicidad es un juicio "general-objetivo", pero no, necesariamente, un juicio sobre "sucesos objetivos del mundo externo". Existe, por lo tanto, una total concordancia de pareceres. Como quiera que sea, nosotros sustentamos la opinión que el "derecho objetivo" es, en primer término, de acuerdo con su esencia, también una ordenación de los "sucesos objetivos del mundo externo", por cuanto la ordenación externa representa la tarea fundamental a cargo de todo derecho. Las eventuales relaciones existentes frente a una conducta interna y psíquica (véase el § siguiente) precisan siempre una comprobación *especial*. Prevenimos contra el *sofisma que se deduce del § 43* en lo que respecta al hecho consumado.

§ 32. La teoría de los elementos subjetivos del injusto

Lehrb., 168-173 con datos bibliográficos. *Grd.*, 72. MEZGER, *Die subjektiven Unrechtselemente* (Los elementos subjetivos del injusto). *GerS.*, 89, p. 207 y sigts. (1923) y: *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände* (Acerca del sentido de los tipos jurídico-penales). *Traeger-Festgabe* (Homenaje a Traeger) (1926; p. 187 y sigts.). HEGLER en *Frank-Festgabe* (1930; vol. I, p. 251 y sigts.). SIEVERTS, *Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht* (Contribuciones a la teoría de los elementos subjetivos del injusto en el derecho penal) (1934). BRAUN, *Die Bedeutung der subjektiven Unrechtselemente für das System des Willensstrafrechts* (La significación de los elementos subjetivos del injusto con respecto al sistema del derecho penal de la voluntad) (1936). MEZGER, *Mod. Wege* (p. 21-28).

I. *El derecho se refiere, por lo general, a la conducta externa (objetiva y física).* La ordenación objetiva de vida que, como hemos dicho en el § 31, I y II, es el derecho con sus normas de valoración y determinación, tiene en cuenta, en primer término, ese suceso externo. Efectivamente, corresponde al derecho garantizar, ante todo, la convivencia externa ordenada de las personas. Y, consiguientemente, también el injusto punible es conducta externa. En el núcleo central de los tipos jurídico-penales se encuentra una determinada actividad del autor, que se designa, lingüísticamente, con verbos que expresan esa actividad —como matar (§ 211), quitar (§ 242), incendiar (§ 306), etc.—, u, ocasionalmente, con substantivos —como ocurre en la injuria (§ 185) o en el duelo (§ 205). Aun en el caso en que se mencione externamente una simple materialidad —como, en el § 245 *a*, la posesión del instrumento destinado a un hurto—, se hace referencia a la adecuación al estado o bien a la no modificación del estado en que se encuentra. La cuestión de la que aquí se trata, es, en consecuencia, sólo una cuestión del derecho *positivo*. Los verbos de referencia son, cuando tienen formas transitivas, de índole *causal*, esto es, mencionan un resultado y abarcan toda la conducta que es causal en orden a tal resultado. "Causal" se debe entender, en este caso, en el sentido de la teoría de la relevancia. Por lo tanto, se trata aquí de un suceso "objetivo" con efecto "objetivo" en el mundo externo.

II. *Pero el derecho puede referirse también a la conducta interna (subjetiva y psíquica).* En efecto, la convivencia externa de las personas es siempre, al fin y al cabo, solamente la expresión de la actitud interna y psíquica de ellas. Tampoco el derecho puede pasar por alto este aspecto; si el derecho no quiere ser y no debe ser, fundamentalmente, una "ordenación

de los sentimientos", puede y debe incluir en sus apreciaciones también lo psíquico como origen de la conducta externa. De ahí que aun el injusto y muy especialmente el injusto jurídico-penal contenga "elementos subjetivos del injusto".

La *teoría de los elementos subjetivos del injusto* es, desde el punto de vista histórico-dogmático, reciente (*Lehrb.*, 168-169). H. A. FISCHER ha proporcionado las primeras sugerencias a este respecto (1911). HEGLER, en 1914 (*ZStrW.* 36, p. 19 y sigts.), y M. E. MAYER en su *Lehrbuch* de 1915, han desarrollado el concepto. MEZGER le ha dedicado, en *GerS.*, vol. 89, p. 207 y sigts., y en el *Traeger-Festschrift*, p. 187 y sigts., respectivamente en 1923 y en 1926, una detallada exposición histórico-dogmática y dogmática. En el *Frank-Festgabe* de 1930 (vol. I, p. 251 y sigts.), HEGLER resume su punto de vista, y también después el tema ha sido objeto, como ya se ha dicho al comienzo, de otros trabajos monográficos. Expondremos a continuación el desarrollo más reciente.

III. Los *casos "clásicos" de tales elementos subjetivos del injusto en la fundamentación del injusto* se ponen de manifiesto, en el derecho en vigor, en las *tres formas* siguientes:

1. En los llamados *delitos de intención.* El hecho de quitarle a otro una cosa mueble que le pertenece, es un hurto, con arreglo al § 242, sólo si se realiza con la "intención" subjetiva de apropiarse antijurídicamente de la misma. Pertenecen a estos delitos especialmente aquellos casos que se ha dado en llamar "delitos mutilados de dos actos", en los que el autor hace algo como medio de un actuar posterior, como ocurre, por ejemplo, cuando se falsifica el dinero "a fin de" usarlo como genuino (§ 146); o los "delitos de resultado cortado", en los que el autor hace algo para que se produzcan consecuencias posteriores: el caso, por ejemplo, del que suministra veneno "a fin de" perjudicar la salud de otro (§ 229).

2. En los llamados *delitos de tendencia.* Aquí, la acción aparece como expresión de una tendencia subjetiva del autor y cae bajo la sanción de la ley en donde esta tendencia existe. No toda palpación de los órganos genitales (el caso, p. ej., de que la misma sea efectuada con finalidades de diagnóstico médico) es una "acción impúdica" en el sentido del § 176, N. 3; lo es solamente si ella tiende a excitar o satisfacer el instinto sexual.

3. En los llamados *delitos de expresión.* La acción se pone de manifiesto como expresión de un proceso o estado interno y psíquico, del autor. Si no se compara el suceso externo con su aspecto psíquico, no se puede juzgar terminantemente acerca de la antijuridicidad y de la tipicidad; si se trata, por ejemplo, de establecer si el autor ha prestado una declaración verí-

dica o falsa sobre su intención al realizar un negocio jurídico (§ § 153 y sigts.).

IV. La *concurrencia de elementos "subjetivos" en los tipos jurídico-penales* va más allá, en realidad, de los casos citados (III, 1, 2, 3). Para la delimitación correspondiente es siempre determinante una exacta consideración del derecho positivo (*Mod. Wege*, 25). V. WEBER ya ha destacado que el simple acontecer externo no es la única forma de actividad que constituye los tipos jurídico-penales (*Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, 1935; p. 8-9). Lo que decide no es siempre la dirección *externa* hacia un resultado externo, sino "la *dirección dada por el autor* al resultado". Aquí se agrega, por medio de la voluntad del autor, un "elemento subjetivo". En efecto, "para declarar la antijuridicidad de una conducta humana, el legislador dispone de dos posibilidades. Puede referir la norma exclusivamente al suceso externo y prohibir una conducta causal con respecto a un resultado *o bien* basarse en la voluntad del autor y sancionar con pena una conducta dirigida al resultado". Existen, por lo tanto, para expresar la actividad, *"palabras causales y finalistas*, que desempeñan un papel en la estructuración de los tipos". La delimitacióu entre consideración causal y finalista de la acción depende siempre del *tipo* concreto (v. WEBER, *Grundriss*, 1946; p. 52-53). A veces, la tendencia "subjetiva" puede ser dudosa; así, por ejemplo, el hecho de perseguir a un animal apto para cazar (§ 292) puede ser interpretado y entendido como una tendencia objetiva de la acción y como una finalidad subjetiva del autor. Sobre la base de un rico material filológico, Rolf SCHUDT, en su tesis doctoral presentada en Munich, no impresa, titulada *Die subjektiven Unrechtselemente in der neueren Strafrechtsentwicklung* (Los elementos subjetivos del injusto en la más reciente evolución del derecho penal) (1952), ha examinado detenidamente las relaciones correspondientes, llegando al notable resultado (p. 121) que de los tipos independientes que el código penal contiene en número superior a 700, sólo 80, aproximadamente, están estructurados en forma *meramente* causal y, en cambio, en el 90 %, más o menos, de ellos están incluídos elementos que reflejan una determinada actitud interna del autor. Por lo tanto, la teoría de los elementos subjetivos del injusto tiende, en su forma original, a ulteriores consecuencias (*Mod. Wege*, 23). Pero se trata siempre de "elementos" y "tendencias" en los tipos, estructurados, por lo demás, objetivamente, en el derecho positivo. De ello se deduce que los *grupos de casos con elementos subjetivos del injusto* son los siguientes:

1. Por lo general, los tipos están estructurados *objetiva-*

mente si está conminada con pena *tanto* la comisión dolosa *como* la culposa. Un ejemplo especialmente evidente lo ofrece el "incendiar" contenido en los §§ 306 y 309. También corresponde mencionar aquí el "matar" (§§ 211-212 y 222), la lesión corporal (§§ 223 y sigts. y 230) y también la privación de la libertad (§ 239), en que la comisión culposa no es punible pero perfectamente imaginable. Y un hecho culposo puede contener, ocasionalmente, un "núcleo finalista de acción", como ocurre en los §§ 163, 164, párr. 5 y 345, párr. 2. En cambio, existe siempre una estructuración *subjetiva* (parcial) del tipo en los casos en que no sólo no se sanciona con pena la comisión culposa (como ocurre en el § 239), sino que ésta no es siquiera *imaginable*, sin que con ello surja un hecho punible del todo *distinto*. Como ejemplos de esos casos, se pueden mencionar el hurto (§ 242), la estafa (§ 263), la extorsión (§ 253), la falsificación de documentos (§ 267), la injuria (§ 185) (casos dudosos, los tipos de los §§ 186-187), el duelo (§ 205), la oposición de resistencia (§ 113), la violación de la ley de parte de un empleado público o árbitro (§ 336), etc. Aquí es fundamental para el tipo (del delito doloso), siempre, el momento "finalista" (*Mod. Wege*, 26).

2. Aun WELZEL señala (ya en la primera edición de su obra *Das deutsche Strafrecht*, p. 44-45), en el sentido de las afirmaciones de v. WEBER (1935 y 1946), el aumento considerable de los casos con fundamentación subjetiva del injusto en la *legislación más reciente*. Se trata de momentos psíquicos especiales, que son fundamentales para un *hecho punible* —por ejemplo, acción "maliciosa", delito "brutal" o "interesado" (§ 259)—, o de la determinación especial del asesinato (§ 211) y casos similares (en cuanto al § 211, véase también *Mod. Wege*, 24). Para que estos casos puedan ser mencionados aquí, es preciso considerar esos términos ("maliciosa", "brutal", "interesado", etc.) como un elemento del *injusto* y no como una forma determinada de la culpabilidad; el texto legislativo no informa al respecto con carácter definitivo. La mencionada tesis doctoral de SCHUDT (1952) constituye un examen de los tipos jurídico-penales en particular.

3. Otros problemas especiales se presentan en materia de *tentativa*. No hay dudas de que, como señala también Eb. SCHMIDT (*Strafrechtspraktikum*, 1946, p. 13), la "resolución" de cometer un crimen o un delito es, en el § 43, un *elemento subjetivo del injusto*. Pero como de costumbre (*Lehrb.*, 172, nota 7, en contra de HEGLER), esa decisión contiene *contemporáneamente* el dolo como elemento de culpabilidad. Pero de ninguna manera, contrariamente a lo que muchos sûstentan sin razón, tal "resolución" es *tan sólo* un dolo que fundamenta

la culpabilidad (detalladamente sobre el particular *Mod. Wege*, 28, con ejemplo tomado del § 306). En el N. VI demostraremos que el § 43 constituye un impedimento mínimo respecto de la "objetivación" de los tipos en el transcurso de la *consumación* y que, por consiguiente, el elemento "subjetivo" en la tentativa no justifica sino consecuencias de muy escasa significación.

V. El derecho positivo no conoce los *elementos subjetivos del injusto* solamente en la fundamentación del injusto, sino también en la *exclusión del injusto*. Al respecto, es especialmente interesante, prescindiendo de otros casos (*Lehrb.*, 173), el de la legítima defensa (§ 53, párr. 2). El *Lehrb.* (235-236) ha intentado determinar el concepto de la defensa externamente, tomando en cuenta la situación objetiva; más exactamente (*Grd.*, 77) y de acuerdo con las sentencias 54, 196 y 60, 261 del Tribunal del Reich, se podrá afirmar una "defensa" en el sentido del § 53, párr. 2, solamente si existe, en la acción, una *voluntad de defensa*. Pero en tal caso dependerá de un "elemento subjetivo del injusto".

VI. Al considerar rápidamente todos estos "elementos subjetivos del injusto" existentes en el derecho en vigor, advertimos la amplia significación que los mismos tienen, pero comprobamos, al propio tiempo, que, contrariamente a lo que sustentan en la actualidad muchos autores como WELZEL, BUSCH y MAURACH (1954, p. 195), *no se debe dar excesiva importancia al papel revolucionario que desempeñan*. Corresponde a Rich. LANGE el mérito de haber señalado exactamente el alcance que les corresponde (*ZStW.* 63, 468). En efecto:

1. La *mayor parte* de estos elementos subjetivos del injusto demuestra, como LANGE expresa acertadamente, una mera "anticipación de la protección jurídica (dicho más exactamente, de la punibilidad)", que "no tiene razón de ser" en el caso de la consumación del hecho. Un ejemplo especialmente convincente al respecto lo ofrece la "resolución" en la *tentativa* (§ 43), la cual es sin duda, en este marco, un auténtico elemento subjetivo del injusto (véase más arriba el N. IV, 3); pero, en cuanto "se realiza" en la consumación, *se convertirá* sin más, con arreglo a su contenido, en la característica "objetiva" del hecho. Lo mismo rige con respecto a todos los llamados *delitos de intención* (III, 1).

2. No obstante, *siguen subsistiendo* elementos subjetivos del injusto tan genuinos que tampoco pierden esas relaciones subjetivas en la consumación. Esto rige, muy especialmente, con respecto a los llamados delitos de tendencia (III, 2); aún la "acción impúdica" *consumada* (p. ej., § 176, N. 3) requiere, para existir, la relación "subjetiva" en

orden al campo sexual. Lo propio rige en lo que se refiere a otros tipos jurídico-penales, por ejemplo la injuria (§ 183) y el duelo (§ 205).

VII. La llamada *teoría de la acción finalista* de WELZEL, NIESE, MAURACH y otros autores, de la que nos hemos ocupado en el § 19, incluye *en general* el "dolo", como conocimiento y voluntad del hecho, dentro del *injusto* y *no* de la *culpabilidad* (a la inversa, en cuanto al carácter de culpabilidad, v. LISZT- SCHMIDT, 1932, p. 253, y ENGISCH, *Untersuchungen*, 1930, p. 31). Pero no es posible, evidentemente, que el dolo sea un elemento estructural de la antijuridicidad; la existencia del injusto *culposo* (punible) lo demuestra de manera necesaria e irrefutable. Por lo tanto, se trata solamente de saber si en *ciertos* hechos punibles dolosos hay que agregar al injusto el dolo; por razones deducidas del derecho positivo, lingüísticas, históricas y de orden práctico, hemos demostrado que ello *no* es factible, por lo cual seguiremos sustentando el criterio tradicional de que el dolo pertenece a la *culpabilidad* (el *LeipzKomm.* I, 262-263, ofrece al respecto comentarios detallados). Para el derecho *en vigor*, la cuestión *está solucionada en la ley;* en efecto, el "conocimiento de las circunstancias de hecho" que constituye el núcleo del "dolo", se refiere, con arreglo al § 59, párr. 1, al tipo del injusto y, *por consiguiente, no pertenece* a éste (sino a la *culpabilidad*).

Se debe considerar, al respecto, lo siguiente; aun en el caso en que la comisión "dolosa" pertenezca al tipo *ulterior*, esto es, al tipo de la acción, como ocurre en el § 303 (daño en cosas), no está resuelto todavía, de ninguna manera, que dicha comisión pertenece al tipo *especial* del injusto; se trataría de una afirmación dogmática sin apoyo en la ley. Los §§ 306 y sigts. y 309 contienen *el mismo* tipo del *injusto*, aunque se requiera, en tales casos, la comisión "dolosa". En efecto, el "tipo legal" no es, en absoluto, sólo "*antijuridicidad* tipificada". (Véase sobre el particular la nota de WELZEL en *Das deutsche Strafrecht*, parte especial, 3ª ed., 1952, p. 292.)

Es *inexacto* el argumento que a veces se trae a colación: *toda* palabra que expresa una actividad en el tipo legal significa, como tal y por su esencia, una relación "finalista" con respecto al resultado prohibido y por lo tanto la acción del injusto *podría* ser indicada sólo con la ayuda de una tal relación: la existencia de hechos punibles culposos demuestra que hay también acciones *jurídico-penales* del injusto, en las que esa relación finalista nada tiene que ver. La acción humana es siempre "finalista"; pero la *punibilidad* de la misma no depende de una relación finalista en orden al resultado

prohibido. Con frecuencia, el sofisma que se deduce del § 43 es funesto.

La significación *práctica* de esta discusión *sistemática* es limitada. Se le otorga a menudo una *importancia exagerada.* En efecto, la discusión es irrelevante a los fines de la teoría de la culpabilidad. Aun si se quisiera afirmar (en contra del criterio sustentado aquí), que el dolo pertenece fundamentalmente a la antijuridicidad, no quedaría resuelto el punto relacionado con la significación del dolo en la teoría de la culpabilidad. Efectivamente, los juicios valorativos de la antijuridicidad y de la culpabilidad se encuentran uno al lado del otro en forma del todo *independiente,* y determinan *siempre de por sí* la significación que, en los marcos correspondientes, tiene una situación de hecho. Sería un *sofisma* querer decir: dado que el dolo es, como conocimiento y voluntad del hecho, elemento integrante del injusto, no le puede corresponder significación alguna en el marco de la culpabilidad. Ya se ha demostrado en otro punto, de acuerdo con FRANK y en contra de HEGLER, que *la misma situación de hecho* sirve *a la vez* como punto de contacto entre el juicio del injusto y el de culpabilidad: ENGISCH se expresa en el mismo sentido en el *Festschrift für Edm. Mezger* (1954, p. 132). De todos modos, la cuestión *más importante* a propósito de esta relación, a saber, la referente a la "conciencia de la antijuridicidad" (véase más adelante el § 69) atañe a la *culpabilidad;* en efecto, tampoco la teoría de la acción finalista pretende sostener que la antijuricidad del hecho depende de una tal *conciencia.*

§ 33. La idea del derecho. Justicia y adecuación al fin

Lehrb., p. 202-204. EXNER, *Gerechtigkeit und Richteramt. Zwei akademische Antrittsreden* (Justicia y judicatura. Dos discursos académicos inaugurales), 1922. MEZGER, *Gerechtigkeit und soziale Ordnung* (Justicia y ordenamiento social), 1952.

I. *La base positiva del derecho es, en primer término, la ley.* Este principio rige muy especialmente en el derecho penal con arreglo al § 2; el injusto, al que la pena se conecta, debe ser determinado, como tal, desde el punto de vista típico-legal, antes que sea cometida la acción que implica la pena.

Además de la ley en sentido estricto, es determinante y base de la positividad, tanto en el derecho penal como en las otras ramas del derecho —por ejemplo en las cuestiones de exclusión del injusto—, el *derecho consuetudinario* y, con respecto al caso concreto, el *pronunciamiento judicial.* La "uni-

dad del ordenamiento jurídico" rige también en la teoría jurídico-penal de la antijuridicidad. A los fines del juicio sobre el injusto es determinante, en este aspecto, el total derecho público y privado (*Lehrb.*, 162).

El derecho en vigor requiere, en todas sus relaciones, una fundamentación en una base positiva autoritaria. El hecho de que algo sea advertido como exacto y justo, no constituye todavía derecho "en vigor" en sentido jurídico. Aun la antijuridicidad depende siempre de tales consideraciones, que desembocan, en definitiva, en el estudio del *total complejo de cultura* en su forma histórica (*Lehrb.*, 203).

II. A pesar de esta positividad del derecho, es imprescindible, aun para la aplicación práctica del derecho, *conocer la idea del derecho*. Esto se deduce claramente de la necesidad de una "interpretación" de la ley que responda a la realidad y de los límites de la validez de la ley que se fijan a toda ley positiva. En efecto, el simple arbitrio no es obligatorio como "derecho", tampoco en los casos en que asume la forma exterior de la ley.

Ninguna ley, y tampoco leyes en sentido amplio con inclusión del derecho consuetudinario, agotan la totalidad del derecho. La teoría de la unidad lógica del ordenamiento jurídico es tan sólo "un cuento seductor" (*Lehrb.*, 202). Tal unidad no existe. El simple positivismo legal no ofrece ninguna respuesta exhaustiva a innumerables cuestiones de la vida práctica del derecho. Esa respuesta debe ser buscada, en primer término, en la interpretación amplia de la ley. Y del mismo modo, toda ley en sentido amplio, cuando pretende ser "derecho", excluye, por el solo hecho de esta pretensión, el empleo del arbitrio ilegal.

Existe, por consiguiente, un *derecho supralegal* que se realiza dentro del marco del derecho positivo (y no, por lo tanto, sólo como un "derecho natural" separado de aquél), que determina en todas partes la estructura práctica del derecho y reclama que sea considerado en la misma. Es inherente al derecho, porque es derecho, es su finalidad fundamental y su "entelequia".

Esta concluyente *"idea del derecho"* puede ser formulada, en resumen, solamente así: la tarea del derecho es *crear una conciliación justa entre los intereses de la colectividad y los del individuo* (*Lehrb.*, 204), lo cual significa la "máxima conciliación que se puede lograr en la vida en común en cuanto a la satisfacción de los intereses" (nota 9). Ningún derecho verdadero puede salirse de sus dos puntos de arranque que son la *colectividad* y la *personalidad*. Ellos rigen para

todo derecho como "absolutos" y, por lo tanto, como elementos y valores invulnerables.

III. *Justicia y adecuación al fin.* Llamamos *justicia* a esa idea absoluta del derecho, que todo derecho, aun el positivo, lleva en sí como tal. ¿Qué relación tiene con la *adecuación al fin*? Todo derecho debe ser, por cierto, "adecuado al fin" y las consideraciones sobre la adecuación al fin deben desempeñar siempre un papel en el derecho, si es que éste no es ajeno a la vida y perjudicial. Pero la justicia nunca se deja llevar solamente por la adecuación al fin; tal "utilitarismo" no es, de ninguna manera, el fundamento último del derecho. Tampoco la "adecuación al fin de ayer", esto es, lo confirmado en la evolución, no es todavía como *tal* un "derecho" (véase, al respecto, EXNER, *Gerechtigkeit und Richteramt*, 1922). Por valiosas que estas consideraciones sobre el fin puedan ser en orden a la *aplicación particular*, no son, a la postre, suficientes. En efecto, queda por saber *para qué* algo debe ser adecuado al fin (véase, sobre el particular, "La giustizia penale", 1938, parte II, fasc. 3: *Il naturalismo nel diritto penale*). Ese "para qué" se sustrae a toda fundamentación relativa. Termina en la justicia como un *valor absoluto*, un *"valor en sí"* (*KritVjschr.*, XXVIII, 229). Todo "derecho" *presupone la "justicia"* como un valor dado, un valor, en definitiva, trascendente. De lo contrario, el derecho no es imaginable y sería solamente fuerza exterior y poder desnudo. Estas consecuencias son irrefutables por razones *lógicas*. Si el "derecho" se convirtiera en una *mera* adecuación al fin, *se abandonaría la "idea del derecho"*.

bb) La antijuridicidad típica especial

§ 34. El tipo jurídico-penal y su significación en orden a la antijuridicidad del hecho punible

Lehr., 173-185. *Grd.*, 70-71. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen* (La teoría del delito). 1906. BRUNS, *Kritik der Lehre vom Tatbestand* (Crítica de la teoría del tipo), 1932. CLASS, *Grenzen des Tatbestands* (Límites del tipo), 1933. MEZGER, *Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre* (Transformaciones de la teoría del tipo jurídico-penal) (*NJW*, 1953, p. 2 y sigts.).

I. *El concepto del tipo jurídico-penal.* Es punible sólo el que actúa *típicamente. Todo hecho punible* es, por consiguiente, un *injusto típico*. Pero una acción típica es un injusto, siempre que no exista *ninguna causa de exclusión del injusto*.

La expresión "TIPO" empleada aquí en el sentido estricto

y técnico de tipo del injusto, se basa en el § 59, párr. 1. El concepto correspondiente ha sido desarrollado profundamente por BELING a los fines del derecho penal, pero nosotros no podemos estar del todo de acuerdo con este autor. Este tipo en sentido estricto se distingue del tipo corriente en sentido más amplio como conjunto de los presupuestos a que se liga en general una consecuencia jurídica. Una discusión profundizada del concepto ha evidenciado que *en el marco del derecho penal* se deben distinguir por lo menos *dos significados especiales* (*NJW* 1953, p. 2; ENGISCH, en su notable contribución en el *Mezger-Festschrift*, 1954, p. 130-133, expresa que puede haber otros más):

1. El *tipo de la acción* como *conjunto* de los presupuestos de la acción punible (con inclusión, pues, de los requisitos de la culpabilidad);

2. *El tipo del injusto* como parte del tipo de la acción que se refiere a la *antijuridicidad* del hecho. Este es el *tipo en el sentido estricto del § 59, párr. 1.* No abarca *todos* los presupuestos de la pena, y especialmente la culpabilidad del autor (dolo o culpa) que se refiere, con arreglo a la mencionada disposición legal, al tipo, y que, por lo tanto, no pertenece al mismo. El propio § 59 pone pues de manifiesto que el "dolo", a saber, el conocimiento y la voluntad del hecho, no pertenece al tipo del injusto (lo cual se desprende, con la misma claridad, por ejemplo, de los § § 306 y sigts. y 309, en los que el tipo del injusto aparece expresamente separado de las formas de la culpabilidad, o del § 303, en que la misma ley menciona, una al lado del otro, la antijuridicidad y el dolo); el *LeipzKomm.* (1954, I, 262-263) demuestra con más amplitud que, por razones que se desprenden del derecho positivo, lingüísticas, históricas y de hecho, el dolo *no* pertenece al tipo del injusto. De ahí, que la ordenación hecha por NIESE (*Finalität*, 1951, p. 11), no pueda ser aceptada.

Juntamente con el tipo del injusto aparecen, como "anexos" del mismo, las *condiciones objetivas o externas de la punibilidad.* La culpabilidad del § 59 no se refiere a ellas; no son elementos integrantes de la culpabilidad, estando más bien vinculadas al tipo del injusto. Su carácter es poco unitario y por consiguiente, no hay unidad alguna de criterios (*Lehrb.*, 179). En el vol. I (1944) del *LeipzKomm.* (p. 41-42), NAGLER se ha ocupado detenidamente de tales condiciones. Entre las mismas, citamos (discrepando, en parte, de NAGLER) la disolución del matrimonio y separación de los cónyuges (§ § 170 y 172), la no veracidad del hecho (§ 186), la muerte (§ 227, párr. 1) y la suspensión de pagos o la apertura del concurso (§ 239 de la ordenanza sobre el concurso).

II. *El tipo del injusto como antijuridicidad tipificada.* El tipo, como tipo del injusto en el sentido del § 59, párr. 1, circunscribe el injusto al cual el código penal liga la conminación de una pena; es *"injusto tipificado"* (siempre que no exista una causa de exclusión del injusto). En la descripción del injusto le corresponde, por lo tanto, una significación *material*, es su "fundamento real", su 'ratio essendi', y no sólo su fundamento de reconocimiento, no mera 'ratio cognoscendi'. Muchos autores lo señalan como un "indicio" de la antijuridicidad (p. ej. NAGLER y M. E. MAYER); es cierto que el tipo no demuestra siempre la antijuridicidad de la acción (a saber, cuando existe una causa de exclusión del injusto); pero la expresión indicio se acerca demasiado, por otra parte, al mero fundamento del reconocimiento, en tanto que el tipo fundamenta y no deja simplemente reconocer el injusto cuando una causa de exclusión del injusto no lo anula. Depende de las circunstancias el saber si el tipo trae consigo el injusto en una forma conceptual determinada —como ocurre en el hecho de quitar y adueñarse de una cosa ajena en el § 242—, o si crea el injusto de por sí — como en los casos del incesto (§ 173) o de la impudicia contra la naturaleza (§ 175). Lo uno es tan posible como lo otro. El *Lehrb.* considera detalladamente todas estas cuestiones (182-185).

III. Al *tipo del injusto* (N. I, 2) pertenecen *también* los *elementos subjetivos del injusto*, de los que nos hemos ocupado en el § 32. Lo que se ha dicho en el § 32, VI, 1, tiene aquí una *significación especial*; en los llamados delitos de intención y en la tentativa es necesaria, para la fundamentación del injusto, la "intención" o la "resolución" del autor; la intención o la resolución forman un elemento del tipo del injusto. *Pero* cuando la intención o la resolución *se realizan*, la realización "objetiva" toma el lugar del elemento subjetivo. El hecho de quitarle a otro una cosa que le pertenece requiere, ante todo, para que sea un injusto típico, la intención de adueñarse de la misma (y también, por lo tanto, el conocimiento de que la cosa pertenece a otro). Pero, si *efectivamente* se realiza la acción (ulterior) de adueñarse de la cosa, se da "objetivamente" el tipo del injusto del § 242, aun sin que exista el conocimiento de la situación de hecho.

§ 35. La técnica de los tipos jurídico-penales. Sus elementos y su estructura

I. *Observaciones de carácter general.* La consideración particular de los elementos y de la estructura de los tipos jurídico-penales puede consistir aquí solamente en una *ojeada*

de conjunto sobre los puntos de vista más importantes. La teoría del tipo debe ser tratada, en forma exhaustiva, en la parte especial, vale decir, en el volumen II, dado que los hechos punibles especiales contenidos en la parte especial son, en sus fundamentos, la determinación de los distintos tipos del derecho en vigor. De todos modos, una ojeada de conjunto sobre la estructura de los mismos es —como decíamos— imprescindible en este punto de la parte general; solamente así estaremos en condiciones de captar, aun científicamente, la esencia y la estructura de los distintos hechos punibles. De esta manera, se confirma lo que ya se ha expresado al comienzo (§ 2), o sea que la teoría moderna del tipo jurídico-penal constituye el *puente entre la parte general y la especial del derecho penal.*

II. *La estructura interna de los elementos del tipo.* Se trata de aclarar, fundamental y *lógicamente,* ante todo, los distintos caminos de que el legislador dispone cuando quiere circunscribir la acción y el autor, la actividad y el resultado del hecho, y determinar en tal forma los alcances de la punibilidad. *Dos* son los *caminos* que deben ser mencionados y examinados aquí. El *propio legislador,* para fijar la base de la conminación de la pena, puede emplear *"descriptivamente"* los recursos del lenguaje corriente, como ocurre cuando habla en el código penal, por ejemplo, de la "muerte" de un "hombre" (§ § 211-212 y 222), del "hecho de quitar" a otro una "cosa" mueble que le pertenece (§ 242), del escalamiento de un "edificio" (§ 243, N. 2). Pero el legislador puede *también* señalar *"en forma valorativa (normativa)"* ciertas relaciones que concluyen en otro juicio y valoración. Aquí, ya no se trata de una simple descripción de situaciones y sucesos externos a los que el legislador podría atenerse sin más, sino de determinaciones que requieren, de parte del mismo juez, una valoración y un juicio más circunstanciados, de acuerdo con su propio criterio u otros principios, como ser la costumbre, la conveniencia, las normas que se siguen normalmente en el trato con las personas. Tal ocurre, por ejemplo, cuando el código penal habla de "maltratar" (§ 223) en el sentido de un comportamiento inconveniente, molesto y malo o de acciones "impúdicas" (§ 176, N. 3 y otros parágrafos del capítulo XIII). En este sentido, hacemos una distinción entre elementos típicos descriptivos y elementos típicos normativos o que exigen una valoración.

1. Los *elementos descriptivos del tipo.* Esta simple "descripción" se da tanto frente a cosas y sucesos externos, perceptibles por los sentidos, como frente a procesos y estados

psíquicos. Por lo tanto, pueden existir las siguientes circunstancias descriptivas del hecho:

a) Elementos típicos *objetivos* del mundo sensible externo, como ser la cosa "mueble" (§ 242), el "edificio" (§ 243, N. 2), el "hombre" (§§ 211-212 y 222), la "mujer" (§ 176, N. 1); sucesos como "matar" (§§ 211-212 y 222), "quitar" § 242), "incendiar" (§ 306), etc.

b) Elementos típicos *subjetivos*; se trata de sucesos psíquicos, que se realizan en el alma del autor, especialmente en el caso de los elementos subjetivos del injusto ya descriptos, como las intenciones (§§ 242 y 263), pero corresponde mencionar también la "satisfacción del instinto sexual" (§ 211), etcétera; a estos elementos pertenecen, asimismo, los sucesos psíquicos no situados en el alma del autor: por ejemplo, el hecho de causar escándalo (§ 183).

2. Los *elementos típicos normativos*. Aquí, no puede el juez atenerse a la simple descripción que hace la ley, sino que debe realizar un juicio ulterior relacionado con la situación de hecho. De acuerdo con el campo al que corresponde esta apreciación, se distinguen:

a) Los elementos típicos de juicio *cognitivo*, en los cuales el juez deduce este juicio con arreglo a los conocimientos generales que ofrece la experiencia. Es el caso de la verdad o no verdad objetiva de un hecho (§§ 153-154, 186 ó 263), o de toda especie de "peligrosidad", por ejemplo el instrumento peligroso (§ 223 *a*) o la peligrosidad de una acción (§ 313).

b) Los elementos típicos de juicio *valorativo (emocional), "que exigen una valoración"* en sentido estricto. Es el caso del "maltratar" (§ 223), de la acción "impúdica" (§ 176, N. 3), de la "integridad" (§ 182), de la "necesidad" (§ 248 *a*), etc. Un elemento subjetivo de este grupo es también lo "cruel" (§ 211) o "brutal" y "malicioso" (§ 223 *b*).

Con sutiles diferenciaciones, ENGISCH da otro enfoque a la total teoría de los elementos típicos normativos en el derecho penal (*Mezger-Festschrift*, 1954, p. 127 y sigts.).

III. Los *elementos típicos relacionados con el autor y con el hecho*. Pasamos a los distintos elementos que integran los tipos. Se trata, por un lado, de conceptos legales que tienen en cuenta la persona del autor, y, por el otro, de conceptos que se refieren a la acción y a su resultado. Por consiguiente, abarcan:

1. El *sujeto* de la acción jurídico-penal. Esto ocurre en dos formas:

a) La gran mayoría de las disposiciones penales contenidas en la parte especial empieza con las palabras: *"el que"* mata a un hombre (§§ 211, párr. 2, y 212), *"el que"* quita

una cosa a otro (§ 242), *"el que"* perjudica el patrimonio (§ 263), etc. Aquí, puede ser autor cualquier persona. "El que" es sinónimo de cualquiera.

b) Pero existen también *tipos subjetivamente limitados*, vale decir, tipos en los que autor puede ser solamente un círculo determinado de personas; un extraño no puede ser tomado en cuenta como autor. Los ejemplos más importantes de esta categoría son los llamados *delitos especiales* ('delicta propia'), en los que la ley menciona muy especialmente a personas cualificadas, que son exclusivamente autores, como ser los empleados públicos (§ 359) en los § § 331 y sigts., los abogados, etc. en el § 300, el marido, los padres, el tutor en el § 181, N. 2, y también el "hombre" en el § 175; además, ofrecen ejemplos en tal sentido los llamados *delitos de propia mano*, en los que puede ser autor solamente la persona que actúa directamente, no tomándose en cuenta, por lo tanto, la autoría mediata (como el que jura en falso: § 154; confr. el § 160); finalmente los *tipos* especiales *de autores*, como ser el delincuente habitual peligroso (§ 20 *a*) y el menor con tendencias perniciosas (§ 19 de la ley sobre tribunales de jóvenes).

2. La *acción* y el *objeto de la acción*. En este caso la técnica de la ley es distinta:

a) La acción y el objeto de la acción están mencionados, por lo común, *en forma* del todo *general*, sin destacar, por ejemplo, medios determinados de la acción o propiedades determinadas del objeto de la acción. Es indiferente la forma en que ha sido ocasionada la muerte del hombre (§ 212) o qué cosa ha sido dañada (§ 303). Por "objeto de la acción" se debe entender el objeto material sobre el que la acción se ejecuta; se diferencia del "objeto de protección" que es el objeto al que la ley depara su protección (*Lehrb.*, 188-189); nos volveremos a ocupar del objeto de protección en el § 36. *Pueden coincidir* ambos objetos, como ocurre a propósito del "hombre" del § 212, pero no es necesario que ello ocurra siempre; por ejemplo, en el § 242, el objeto de la acción es la cosa material y, en cambio, el objeto de protección es el derecho de propiedad sobre la cosa.

b) Pero también en la ley pueden desempeñar un papel, en la acción, *medios o formas de comisión especialmente mencionados*, y, en el objeto de protección, *propiedades determinadas*, de modo que no están incluídas en el tipo las acciones que no responden a estos requisitos. Así, el § 229 presupone, como medio de comisión, el veneno, etc., el § 223 *a* un instrumento peligroso, etc., el § 263 una acción engañosa como medio para perjudicar. Se pueden incluir aquí, también, de-

terminadas relaciones espaciales o temporales, como el carácter de público (§ 183), una iglesia (§ 166), las horas nocturnas (§ 243, N. 7), etc.; no siempre "el teatro espacial y temporal del tipo de delito es el mundo y el tiempo sin principio y sin fin" (BELING). A veces, está prevista una limitación más rígida del objeto de la acción; por ejemplo, en contraposición con el § 303 que abarca también cosas inmuebles, el § 242 incluye las cosas "muebles" (si se trata de cosas "inmuebles" no hay hurto, sino solamente violación de domicilio —§ 123, etc.—), el § 182 requiere que el seducido no haya cumplido todavía los 16 años de edad, el § 175 exige la impudicicia con un "hombre", etc.

IV. Los *tipos relacionados con la acción y los relacionados con el resultado.* Se trata aquí de un contraste que abarca la totalidad del tipo.

1. En la estructura de los tipos jurídico-penales, distinguimos los llamados *delitos de simple actividad* de los *delitos de resultado.*

a) En los *delitos de simple actividad,* es suficiente que el autor despliegue una actividad determinada, sin que sea necesario que la misma sea acompañada por un resultado. En tal sentido han sido estructurados, por ejemplo, el § 368, N. 9 (el hecho de caminar sobre jardines de otros, etc.), los § § 153-154 (declaraciones o juramentos falsos, independientemente de las consecuencias ocasionadas; confr. el § 158, párr. 2: "ha ocasionado un perjuicio a otro") o el § 185 (el solo hecho de proferir una injuria). Aun en el § 257 es suficiente la simple prestación de ayuda, con la intención de sustraer al castigo al autor o partícipe o de asegurarles ventajas; a saber, no es necesario que se hayan producido los resultados queridos correspondientes. También se pueden incluir aquí numerosos delitos contra la moralidad, como los previstos en los § § 173 y 175, en tanto que debe interpretarse como delito de resultado, por ejemplo, el delito contemplado en el § 177 y muy especialmente el caso agravado del § 178.

b) En los *delitos de resultado* pertenece al tipo, además de la actividad desplegada, la producción de un resultado determinado; si falta 'in concreto', se podrá hablar, a lo sumo, de una tentativa, de conformidad con el § 43. De tal manera, los § § 211-212 requieren como resultado la "muerte" de un hombre, el § 242 que la cosa haya sido efectivamente quitada, el § 183 (que constituye un caso especialmente interesante) la provocación de un "escándalo" en otra persona, en tanto que la realización de tales acciones, que son sólo "aptas para provocar un escándalo", no es suficiente, con arreglo al derecho en vigor, para realizar el tipo. Este ejemplo demuestra

que el "resultado" puede también situarse en otra persona, como un determinado proceso psíquico.

2. Dentro de los delitos de resultado se distinguen los *delitos de peligro* (en efecto, el mero peligro representa un "resultado") y los *delitos de lesión.*

a) En los *delitos de peligro,* la producción de un "peligro", en el sentido que hemos expuesto en el § 29, forma una parte del tipo. Esto vale, con más exactitud, con respecto a los llamados *delitos de peligro concreto.* Ofrece un ejemplo el § 313, en el que la condena del autor está ligada al presupuesto de que quede demostrada, en el *caso particular,* la producción de un "peligro común para la propiedad". Frente a este grupo de delitos están los llamados *delitos de peligro abstracto*; en éstos la peligrosidad general de la acción da lugar a la sanción penal y puede aplicarse el castigo aun en el caso en que no se haya producido 'in concreto' peligro especial alguno; ofrece un ejemplo al respecto el incendio del § 306, N. 2.

b) En los *delitos de lesión,* el mero peligro no es suficiente, sino que debe haberse producido y demostrado, con arreglo al tipo, la lesión de un bien jurídico determinado, por ejemplo —ya lo hemos dicho— la muerte (§ § 211-212 y 222), la acción de quitar (§ 242), la ofensa a los sentimientos (§ 183), etcétera. El hecho de perjudicar la salud de otro (§ 223) constituye, sin lugar a dudas, una "lesión" de la salud (no un simple peligro); en cambio, es discutible si también en el mal trato corporal existe una lesión en este sentido o si la verdadera lesión no constituye un requisito esencial.

V. Los *tipos fundamentales y sus modificaciones.* Esta contraposición tiene una amplia significación para la estructuración de la parte especial. La misma posibilita tomar como puntos de partida, en la exposición de la parte especial, tipos básicos bien determinados y describir las divergencias como meras modificaciones.

1. No es posible determinar de antemano, en forma terminante y definitiva, cómo se delimitan y conciben estos *tipos fundamentales.* Es, más o menos, una cuestión de criterio práctico. También la evolución histórica tiene que ver en ello. Tales tipos fundamentales característicos del derecho positivo son, por ejemplo, el hecho de que alguien "mate a un hombre (ocasione la muerte de un hombre)" (§ § 211-212 y 222), "quite a otro una cosa mueble ajena" (§ § 242 y 249; confr. el § 246), "realice una acción impúdica" (en los delitos contra la moralidad previstos en el capítulo XIII, p. ej., en el § 176, N. 3, en el § 183, etc.), la afirmación y divulgación de hechos que atentan contra el pudor (§ § 186 y 187), el

hecho del que "maltrata en el cuerpo o perjudica la salud" (§ § 223 y sigts.), etc.

Tales tipos fundamentales sirven como formas nucleares para estructurar, en particular, grupos más grandes de delitos. Esto se desprende con especial claridad, por ejemplo, en la lesión corporal de los § § 223 y sigts. El § 223 fija el tipo fundamental de la lesión corporal "simple" y del mismo se obtienen la lesión corporal "peligrosa" del § 223 *a*, la lesión corporal "grave" de los § § 224 y 225, la "lesión corporal seguida de muerte" del § 226, etc.

2. La *modificación del tipo fundamental en casos especiales* se reduce a ciertos tecnicismos de orden legal (al respecto, detenidamente MAURACH, 1954, p. 205 y sigts.). En relación con el tipo fundamental, tienen especial importancia las formas siguientes:

a) Los *casos agravados (cualificados)*, como los casos del hurto "agravado", previsto en el § 243 frente al tipo fundamental del § 242; y

b) Los *casos atenuados (privilegiados)*, por ejemplo el homicidio a pedido (§ 216) y el infanticidio (§ 217) frente a los tipos fundamentales de los § § 211-212.

Se habla de un *'delictum sui generis'* (*Grd.*, 171), cuando, de conformidad con la correlación total, la ley ha creado, con la ayuda de las causas de agravación o de atenuación, un *nuevo hecho punible independiente*. V. WEBER (1946, p. 35) y, con particularidades de orden lingüístico, FRANK (p. 93), tratan a fondo los casos en cuestión. Antes habíamos admitido como 'delicta sui generis' los casos previstos en los § § 216 y 217 (*Lehrb.*, 194; SCHÖNKE, en el § 216, I, no está de acuerdo con lo que opina FRANK a propósito del § 216, p. 468; y en cambio, en el § 217, I, coincide con él acerca del § 217, p. 469). En la parte especial (4ª ed., 1954, p. 24 y 26) se ha seguido ahora, sobre el particular, un criterio restrictivo. Se trata siempre de cuestiones de interpretación.

VI. Los *tipos simples y compuestos*. Se trata, aun aquí, por lo general, de combinaciones de formas típicas especialmente determinadas y cerradas. Al respecto, distinguimos:

1. Los *tipos simples*. Se dan, por lo común, en los tipos fundamentales (N. V, 1), pero no se limitan a ellos. Aun en el caso en que de un tipo fundamental se forme un tipo especial por agregarse una característica ulterior —como ser, del hurto del § 242, un hurto con reincidencia con arreglo al § 244— sigue existiendo un "*tipo* simple". Este tipo no debe ser confundido con el *delito (hecho punible)* simple; con esta última expresión sólo nos referimos, generalmente, al tipo fundamental; así se habla de *hurto* "simple" (§ 242) en con-

traposición con el hurto agravado (§ 243) o del hurto con reincidencia (§ 244); de *lesión corporal* "simple" (§ 223) en contraposición con la lesión corporal peligrosa (§ 223 *a*) o la agravada (§ § 224-225); de *receptación* "simple" con arreglo al § 259 en contraposición con la receptación profesional (§ 260), etcétera. En cambio, cuando nos referimos al *tipo* simple, pensamos en una característica formal en su estructura, que será determinada más exactamente mediante su contrario, a saber la reunión de varios tipos que son independientes por su naturaleza.

2. Los *tipos compuestos* pueden tener distintas formas.

a) El ejemplo más evidente lo ofrece el tipo *acumulativo* (llamado también "hecho punible compuesto en sentido estricto"), como ser el robo (§ 249), que constituye la unión de la coacción (§ 240) y del hurto (§ 242). También corresponde incluir entre estos casos los hechos punibles con resultados reunidos acumulativamente (M. E. MAYER), y muy especialmente los llamados hechos punibles cualificados por el resultado, como la lesión corporal seguida de muerte (§ 226); en cambio, pertenecen todavía a los tipos simples los hechos punibles que lesionan distintas *normas* (BINDING), como el hurto (§ 242) (violación de la custodia + violación de la propiedad). Otro ejemplo de tipos acumulativos lo ofrecen los tipos de varios actos: la falsificación de documentos (§ 267 en su redacción *anterior*) —que requería una falsificación (elaboración falsa) del documento y el uso del mismo— constituía un caso especialmente evidente de tales tipos; la circunstancia de que los dos actos hayan sido separados en la *nueva* redacción del § 267 mediante la novela de 29 de mayo de 1943, en la que la "y" se ha convertido en una "o", muestra que el acto de falsificación y el del uso son efectivamente dos tipos independientes.

b) Pertenece también a los tipos compuestos el llamado *tipo permanente*. Se entiende por tal la descripción de una acción en la que pertenece al tipo, no solamente la producción, sino también el mantenimiento de la situación, por ejemplo, de privación de la libertad (§ 239). El hecho punible está "terminado", por consiguiente, una vez suprimida dicha situación (aun en el caso en que pueda haber sido "consumado" con anterioridad, contrariamente a lo que ocurre en el caso de la simple tentativa con arreglo al § 43). Acerca de la distinción, que es difícil y objeto de discusiones, entre *delito permanente*, *delito instantáneo* y *delito continuado*, véase la parte especial (4ª ed., 1954, p. 60 con datos bibliográficos: § 18, N. 3, referente a la privación de la libertad) y el § 97 de este libro.

VII. Los *tipos fijos y los tipos mixtos*. También en estos casos, existe una reunión entre distintos tipos.

1. El tipo *fijo* puede ser cometido sólo en *una* forma, la cual puede ser simple (N. VI, 1) o compuesta (N. VI, 2). En este sentido, es fijo, por ejemplo, el hurto, aun en el caso de que sea agravado (§ 243, N. 1), en tanto que la conjunción disyuntiva "o" contenida en los Nos. 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del § 243 excluye la propiedad de referencia. Otro caso de tipo fijo es la impudicicia con animales (§ 175 *b*), en tanto que la "o" contenida en el § 175 destaca distintas formas de comisión.

2. El tipo *mixto* reúne, en cambio, a varios tipos en una unidad externa y bajo una sola sanción penal. *Lingüísticamente*, tales leyes mixtas se caracterizan por la presencia de una "o". La ley emplea con mucha frecuencia esta técnica. Pero su sentido puede ser muy distinto. A saber, la ley mixta puede abarcar (con relación al sujeto de la acción, su modalidad, su objeto, etc.):

a) *Varias especies del mismo caso*. Se habla aquí de una *"ley mixta alternativa"*. En el aspecto subjetivo, ofrece un ejemplo el § 353 ("impuestos u otras contribuciones para cobrar"), en la modalidad de la acción el § 217 ("durante o inmediatamente después del parto"), en el objeto de la acción el § 146 ("moneda metálica del país o extranjera").

b) *Varios casos*. Se habla aquí de una *"ley mixta acumulativa"*. En el aspecto subjetivo pueden servir como ejemplos el § 334 ("un juez, miembro del jurado o escabino") o el § 266 (titular del derecho o depositario de la confianza); en la modalidad de la acción, el § 360, N. 11 ("alboroto o grave desorden"), el § 175 ("realiza impudicicia o deja que otro abuse de él"), el § 267 ("fabrica un documento falso o altera un documento auténtico"), y el § 257 (encubrimiento de personas o de cosas); en el objeto de la acción, el § 306, N. 1 y 2 (edificios destinados a funciones religiosas o a morada de personas), el § 181 (prostituir a la esposa o a los hijos) y el § 113, párr. 1 y 3 (ataque contra agentes de ejecución o personas que acuden para prestar ayuda).

La asignación a uno u otro grupo (*a* o *b*) se presta, con cierta frecuencia, a dudas, y presenta dificultades de orden interpretativo, pero es importante con respecto a algunas cuestiones (p. ej., la determinación alternativa). En el § 223 ("maltratar en el cuerpo o perjudicar la salud"), se deberán admitir dos variedades de un caso solo *(a)* y no dos casos independientes *(b)*.

VIII. Los *tipos cerrados y los tipos que necesitan un complemento*. La literatura se ha ocupado reiteradamente de esta cuestión, que es la de las llamadas *leyes penales en blanco*

(véase, al respecto, con más detalles, el *Lehrb.*, 196). Aquí, nos limitaremos a destacar las diferencias fundamentales.

1. Por *tipos cerrados*, entendemos los tipos que llevan en sí mismos todas las características del hecho punible correspondiente. Casi todas las disposiciones de la parte especial se refieren a este grupo de tipos, como ser las sobre el asesinato y el homicidio (§ § 211-212), aborto (§ 218), hurto (§ 242), estafa (§ 263), extorsión (§ 253), acceso carnal violento (§ 177), incendio (§ 306), etc.

2. Por *leyes penales en blanco*, entendemos, en cambio, aquellos tipos que en la forma externa (y no, por lo tanto, por necesitar una valoración como ocurre en el caso previsto en el N. I, 2 b) remiten a complementos que se encuentran fuera de ellos. Esta técnica legal es frecuente en las leyes jurídico-penales accesorias; en el mismo código penal se encuentra, por ejemplo, en el § 145. Se distinguen:

a) Las *leyes penales en blanco en sentido amplio*, en las cuales el necesario complemento está contenido en la misma ley o, por lo menos, en otra ley emanada de la misma autoridad legislativa. Así, por ejemplo, el § 49 de la ley sobre patentes de 5 de mayo de 1936 dispone: "El que utiliza dolosamente una invención en contra de las disposiciones de los § § 6, 7 y 8, será castigado con prisión."

b) Las *leyes penales en blanco en sentido estricto*, en las cuales el necesario complemento está contenido en una ley emanada de otra autoridad legislativa, por ejemplo, una sanción penal establecida en una ley del Reich contra una infracción a normas del derecho de los Estados o el ya mencionado § 145.

IX. Los *elementos típicos relacionados con la culpabilidad y las llamadas condiciones objetivas (externas) de la punibilidad.* Ya se ha hablado de este contraste, a propósito de otra relación. En el § 59, el concepto del "tipo legal" se refiere solamente a las circunstancias del hecho que abarcan la culpabilidad del autor. Por exigencias de orden práctico, se deberían incluir en el tipo en sentido amplio, como "anexos" del tipo (*Lehrb.*, 177) o como características del tipo en sentido amplio (*Grd.*, 71), también las llamadas condiciones objetivas (externas) de la punibilidad. Hacemos, por consiguiente, esta distinción:

1. Las *circunstancias del hecho relacionadas con la culpabilidad* (§ 59), esto es, la enorme mayoría de los elementos del tipo de la parte especial; por ejemplo, "hombre" (§§ 211 y sigts.), "cosa mueble ajena" (§ 242), persona que no ha cumplido los 14 años de edad (§ 176, N. 3), etc.

2. Las *llamadas condiciones objetivas (externas) de la*

punibilidad, como ser la disolución del matrimonio (§ 172), la no demostrabilidad de la afirmación (§ 186) y, de acuerdo con la jurisprudencia predominante, también la legitimidad del ejercicio de funciones públicas (§ 113). La delimitación de estas condiciones objetivas de la punibilidad son objeto de numerosas discusiones.

Además del tipo jurídico-penal, están los especiales *presupuestos procesales.*

§ 36. El sentido de los tipos jurídico-penales. El bien jurídico, el objeto de protección y el objeto de ataque en las distintas disposiciones jurídico-penales

Lehrb., 197-204. *Grd.,* 67-70.

I. *El sentido de los tipos jurídico-penales.* Así como es necesario tener una idea exacta acerca de los distintos elementos y de la estructura de los tipos jurídico-penales, del mismo modo es imprescindible entenderse sobre el total contenido, a saber el *sentido* del tipo en conjunto.

Tratamos de penetrar en este sentido más profundo del tipo particular, cuando consideramos el BIEN JURÍDICO en él protegido. Por consiguiente, este bien jurídico es, a la vez, el *objeto de protección* de la ley, o, considerado desde el punto de vista del delincuente, el *objeto de ataque* contra el cual se dirige el delito. Bien jurídico, objeto de protección y objeto de ataque de un tipo jurídico-penal, considerados siempre desde un punto de vista distinto, tienen, por lo tanto, el mismo sentido; son términos sinónimos.

II. El *bien jurídico* (*objeto de protección, objeto de ataque*) no es, como el ya mencionado "objeto de la acción", un objeto concreto del mundo exterior. Es una *figura ideológica,* la *valoración objetiva* en su forma más sencilla, que el bien protegido lleva en sí o la síntesis realizada en ideas de lo que el tipo abarca en conjunto de acuerdo con su sentido. El "bien jurídico" evidencia, con ello, el valor que posee para el individuo, como su portador directo, y para la sociedad como tal. Por consiguiente, no hay que quedar atados a ideas materialistas o negar una "espiritualización" de este concepto de bien jurídico. Del mismo modo, significa desconocer esta importante teoría, investigada muy especialmente por BIRNBAUM en lo que respecta a su utilidad y necesidad, el reprocharle un enfoque "individualista"; en efecto, es fundamental para el bien jurídico de los tipos jurídico-penales, el que no sea solamente un bien del individuo, sino de la sociedad, un "bien del derecho". Por lo tanto, la suma de todos los

bienes jurídicos significa, a la vez, el ordenamiento del derecho en conjunto (WELZEL; 1947, p. 3). Pero, con respecto a los distintos tipos, el bien jurídico es, como dice HONIG, una "abreviatura en extremo práctica para el fin que persiguen los diferentes preceptos del derecho penal".

La esencia y el campo de aplicación de este bien jurídico (objeto de protección y objeto de ataque) de diferentes preceptos penales, se captan mejor con un *ejemplo* concreto. Los §§ 211 y sigts. y los §§ 223 y sigts. conciernen al homicidio y a la lesión corporal de un hombre, protegen la vida y el cuerpo; desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, la vida y el cuerpo constituyen los objetos de protección, y, desde el punto de vista del delito, los objetos de ataque, en pocas palabras, los *bienes jurídicos* de los §§ 211 y sigts. y §§ 223 y sigts. Por consiguiente, la figura ideológica del bien jurídico coincide con el objeto corporal, contra el cual se dirige el hecho punible. No obstante, en el hurto (§ 242) se separan, y en este caso se deduce la necesidad de una "espiritualización" del concepto de bien jurídico. El objeto corporal contra el cual el hurto se dirige, esto es, el "objeto de la acción", es la cosa hurtada, en tanto que el "objeto de protección", esto es, el "bien jurídico" (§ 242) es la relación ideológica existente entre propiedad y cosa. Dicha espiritualización aparece aún más claramente en la injuria (§§ 185 y sigts.), la cual incluye, como bien jurídico, el "honor" del lesionado; aquí no se toma en cuenta, como objeto de ataque, el objeto corporal, siendo éste solamente el medio por el cual se pone de manifiesto la violación del honor, interesando de antemano, como objeto de protección, sólo una figura ideológica. Pueden ser bienes jurídicos protegidos también medios y modalidades especiales, etc., de la acción, por cuanto, mientras la ley las menciona especialmente, les ofrece su especial protección. A manera de ejemplo, es bien jurídico protegido, en el robo (§ 249), además de la propiedad (como en el § 242), también la libertad (como en el § 240), y, en el hurto con fractura (§ 243, N. 2), además de la propiedad (como en el § 242), también la tranquilidad doméstica (como en el § 123) y la integridad del objeto de salvamento (como en el § 303), y en el envenenamiento (§ 229) la especial protección contra los venenos. No es siempre necesario que esta relación sea especialmente mencionada; a menudo, la misma se deduce del conjunto, como ocurre en la falsificación de documentos (§ 267) por estar comprometida la buena fe, o en la declaración falsa y en el perjurio (§§ 153 y sigts.), por estar en juego el interés que el tribunal tiene de que se diga la verdad. En los llamados delitos de peligro común (§ § 306

y sigts.) es bien jurídico, en el mismo sentido, la seguridad pública, en los crímenes y delitos en el ejercicio de funciones públicas (§ § 331 y sigts.), la corrección en el ejercicio de las mismas. En cuanto a este último grupo se han señalado muy especialmente las "relaciones personales" del autor y el "valor del acto" de la acción (WELZEL; 1954, p. 1 y sigts.; 47 y 74); lo esencial del delito no está constituído, en este caso, por la violación objetiva del bien jurídico, sino por la "caída de los valores fundamentales de los sentimientos jurídicos". En ello, hay algo cierto. Bien jurídico puede ser, asimismo, la integridad de una relación "personal"; no se debe solamente pasar por alto el interés objetivo, que existe en la corrección del desempeño de las funciones públicas; de lo contrario, se obtendría una subjetivación incorrecta y unilateral del fin penal. Tal significación objetiva del bien jurídico (dado el caso, juntamente con la relación "personal") sigue siendo importante cuando la ley penal se refiere más de cerca al proceso de motivación del autor para la determinación del hecho punible, por ejemplo, en las palabras "para su provecho" (§ 259), en el destaque del "por placer de matar", "para satisfacer el instinto sexual", los "motivos viles", la "forma alevosa" (§ 211), como así también en los elementos subjetivos del injusto estructurados diferentemente, como ser las "intenciones" de los § § 242 y 263, etc. Al mantener la *base objetiva* del bien jurídico también en los casos en que las condiciones "personales" del autor determinan la protección jurídica en un grado particular, se niega a la vez la procedencia de esa tentativa que consiste en hacer, del derecho en vigor, un mero "derecho penal de los sentimientos".

III. Los ejemplos mencionados han puesto de manifiesto el hecho importante de que las distintas disposiciones penales se determinan y pueden ser explicadas, en no pocos casos, no mediante un bien jurídico singular, sino mediante una *pluralidad de bienes jurídicos (objetos de protección, objetos de ataque)*. Esto resulta con toda claridad en el robo (§ 249), en que los bienes jurídicos protegidos son tanto la propiedad como la libertad.

La determinación del bien jurídico no es siempre clara y terminante. A menudo, se ponen de manifiesto en la misma, también, diferencias profundas de pareceres acerca del verdadero fin de una disposición penal, que tienen, por su parte, una amplia influencia sobre la interpretación de la ley. A manera de ejemplo, en el § 218 (aborto), aparece, como bien jurídico protegido, de acuerdo con el encabezamiento del parágrafo, la vida incipiente; pero, en esta disposición, desempeñan un papel, evidentemente, aún puntos de vista político-

demográficos que, de acuerdo con el enfoque dado por el intérprete de la ley, al determinar el bien jurídico determinante, requieren una consideración más o menos amplia. Presenta dificultades particulares la determinación del bien jurídico en los crímenes y delitos contra la moralidad (capítulo XIII); en el § 177, se encuentran, evidentemente, en primer plano, como bienes jurídicos protegidos, la libertad y el honor sexual de la víctima, en tanto que en el § 176, N. 3 desempeñan un papel bienes jurídicos de la colectividad (el interés de que el desarrollo sexual de los jóvenes se realice sin inconvenientes). En cambio, las disposiciones como las contenidas en los §§ 173, 175 y 181, etc., no pueden explicarse, en general, teniendo en cuenta los bienes jurídicos de la víctima (la cual puede estar de acuerdo con la realización del hecho punible, y, por lo tanto, no está "lesionada" por el mismo), sino los bienes jurídicos especiales de la colectividad en el sentido del interés que existe por la limpieza sexual. En otras palabras: en el capítulo XIII aparecen, uno al lado de otro, "hechos punibles contra el individuo" (tipo principal, el contenido en el § 177) y "hechos punibles contra la colectividad" (como los §§ 173, 175, 181, etc.). Acerca de la total cuestión, véase MAURACH, 1954, p. 182 y sigts.

La extraordinaria importancia que tiene, hasta en las diferentes cuestiones de la interpretación y de la sistemática, una concepción exacta de "bien jurídico", puede ser confirmada recurriendo a los dos ejemplos siguientes. Trátase de la determinación del bien jurídico en los §§ 263 (estafa) y 259 (receptación). La estafa, contemplada en el § 263, es por cierto y en primer lugar un delito contra el patrimonio, y, por consiguiente, el "patrimonio" es, en forma preponderante, el bien jurídico protegido en el parágrafo en cuestión. Pero, ¿es el patrimonio el *único* bien jurídico contemplado en el § 263? Las opiniones son, al respecto, distintas. SCHÖNKE (§ 263, I) admitió la procedencia de este punto de vista y se refirió expresamente al criterio "de que la disposición debe proteger, además del patrimonio, también el derecho a la verdad"; "el bien jurídico protegido es solamente el patrimonio (*RGStr.*, 74, 168)". También nosotros hemos admitido este punto de vista (nota en *DR* 1940, p. 1098 y *Grd.*, 211, 284). Pero esta opinión no es defendible. En efecto, no existe un "derecho a la verdad" protegido en general penalmente en forma ilimitada. No obstante, la violación de la verdad es punible en relaciones establecidas (hechos de falsedad), a saber, cuando se refiere a la persona que extiende los documentos (falsificación de documentos —§ 267— o falsificación en sentido estricto), cuando ocurre ante el tribunal, etc., o en formas solemnes determinadas (§§ 153 y sigts.), como falsificación ideológica de documentos en casos determinados (§§ 271 y 348, párr. 1), como imputación falsa (§ 164), como difamación o calumnia (§§ 186-187) y, por fin, si dicha violación de la verdad se relaciona con finalidades de orden patrimonial en la estafa (§ 263). Por lo tanto, los bienes jurídicos protegidos son, en la estafa, tanto el patrimonio como la buena fe en las relaciones con el mundo exterior. SCHÖNKE ha adherido a esta opinión en las ediciones 5ª (1951) y 6ª (1952) de su *Kommentar*. En cambio, se puede dudar, en lo que respecta a la receptación, contemplada en el § 259, si la misma

es castigada solamente por la "perpetuación" de la situación antijurídica patrimonial o *también* por el "hecho de aprovechar" un hecho punible ya cometido; dado que nosotros admitimos este último punto de vista (*ZStrW.* 59, p. 549 y sigts.), el "bien jurídico" contenido en el § 259 no es solamente la propiedad sobre una cosa, sino también el no aprovechamiento de hechos punibles ya cometidos (circunscripto a la vinculación materia) prevista en este parágrafo 259).

De tal manera, el *bien jurídico* está destinado a circunscribir más exactamente, siempre, la *función protectora* de cada hecho punible, y por ello se presenta como un medio extraordinariamente valioso e imprescindible para interpretar correctamente la *esencia íntima de los preceptos del derecho penal.* En virtud del bien jurídico, se reconoce siempre, con claridad y evidencia, cuál es el interés del individuo y de la sociedad protegido por la ley, frente a una situación determinada de relaciones sociales.

b) LA EXCLUSION DE LA ANTIJURIDICIDAD

§ 37. La exclusión de la antijuridicidad en general

Lehrb., 204-207. *Grd.*, 74 y sigts.

I. *Las causas de exclusión del injusto en general y las manifestaciones ligadas con las mismas.* La conducta típica (§ § 34 y sigts. de este libro) fundamenta, por lo general, la antijuridicidad del hecho. Pero, una acción típica *no* es *siempre* antijurídica. *No* lo es, si existe una *causa de exclusión del injusto.* La expresión lingüística no es, a este respecto, decisiva; en efecto, algunos autores hablan, a propósito de estos "casos de exclusión de la antijuridicidad", de *causas de justificación* (en primer término, BERNER, como lo hace notar FRANK, p. 139; v. HIPPEL, vol. II, p. 189, nota 7, menciona, entre los autores que emplean esta expresión, a v. LISZT y Graf zu DOHNA); otros hablan de *circunstancias negativas del hecho* o de *características negativas del tipo* (como Ad. MERKEL, citado en v. HIPPEL, II, p. 189, nota 4; acerca del pro y el contra, véase la nota 5, y FRANK, lug. cit.).

Estas causas de exclusión del injusto no son, por cierto, las únicas causas que eliminan la punibilidad de una conducta típica. La punibilidad queda suprimida, aun existiendo la antijuridicidad, si, por ejemplo, falta la culpabilidad del autor, por cuanto es característica fundamental del hecho punible, juntamente con la antijuridicidad, la culpabilidad. La misma queda eliminada si existe una *causa de exclusión de la culpa-*

bilidad, que es equivalente a la causa de exclusión del injusto. Tampoco en este caso hay uniformidad en cuanto a la expresión lingüística; algunos autores, al referirse a las causas de exclusión de la culpabilidad, emplean, como expresión sinónima, las palabras *causas excusantes* (*Lehrb.*, 364 y nota 2 con citaciones), pero debe preferirse la expresión usada en primer término (*Grd.*, 118). En cambio, al faltar la imputabilidad o el dolo del autor, no se puede hablar de una causa de exclusión de la culpabilidad (*Lehrb.*, 306), por cuanto no existe, en este caso, un *presupuesto* fundamental de la culpabilidad. No es siempre asunto de fácil solución, y requiere, por lo tanto, una consideración especial en los distintos casos, establecer si en el caso correspondiente está excluída la punibilidad del hecho por faltar la antijuridicidad (causa de exclusión del injusto) o por faltar la culpabilidad del autor (causa de exclusión de la culpabilidad). Lo que importa es establecer si la causa particular de exclusión concierne a la valoración objetiva del hecho total o si elimina solamente el reproche personal, pese a existir el injusto. Esta distinción es especialmente importante en el campo del *estado de necesidad* (véase, al respecto, el *Lehrb.*, 231-232 y 369, nota 16, acerca de la llamada teoría de la diferenciación); cuando v. HIPPEL (II, 231-232, 236 y 238) lamenta que con ello se "desmembra" en dos partes el campo unitario, no se da cuenta que la teoría del estado de necesidad logra claridad y exactitud en sus repercusiones jurídico-penales, precisamente en virtud de dicha diferenciación. El proverbio que "la necesidad no conoce ley", se puede aplicar al derecho penal sólo en parte. Algunos casos determinados del estado de necesidad (*Lehrb.*, 232) excluyen la "ley" y la violación de la misma y, en consecuencia, la antijuridicidad del hecho (como ser el estado de necesidad reconocido en los § § 228 y 904 del código civil, la situación de legítima defensa del § 53, párr. 1 y 2, y los casos del llamado estado de necesidad supralegal), en tanto que otros no afectan la antijuridicidad y suprimen solamente la culpabilidad del autor (como el estado de coacción del § 52, el estado de necesidad del § 54 y algunos casos de inexigibilidad), o bien, al mantener la culpabilidad, dan lugar, a lo sumo, a una atenuación de la pena (§ § 248 *a* y 264 *a*).

Además de las causas de exclusión del injusto y de la culpabilidad, la jurisprudencia y la doctrina conocen, asimismo, las *causas personales de exclusión de la pena* y se refieren a las mismas, en algunos puntos, muy especialmente (véase, a este respecto, el *Lehrb.*, 73, 284-285, 364 nota 2, 367 nota 9, 370 nota 16, 431 nota 16 y 448; no admite este concepto, con razón, v. HIPPEL, II, 231). Pero el criterio que se sostiene so-

bre el particular carece de la claridad necesaria; el que una causa de exclusión sea de índole personal o no, es una cuestión muy distinta de aquella de si la pena debe quedar suprimida por cuanto le falta la antijuridicidad al hecho o la culpabilidad al autor. La antijuridicidad es, por regla general, una determinada característica "objetiva" y no, por consiguiente, sólo "personal" del hecho; a pesar de lo cual, pueden darse también causas de exclusión del injusto "personales" y con eficacia tan sólo personal, si, por ejemplo (*Grd.*, 77), se hace depender la existencia de la situación de legítima defensa que excluye el injusto (§ 53) de una intención personal de defensa. A la inversa, las causas de exclusión de la culpabilidad conciernen al reproche "personal" contra el autor, y por lo tanto no tiene mucho sentido hacer otra distinción entre éstas y las causas especiales personales de exclusión de la pena. El total contraste, estructurado de esta manera, proviene, esencialmente, de la rígida dependencia anterior de las formas de la participación (§§ 47 y sigts.), del hecho principal; se ha intentado hacer diferenciaciones a fin de negar, a las llamadas causas personales de exclusión de la pena, eficacia frente a los partícipes. Al haber estructurado la Novela de 29 de mayo de 1943, en forma independiente, a la participación, la total distinción ha perdido, sustancialmente, la significación que tenía. Pero, las causas personales de exclusión de la pena, que no afectan, en realidad, el injusto del hecho y la culpabilidad del autor, no son, por regla general, causas de exclusión de la pena, sino, a lo sumo, *causas de supresión de la pena* (§ 46) (*Grd.*, 172). SCHÖNKE (antes del § 51, V) admite la existencia de una "causa personal de exclusión de la pena" —con cierta razón— en el § 247 (impunidad del allegado en el hurto). Véanse, en el mismo lugar, también los datos bibliográficos y la remisión a la discusión a la que dió lugar la sentencia 1, 335 del Tribunal Supremo para la zona británica en materia penal.

Las causas de exclusión del injusto y de la culpabilidad crean, para la *exposición* didáctica, *casos* especiales *de excepción*. Pero hay que guardarse de sacar consecuencias efectivas de una tal exposición; en efecto, se trata aquí solamente de una exposición lógica en las formas de regla y de excepción. En realidad, una conducta típica que se beneficia con una causa de exclusión del injusto (p. ej., una lesión corporal con consentimiento eficaz según el § 226 *a*, un homicidio en situación de legítima defensa con arreglo al § 53 o la detención acorde con el deber, realizada por un empleado de la policía), *no es antijurídica*, así como no es antijurídica una acción que no es, desde un principio, típica; no existen, en tales ca-

sos, una lesión corporal, un homicidio o una privación de la libertad "en sí antijurídicos" y que la causa de exclusión del injusto haya convertido en legítimos. El hecho realizado con consentimiento, el homicidio llevado a cabo en situación de legítima defensa y la detención acorde con el deber no son, desde un principio, un injusto. Se ocupan de esta cuestión, con mayor detenimiento, el *Lehrb.*, 205-206 y el *Grd.*, 74, 118; aun v. HIPPEL (II, 189, nota 6) se expresa en este sentido.

La circunstancia de que no se tome en cuenta —como ocurre a menudo— que la separación entre el tipo y la causa de exclusión del injusto constituye solamente una exposición especial de regla y de excepción *sin* consecuencias *prácticas*, trae consigo la creencia errónea de que se puede y se debe contestar de diferentes maneras la cuestión del dolo con respecto al tipo y a la causa de exclusión del injusto. Y ello no es posible, porque es, a menudo, una mera casualidad que las "circunstancias negativas del hecho", en las que se basa la causa de exclusión del injusto —por ejemplo, los presupuestos de la legítima defensa en el § 53, párr. 2— estén mencionados en un parágrafo especial de la ley o en un tipo. Pero, no se deben ver las "circunstancias negativas del hecho" en la falta de la antijuridicidad —como ocurre siempre (BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, p. 36 y sigts.; v. LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, 1932, p. 146, nota 5)—, sino que habrá que buscarlas en la situación capaz de aclarar esa falta. Con respecto a estas "circunstancias negativas" rige, a la inversa, lo que el § 59, párr. 1, prescribe expresamente para las circunstancias "positivas". Acerca de esta *"teoría de las circunstancias negativas del hecho"* y la significación que tiene en el marco de la teoría de la culpabilidad, véase ahora el § 68, III, de este libro y el amplio comentario del *LeipzKomm.*, vol. I (7ª ed., 1954), p. 445, N. 11.

II. *La sistemática de las causas de exclusión del injusto.* La misma es todavía muy defectuosa (*Lehrb.*, 204 y sigts.), pero, una vez que estén bien aclarados los criterios fundamentales, puede ser objeto de un desarrollo conceptual ordenado. Los puntos de arranque son los dos siguientes:

1. El injusto puede faltar al hecho si éste tiene, desde un principio, una característica que suprime el injusto. Hablamos, en este caso, del *principio de la ausencia del injusto* (*Lehrb.*, 207: principio de la ausencia del interés; *Grd.*, 75: principio de la ausencia de la necesidad de la protección). El principio en cuestión adquiere significación en los casos siguientes:

a) El *consentimiento del lesionado*, y
b) El *consentimiento presunto*.

2. Pero el injusto puede faltar al hecho, también porque lo favorece un derecho eficiente. En este caso, hablamos del *principio del derecho preponderante* (Lehrb., 225: principio del interés preponderante; *Grd.*, 76: principio de la preponderancia de la necesidad de la protección). Tal principio se aplica en estos casos:

a) *Derechos especiales de acción,*

b) *Deberes especiales de acción,* y

c) Como resultado del *principio de la valuación de los bienes jurídicos.*

La *producción intencional* de una causa supuesta de justificación, a fin de proceder injustamente bajo la protección de la misma, no suprime el injusto; en tal sentido, se expresa, acertadamente, SCHÖNKE en su *Kommentar* (6ª ed., 1952, p. 196 y 7ª ed., p. 212). En el marco de la legítima defensa existe un caso de esta índole especialmente importante, y nos referiremos al mismo oportunamente.

aa) LA EXCLUSIÓN DEL INJUSTO MEDIANTE EL CONSENTIMIENTO

§ 38. El consentimiento del lesionado

Lehrb., 207-218. *Grd.*, 75. HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten* (El consentimiento del lesionado), primera parte, 1919.

I. *No actúa antijurídicamente el que obra con el consentimiento eficaz del lesionado.* 'Volenti non fit iniuria' (D., 47, 10, 1, § 5). Este precepto del derecho romano se refería, en su origen, solamente a un grupo muy restringido de hechos punibles (*Lehrb.*, 213). Al mismo se le ha atribuído a menudo, pero sin razón, un significado excesivamente amplio. Aun hoy se considera que el consentimiento del lesionado no excluye siempre el injusto de un hecho; si se considerara que lo excluye con carácter absoluto, se admitiría la libre facultad de disposición sobre el bien jurídico de que se trata, lo cual no ocurre siempre. En las épocas en que se sigue una orientación individualista, se extiende, por lo general, el ámbito del consentimiento eficaz, y, en cambio, en aquellas otras en que se destaca el valor de la colectividad, se tiende a restringirlo.

II. *La teoría del consentimiento* en el derecho penal debe solucionar dos cuestiones: la cuestión relativa al ámbito de eficacia del consentimiento y la que se refiere a los presupuestos necesarios de dicho consentimiento. La doctrina se ocupa

ampliamente de dicha teoría, con inclusión de la teoría del consentimiento presunto. Contienen más datos al respecto el *Lehrb.*, 207 y sigts. y el *Grd.*, 75-76 con indicaciones bibliográficas; FRANK, p. 43 y sigts.; SCHÖNKE, 6ª ed., 1952, p. 197-198; el *LeipzKomm.*, 7ª ed., 1954, I, 299 y sigts.; WELZEL (1954), p. 70 y sigts., y los comentarios al § 226 *a*, como asimismo MAURACH (1954), p. 295 y sigts.

1. *¿Cuál es el ámbito en que el consentimiento excluye el injusto?* El § 216 demuestra que el consentimiento del lesionado no excluye el injusto en todos los hechos punibles; el hecho de matar no sólo a quien ha consentido el homicidio, sino incluso a quien lo ha pedido expresa y seriamente, sigue siendo un injusto punible. El ámbito del consentimiento eficiente fué objeto, con anterioridad y respecto de otros casos, de muchas controversias (*Lehrb.*, 215 y sigts.) y, si no existían disposiciones legales, ese ámbito era muy incierto. En la actualidad, el § *226 a* establece con respecto al caso más importante, el de la lesión corporal, una firme regla jurídica, a saber: "El que realice una lesión corporal con el consentimiento del lesionado, actúa antijurídicamente sólo si el hecho, no obstante el consentimiento, infringe las buenas costumbres". Por lo tanto, lo que es, en este caso, decisivo, es el *hecho* de contrariar las buenas costumbres, y no el consentimiento (en cuanto al duelo a golpes de puño, confr. la sentencia *BGHStr.*, 4, 31); una lesión corporal causada, por ejemplo, con fines sádicos, es punible, a pesar del consentimiento. Por lo demás, la explicación completa de la disposición corresponde a la parte especial, en el marco de la lesión corporal (§ § 223 y sigts.). Pero esta disposición que, de acuerdo con su texto, se refiere solamente a la lesión corporal, fija también principios análogos de apreciación en orden a hechos punibles afines. La privación de la libertad. el adulterio, la injuria y otros tipos realizados con el consentimiento, deberán tratarse y juzgarse con arreglo a criterios similares (*Grd.*, 75; WELZEL, p. 72, no comparte este punto de vista en lo que al adulterio se refiere). El § 226 *b* (esterilización) ha sido derogado por la ley N. 11 del Consejo de Control de 30 de enero de 1946, y, en consecuencia, ya no está en vigor. Notable es el consentimiento sobre todo en los delitos contra el patrimonio, en los cuales se realizan intromisiones en los derechos privados del lesionado, de los que éste tiene, como tales, la libre disposición; la antijuridicidad del hurto, de la apropiación indebida, del daño en las cosas, etc., queda excluída al consentir el titular del derecho la apropiación o la destrucción (*RGStr.*, 44, 42).

2. *¿Cuáles son los requisitos que debe tener el consen-*

timiento eficaz? La contestación exacta presupone el conocimiento de la esencia del consentimiento jurídico-penal (*Lehrb.*, 208-210); no es éste un negocio jurídico del derecho privado como admite la *teoría del negocio jurídico* de ZITELMANN, sino una acción jurídica de naturaleza propia, como sostiene, con acierto, la llamada *teoría de la acción jurídica*. De ahí que, para admitir un "consentimiento" en el sentido jurídico-penal y con eficacia jurídico-penal, no se deben emplear los principios del derecho civil sobre la declaración de la voluntad *(teoría de la declaración de la voluntad)*, sino que es suficiente que exista en el que otorga el consentimiento, una dirección reconocible de la voluntad *(teoría de la dirección de la voluntad)*. La causa de justificación tiene efecto, objetivamente, prescindiendo del conocimiento o del deber de conocimiento de parte del autor; dicha causa se refiere a la acción como tal. WELZEL (p. 72) sostiene otro punto de vista, por cuanto, a su juicio, no se debe tomar solamente en cuenta el valor del resultado, sino también el valor del acto de la acción (por consiguiente, conocimiento del autor exigido por el consentimiento), en tanto que SCHÖNKE (p. 198, ahora p. 214), adhiere a la teoría afirmada aquí. El consentimiento *'a posteriori'* es irrelevante desde el punto de vista jurídico-penal. El mismo es libremente revocable hasta el momento del hecho.

Las cuestiones referentes a los *requisitos de la voluntad* y a la *ausencia de la voluntad* del que consiente tienen un interés particular. La capacidad para realizar negocios jurídicos del derecho civil o la edad del que consiente, no son decisivas; hay que examinar, en el caso particular, si el lesionado poseía la capacidad de juicio necesaria y si el consentimiento correspondía a su verdadera voluntad (en el mismo sentido, SCHÖNKE). La cuestión tiene importancia *práctica* principalmente en los ataques inmorales contra menores (véanse, al respecto, las sentencias citadas en el *Lehrb.*, 211, nota 8 y, en la parte especial, a propósito de la injuria y de los delitos contra la moralidad). La representación en la voluntad, aun por intermedio del representante legal, es fundamentalmente imposible, en virtud del carácter personal del consentimiento (*Lehrb.*, 211; en sentido contrario, pero dentro de límites prudentes, WELZEL, 71); no obstante, los criterios deducidos del principio del interés preponderante, pueden producir con frecuencia consecuencias análogas, en el resultado, a las que se deducirían del consentimiento del representante legal. De ahí, que no tenga fundamento el temor a una "laguna jurídica", expresado por MAURACH (1954, p. 299). En este aspecto, es interesante la sentencia *RGStr.*, 74, 350 (tratamiento cura-

tivo de un niño). En cuanto a los presupuestos de un consentimiento eficiente, véase la sentencia 4, 88 del Tribunal Federal.

El consentimiento debe ser *serio* y *voluntario* y corresponder a la verdadera voluntad del que consiente (*Lehrb.*, 211, con *RGStr.* 41, 394; 71, 349). El empleo de la coacción impide consentir válidamente. "Una restricción efectiva a la libertad de decidir del lesionado excluye la eficacia del consentimiento" (FRANK, *Nachtrag*, 1936, p. 44). Por lo tanto, la voluntad del que consiente no debe ser restringida por una situación de coacción (SCKÖNKE, § 226 *a*, II, 1). El consentimiento otorgado por error, el consentimiento logrado sorprendiendo con astucia o bien con amenazas, quedan excluídos del ámbito del consentimiento eficaz; en cambio, el mero error en el motivo es, en principio, irrelevante (pero el consentimiento es libremente revocable en todo momento, de modo que no necesita una impugnación especial). Aun el consentimiento otorgado de manera irreflexiva es totalmente válido hasta el momento de la revocación: NAGLER, *LeipzKomm.*, 6ª ed., 1944, p. 373. De esta teoría de la ausencia de la voluntad, se desprende, por lo tanto, que un *consentimiento* que infringe las buenas costumbres es nulo, y que un *hecho* que infringe las buenas costumbres sigue siendo antijurídico con arreglo al § 226 *a*, aun si hay consentimiento.

§ 39. El llamado consentimiento presunto

Lehrb., 218-225 con bibliografía. *Grd.*, 75.

No actúa antijurídicamente el que obra en circunstancias tales que, de conocer el lesionado la situación de hecho, habría consentido eficazmente en la acción.

Motivan esta ampliación del campo del consentimiento en el derecho penal, casos como éstos (*Lehrb.*, 219): la irrupción en la casa de un vecino, durante la ausencia de éste, para reparar la cañería del agua que ha reventado; la apertura de una carta dirigida a un amigo, para que no quede desatendido un pedido urgente; dar muerte a un perro de valor a quien el tranvía ha seccionado las patas traseras; el disparo mortal contra un corzo herido, en un coto de caza ajeno, para entregarlo al que tiene el derecho de caza en aquel terreno; una lesión producida al que está a punto de ahogarse, para poder salvarlo; una intervención quirúrgica realizada por un médico a un accidentado que ha perdido el conocimiento o una ampliación de la misma a otro terreno, aprovechando la narcosis. En todos estos casos, falta un consentimiento real y,

como tal, válido; pero evidentemente el lesionado lo habría otorgado si hubiera tenido conocimiento de la situación de hecho por la que atravesaba, y por lo tanto tales casos deben ser considerados *como* si el consentimiento hubiese sido otorgado de verdad. Hay uniformidad de opiniones al respecto. Puede haber dudas solamente acerca de la interpretación de estos casos y de la fundamentación, en los mismos, de la exclusión de la antijuridicidad.

Se trata del que se ha dado en llamar *consentimiento presunto* (expresión desacertada desde el punto de vista lingüístico). (En cuanto a los datos bibliográficos, véanse el § 38, el *Lehrb.*, 218 y sigts., y el *Grd.*, 75-76; WELZEL, 68, y SCHÖNKE-SCHRÖDER, 214-215, están de acuerdo, en muchos puntos, con la teoría de tal consentimiento, pero la conectan con el principio del interés; en sentido crítico, NAGLER en el *LeipzKomm.*, 6ª ed., 1944, p. 376). Véase también MAURACH, 1954, p. 301 y sigts. La expresión es, lingüísticamente, desacertada (*Grd.*, 75), por cuanto *no* se trata (como la misma hace suponer) de una presunción en el sentido de la admisión subjetiva de un consentimiento de parte del autor (de ahí que no sea atinada la objeción de FRANK, p. 144, de que queda afectada sólo la culpabilidad y no la antijuridicidad), *sino* de una "presunción" *objetiva*, es decir, de la *comprobación judicial* de que el lesionado habría consentido en la acción si hubiera conocido *exactamente* la situación de hecho (*Lehrb.*, 219-220). Esta *comprobación objetiva* actúa en *sustitución, perfectamente válida, del verdadero consentimiento* (véanse las sentencias 25, 375 y 61,242 del Tribunal del Reich, citadas en el *Lehrb.*, 222). Remitimos expresamente al *Lehrb.* (218-225) en cuanto a la detenida fundamentación y exposición de otros intentos de solución y, sobre todo, a la teoría de ZITELMANN referente a la gestión de negocios sin encargo. No hay que sorprenderse que el criterio del llamado consentimiento presunto pueda llevar, incluso, a no acatar la *declaración* expresa del interesado (*Lehrb.*, 225); en efecto, esto ocurre exclusivamente en los casos en los que tal declaración depende de un *desconocimiento de la verdadera situación de hecho*, esto es, de un *error*, y en los que *consta* (¡y no solamente se presume!) que, *si el lesionado hubiera tenido exacto conocimiento de la situación de hecho*, habría resuelto *de otra manera*.

WELZEL (1947, p. 56) se había expresado como sigue: "Si el lesionado puede no consentir, el hecho que se realiza en el interés de él es legítimo, si se hubiera podido esperar, con arreglo a un juicio objetivo, su consentimiento". También este autor toma como punto de arranque, por consiguiente, la circunstancia de que no se debe prescindir de lo que el "lesio-

nado" habría querido si hubiera tenido conocimiento de la situación (su voluntad es determinante, aun si hubiera querido, en este caso, en contra de su interés). WELZEL requiere, *además*, que el hecho se haya realizado *verdaderamente* "en el interés de él" (o sea del lesionado). Con todo, no se comprende por qué, en los casos en que es determinante el "consentimiento" personal del lesionado (¡y aquí se trata exclusivamente de este campo!) se deba requerir una justificación (ahora, 1954, p. 68: "subcategoría del estado de necesidad supralegal"). Aun SCHÖNKE (p. 214) conecta el criterio de la gestión de negocios sin encargo, la acción en el interés del lesionado y el consentimiento presunto; habla, en este sentido, de la causa de justificación del "actuar en el interés y con el consentimiento presunto del lesionado". Por otra parte, NAGLER (*LeipzKomm.*, p. 376) desconoce excesivamente los criterios que vinculan la causa de justificación al consentimiento.

bb) La exclusión del injusto en virtud de derechos especiales de acción

§ 40. La legítima defensa

Lehrb., 233-239. *Grd.*, 77 y los comentarios al § 53. Profundamente MAURACH, 1954, p. 276 y sigts.

No actúa antijurídicamente el que obra en situación de legítima defensa con arreglo al § 53. El § 53, párr. 2, reza: "Legítima defensa es aquella defensa que es necesaria para alejar de sí o de otro un ataque actual y antijurídico." Distinguimos, por consiguiente, la situación de defensa necesaria, de la forma de la defensa y de las consecuencias de la legítima defensa.

1. La ley define la situación de legítima defensa con estas palabras: se debe tratar de un *"ataque actual y antijurídico"*.

a) El *"ataque"* debe partir de un ser viviente. Las cosas inanimadas no atacan, aun cuando puedan perjudicar. Se debe pensar, en primer lugar, en el ataque realizado por una persona completamente responsable. Sin embargo, se admite, casi en general, y sobre todo por la jurisprudencia (opiniones divergentes en NAGLER, *LeipzKomm.*, 1944, p. 419, N. 2), que aún el inculpable a causa de error y el inimputable pueden atacar: *RGStr.* 27, 44. Se debe admitir el mismo criterio en lo que respecta a los animales (el término "antijurídico" del

§ 53, párr. 2, debe ser interpretado, desde el punto de vista del atacado, en sentido *figurado*: véase bajo la letra b), tanto en el caso que sean dirigidos por el hombre, como si actúan de por sí: coincidentes NAGLER, lug. cit., MAURACH y SCHÖNKE (§ 53, II, 1 a), también con remisiones al derecho extranjero; en sentido divergente, WELZEL, 1954, p. 63, como asimismo la jurisprudencia, puesto que ésta aplica, en lugar del § 53, sólo el § 54, y el § 228 del código civil (*RGStr.* 34, 295; 36, 230). Pero es muy posible que, en este caso, varias disposiciones legales actúen, una al lado de otra, excluyendo el injusto (*Lehrb.*, 233-234).

El ataque es, por regla general, un *hacer activo*. Pero puede consistir, también, aunque con carácter de excepción, en una *omisión*, si existe un deber de actuar, como ocurre al no poner en libertad a un recluso, una vez extinguido el tiempo de la pena: *Lehrb.*, 233; en el mismo sentido, SCHÖNKE (II 1), NAGLER (ob. cit., p. 418) y también WELZEL (lug. cit.). Por lo tanto, es excesivamente limitada la definición del ataque, como la acción dirigida a modificar una situación existente. Más exacto sería decir que el ataque es toda violación de intereses jurídicamente protegidos realizada por un ser viviente. El hecho de no cumplir una obligación no constituye un ataque.

Todo *bien jurídico*, y no solamente un bien jurídico penalmente protegido, es, en principio, susceptible de ser defendido (*Lehrb.*, 233; SCHÖNKE, II, 1 b; WELZEL, lug. cit.). El ataque puede estar dirigido contra el cuerpo o la vida, la libertad, el honor, la moralidad, la paz doméstica, el patrimonio, la posesión u otros intereses protegidos. La jurisprudencia está, en esto, de acuerdo; *RGStr.* 21, 168 (honor); 48, 215 (promesa de matrimonio); 60, 273 (propiedad, posesión); 55, 167 (derecho de caza).

b) El ataque debe ser *"antijurídico"*, otra característica que exige la legítima defensa, y lo es si el mismo se dirige contra las normas objetivas de valoración del derecho (*Lehrb.*, 234). No se podrá repetir, a este respecto, lo que WELZEL (1947, p. 46) afirmaba (pero luego, en la 4ª ed., p. 63 y sig., modificó su punto de vista), que el concepto de la antijuridicidad debería entenderse, en el § 53, en otro sentido no técnico. En cambio, el criterio sostenido por SCHÖNKE (II, 2), de acuerdo con BINDING y FRANK, coincide con el nuestro, a saber: se debe considerar antijurídico todo ataque que el atacado no está obligado a consentir. Pueden tener significación para la antijuridicidad aun elementos subjetivos del injusto (*Grd.*, 77).

El atacado puede defenderse también del ataque del cual él es *culpable* e incluso del ataque provocado por él mismo.

Pero el § 53 no protege a quien provoca el ataque con la *intención* de lesionar al atacante bajo el pretexto de la legítima defensa (*Lehrb.*, 234; SCHÖNKE coincide en cuanto al resultado, II, 2). Confr., al respecto, también la sentencia del Tribunal Superior Regional de Celle de 4 de diciembre de 1946, *DRZ*, 1947, 134.

No hay posibilidad de legítima defensa frente a acciones legítimas inherentes al cargo, que la víctima tiene la obligación de tolerar, pero sí frente a acciones inherentes al cargo y estatales antijurídicas (detenidamente, sobre el particular, SCHÖNKE y WELZEL). No es antijurídico el ataque cuando lo justifican razones especiales, por ejemplo, en justas deportivas (*Grd.*, 77). No existe legítima defensa contra legítima defensa, pero sí contra el exceso en la legítima defensa con arreglo al § 53, párr. 3, o contra una acción realizada a raíz de una orden obligatoria antijurídica.

c) Finalmente, el ataque debe ser *"actual"*, y lo es cuando se presenta como inminente o dura todavía, pero no cuando solamente amenaza en el futuro o cuando ya ha terminado (*Lehrb.*, 235). Por lo tanto, no es preciso que ya haya comenzado la verdadera lesión del atacado: *RGStr.* 53, 132. El hecho punible del atacante puede estar consumado en el ataque punible, en tanto que la legítima defensa puede ser permitida hasta el momento de la terminación: *RGStr.* 55, 82 (el disparo efectuado contra el ladrón que ha emprendido la fuga; *Grd.*, 77). Otros comentarios, en SCHÖNKE, II, 3, y en el *Leipz-Komm.*, 420-421, N. 4. Acerca de la colocación de armas que disparan automáticamente, cepos, etc., véase el *Lehrb.*, 235.

2. La ley define la *defensa* admisible con las siguientes palabras: la *"defensa que es necesaria para alejar de sí o de otro el ataque"*.

a) La *"defensa"* es la acción de repeler el ataque. Puede ser defensa defensiva u ofensiva, vale decir, una simple acción de repeler o una conducta activa contra el agresor: *RGStr.* 16, 71. En el *Lehrb.* (235-236), la defensa ha sido determinada en forma objetiva, vale decir, independientemente de los elementos subjetivos del injusto, por lo cual sería decisiva sólo la situación externa, pero no lo sería el *conocimiento* del ataque ni la existencia de una *intención* de defensa (véanse allí comentarios más detenidos y datos bibliográficos). En cambio, el Tribunal del Reich requiere una *voluntad* de defensa, a fin de que pueda admitirse una defensa en el sentido del § 53. No es perjudicial la concurrencia de otros motivos, con arreglo a la sentencia 3, 194 del Tribunal Federal. Ya hemos adherido a dicho criterio —abandonando, según consta en el *Grd.* (p. 77), el sustentado en el *Lehrb.*— y lo seguimos

manteniendo. Coincidentes SCHÖNKE (IV, 1) y WELZEL (ob. cit.). Por consiguiente, es necesaria una *voluntad de defensa* como causa *subjetiva* de justificación; de ahí se deduce que, dado el caso, la exclusión de la antijuridicidad es referida "personalmente" y que en la misma situación externa, uno (el que actúa con voluntad de defensa) está justificado, y otro (que actúa sin tener tal voluntad) puede actuar antijurídicamente.

b) La defensa debe ser *"necesaria"* para alejar el ataque. Este requisito debe ser examinado en cada caso, de acuerdo con criterios *objetivos*; una creencia errónea subjetiva puede excluir, según las circunstancias, el dolo, y el exceso en la legítima defensa (§ 53, párr. 3) la culpabilidad del autor. En principio, *no* se requieren la paridad o la proporcionalidad entre la defensa y el ataque; si es necesario, la víctima puede recurrir a los medios más graves (*Lehrb.*, 236; *Grd.*, 78) —como ser el homicidio— para defender el bien jurídico atacado, aun en el caso en que éste consista en meros intereses patrimoniales. El derecho no tiene por qué ceder al injusto (en el *Lehrb.*, 236, se mencionan la doctrina y la jurisprudencia relacionadas con este punto y los siguientes; *RGStr.* 55, 82 y sigts., 85). El derecho vigente no exige, en sí, que se contrapesen el bien jurídico a proteger y el lesionado por la defensa. Pero la última jurisprudencia destaca, con frecuencia cada vez mayor, acertadamente (con las palabras "es necesaria"), que quien se defiende debe elegir, entre varias formas de defensa, la que menos perjudica al adversario (*RGStr.* 71, 133 y 72, 57). NAGLER (*LeipzKomm.*, 6ª ed., 1944, p. 426) habla del "principio de la reacción relativamente más débil". Si es legítimo ocasionar un mal, es permitida también, naturalmente, la simple amenaza del mismo, en la forma, por ejemplo, de un disparo al aire; en los casos en que la amenaza es suficiente para defenderse, corresponde al atacado elegirla. No se puede exigir una fuga vergonzosa al que se encuentra en situación de legítima defensa; pero, si éste puede evitar el ataque, sin faltar a su propia dignidad, quedará reducida la admisibilidad de medidas más graves. La sentencia, ya mencionada, del Tribunal Superior Regional de Celle de 4 de diciembre de 1946 (*DRZ*, 1947, 314) coincide con este criterio. Por lo tanto, la renuncia *fundamental* a la proporcionalidad de los medios de defensa no excluye, de ninguna manera, la necesidad de examinar la *peculiaridad de cada caso*, tomándose en cuenta más equitativamente la situación del agresor. Puesto que se admite la legítima defensa también contra ataques de personas que son víctimas de error, enfermos mentales, niños, etc., en tales casos le corresponde al agredido el deber de advertir que no se continúe en el ataque. OETKER

(*VDA*, II, 294 y sigts., y en el *Frank-Festgabe*, I, 360 y sig.) distingue, en general, la acción de repeler un "ataque" del simple *exceso en la legítima defensa* y *limita*, frente a éste, la defensa, *fundamentalmente* mediante el criterio de la proporcionalidad. Aun cuando esta distinción no parece ser, sin más, aceptable, el punto de vista en que la misma se basa es, indudablemente, justificado (*Grd.*, 78) y confirma lo que se acaba de decir. En el mismo sentido, en cuanto al resultado, también WELZEL (1954, p. 65).

La lesión de terceras personas no queda cubierta por la legítima defensa, según comenta acertadamente el Tribunal del Reich (58, 27); pero en otra sentencia del Tribunal del Reich (21, 168), se expresa que la circunstancia de que sean afectados intereses de carácter general (perturbación del servicio religioso), no excluye la aplicabilidad del § 53. También frente a un tercero puede fundamentarse un *estado de necesidad*, que excluye, con arreglo al § 54, la culpabilidad y, por consiguiente, la punibilidad. El *Lehrb.* trata este punto detenidamente; SCHÖNKE (IV, 4) coincide con el criterio sustentado aquí.

c) La defensa debe alejar *"de sí o de otro"* el ataque. Con otras palabras: de acuerdo con el § 53, se justifica también el *auxilio necesario*. Acerca de los requisitos correspondientes, véase la sentencia del Tribunal Federal 5, 245. Del mismo modo que todo bien jurídico es *susceptible de defensa*, asimismo lo es *el bien jurídico de cualquier persona* (*Lehrb.*, 238). De manera especial, *no* es necesario que se trate de un familiar en el sentido del § 52, párr. 2. NAGLER (*LeipzKomm.*, 424) habla de *"derecho de auxilio"*. Este puede tomar también la forma de una acción inherente al cargo. NAGLER entiende que, cuando se oponen al injusto los organismos estatales, éstos hacen uso de la soberanía que otorga facultades que van mucho más allá del § 53. Esta coacción administrativa hace superfluo este parágrafo; pero, cuando no es admisible tal recurso a las facultades estatales y administrativas, o bien éste no conduce, en el caso de que se trata, a un resultado claro y terminante, queda intacta la aplicabilidad del § 53, si existen los presupuestos correspondientes. En cambio, el llamado *auxilio necesario del Estado* —esto es, el auxilio en favor del Estado (*Lehrb.*, 238, nota 24; SCHÖNKE, III y *LeipzKomm.*, 429), reiteradamente mencionado en esta relación— corresponde mejor a la relación de las acciones realizadas en virtud de deberes que excluyen el injusto.

3. Los *efectos* de la legítima defensa están contenidos en el principio según el cual *la auténtica legítima defensa excluye la antijuridicidad de la acción de defensa*. Actuar

en situación de legítima defensa no constituye un injusto. Este principio está afirmado expresamente en el § 227 del código civil. Ya habíamos arribado a la conclusión (*Lehrb.*, 238) de establecer los *tres principios* siguientes:

a) *No existe legítima defensa contra legítima defensa.* En efecto, ésta presupone un ataque "antijurídico", pero la acción de defensa no es antijurídica.

b) *La participación en la acción de defensa no es punible.* Este principio regía antes (1933), sin excepciones, bajo el imperio de la llamada accesoriedad extrema y cuando la legítima defensa era determinada objetivamente (*Lehrb.*, 235-236). Y rige fundamentalmente aun respecto de la llamada accesoriedad limitada de la Novela de 29 de mayo de 1943 (*RGBl.* I, 339 y 341). Pero, si es correcto requerir (*Grd.*, 77), para la acción de defensa, una voluntad subjetiva de defensa, se puede imaginar que la misma existe sólo en los distintos partícipes; de ahí la posibilidad de la autoría mediata a través de un autor legítimo (esto en contra del criterio afirmado en el *Lehrb.*, 426-427, nota 4).

c) *La creencia errónea de que existen los presupuestos de la legítima defensa (llamada legítima defensa putativa) excluye el dolo.*

§ 41. El estado de necesidad del derecho civil

Lehrb., 232.

No actúa antijurídicamente el que obra en el estado de necesidad previsto por el derecho civil, con arreglo a los §§ 228 y 904 del código civil. Ambas disposiciones hablan sólo de la actuación sobre cosas. El § 228 presupone una cosa que es, en sí misma, causa del peligro ("un peligro ocasionado por ella"), y en cambio el § 904 se refiere a una cosa neutral, sobre la cual es necesaria una "actuación para evitar un peligro actual (que amenaza de otro lado)". Pueden citarse, como ejemplos, la utilización de un bote ajeno para salvar a una persona que se está ahogando, o de un caballo que es propiedad de otro para ir a buscar a un médico. En estos dos casos es admisible la actuación sobre la cosa, y los mismos excluyen, con arreglo al texto de la ley, la antijuridicidad de tal actuación, pero exigen la valuación de los bienes jurídicos. A tales derechos corresponde un deber de consentimiento de parte del que tiene el derecho sobre la cosa; por lo tanto, no se admite la legítima defensa del propietario, el cual, no obstante, puede encontrarse, según las circunstancias, en estado de necesidad.

§ 42. Otros derechos privados o públicos

No se actúa antijurídicamente cuando la acción está protegida por otro derecho privado o público. La totalidad del derecho privado y público adquiere aquí una significación práctica respecto de la teoría de la antijuridicidad jurídico-penal (*Lehrb.*, 239). SCHÖNKE (195 y sigts.) y el *LeipzKomm.* (p. 434) mencionan otras reglamentaciones extraídas de diferentes campos del derecho. No viene al caso tratar aquí en forma agotadora esas particularidades, siendo suficientes algunas indicaciones.

Del campo del derecho civil, deben citarse, ante todo, las disposiciones referentes al auto-auxilio legítimo (§ § 229-231, 561, 859, 860 y 1029 del código civil) y aquellas especiales de la gestión de negocios sin encargo (§ 679 del código civil).

En el propio ámbito del derecho penal, pueden deducirse otros criterios. En este sentido, es particularmente importante el § 193 en el campo de la injuria (§ § 185 y sigts.). El mismo crea una causa especial de justificación al reconocer expresamente la llamada *salvaguardia de intereses legítimos.* Rige, en primer término, respecto de los § § 185 y 186; según el Tribunal del Reich (5, 56; 16, 139; 34, 222; 48, 415), la aplicación es posible, "raras veces", aun en el caso de calumnia pronunciada a sabiendas con arreglo al § 187 (en el mismo sentido se expresan v. LISZT-SCHMIDT, 25ª ed., p. 512, y FRANK, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 193, II; en contra, SCHÖNKE, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2ª ed., 1944, § 193, II, 2, con bibliografía). El Tribunal del Reich (71, 171; 72, 98; 74, 261), niega, con respecto a la falta imputación prevista en el § 164, la aplicabilidad del § 193, tanto por la falta imputación a sabiendas (§ 164, párr. 1), como por aquella formulada con ligereza (§ 164, párr. 5) (en el mismo sentido, SCHÖNKE, § 164, VIII), debiéndose advertir, no obstante, que para la interpretación y aplicación de la ligereza, de la que habla el párrafo 5, siguen teniendo significación los criterios del § 193 (coinciden con este punto de vista SCHÖNKE, § 164, VI, 3 con *RGStr.*, 71, 37, y KOHLRAUSCH, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 38ª ed. 1944, § 164, N. 10). En cambio, v. LISZT-SCHMIDT (ob. cit., p. 511) ven, en el § 193, la expresión de un principio general, válido para el *total* derecho penal; dicho parágrafo debe solamente recordar, y muy especialmente al juez, la "regla general" en este punto. Pero a este criterio se opone la consideración de que el § 193 crea un derecho especial en lo que al campo de la injuria se refiere, y debe ser interpretado, precisamente, de esta manera.

cc) La exclusión del injusto en virtud de deberes especiales de acción

§ 43. Situación oficial y de servicio

Lehrb., 225.

No actúa antijurídicamente el que en virtud de su situación oficial o de servicio, está obligado a obrar en la forma en que lo hace. Por lo tanto, no proceden antijurídicamente, por ejemplo, el alguacil que, de conformidad con sus funciones, sustrae al deudor, contra la voluntad de éste y con la fuerza, objetos que deben ser ejecutados; el verdugo que ejecuta una sentencia de muerte; el funcionario de la prisión que encierra al reo dando cumplimiento a una sentencia; el gendarme y el agente de policía que adoptan medidas de fuerza con arreglo a sus deberes oficiales respectivos. A este campo pertenecen, asimismo, el ejercicio de facultades disciplinarias de los superiores jerárquicos, el comportamiento del soldado en la guerra, el empleo autorizado de armas de parte del militar y del funcionario en tiempo de paz.

Tiene importancia fundamental saber si la legitimidad y la antijuridicidad de la acción deben ser delimitadas exclusivamente, en estos casos, con arreglo a características objetivas, o si en los mismos se debe tomar en cuenta también la situación *subjetiva* del autor, en el sentido de que se pueda justificar solamente una acción realizada con criterio personal, acorde con el deber que le incumbe. En principio decide —tal es la solución que se debe dar al problema— la delimitación objetiva; las normas legales correspondientes dicen cómo debe comportarse el autor y, por consiguiente, qué es lo "justo". No obstante, puesto que se trata, con frecuencia, de una apreciación que depende de la situación concreta, se debe recurrir, a la vez, también a la situación del autor subjetivamente acorde con el deber. Esto puede encontrar una solución terminante sólo respecto de los diferentes casos y se relaciona íntimamente con la total reglamentación extra jurídico-penal de las distintas materias, sobre todo la del derecho administrativo.

§ 44. Autorización competente

Lehrb., 226. *Grd.*, 76.

No actúa antijurídicamente el que procede con la autorización lícita de la autoridad competente. No existe aquí, para

el *autor*, obligación alguna de actuar. No obstante, incluimos este caso entre los deberes especiales de acción, por cuanto la cuestión de la *autorización* constituye, por lo general, una cuestión de apreciación acorde con el deber.

Un examen más extenso de cuáles son los casos en que existe, en particular, una "autorización lícita de la autoridad competente" no puede efectuarse aquí; el mismo abarcaría, en efecto, el total campo del derecho, y, sobre todo, del derecho político y administrativo. Por consiguiente, la tarea del derecho penal puede consistir tan sólo en presentar —por decirlo así— una letra en blanco, una fórmula general de exclusión del injusto que debe ser llenada de otra manera. Una autorización y permiso otorgados 'contra legem' de parte de una autoridad no suprime la antijuridicidad, dado que ésta no está por encima o en el mismo nivel de la ley, sino subordinada a ella.

En relación con este principio, se deben mencionar también los casos en los cuales actividades peligrosas especialmente admitidas (autorizadas) acarrean perjuicios a otros. Aun en estos casos puede existir, en el permiso y en la autorización como tales, motivo para delimitar la responsabilidad jurídico-penal; se decidirá solamente en los distintos casos si está suprimida la antijuridicidad de la violación de derechos e intereses de otros o si el autor queda tan sólo exculpado. Se ocupan más detenidamente de estas cuestiones SCHÖNKE, antes del § 51, III, 9 (no existen, a su juicio, derechos profesionales) y el *LeipzKomm.*, 6ª ed., p. 367 (riesgo efectivo). En cambio, el principio de la "adecuación social" desempeña, según WELZEL (1954, p. 61; 4ª ed., p. 62) un papel decisivo; aunque podemos no estar de acuerdo en que el principio de la "acción adecuada socialmente" es siempre legítimo, por cuanto no se puede deducir aquí de la tipicidad, consecuencia alguna para la antijuridicidad, el mismo debe ser tomado en cuenta en los distintos casos y ofrecer, por lo demás, un criterio acerca de una causa general de exclusión del injusto (véase más adelante, al final del § 50). MAURACH (1954, p. 472 y sigts.) se ocupa profundamente de estos problemas (riesgo permitido).

Los casos del llamado *estado de necesidad del Estado* y del llamado *auxilio necesario del Estado*, requieren un examen particular. La cuestión (véase al respecto, v. HIPPEL, II, 205-206 y 228), se ha considerado con frecuencia, tomándose como base el § 53 y planteándose el problema de si puede invocar la legítima defensa quien mata al traidor a la patria en momentos en que éste quiere pasar la frontera con planos secretos, o quien, empleando la fuerza, previene un delito o

impide un suicidio, etc. WELZEL destaca con razón (ya lo había hecho en la obra titulada *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1944, p. 71) que este criterio del "auxilio necesario del Estado o del pueblo" no constituye un simple caso de legítima defensa "civil", sino una causa política, independiente (supralegal) de justificación. El Tribunal del Reich se ha ocupado detenidamente de estas cuestiones (63, 215 y sigts. y 220). Los casos como éstos se comprenderán mejor si se considera que se decide utilizando, *con proceso lógico*, algunos conceptos de los § § 53 y 54 y el principio de la valuación de los bienes jurídicos. Está permitido impedir con la fuerza la comisión de un delito; también está permitido —pero no hay a este respecto, una seguridad absoluta— impedir con la fuerza un suicidio. SCHÖNKE considera estas cuestiones en el § 53, III y en el § 54, IV (limitación a casos excepcionales), y NAGLER en el *LeipzKomm.*, p. 370-372, 429 y 443 (acción de impedir un delito, auxilio necesario del Estado, estado de necesidad del Estado). Véase, al respecto, MAURACH (1954, p. 293) y SAUER (1955, p. 131); este último autor prefiere considerar el caso "como un tipo especial de auxilio necesario general, por cuanto predominan puntos de vista del derecho público". El Tribunal del Reich (73, 67) admite una *exclusión de la antijuridicidad en la información oficial.*

§ 45. La acción por mandato

Lehrb., 226 con datos bibliográficos. V. WEBER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handeln auf Befehl* (La responsabilidad jurídico-penal a raíz de acciones por mandato). "Recht und Zeit", fasc. 3 (1948). MAURACH (1954, p. 355 y sigts.) trata el tema profundamente.

No actúa antijurídicamente el que procede en virtud de un mandato legítimo obligatorio. El que obra en virtud de un mandato *antijurídico* obligatorio, queda exculpado y, en consecuencia, impune. En cambio, un mandato antijurídico *no obligatorio* no ofrece a quien lo realiza ni una causa de exclusión del injusto ni una causa de exclusión de la culpabilidad.

La acción por mandato es parecida a la acción con autorización; pero, en tanto que el mandato fundamenta, si es "obligatorio", un deber para el autor, este deber no existe en la simple antijuridicidad. Si el mandato es *conforme a derecho* y justifica, por esto, aun exteriormente, la acción del sujeto, no hay antijuridicidad.

Otra cosa ocurre en el caso en que el mandato sea *"antijurídico" y al propio tiempo "obligatorio"* para el inferior

jerárquico. Pero, ¿existen tales mandatos? Parecería una contradicción. No se puede negar —y se reconoce en forma predominante— que tal posibilidad, en principio, existe (más datos, con demostraciones, en el *Lehrb.*, 226-227). Pero la acción del subordinado *no* puede ser, lógicamente, *conforme a derecho*, dado que no queda suprimida la antijuridicidad objetiva del suceso, si es que consideramos antijurídicos el propio mandato y su contenido. Pero, si el ordenamiento jurídico le otorga a este mandato un carácter "obligatorio", no se puede, a la inversa, hacer "reproche" alguno al que obedece la orden; por lo tanto, la alternativa se soluciona no concediendo al inferior jerárquico, en estas circunstancias, causa alguna de exclusión del injusto, pero sí una *causa de exclusión de culpabilidad*. La circunstancia de que no queda eliminada luego la posibilidad de la legítima defensa, no puede modificar absolutamente nada. En este caso y, también, en otros, el ordenamiento jurídico obliga al subordinado a exponerse a un peligro. Es posible, también, y en gran escala, considerar equitativamente la situación de los intereses, obteniéndose así resultados que responden a la realidad de los hechos.

SCHÖNKE (antes del § 51, III, 3) coincide fundamentalmente con el criterio de referencia y hace notables remisiones también al derecho extranjero. WELZEL (1944, p. 46), desde el punto de vista de su teoría del concepto de la acción finalista, sigue aferrado, aun en el mandato antijurídico, a la exclusión del injusto; véase ahora su nueva estructuración (1954, p. 368). NAGLER (*LeipzKomm.*, 1944, 376-377) está de acuerdo con la teoría, sostenida aquí, de que se puede admitir una causa de exculpación y no, en cambio, una causa de justificación. Un examen extenso de la total cuestión, relacionado con tiempos superados, se encuentra en SCHWINGE (*Militärstrafgesetzbuch Kommentar*, 6ª ed., 1944) a propósito de los § § 47 y 92 del código penal militar.

§ 46. El derecho de corrección

Lehrb., 227-230.

No actúa antijurídicamente el que ejercita en forma adecuada un derecho de corrección que le compete. También el ejercicio del "derecho" de corrección no es, en realidad, a pesar del nombre, el ejercicio de un derecho, sino de un deber, y por eso figura en esta parte del presente libro. Puede ser tratado en forma exhaustiva sólo juntamente con las disposiciones de la parte especial, y sobre todo de los § § 223 y sigts. También SCHÖNKE (antes del § 51, III, 4) y NAGLER (*LeipzKomm.*, 1944, p. 377) remiten expresamente al § 223.

El *Lehrb.* (227-230, con citas bibliográficas) ofrece un examen profundizado de los distintos pareceres que se han sostenido al respecto. Este derecho puede resultar, en primer término, de *causas relacionadas con el derecho de familia* (§ § 1627, etc., del código civil). "La ley moral traza los límites de las facultades jurídicas" (*RGStr.* 41, 99). A los fines de lo que es conforme a derecho decide, fundamentalmente, lo que es objetivamente adecuado, teniendo en cuenta las circunstancias particulares; las finalidades accesorias no excluyen, sin más, lo que es conforme a derecho. Para determinar más exactamente esos límites, es importante, además, la situación subjetiva de quien ejercita tal derecho, como "elemento subjetivo del injusto". Derechos de corrección pueden resultar también de la *relación entre patrón y aprendiz.* Particularmente discutido, y dependiente, muy a menudo, de disposiciones especiales, es el derecho de corrección del *maestro*; también es objeto de muchas controversias la existencia de un *derecho general de corrección ejercitado por adultos* frente a niños ajenos (detenidamente, al respecto, el *Lehrb.*, 228-229). Este último derecho no puede ser afirmado en términos generales, pero el derecho de intervenir puede resultar, en el caso concreto, de acuerdo a otras circunstancias, por ejemplo la delegación expresa o tácita del ejercicio del derecho de corrección de parte del titular del derecho, o la legítima defensa, etc. Una importante sentencia del Tribunal del Reich (61, 191) sigue este criterio. Del mismo modo, SCHÖNKE toma como punto de arranque la circunstancia de que, frente a niños ajenos, el derecho de corrección no le corresponde a cualquiera y que no es posible una delegación formal a otros de tal derecho, pero sí la delegación de su ejercicio (véase, al respecto, la sentencia *RGStr.* 76, 3 y sigts.). WELZEL (1947, 56) entiende que la voluntad contraria de quien tiene el derecho de educar, debe ser considerada, en casos graves, irrelevante, en atención al interés público que es más importante. (Este autor afirma fundamentalmente este mismo concepto en la 4ª ed., p. 69). Por este camino, se obtendrán, en los casos dudosos, resultados adecuados. En cuanto al derecho de corrección del maestro, véase la sentencia 6, 263 y sigts. del Tribunal Federal.

§ 47. La colisión de deberes que excluye el injusto

Lehrb., 230-231. V. WEBER, *Die Pflichtenkollision im Strafrecht* (*Festschrift für Kiesselbach*, 1947).

No actúa antijurídicamente el que, al existir una colisión de deberes, cumple con el deber más alto o equivalente.

El deber de actuar, que le corresponde al individuo en el ordenamiento jurídico, no es siempre terminante. Pueden existir, a veces, deberes *antagónicos* que le incumben a una sola persona, sin que sea posible el cumplimiento simultáneo de los mismos. En tal caso, ¿cuál es el deber que debe y puede cumplir? Esta situación constituye, precisamente, una *colisión de deberes*. Circunscribimos esta expresión al verdadero conflicto de deberes, y, por consiguiente, no extendemos la expresión —contrariamente a lo que, a veces, se hace— al conflicto entre intereses, valores o bienes jurídicos.

La ética general se ocupa de tales colisiones de valores y deberes y de los conflictos correspondientes. Según Nicolai HARTMANN (*Ethik.*, 2ª ed., 1935, p. 269-270 y 420-422: mentira por necesidad), dichos contrastes pueden ser fundamentados por la situación particular o por los propios valores y el antagonismo entre éstos. Pero al hombre "no le queda más recurso que adoptar resoluciones en cada caso" (270), "según su leal saber y entender" y "tomar sobre sí las consecuencias externas e internas, inclusive la culpabilidad que se encuentra en la violación de un valor" (422).

Pero, el *derecho* no puede conformarse con cargar sobre el individuo la responsabilidad y la ética. El mismo derecho debe lograr reglas determinadas frente a tales colisiones de deberes. BINDING (*Handbuch*, 1885, vol. I, p. 762) ha llamado, en primer término, la atención sobre este tema en el campo jurídico-penal, fijando los dos principios siguientes, que desde entonces se han repetido a menudo: a) el deber más alto debe ser cumplido a costa del menos importante, y b) entre dos deberes equivalentes, se debe cumplir sólo uno de ellos. V. HIPPEL (II, 236-238) y FRANK (p. 144) tratan la cuestión a fondo; FRANK distingue, de acuerdo con SIMMEL, entre colisión lógica y material y adhiere a la distinción hecha por Nicolai HARTMANN entre conflictos de valor y conflictos de situación. Otros autores, como SCHÖNKE (6ª ed., 1952, p. 200; 7ª ed., p. 216), consideran el caso de la colisión de deberes juntamente con el llamado estado de necesidad supralegal y la valuación de los bienes jurídicos.

También la jurisprudencia se ajusta, por lo general acertadamente, a los principios de BINDING y ofrece, en materia de colisión de deberes, algunos ejemplos, como el siguiente: un médico, contrariamente a lo que dispone el § 300, revela a otra persona el secreto profesional de que una paciente que él atiende ha contraído la sífilis, a fin de que sus hijos no corran peligro de contagiarse en la casa de aquélla (*RGStr.* 38, 62 y sigts.). V. HIPPEL (II, 237) cita (concordando con *JW* 1927, p. 3039), una colisión de deberes en el caso de un

abogado: la no entrega de una carta a fin de proteger al cliente contra la competencia desleal. Una sentencia del Tribunal del Reich (59, 407) se refiere a un viaje de militares realizado de noche con un automóvil carente de luces, en contra de la disposición policial; pero estando esa omisión justificada por necesidades de orden militar. Otra sentencia del mismo Tribunal (60, 295 y sigts.) se refiere a la inobservancia del secreto que incumbe a los funcionarios a los efectos de que una sentencia se fundamentara en hechos verídicos. Además, el Tribunal del Reich (61, 254, con citas) afirma el principio de que "no es antijurídica" la violación del deber menos importante en favor del más relevante.

A veces, aun fuera del marco de este principio, *el cumplimiento de un deber puede conferir, aunque no una causa de justificación, una causa de exclusión de culpabilidad, y, de ahí, la impunidad.* Es el caso al que se refiere la sentencia 36, 78 y sigts. del Tribunal del Reich: el padre, a raíz de las vehementes súplicas de su hijito enfermo y del pedido de su esposa moribunda en el sentido de que éste permanezca en la casa, no lo lleva al médico oportunamente. Ese padre no había actuado "rectamente", pero su conducta podía ser disculpada. En contra de la opinión afirmada por v. HIPPEL (II, 238), quien considera todos estos casos con arreglo a un esquema unitario, se debe distinguir más exactamente la exclusión del injusto de la simple exclusión de la culpabilidad. En consecuencia, la "colisión de deberes" no tiene significación solamente respecto de la teoría de la antijuridicidad, sino también de la teoría de la culpabilidad jurídico-penal; nos referiremos nuevamente a esta teoría en el § 74, II. El Tribunal Supremo de la zona británica en materia penal (1, 335 y 2, 122) ha admitido sólo una *causa personal de exclusión de la pena:* el dar muerte a enfermos mentales (coincidentemente PETERS, *JR*, 1949, p. 496; y 1950, p. 742), pero este punto de vista ha sido rechazado con razón; ampliamente al respecto, con citas bibliográficas, SCHÖNKE (antes del § 51, III, 8 e y V).

No obstante estar ligados ciertos casos a una autorización, subsisten en los mismos la antijuridicidad y la culpabilidad y el hecho permanece punible. Tal ocurre, por ejemplo, al negar el Tribunal del Reich (59, 152) el derecho de huelga a los obreros, a quienes les impone un castigo a pesar de las apreciaciones colegiales, o si un guardia forestal ha azuzado a su perro contra un grupo de chicos que estaban juntando hojas, pero, al ser mordido por éste uno de ellos, se hace responsable al guardia de lesiones corporales culposas. (Este último caso está mencionado en V. HIPPEL, II, 237, nota 1; el mismo ha

sido tomado por este autor, de la "Juristenzeitung", 16, p. 1503-1504). También es interesante, a este propósito, el caso inverso (*RGStr.* 20, 190 y sigts.), en el cual se ha considerado *justificada* la acción de soltar, *contrariamente a las disposiciones correspondientes*, los frenos de un tranvía, por cuanto la situación lo requería. Por lo tanto, en un caso de colisión de deberes, solamente un examen cuidadoso del mismo puede llevar a un resultado exacto.

V. WEBER, en vista de la importancia que reviste este tema, lo ha tratado monográficamente en el trabajo citado al principio del presente parágrafo (p. 233-250 de la publicación en homenaje a KIESSELBACH; los datos bibliográficos pertinentes figuran en la página 234, nota 2). A su entender, la demarcación entre colisión *lógica* y *material* de deberes es, a la vez (contrariamente a lo que nosotros sostenemos en el caso particular), el límite entre conflicto que justifica y conflicto que exculpa (235). El § 330 *c* hace una remisión especial a la colisión de deberes (239). Son notables los casos que este autor menciona a manera de ejemplo, correspondientes al período nacional-socialista de la jurisprudencia, acerca de los experimentos efectuados sobre seres humanos, la realización de la llamada eutanasia, aspectos de la vida en los campos de concentración (246 y sigts.). WELZEL (1954, p. 66 y 134; 4ª ed., p. 67 y sigts. y 138 y sigts.) trata la cuestión de la colisión de deberes en parte desde el punto de vista del estado de necesidad supralegal *que justifica* (medio adecuado para un fin legítimo) y en parte (sobre todo los casos de "eutanasia" registrados en el período hitlerista) bajo el aspecto del estado de necesidad supralegal *exculpatorio*. A este propósito, es fundamentalmente importante el trabajo de GALLAS, *Pflichtenkollision als Schuldausschliessungsgrund* (La colisión de deberes como causa de exclusión de culpabilidad) (*Festschrift für Edmund Mezger*, 1954, p. 311 y sigts.).

dd) La exclusión del injusto en virtud del principio de la valuación de los bienes

§ 48. El principio de la valuación de los bienes y su significación general

Lehrb., 239-246 con datos bibliográficos. *Grd.*, 78-79 (datos bibliográficos sobre tratamiento curativo). Eb. SCHMIDT,

ZStrW., 49, 350 y *Der Arzt im Strafrecht* (El médico en el derecho penal), 1939. WACHINGER en el "Frank-Festgabe" (1930), vol. I, 469 y sigts. con datos bibliográficos. Véase sobre la total cuestión también KOHLRAUSCH-LANGE, *Strafgesetzbuch Kommentar* (39ª-40ª ed., 1950, p. 9-10). Ahora ampliamente MEZGER en el *LeipzKomm.*, vol. I, 7ª ed., 1954, p. 314 y sigts., y en cuanto a la teoría de la finalidad, p. 312-314. Sobre el estado de necesidad supralegal, MAURACH (1954, p. 290 y sigts.).

No actúa antijurídicamente el que sacrifica un bien de menor valor por uno más importante. Este principio general de valuación objetiva de bienes en la teoría de la antijuridicidad, al cual se le reconoce, cada vez más, una mayor significación, *no* se identifica con el criterio de la *colisión de deberes* que toma en cuenta también la situación subjetiva del autor, y, por lo tanto, no puede ser confundido con éste. Con frecuencia se denomina ESTADO DE NECESIDAD SUPRALEGAL la situación que encuentra su justificación en la valuación de bienes. Una sentencia fundamental del Tribunal del Reich (61, 242 y sigts.) (254), habla, efectivamente, del "principio de la valuación de bienes y deberes", y una sentencia posterior (62, 137) se refiere expresamente a la causa de justificación del "estado de necesidad supralegal". También SCHÖNKE (6ª ed., 1952, p. 198) y NAGLER (*LeipzKomm.*, 6ª ed., 1944, p. 442) utilizan esta expresión. Pero la misma se presta a generar malentendidos e incertidumbres. Cuando hablamos de "estado de necesidad" (§ 54) —del que nos ocuparemos a propósito de la teoría de la culpabilidad— pensamos en una situación de necesidad en la cual se encuentra el autor del hecho. En cambio, el PRINCIPIO DE LA VALUACIÓN DE LOS BIENES se refiere a dicho estado de necesidad del autor sólo *indirectamente*, en tanto que son los bienes en sí mismos los que se encuentran, y *en primer término*, en un estado de "necesidad". La sentencia 61, 242 y sigts. del Tribunal del Reich, habla expresamente, con acierto, del *"estado de necesidad del bien"*. El empleo de una sola expresión para denominar ambas formas del estado de necesidad hace desaparecer la distinción de referencia.

El *Lehrbuch*, al que remitimos muy especialmente (239 y sigts.), proporciona una amplia fundamentación de la causa de exclusión del injusto aquí mencionada y analiza los distintos criterios sostenidos al respecto. Esta causa general de justificación se formula de manera diferente en la *teoría del fin* (véase, al respecto, también NAGLER, *LeipzKomm.*, 6ª ed., 1944, p. 365, y ahora MEZGER, en la 7ª ed. de 1954 cit., p. 312 y sigts.), según la cual no pueden ser antijurídicas las inter-

venciones en intereses protegidos jurídicamente, si se presentan como medio adecuado para lograr un fin reconocido por el Estado. Naturalmente, este criterio merece ser tomado en cuenta, pero es, en sí, incompleto; en efecto, sobre el concepto de la "adecuación al fin" predomina el de los "valores", de los cuales aquél recibe su contenido. De ahí que se deben *tomar como punto de partida* los valores y los *bienes* y establecer, sobre la base de los mismos, cuáles fines y medios pueden y deben ser reconocidos.

Un problema especialmente difícil que presenta este principio general de justificación de la valuación de los bienes, es la situación "conforme al deber" de quien actúa. Una sentencia fundamental del Tribunal del Reich (61, 242), después de considerar a fondo las valoraciones de los bienes jurídicos efectuadas en el código penal (255), y, de manera especial, de la vida (§ § 211 y sigts.) y de la salud (§ § 224 y 225) por un lado, y de la vida naciente (§ 218) por el otro, ha reconocido que, en determinadas circunstancias, es admisible dar muerte al feto para salvar a la madre y, en caso de que la salud peligre gravemente, también para salvar la salud de ella. En este caso, *no* se presupone (contrariamente a lo requerido por el § 54) un estado de necesidad "inculpable". Pero, en una sentencia posterior (62, 137), el mismo Tribunal ha restringido dicho criterio, afirmando que "la opinión conforme al deber" forma, "en este caso y en otros, un presupuesto *positivo* para el reconocimiento de la legitimidad de la conducta"; en el caso a que dicha sentencia se refiere, tal reconocimiento no es admitido, con respecto a un profano en medicina (que no posee, por lo común, "capacidad para juzgar de la situación de hecho"), quien había interrumpido el embarazo. La introducción fundamental de un tal "elemento subjetivo del injusto" desconoce la naturaleza "objetiva" de la causa de justificación en cuestión (*Lehrb.*, 241-242). Pero en cuanto al *resultado*, la sentencia es acertada, puesto que aun esa valoración "objetiva" de la *acción* depende considerablemente de la persona y de la situación anímica de quien actúa (no se trata, en efecto, de valorar bienes como tales, ¡sino un *tratamiento* que les toca en suerte!). Como ya se ha dicho, WELZEL (1954) distingue, también respecto de esta cuestión, entre estado de necesidad supralegal "que justifica" (66) y estado de necesidad supralegal "que exculpa" (134), y se refiere extensamente a las reglas sobre el error sobre la prohibición, por él desarrolladas (67 y 136).

§ 49. El principio de la valuación de los bienes en situaciones especiales

Véanse los datos bibliográficos en el parágrafo anterior. Acerca del "tratamiento curativo" y las demás intervenciones médicas, véase la parte especial, 1949, II, 37-39, con la bibliografía correspondiente. Además del libro ahí mencionado de Eb. SCHMIDT (1939), hay que citar también la colaboración del mismo autor titulada *Arzt im Strafrecht*, publicada en el tratado de medicina legal de Albert PONSOLD (G. Thieme, Stuttgart, 1950), p. 1-65. MEZGER, *Über strafrechtliche Verantwortlichkeit für ärztliche Kunstfehler* (Acerca de la responsabilidad jurídico-penal por errores técnicos cometidos por los médicos), "Deutsche Zeitschrift für gerichtliche Medizin", vol. 42, p. 365-376 (1952).

El principio de la valuación de los bienes adquiere una significación particular en el campo del tratamiento curativo y en otras intervenciones relacionadas con la actuación de los médicos. Separaremos estos dos grupos y agregaremos algunas observaciones de carácter general; el correspondiente examen particular se hará en la parte especial (1949, II, 37-39; 4ª ed., 1954, 44-47).

1. *El tratamiento curativo en sentido estricto* consiste en intervenciones que se realizan, subjetivamente, con fines curativos y, objetivamente, de acuerdo con las reglas del arte médico ('lege artis'), y están destinadas exclusivamente a mejorar la salud individual de un enfermo (*Lehrb.*, 244-245). El Tribunal del Reich, con dos sentencias muy recordadas (25, 375 y 38, 34), intenta solucionar los problemas correspondientes sobre la base del consentimiento, pero no logra su propósito en orden a la totalidad de los mismos. Se trata de establecer, en primer término, si el tratamiento curativo puede considerarse, en general, típicamente, como lesión corporal (*Grd.*, 78-79 y 243-244). Esto no se puede admitir en lo que respecta al tratamiento curativo en sentido estricto (parte especial, II, 45). Queda eliminada, de esta manera, la necesidad de una causa especial de justificación.

2. Las *demás intervenciones médicas* consisten, por lo común, en combinaciones entre los criterios ya señalados y otros conocidos. Los problemas relacionados con la obstetricia y la eugenesia requieren un examen detenido en relación con el § 218. Las intervenciones experimentales, cosméticas y similares, como asimismo las intervenciones curativas que consisten en transfusiones de sangre, trasplantes, etc. están regidas, por lo general, por el criterio del consentimiento y, en consecuencia, por el § 226 *a*. También con respecto a este

punto informa detalladamente la parte especial, II, 46-47.

3. La *eutanasia* y la *ayuda a morir* son objeto de un amplio examen en la parte especial (4ª ed., 1954, p. 11 y 22-24). Al adherirnos al criterio afirmado por Eb. SCHMIDT (ob. cit., 1950, p. 9-13), quien se opone, en parte, a ENGISCH, *Euthanasie und Vernichtung lebensunwerten Lebens in strafrechtlicher Beleuchtung* (Eutanasia y supresión de vidas inútiles consideradas desde el punto de vista jurídico-penal) (1948), hemos rectificado nuestro punto de vista anterior sobre la "ayuda a morir en sentido estricto" (parte especial, II, 18-19), a fin de establecer una demarcación clara y firme entre lo lícito y lo ilícito: *"la ayuda a morir sin abreviación de la vida"* es, con arreglo a su naturaleza, un "tratamiento curativo" y está sometido, como tal, a las reglas correspondientes. En cambio, *"la ayuda a morir con abreviación de la vida"* está siempre *prohibida* y es *antijurídica*. Tampoco la "acción médica" puede justificarla. Tal abreviación de la vida es *punible*, dado el caso, con arreglo a los §§ 211-212 y 222. El médico debe limitarse a la suministración de sedantes, narcóticos, etc. En cambio, no está obligado, en principio, a intervenir para prolongar la vida del paciente, salvo en los casos en que éste lo desee especialmente.

§ 50. La concurrencia de las distintas causas de exclusión del injusto

Si el hecho no constituye un injusto, no es un hecho punible. En efecto, el requisito fundamental del mismo es la antijuridicidad de la conducta, la cual debe ser sancionada con pena. El hecho es antijurídico si realiza un tipo jurídico-penal y no existe una causa de exclusión del injusto. Pero, como ya se ha expresado, esta separación entre tipo y causa de exclusión del injusto es tan sólo una forma exterior de expresión; cuando el hecho puede beneficiarse con una causa de exclusión del injusto, éste es, en sentido jurídico-penal, tan inexistente, como cuando falta, desde un principio, la tipicidad.

De ahí que no hay un hecho punible cuando existe solamente una causa de exclusión del injusto de la especie mencionada. No existe entre ellas ninguna "concurrencia", en el sentido de que una causa de exclusión del injusto o su ausencia excluiría la existencia de otra. Cada una de ellas ofrece una posibilidad del todo independiente a los fines de evitar la pena.

Este principio está sujeto a una limitación, en el caso de que, *dentro* de una causa particular de exclusión del injus-

to, puedan jugar un papel restrictivo los criterios que encontramos en otros puntos, en el marco de la exclusión del injusto. Esto no ha sido considerado, a veces, con el debido detenimiento y ha traído como consecuencia una generalización inexacta de las causas de exclusión del injusto. Este punto ya ha sido examinado a propósito del consentimiento y del consentimiento presunto; no constituyen causas de exclusión del injusto las que se aplicarían, sin limitaciones, a todos los hechos punibles. Pueden oponerse intereses "más altos", como ha puesto de relieve el ejemplo del § 216: la "vida" es un bien jurídico el cual no puede ser abandonado, con el "consentimiento del lesionado", a intervenciones ajenas.

Análogas consideraciones pueden hacerse, a veces, aun con respecto a los derechos de necesidad. Nos hemos acostumbrado a considerar la legítima defensa del § 53 como una causa de exclusión del injusto, válida, sin limitaciones, en todos los bienes jurídicos; pero en este caso existe, como ya hemos advertido, una limitación: la legítima defensa no puede justificar cualquier ataque a derechos de terceros. A este propósito, remitimos, además, a un precepto jurídico que evoca el § 226 del código civil, el cual es ampliamente aplicable aun al campo del derecho penal, a saber, que no es admisible el ejercicio de un derecho si puede tener solamente el fin de ocasionar un perjuicio a otro. Este principio es válido, de todos modos, cuando están en tela de juicio relaciones jurídicas del derecho civil (§ 226 del código civil). Pero también fuera de estos casos, debe tener este principio una aplicación lógica, lo cual se desprende del principio general de la "valuación de los bienes". Aun la *"adecuación social"* de WELZEL (1954, p. 61 y 98 y sig.) puede tener significación bajo este aspecto (véase el § 44 de este libro), y le corresponde el carácter de una causa general de exclusión del injusto. LANGE (*ZStrW.* 63, 463) tiende, en cambio, a modificar el criterio en los distintos tipos, lo cual demuestra una vez más que son imprecisos los límites existentes entre las circunstancias de hecho del "tipo legal" (§ 59) y las causas de exclusión del injusto como "circunstancias negativas del hecho".

CAPÍTULO III

LA CULPABILIDAD

a) LOS FUNDAMENTOS DE LA TEORIA JURIDICO-PENAL DE LA CULPABILIDAD

§ 51. El concepto de la culpabilidad jurídico-penal

Lehrb., 247-250 (con amplios datos bibliográficos referentes a todo el capítulo). MEZGER, *Moderne Wege* (33-49). MAURACH (1954; 309 y sigts.).

La culpabilidad es el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho punible que ha cometido. Por lo tanto, dichos presupuestos muestran al hecho como una expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del autor (*Lehrb.*, 247 y sigts.). El término "reprochabilidad", empleado a veces, significa prácticamente lo mismo que "reproche" (*Lehrb.*, 249, nota 5). La imputación, considerada en sí, puede definirse como la culpabilidad *"formal"*, y el reproche determinado en cuanto al contenido, como la culpabilidad *"material"*.

No toda conducta antijurídica de una persona está sancionada con pena. Para ello, es necesario, como se deduce de la propia definición general del hecho punible, que tal conducta sea *"personalmente imputable"*. Esta *imputabilidad* da lugar a la *responsabilidad* jurídico-penal. Es posible imaginar que sea imputada también una acción inculpable. Pero, según el criterio general afirmado en la actualidad con arreglo al derecho *vigente*, se debe imputar personalmente y castigar sólo una conducta que sea, de una u otra manera, "culpable". El § 56, introducido por la ley sobre modificaciones al derecho penal de 1953, constituye un progreso ulterior y muy satisfactorio en este sentido. En consecuencia, el presente capítulo se

limitará fundamentalmente a la "culpabilidad"; pero se mencionarán los casos completamente excepcionales en que hay responsabilidad jurídico-penal *sin* que exista la culpabilidad.

El *juicio de* CULPABILIDAD acerca de un hecho y de su autor se basa en un conjunto de presupuestos que están situados en la persona del autor y constituyen una determinada *situación de hecho de la culpabilidad*. Pero es, al propio tiempo, de acuerdo con su esencia y de conformidad con la *concepción normativa de la culpabilidad* hoy dominante, un *juicio valorativo* acerca de esta situación de hecho, y no una mera concepción psicológica de la culpabilidad (*Lehrb.*, 248-250). Este criterio ha sido formulado con agudeza de la siguiente manera: "la culpabilidad de una persona no está situada en su propia cabeza, sino en las cabezas de otros", o sea en las cabezas de aquellos que juzgan al autor. RITTLER (*Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*, parte general 1933, p. 107), se opone a esta formulación, que le parece paradójica, y afirma que la "culpabilidad" es exclusivamente una "determinación de la voluntad contraria al deber, esto es, una determinada situación de hecho anímica que existe en el autor, un proceso anímico, y no un juicio valorativo sobre esta situación de hecho". Pero de tal manera, tampoco RITTLER exige, en realidad, un proceso psicológico cualquiera, sino, precisamente, una determinación de la voluntad *valorada* como "contraria al deber". Es natural, desde el punto de vista jurídico, que el deber —que es determinante para el autor, con respecto al cual se medirá la situación de hecho—, no sea determinado de acuerdo con la voluntad personal (autónoma) del autor, sino con arreglo a las normas externas (heterónomas) de la comunidad jurídica. La paradoja de la frase de referencia desaparece si se expresa el sentido que la misma tiene, el cual es verdadero y siempre exacto, de la siguiente manera: la "culpabilidad" es una situación de hecho psicológica (situación de hecho de la culpabilidad), que la valoración decisiva jurídico-penal determina como contraria al deber y reprochable (juicio valorativo de la culpabilidad). La obra *Moderne Wege* (33-34) trata más ampliamente acerca de la *concepción normativa de la culpabilidad* y sus *consecuencias*. GRAF ZU DOHNA (*Aufbau*, p. 32) distingue con razón, en la teoría de la culpabilidad, entre la "valoración" y el "objeto de la valoración"; WELZEL coincide con este autor en su obra *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 1951, p. 31 y 46-47. La concepción normativa de la culpabilidad otorga un valor particular a esta clara distinción. Pero es *equivocado* señalar el "dolo" como el "objeto" del juicio valorativo de la culpabilidad, si se entiende por dolo una determinada categoría (forma con-

ceptual) de la culpabilidad (*Moderne Wege*, p. 38); tal objeto de la valoración es solamente la situación de hecho de dolo, esto es, "el conocimiento y la voluntad" del hecho. Por lo tanto, es *más* correcto denominar con la palabra "dolo" *tan sólo* la *situación de hecho del dolo*, vale decir, el conocimiento y la voluntad del hecho (y así se denominará en la exposición siguiente); de ahí que, cuando le damos al dolo el sentido de *juicio valorativo*, no hablamos de dolo, sino de la *forma básica de la culpabilidad*.

La contraposición existente entre la concepción psicológica y normativa de la culpabilidad debe ser entendida, esencialmente, desde el punto de vista histórico (véase, al respecto, el *Lehrb.*, 250, nota 6). Antes, se había identificado "la" culpabilidad en el sentido jurídico-penal con las llamadas formas de la culpabilidad —el *dolo* y la *culpa*— y se había tratado de determinar desde el punto de vista psicológico, esto es, descriptivamente, las relaciones anímicas existentes entre el autor y el hecho cometido por él. Esta concepción de las formas de la culpabilidad es, de por sí, demasiado limitada, puesto que el dolo y la culpa significan, si se los quiere entender como *formas* opuestas de la culpabilidad (aunque pueda tener aquí especial importancia la "estructura" psicológica), una valoración de la situación del autor frente al hecho que ha cometido. Pero, aun prescindiendo completamente de ello, se ha reconocido que el dolo y la culpa no constituyen todavía, en absoluto, "la" culpabilidad: a este criterio se ha adherido un número cada vez mayor de escritores. Además del dolo y de la culpa, se presentan otros elementos característicos, auténticos e independientes de la culpabilidad. Son ellos la valoración de la total situación psíquica del autor en la teoría de la *imputabilidad* y la exclusión de la culpabilidad por *causas* especiales *de exclusión de la culpabilidad*. A fin de que también estos elementos valorativos del concepto de la culpabilidad sean reconocidos como es debido, se habla, precisamente, de la *concepción "normativa" de la culpabilidad* — expresión que significa que el concepto de la culpabilidad no se agota nunca en simples causas de exclusión de la culpabilidad (causas de exculpación). Es *absurdo* hablar de un "dolo natural" o de una "culpa natural", si se mantiene, desde un principio, consecuentemente, el carácter ontológico del dolo como (en parte) *situación de hecho* de la culpabilidad. En la obra *Moderne Wege* (p. 35), hemos expresado más exactamente que, por lo demás, el reproche de culpabilidad no se da necesariamente sólo con la *posibilidad* de actuar de otra manera (WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 28; 2ª ed.,

32); aun si existe dicha posibilidad, puede faltar la culpabilidad. Volveremos sobre este punto en el parágrafo siguiente.

§ 52. El principio: No hay pena sin culpabilidad

Lehrb., 259-265, con citaciones.

Este principio —*no hay pena sin culpabilidad*— ha sido *reconocido* como precepto del derecho vigente, en forma expresa por el gran Senado del Tribunal Federal en materia penal (*BGHStr.* 2, 194 y sigts. y 200). Es la consecuencia de un largo *desarrollo histórico*. Se acostumbra decir, de manera esquemática, lo siguiente: el derecho penal ha pasado, desde el criterio de la *responsabilidad por el resultado*, al de la *responsabilidad por la culpabilidad*, que es, precisamente, el criterio moderno. Las cosas no son tan simples como parecería a primera vista. Con la expresión responsabilidad por el resultado no se delimita en forma inequívoca una situación unitaria de todos los derechos primitivos, y tampoco la denominación de responsabilidad por la culpabilidad señala una meta unitaria y determinada de toda evolución jurídica. En efecto, esto presupondría que el concepto de la "culpabilidad" jurídico-penal fuera, desde un principio, una meta de la evolución exactamente establecida, en tanto que el propio desarrollo deja ver adónde se dirige. Si, en consecuencia, no queremos forzar el marco del efectivo desarrollo histórico con opiniones preconcebidas, no podemos tomar como punto de partida un concepto establecido de la culpabilidad que nos parezca correcto, sino que debemos averiguar cuáles han sido, en las distintas épocas, los criterios esenciales adoptados en materia de "culpabilidad". Se puede admitir que en los tiempos primitivos la responsabilidad jurídico-penal ha acentuado más el aspecto del resultado, y en los tiempos modernos más el del hecho punible. Pero, en lo que atañe a dicho desarrollo, muchas cosas están envueltas, desde el punto de vista histórico, en oscuridades. Tomar posición en orden a estos difíciles problemas *histórico-jurídicos* y resolver independientemente los puntos dudosos que aun existen al respecto, no es tarea que le pueda corresponder a este libro. Nos limitaremos, por lo tanto, a señalar algunos criterios importantes e interesantes.

¿Por qué motivo —al presuponer nosotros una tal "responsabilidad por el resultado" en el sentido de una consideración unilateral del resultado del hecho punible como punto de partida del desarrollo jurídico-penal— *ha pasado el derecho penal, cada vez más, a la "responsabilidad por la culpabilidad",*

examinando más a fondo el aspecto interno, anímico del hecho punible? Esta pregunta ha constituído siempre, con razón, una "cuestión decisiva del derecho penal" (HAFTER, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts*, 1926, p. 92). En nuestro escrito *Probleme der Strafrechtserneuerung* que figura en la publicación de homenaje a KOHLRAUSCH (1944, p. 180), hemos creído poder dar esta única, honesta y acertada contestación: no sabemos por qué ha sucedido eso. Pero (y lo hemos señalado en ese escrito) podemos dejar bien sentada una cosa: la evolución del derecho penal ha abandonado la responsabilidad por el resultado en favor de la responsabilidad por la culpabilidad, por cuanto la responsabilidad mencionada en primer término se opone al *sentido de la pena*. La cuestión de referencia se aclara también teniendo en cuenta los problemas relacionados con el sentido y la esencia de la pena. Como hemos señalado al final del parágrafo anterior, se ha intentado encontrar *la esencia y el fundamento de la culpabilidad* en una *"posibilidad"* de actuar de otra manera (vale decir, legítimamente). Pero el derecho vigente reconoce, aun cuando el autor *en el momento* no "podía" actuar de otra manera, una "culpabilidad por la conducta de vida" de aquél, y, por otra parte, lo exime de la culpabilidad, por ejemplo en los § § 52 (amenaza), 54 y casos similares, si hubiera "podido" actuar de otra manera . No es decisivo que el autor hubiera "podido" actuar de otra manera, sino que se le hubiera podido *exigir* una conducta diferente (*Mod. Wege*, 34-36).

Por consiguiente, podemos decir, *concretando*, lo siguiente: por el "sentido" de la pena exigimos que ésta alcance solamente a *aquél* cuya conducta *personal* demuestra como justificada la imposición del mal penal, y que sólo lo alcance en este caso. Hablaremos, entonces, de "culpabilidad punible", en contraposición con la simple seguridad. De ahí que en el parágrafo siguiente nos tengamos que ocupar muy especialmente de los fundamentos de la legitimidad del reproche.

Además de las "acciones punibles (culpables)" del autor, la más reciente legislación penal se refiere, a partir de la ley sobre los delincuentes habituales de 24 de noviembre de 1933 (*RGBl.* I, 995) y es un punto digno de toda consideración— a las *"acciones conminadas con pena"* inculpables, a las que se conectan consecuencias especiales. La expresión "acción conminada con pena" se encuentra, después de haber sido empleada, aunque sea en otro sentido, en el § 244 de la ordenanza sobre el concurso, en los § § 42 *b* y 330 *a* (ley sobre los delincuentes habituales de 24 de noviembre de 1933, *RGBl.* I, 995) y en los § § 48 y 49 del código penal (novela de 29

de mayo de 1943, *RGBl.* I, 339, etc.). No se ha prestado la debida atención al hecho de que, no obstante la coincidencia existente en el texto de los dos actos legislativos, la palabra tiene, aquí y allí, significados *distintos* (véase más detenidamente la parte especial, 1949, II, 207-208, y 4ª ed., 1954, 229). En lo que respecta al grupo más antiguo de los §§ 42 *b* y 330 *a*, observaremos que el § 42 *b* habla de la colocación en una casa de salud o de asistencia, de un inimputable, que no ha cometido, con arreglo al § 51, párr. 1, "acción punible" alguna, pero sí "una acción conminada con pena"; el § 330 *a* distingue el hecho "conminado con pena" cometido en estado de ebriedad (no punible) del estado de ebriedad total en sí (punible). Como queda demostrado en las aclaraciones correspondientes, la expresión empleada aquí tiene su origen en la exposición de motivos del proyecto de código penal de 1927 (p. 45), de la cual se deduce que para la "acción conminada con pena" es fundamentalmente necesario el *dolo* (culpa), *en tanto* que la ausencia del mismo *no* dependa de perturbación del espíritu o estado de ebriedad. Lo mismo vale respecto de los necesarios *elementos subjetivos del injusto*. Distintas son las relaciones en el segundo grupo, al que pertenecen los §§ 48 y 49 (nueva redacción). Aquí, la expresión "acción conminada con pena", etc., sirve para el cumplimiento del § 50, párr. 1, en el que se dispone que "cualquiera" (esto es, el coautor, el instigador y el cómplice: §§ 47 - 49), "es punible de acuerdo con su propia culpabilidad, *con prescindencia de la culpabilidad del otro*" (del instigado, del auxiliado, etc.). A fin de entender el significado de la expresión "*culpabilidad* del otro", hay que referirse al tiempo en que ha sido dictada la novela correspondiente a los §§ 48 y 49 (29 de mayo de 1943) y al uso corriente que se hacía, en ese entonces, del idioma (*LeipzKomm.*, 265, N. 6). En ese tiempo no solamente se consideraba, en general, una cuestión de la "culpabilidad" la cuestión de la imputabilidad (§ 51, etc.), sino *también* la del dolo o de la culpa (§ 59). Con otras palabras: el "*otro*" debe haber cometido, precisamente, una acción "*antijurídica típica*" (*LeipzKomm.*, 262; en efecto, *sin una* tal acción, no existiría, tampoco desde el punto de vista de la llamada accesoriedad limitada, "hecho principal" alguno y sería imposible toda forma de participación "dependiente"), *no* siendo necesaria una acción "*dolosa*" (*LeipzKomm.*, lug. cit., bajo la letra d, p. 262-264). El instigador y el cómplice deben poder castigarse como tales, aun en el caso en que el autor haya cometido *inculpablemente* una "acción conminada con pena". Se deduce, por consiguiente, que *no* se exige el *dolo* en el instigado o en el auxiliado. La ausencia del dolo no im-

plica la inexistencia de una "acción conminada con pena" (véase, al respecto, el § 85 de este libro).

§ 53. La legitimidad del reproche de culpabilidad

Lehrb., 251-254 y la bibliografía que se mencionará. Acerca de la cuestión referente a la *libertad de la voluntad*, véanse las indicaciones sobre trabajos filosóficos y jurídicos en el *Lehrb.*, lug. cit. y el *Grd.*, 83. Además, Nicolai HARTMANN, *Ethik*, 2ª ed., 1935, p. 565 y sigts., y GROSS, *Willensfreiheit oder Schicksal?* (¿Libertad de la voluntad o destino?) (1939); MEZGER, *Über Willensfreiheit*. Actas de las sesiones de la Academia Bávara de Ciencias; sección histórico-filosófica, años 1944-1946, fasc. 9 (1947) y, además, *Typenproblem*, año 1955, fasc. 4, muy especialmente p. 24-25. Alois WENZL, *Freiheit und Wirklichkeit* (Libertad y verdad), año 1948, fasc. 1. En cuanto a las cuestiones siguientes, véase también MAURACH, 1954, p. 371 y sigts.

Mediante el juicio de culpabilidad, dirigimos un reproche personal al autor con motivo de su conducta antijurídica. Pero, ¿estamos autorizados, en general, para hacer este reproche, el cual, además de reprobar la *conducta* antijurídica como tal, se dirige *personalmente* al autor?

No es preciso explicar ulteriormente que la *conducta* antijurídica es y puede ser desaprobada como tal, aun en el caso de que le sea "exculpada" al autor. A los fines de este juicio valorativo, es indiferente la forma en que se ha creado la situación antijurídica; lo que interesa no es el origen, sino el resultado. Lo único decisivo es el contraste con la "norma objetiva de valoración", a la que nos hemos referido en el capítulo II. Son posibles también, en esta forma "objetiva", no obstante la opinión contraria de Nicolai HARTMANN (*Krim-Pol.*, 202), juicios éticos. Así como el saber que un pintor ha tenido una preparación deficiente no nos impide expresar un juicio estético desfavorable sobre un cuadro suyo, del mismo modo nada nos impide decir que una persona es éticamente despreciable, incluso si sabemos que no puede ser de otro modo.

Pero, debemos distinguir esta característica objetiva de la conducta jurídica o ética, del *reproche personal*, que dirigimos a la "persona" del causante. No hay dudas de que este reproche juega un papel en el terreno de lo ético; pero es importante también en lo que hace a la concepción jurídico-penal de la culpabilidad. Aquí se trata de legitimarlo. *¿Podía*, pues, el autor, si "tomaba parte" en los valores suprapersonales (*Kriminalpsychologische Probleme*, 1943, p. 40; *Probleme*, 1949, p. 40), actuar de otra manera, y podemos formular un tal reproche personal, si no podemos *antes* contestar afirma-

tivamente esta pregunta? Este reproche personal parece *no tener sentido* si no reconocemos al individuo la suficiente "libertad de elección" que nos permita decir que "hubiera podido actuar también de manera distinta" de la en que ha actuado (*KrimPol.*, lug. cit.).

Detrás de esto, se encuentra el gran *problema de la libertad del querer del hombre*, el problema del indeterminismo y del determinismo en la voluntad humana. Lo hemos discutido a fondo, haciendo referencia a la literatura —en extremo abundante— filosófica y jurídica (*Lehrb.*, 251-254 y *Grd.*, 38). En primer término, debemos tomar como punto de arranque (*Lehrb.*, 253) un "determinismo del conocimiento dogmático", dado que estamos obligados a considerar constantemente que todo lo que ocurre, también en el terreno anímico-espiritual, debe ocurrir *necesariamente de esta manera y no de otra.* Este postulado rige tanto respecto del pensamiento científico como del científico jurídico-penal. Pero, desde el punto de vista de una "exigencia" científica, no puede aparentemente establecerse que alguien "hubiera podido actuar también de una manera distinta" de aquella en que ha actuado. Pero, ¿cómo se puede fundamentar una "culpabilidad" personal?

Se puede objetar, con respecto a este punto de arranque del *conocimiento dogmático* (*Willensfreiheit*, p. 13 y 28) que no sólo el pensamiento, sino también la materia determinan las "categorías" y que la vida anímica exige, en este sentido, *además* de la categoría de la causalidad sin lagunas, también una categoría de la *espontaneidad.* WELZEL dice con acierto (*Syst.*, 1951, 41), que todo conocimiento científico (esto es, causal) encuentra sus límites en el punto en que no puede convertir en un objeto algo que está sustraído principalmente a la objetivación, esto es, la subjetividad del sujeto. También KRETSCHMER, sustentando criterios similares, deja entrever la posibilidad de una coexistencia de lo causal y de lo fenomenológico ("Nervenarzt", XXII, 348). Lo psíquico con las "correlaciones sensoriales" que actúan en él, es, cualitativamente, "otra cosa" que el suceso físico-corporal y no se deja incluir dentro de las categorías de conocimiento que lo acompañan. En el escrito *Typenproblem* (1955, p. 25) se expresa, con sutileza aun mayor, el *carácter incierto del determinismo del conocimiento dogmático.* Tal vez, Alois WENZL (ob. cit., p. 12), deja entrever, en las "posibilidades" de actuar que se presentan, una potencia real y, con ello, una variedad de formas del ser. Por cierto que la "posibilidad" de actuar de otra manera" no se puede *demostrar*, como tampoco se puede, por otra parte, *rebatir.*

Para solucionar el dilema, KOHLRAUSCH, en lugar de la cuestión relativa a la posibilidad *concreta* de actuar de otra manera de parte del autor individual (que, a su juicio, debería ser rechazada), plantea el problema de acuerdo con la posibilidad *general* de actuar de otra manera de parte de una persona que se encuentra en la misma situación. No se debe preguntar si *este* autor en *esta* situación hubiera podido actuar de otra manera (se debería contestar que no), sino *si "se"* puede actuar de otra manera en tales circunstancias. Se debe objetar que esta tentativa de solución se desvía, ante todo, de la propia cuestión; en efecto, ésta consiste en saber si *este* autor *individual* hubiera podido actuar de otra manera y si, en consecuencia, *le* podemos hacer un reproche personal con motivo de su conducta (*Kriminalpsychologische Probleme*, 1943, p. 41 y *Festgabe*, 1944, p. 189). De ahí que la decisión *ética* no pueda evitar la cuestión de la libertad del querer. Debe resolver si, en el contraste de los postulados teóricos (lógicos) y prácticos (éticos) existe una unidad más alta o sólo una antinomia insoluble.

En cambio, con respecto al campo *jurídico* del derecho y también, por lo tanto, del *derecho penal*, el asunto se presenta de otra manera. La culpabilidad ética y la culpabilidad jurídica no son lo mismo (*Lehrb.*, 251). RITTLER (*Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*, parte general, 1933, p. 112, nota 4), no desea que este principio rija, pero reconoce que es irrefutable por la íntima distinción existente entre ética y derecho, como asimismo en virtud de las tareas *prácticas* especiales que le incumben a éste. Queda abierta la cuestión ética (*KrimPol.*, 202-203), pero en cuanto al derecho penal, se justifica una posición especial, que encontramos en la consideración siguiente: no estamos en condiciones de solucionar en forma empírica la cuestión de si el autor hubiera podido actuar verdaderamente de otra manera en el momento del hecho; nos *falta*, por lo menos, un *criterio* seguro acerca de *cuándo* tal posibilidad existe y cuándo no. Pero la vida práctica y también el derecho establecen determinadas *exigencias* normativas a las personas que pertenecen a la comunidad social; las cuales tienden a establecer qué es lo que se les puede reclamar corrientemente a una persona en esta situación externa e interna. El derecho, como regla general de la convivencia social humana, *debe* "generalizar", o sea referirse a conceptos y costumbres *generalmente válidas*. Es preciso atenerse, aun cuando la vida individual experimente con ello ciertas limitaciones, a lo que es "posible" en determinadas circunstancias "típicas". Por lo tanto, es *culpable, en el sentido del derecho penal*, el que *no cumple las exigencias a él dirigidas.*

De ahí se deduce la siguiente *consecuencia*: *la culpabilidad en el sentido jurídico-penal existe, y existe en tanto, con arreglo a las totales circunstancias externas e internas de cada caso, se pueda conectar al juicio acerca del hecho antijurídico, el reproche que "se" "hubiera podido actuar de otra manera" en tales circunstancias.* En esta situación de hecho, se mantiene firme para el derecho penal la culpabilidad también del autor individual. Volvemos a repetir: la culpabilidad en el *sentido jurídico*, porque no nos ocupamos del punto al cual llega la culpabilidad en el sentido *ético*.

También se deduce, a los fines de nuestro examen ulterior, otra *consecuencia* orientadora y fundamental: aquellas "circunstancias" del caso particular pueden ser tales como para excluir, con motivo de *consideraciones especiales de hecho de ese caso*, que, en general, "se hubiera podido actuar de otra manera" (*Grd.*, 82). En tal caso, *no hay culpabilidad*. De este modo, el autor puede haberse encontrado, en el momento del hecho, en una situación psíquica de la cual diremos, en general, que excluye la imputación; con otras palabras, le *falta* al autor la *imputabilidad*. O bien su situación interna frente al hecho no es la que se exige en general para poder imputar a alguien un hecho que ha cometido; con otras palabras, no ha actuado ni dolosa ni culposamente, *falta* la *forma de culpabilidad* necesaria para el reproche de culpabilidad. O, finalmente, existen circunstancias especiales por las cuales no se puede hacer a alguien, en general, reproche de culpabilidad alguno, por cuanto, en esas circunstancias, no se le hubiera podido "exigir" otra conducta; con otras palabras, existen *causas* especiales *de exclusión de la culpabilidad*.

No hay dudas de que, con todo, debemos comprender (*Lehrb.*, 297) "que frecuentemente sólo el desconocimiento de relaciones más profundas nos hace trazar límites que, en realidad, no existen". Pero el derecho y sus adeptos están llamados a actuar prácticamente en la vida actual. Se les puede exigir tan sólo que cumplan con esta acción, según su leal saber y entender que están siempre a disposición de ellos. Deben perseguir siempre y en todas partes nuevos conocimientos y progresos; pero la posibilidad de que éstos sean actualmente inalcanzables, no debe trabar nuestra acción. El hombre no puede lograr la perfección.

Con ello, nuestras consideraciones acerca de la legitimidad del reproche de culpabilidad no han dado solamente una fundamentación general determinante de la *culpabilidad* del autor respecto del campo del derecho penal, sino también, a la vez, las líneas directrices según las cuales debe proceder, en los capítulos siguientes, la *investigación particular* de los

presupuestos de la culpabilidad jurídico-penal. Pero antes debemos echar una rápida ojeada a las bases *legales* especiales de tales presupuestos.

§ 54. Las características legales de la culpabilidad

Lehrb., 265-270. *Grd.*, 86-87. FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegiffs* (Acerca de la estructura del concepto de culpabilidad) (1907). FREUDENTHAL, *Schuld und Vorwurf* (Culpabilidad y reproche) (1922).

La decisión acerca de las circunstancias bajo las cuales "se" puede actuar culpablemente en el sentido del derecho penal, la ofrece la propia *ley*, de la siguiente manera. La misma presupone para la acción culpable en la persona del autor:

1. Su *imputabilidad*. El autor debe poseer una constitución mental "normal". Rige, por lo menos en lo que al ámbito de la culpabilidad se refiere, lo que dice WEGNER (*Frank-Festgabe*, 1930, vol. I, p. 129): "La cultura moderna ha extraído el concepto de anormalidad de una relación normativa." Esta imputabilidad del autor es una característica auténtica de la culpabilidad (elemento de la culpabilidad) y no simple presupuesto de ésta (*Lehrb.*, 268-269), como admiten, entre otros, KOHLRAUSCH, GERLAND y GLEISPACH.

2. Una determinada *forma de la culpabilidad*. También ésta constituye un elemento de la culpabilidad, y no, sin más, "la" culpabilidad (*Lehrb.*, 266-267). El *derecho vigente* conoce *dos formas de la culpabilidad* y, además, en ciertos casos, una unión entre estas dos formas fundamentales. Estas formas de la culpabilidad son, a la vez, *grados* determinados *de la culpabilidad* y se encuentran, por lo tanto, en una determinada relación de orden. Son:

a) La *forma* legal *básica de la culpabilidad*, denominada habitualmente *dolo ('dolus')* —más correcta sería la expresión 'dolus malus'— del § *59, párr. 1*;

b) La *forma más leve de la culpabilidad*, llamada *culpa* ('culpa')[1] del § *59, párr. 2*;

c) La *unión* especial entre estas dos formas fundamentales.

3. La ausencia de *causas* especiales *de exclusión de la culpabilidad*. Este punto que es fundamental para la concepción moderna de la culpabilidad, ha sido reconocido y apre-

[1] La palabra "culpa" significa, en sentido amplio, la culpabilidad en general, y, en sentido estricto, la forma especial de la culpabilidad culposa.

ciado por la ciencia relativamente tarde (*Lehrb.*, 267). Se trata, por lo demás y en primer término, de una forma de la exposición, para la cual ciertos criterios especiales se incluyen, en esta correlación, como casos excepcionales de la regla de la vida.

4. El *concepto unitario de la culpabilidad jurídico-penal* se encuentra en la *reprochabilidad* (véase el § 51 de este libro). Es notable, como ya se ha puesto de relieve, que el concepto jurídico-penal de la culpabilidad, es un "concepto graduable" (*Lehrb.*, 499-500). Por consiguiente, la teoría jurídico-penal de la culpabilidad no se debe ocupar solamente de los presupuestos de la culpabilidad en general, sino también de la magnitud de la misma en el caso particular, esto es, de la *medida de la culpabilidad*. Ya de ahí se deduce la *"teoría de los grados de la culpabilidad"* como fundamento determinante del derecho vigente.

Los problemas de la culpabilidad jurídico-penal se relacionan con la persona del autor y con las características "subjetivas" que se encuentran en la misma. Frente a ello, se ha planteado el problema de si existen aun *características "objetivas" de la culpabilidad*, a saber, características situadas en circunstancias externas y no personales. Las mismas establecerían un paralelo con los "elementos subjetivos del injusto" de los que ya nos hemos ocupado, dentro de una antijuridicidad orientada, en principio, objetivamente (tal como aquí, en el marco del ordenamiento objetivo, los momentos subjetivos juegan un papel determinante, del mismo modo en los elementos objetivos de la culpabilidad —si existieran— se otorgaría una significación decisiva en el marco del ordenamiento subjetivo a características objetivas). HEGLER (*Reichsgericht-Festgabe* V. 314, n. 35; y *Frank-Festgabe*, 1930, I, 252 y sigts.), se ha ocupado del problema, reconociendo fundamentalmente la posibilidad de "momentos objetivos de la culpabilidad", pero ha señalado que se trata, por lo común, sólo de circunstancias "aparentemente objetivas" (véase, en este último sentido, también el *Lehrb.*, 270). Ha adherido a la tesis sostenida por este autor, tratando la cuestión profundamente, THIERFELDER en su obra *Objektiv gefasste Schuldmerkmale* (Características de la culpabilidad interpretadas objetivamente) (1932). Nosotros no admitimos tal posibilidad, puesto que las circunstancias objetivas pueden ser, a lo sumo, "indicios" de la culpabilidad, pero nunca la propia culpabilidad. Sería una contradicción. Pueden existir, por cierto, señales objetivas (externas) o suposiciones, presunciones, etc. objetivas (externas) de culpabilidad personal, pero no características auténticas objetivas (externas) (*Grd.*, 65-66). Aun

NAGLER (*LeipzKomm.*, 6ª ed., 1944, p. 37) rechaza la "teoría rebuscada de los elementos objetivos de la culpabilidad".

b) LA IMPUTABILIDAD

§ 55. La imputabilidad jurídico-penal y la inimputabilidad en general

Lehrb., 279-301. *Grd.*, 87-101. *Kriminalpolitik* (3ª ed., 1944, p. 28-78) con amplias indicaciones bibliográficas, también acerca de la literatura psiquiátrica. Dado que es interminable el número de los trabajos que se refieren a este tema, nos referiremos tan sólo a los que lo tratan en forma sintética, que son: MEZGER, *Probleme der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit* (Problemas de la imputabilidad jurídico-penal); actas de las sesiones de la Academia Bávara de Ciencias; sección histórico-filosófica, año 1949, fasc. 2 (publicado por separado). *Das Verstehen als Grundlage der Zurechnung* (El entendimiento como fundamento de la imputación); lug. cit., año 1951, fasc. 1. *Der § 51 StGB und der Strafrichter* (El § 51 c. p. y el juez penal), en "Kriminalbiologische Gegenwartsfragen" (Informe sobre el VII Congreso de la Sociedad de biología criminal, realizado el 28-29 de mayo de 1953 en Munich), publicación dirigida por Edmund MEZGER y Ernst SEELIG (1953, p. 71 y sigts.). Acerca de la ley sobre delincuentes habituales de 24 de noviembre de 1933, L. SCHÄFER-WAGNER-SCHAFHEUTLE, *Kommentar* (1934). Nótese, por lo demás, lo siguiente: como de costumbre, tomamos como punto de arranque (véase el § 14), el "dualismo empírico" entre acontecimientos corporales (somáticos) y anímicos (psíquicos). A este respecto, observa, con mucho acierto, Kurt SCHNEIDER (*Klinische Psychopatologie*, 3ª ed., 1950, p. 8 y 101), que la interpretación de síntomas psíquicos se encuentra en un *plano totalmente distinto, desde el punto de vista metódico*, de la comprobación de señales corporales de enfermedad. 'De lege ferenda' es importante SEELIG, *Zum Problem der Neufassung des § 51 StGB.* (Acerca del problema de la nueva redacción del § 51 c. p.) en *Mezger-Festschrift*, 1954, p. 213 y sigts.

Imputabilidad significa la capacidad de cometer culpablemente hechos punibles. La ley presupone la existencia de esta capacidad en los adultos, pero determina ciertas circunstancias en virtud de las cuales no existe esta capacidad "normal". De ahí se deducen situaciones exactamente delimitadas de la *"inimputabilidad"*. Dado que éstas se relacionan con la total estructura de la personalidad del autor, la teoría de la imputabilidad jurídico-penal se ha convertido, desde hace

tiempo, en la *puerta de entrada de la investigación moderna de la personalidad* en el derecho penal (*Lehrb.*, 280).

De acuerdo con lo dicho hasta ahora, las consideraciones de referencia significan lo siguiente: la persona adulta normal es capaz de cometer culpablemente hechos punibles. "Se" es responsable fundamental y generalmente de hechos que están conminados con pena. Para que tal punibilidad quede excluída en vista de la particular situación personal del autor, se requiere una circunstancia especial prevista en general por la ley. La ley admite en general como dada la "libertad" de hacer y no hacer.

En este sentido, IMPUTABILIDAD no significa "capacidad de acción" como entienden, por ejemplo, BINDING (*Normen*, II, 117 y sigts.), v. HIPPEL (II, 289), GERLAND (93), y, en parte, también el Tribunal del Reich (*RGStr.* 40, 21 y sigts., 25 y 56, 209 y sigts. y 211): aun los inimputables pueden "actuar", por cuanto la acción no es solamente la acción imputable. Imputabilidad no significa tampoco "capacidad jurídica de deber" como afirman los que sustentan una antijuridicidad subjetiva, como, entre otros, A. MERKEL, Hold v. FERNECK y KOHLRAUSCH; en efecto, aun el inimputable puede estar obligado jurídicamente. Finalmente, imputabilidad no significa, lisa y llanamente, "capacidad de pena", como sostienen FEUERBACH, v. LISZT y RADBRUCH; en efecto, la imputabilidad pertenece a la teoría del hecho punible, no de la pena. Imputabilidad significa *capacidad de culpabilidad* y, por consiguiente, debe ser incluída dentro del sistema jurídico-penal. El *Lehrb.* (267-268 y nota 3) se ocupa detenidamente de todas estas cuestiones.

La ley reglamenta los presupuestos de la imputabilidad, por lo comun, en *forma negativa*. Así, por ejemplo, en el § 51, con las palabras: "*No* existe acción punible, si", etc.; en el § 58 (ahora § 55): "*No* es punible, si", etc.; en el § 3 de la ley sobre tribunales de jóvenes de 1923: "un menor *no* es punible, si", etc. El § 3 de la *nueva* ley sobre tribunales de jóvenes de 1953 está redactado en otra forma: "un joven es *penalmente* responsable, si", etc. Pero, aun al fijar tales formas negativas, la ley piensa en los requisitos *positivos* de imputación; así, por ejemplo, se deduce del § 51 que la imputabilidad depende del estado de no perturbación de la conciencia, salud mental y facultades intelectuales suficientes en el momento de comisión del hecho. Muy especialmente la forma negativa no significa, como se ha reconocido, que alguien que comete un hecho conminado con pena, deba ser considerado "imputable" hasta el momento en que se prueba completamente lo contrario (*Lehrb.*, 280-281). Esto ha sido reconocido ex-

presamente también por el Tribunal del Reich (*RGStr.* 21, 131), con respecto al caso especialmente importante del § 51, en el sentido de que si existen "dudas fundadas acerca de la imputabilidad del acusado", las mismas deben dar lugar a la absolucion; "la no existencia (esto es, de las causas previstas en el § 51) debe ser demostrada" (132, 133). Ello no excluye, por cierto, que, si se trata de adultos, el que comete una acción conminada con pena, quede y deba quedar exento de su imputabilidad; deben existir, en lo que a él respecta, "dudas fundadas" en cuanto a esta situación, a fin de penetrar detenidamente en el examen de la cuestión. Con arreglo a las disposiciones en vigor, dichas dudas fundadas surgen en dos casos, que son:

1. En ciertos *casos*, en que el autor *no está desarrollado*, a saber, si se trata de *jóvenes* (§ 3 de la ley sobre tribunales de jóvenes de 4 de agosto de 1953) y de *sordomudos* (§ 55, párr. 1) (§ § 56 y 57 de este libro);

2. En determinados *casos* de *anormalidades mentales* (§ 51, párr. 1) (§ § 58-63 de este libro).

§ 56. La inimputabilidad de los jóvenes

En cuanto a la literatura anterior, véase v. LISZT-SCHMIDT (1932, 243 y sigts., con datos bibliográficos). *Grd.* (1943, 88-90 y 174-175). *KrimPol.* (1944, 268-278 con extensas indicaciones bibliográficas; confr., de manera muy especial, los informes de FRANCKE en la "Zeitschrift für Kinderforschung", vol. 35 y sigts.). *Kriminologie* (vol. III de la presente obra, 1951, p. 115-116 y 118-128). Acerca de la ley sobre tribunales de jóvenes de 1943: PETERS, *Reichsjugendgerichtsgesetz vom 6. November 1943* y *Kommentar*, 2ª ed., 1944. Acerca de la misma ley del año 1953: LACKNER, *JZ* 53 y 527. *LeipzKomm.*, 7ª ed., 1954, 4º suplemento, p. 15-28, de JAGUSCH. POTRYKUS, *Kommentar zum Jugendgerichtsgesetz*, 3ª ed., 1954.

I. El *derecho penal de los jóvenes* se ha ido convirtiendo progresivamente en una parte independiente y especial del derecho penal. En tanto que, originariamente, los §§ 55-57 contenían exclusivamente distintas disposiciones acerca de la imputabilidad (con arreglo al § 55, inimputabilidad hasta los 12 años, y según el § 56, imputabilidad condicionada a la "comprensión necesaria para reconocer la punibilidad de la acción" —el llamado 'discernement' del derecho francés) y la atenuación de la pena tratándose de niños y de jóvenes, la *ley sobre tribunales de jóvenes de 16 de febrero de 1923* (*RGBl.* I, 135) ha reglamentado la materia por separado. Con posterioridad a esta ley, han sido dictadas (*KrimPol.*, 269 y

sigts.) distintas ordenanzas, a saber: la ordenanza sobre jóvenes delincuentes peligrosos de 4 de octubre de 1939 (*RGBl.* I, 2000); la ordenanza sobre el arresto de jóvenes de 4 de octubre de 1940 (*RGBl.* I, 1336) y la ordenanza sobre la condena indeterminada de jóvenes de 10 de septiembre de 1941 (*RGBl.* I, 567). Todas estas disposiciones se encuentran, juntamente con las numerosas ordenanzas complementarias, en la *ley del Reich sobre tribunales de jóvenes de 6 de noviembre de 1943* (*RGBl.* I, 635). Remitimos a la edición comentada de PETERS, *Reichsjugendgerichtsgesetz vom 6. November 1943* (2ª ed., 1944). Esta ley siguió rigiendo fundamentalmente aun después del año 1945 (conf. Tribunal Regional Superior de Dresde de 16 de mayo de 1947, *NJW* 1947-1948, p. 36-37); las Instrucciones generales para los jueces contenían, en el Nº 9, algunas limitaciones, que siguieron siendo determinantes a pesar de la derogación de dichas instrucciones. Pero, la ley en cuestión ha sido sustituida, desde el 1º de octubre de 1953, por la *ley sobre tribunales de jóvenes* (*JGG*) *de 4 de agosto de 1953* (*BGBl.* I, 751), la cual es, en la actualidad, la ley en vigor. Véanse más detalles en el § 114.

Aquí nos ocuparemos exclusivamente de la *inimputabilidad de los jóvenes*. El derecho penal de los jóvenes será objeto de un *examen de conjunto* al final de este libro, en un capítulo especial (tercera parte, capítulo III, §§ 113-115).

II. *Es inimputable el niño que no ha cumplido los 14 años*. El § 2 de la *JGG* de 1923 disponía lo siguiente: "El que comete una acción conminada con pena antes de cumplir los catorce años, no es punible". Y el § 3, párr. 2, primera parte de la *RJGG* de 1943 rezaba correlativamente: "El que, sin haber cumplido los 14 años, comete una falta, no es penalmente responsable". El § 3, párr. 2, segunda parte de la *RJGG* de 1943 agregaba, en contraposición con el anterior § 2 de la *JGG* de 1923: "Si el autor tiene, en el momento del hecho, por lo menos 12 años, deberá responder como joven, si la protección del pueblo reclama, atenta la gravedad de la falta cometida, un castigo penal; no se aplicarán las disposiciones sobre los delincuentes peligrosos menores de edad". Esta disposición ya había dejado de tener validez desde 1945 (véase la 4ª ed. de esta obra, 1952, p. 129). El principio de que a los niños que no habían cumplido todavía los 14 años les fuera aplicado un castigo *penal*, requerido por el pueblo para su propia protección, pertenecía a las derogadas teorías nacional-socialistas. La cuestión ha sido solucionada terminantemente por el § 1, párr. 3 de la nueva *JGG* de 1953: "No es penalmente responsable el que no ha cumplido los 14 años en el momento del hecho". *No hay imputabilidad penal*

hasta el cumplimiento de los catorce años. El Tribunal del Reich (57, 206) ha admitido erróneamente que existe, al respecto, una simple causa de exclusión de la pena (*Grd.*, 88).

III. *Es inimputable el joven menor de 18 años si era inmaturo en el momento del hecho.* El § 3, párr. 1, primera parte de la *RJGG* de 1943 y el § 3, primera parte de la nueva *JGG* de 1953 disponen, coincidentemente, lo que sigue: "El joven es penalmente responsable si al tiempo del hecho era suficientemente maduro, de acuerdo con su desarrollo moral e intelectual, para comprender la injusticia del hecho y actuar según esta comprensión".

En consecuencia, los presupuestos de la *imputabilidad* de los "jóvenes", esto es —de acuerdo con el § 1, párr. 2 de la *JGG* de 1953— de aquellos que "en el momento del hecho han cumplido los 14 años pero no todavía los 18", están determinados aquí *positivamente* y dependen de un determinado grado de "madurez". Con arreglo al § 105 de la *JGG*, la limitación del § 3 de la misma ley no encuentra aplicación *alguna* con respecto a los "adolescentes". Mientras que en el N. II hay un límite de edad bien establecido, en el § 3 de la *JGG*, se requiere un examen particular en cada caso (*Grd.*, 88). Este examen debe abarcar:

1. el *desarrollo moral e intelectual* del joven en el momento del hecho y el grado de *madurez* alcanzado. En tanto que en el antiguo § 56 del código penal se tomaba en cuenta tan sólo el desarrollo *intelectual*, el § 3 de la *JGG* de 1923 y el § 3, primera parte, de la ley en vigor, se refieren acertadamente también al desarrollo *emocional* de la vida afectiva y volitiva (*Grd.*, 89). De ahí que sean decisivos el desarrollo "intelectual" y el desarrollo "moral". Es notable, asimismo, la circunstancia de que el juez debe dirigir su observación al total "desarrollo" del joven;

2. la circunstancia de si, sobre la base señalada en el número anterior, el joven *"era suficientemente maduro para comprender la injusticia del hecho y actuar según esta comprensión"*. Aun aquí aparece el aspecto intelectual ("comprender") y emocional ("actuar"). El concepto de "maduro" (§ 3 de la *JGG*) y el de "capaz (incapaz)" (§ 51 c. p.) se equivalen entre sí (véase también PETERS, p. 35). La comprensión de lo "antilegal" (§ 3 de la *JGG* de 1923) ha sido sustituida por la comprensión de la "injusticia del hecho"; esta última expresión "pone mejor de relieve —dice PETERS— que no se trata de la ley positiva, sino del ordenamiento jurídico que está detrás de ella". Además, no interesa la comprensión y la voluntad, sino la *capacidad* para ello. No es preciso que el autor sea capaz de comprender la punibilidad del hecho (*RGStr.* 58,

99). Es importante, para la apreciación, el carácter de cada caso particular (PETERS, p. 36).

IV. *La inimputabilidad del joven puede deducirse, como de costumbre, también del § 51, párr. 1, del código penal; si existen dudas,* esta disposición *tiene la preferencia,* tal como ocurría con la *JGG* de 1923 (*Grd.*, 89) y la de 1943 (PETERS, p. 36, p. ej., en los casos de embriaguez, delirio febril, envenenamiento, enfermedad mental, etc.) y, ahora, con la *JGG* de 1953. Pero ello no excluye que, si la decisión con arreglo al § 51 es *incierta,* se aplique el § 3 de la *JGG,* si no hay dudas sobre la exclusión de la imputabilidad.

V. *La inimputabilidad tiene como consecuencia,* aquí, como siempre, la exclusión de la culpabilidad. La sentencia 61, 266 del Tribunal del Reich es excesivamente indeterminada. La participación en un hecho cometido por un niño o por un joven, se juzga con arreglo al § 50, párr. 1, del código; el partícipe responde, en consecuencia, por su propia culpabilidad. En vista de esta accesoriedad limitada, que rige hoy con carácter general, no era necesario repetir el texto del antiguo § 4 de la *JGG* de 1923.

§ 57. La inimputabilidad de los sordomudos

Lehrb., 285-286. *Grd.*, 90.

En cuanto a los sordomudos, el actual § 55, párr. 1 (antes, § 58, párr. 1), contiene una disposición especial, la cual excluye la imputabilidad con carácter condicional: "El sordomudo no es punible si ha quedado retrasado en su desarrollo intelectual y es incapaz, por consiguiente, de comprender la ilicitud del hecho o de actuar según esta comprensión".

En el sentido de la presente disposición, es sordomudo el que ha perdido desde el nacimiento o en la más temprana infancia, la facultad de oír y de hablar (*RGStr.* 57, 239). La pérdida posterior de estas facultades no hace posible la aplicación de dicha disposición. La sordomudez debe haber impedido el desarrollo de la madurez intelectual.

Si existen los presupuestos del § 51, párr. 1, éste tiene la preferencia. Se aplicará la *JGG* al sordomudo que no ha cumplido todavía los 18 años de edad. *No* es posible una aplicación *por analogía* a casos similares de defectos físicos o a miembros de tribus salvajes, que han quedado rezagados en su desarrollo. La ley limita su disposición al caso especial de la sordomudez (*Lehrb.*, 286).

§ 58. La inimputabilidad en los casos de anormalidades mentales. Ojeada de conjunto

Véanse las observaciones en la nota bibliográfica del § 55. Se remite especialmente a la obra de MEZGER, *Probleme der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit* (1949) (=*Probl.*)

El determinante e importante § *51, párr. 1*, dispone: "No existe acción punible, si el autor al tiempo del hecho, a causa de perturbación de la conciencia, perturbación morbosa de la actividad del espíritu o debilidad mental, es incapaz de comprender la ilicitud del hecho o de obrar según esta comprensión." La redacción de esta disposición, que rige en la actualidad, se basa en la ley sobre delincuentes habituales de 24 de noviembre de 1933 (*RGBl.* I, 995).

La ley sigue, en su estructura, un método que se ha dado en llamar bio-psicológico o mixto (*Lehrb.*, 286-287). Se han distinguido, en este sentido, los métodos siguientes: el "método biológico", el cual se refiere exclusivamente al estado anormal del autor como tal —como lo hace el artículo 64 del 'Codé pénal' francés de 1810 con las palabras: "Il n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action"; el "método psicológico", que destaca las consecuencias del estado anormal— debiéndose recordar al respecto las palabras empleadas en el § 46 del primer proyecto del Gobierno de un código penal para la Confederación de Alemania del Norte: "...cuando la libre determinación de la voluntad del autor se hallaba excluída al tiempo del hecho"; y el método mixto o "método bio-psicológico" del § 51 hoy en vigor que se refiere a las bases anormales psíquicas del autor y a sus ulteriores consecuencias.

Las denominaciones habituales de los tres métodos son poco felices y poco acertadas. Las llamadas bases biológicas de la *"perturbación de la conciencia"*, de la perturbación morbosa de la *"actividad del espíritu"* y de la *"debilidad mental"* no son, en realidad, características físico-biológicas, sino "psicológicas", y la consecuencia a la que el § 51 se refiere, acerca de la incapacidad de "comprender la ilicitud del hecho o de obrar según esta comprensión", no constituye una característica meramente psicológica, sino valorativa sociológica. Por lo tanto, sería más exacto hablar de características *descriptivas* y de características *valorativas* (normativas). El método descriptivo-normativo que rige en el derecho vigente, tiene la ventaja de poner de manifiesto que el juicio sobre la imputabilidad del autor se conecta "descriptivamente" a hechos (situaciones de hecho) psicológicos determinados, que requiere

siempre, sin embargo, una apreciación "valorativa" de tales situaciones. Dado que esta apreciación es siempre, en primer término, jurídica, pone también acertadamente de relieve que el juicio terminante contenido en el § 51 puede realizarse solamente con el concurso del perito médico y del juez jurídicamente preparado, y no unilateralmente por una u otra de estas partes (*Grd.*, 95). En tal sentido, véanse muy especialmente las actas del congreso de la Sociedad de Biología Criminal (1953, p. 82-83).

En cuanto a los problemas que se ventilan aquí, también el jurista deberá estudiar la literatura psiquiátrica (véanse los datos bibliográficos citados en *KrimPol.*, p. 28 y sigts., y en el tercer volumen, p. 192 y sigts.), y, si tiene la posibilidad de hacerlo, observar directamente, en los propios enfermos, en las clínicas y en los hospitales, las anormalidades mentales. Sobre todo, no debería dejar de visitar las clínicas psiquiátricas universitarias.

§ 59. (Continuación): la perturbación de la conciencia

La *"perturbación de la conciencia"* significa (*Lehrb.*, 288) la *perturbación de las relaciones normales existentes entre la conciencia del yo (autoconciencia) y la conciencia del mundo externo.* El estado de perturbación de la conciencia puede consistir en un estado no morboso (fisiológico) —como el sueño normal— o morboso (patológico) —como un estado tóxico o un estado crepuscular epiléptico. Dichos estados pueden ser transitorios o de más larga duración. Consideramos estados de perturbación de la conciencia los que detallamos a continuación (*Lehrb.*, 288-290 y *Grd.*, 91-92): el sueño normal, los estados emocionales intensos, el sueño producido por la hipnosis, la estrechez de la conciencia en el momento en que se ejecuta la orden post-hipnótica, el estado de somnolencia, la lipotimia, la embriaguez aguda, el estado llamado patológico de embriaguez, otras perturbaciones de la conciencia determinadas por el alcohol u otras sustancias tóxicas, depresiones de toda especie, delirios febriles, estados crepusculares con base histérica, epiléptica o esquizofrénica transitorios o que duran unas horas, unos días o unas semanas. El sujeto puede actuar, en tales estados, conscientemente, de modo que son posibles, en los mismos, acciones complicadas; como ser, por ejemplo, la realización de viajes en estados crepusculares histéricos o epilépticos [1]. Acerca de los estados de ira, véase

[1] Acerca de la total cuestión, confr. también la observación chistosa de P. JANET, *L'automatisme psychologique* (5ª ed., 1907, p. 117): "L'idée du moi est un jugement".

la sentencia *BGHStr.* 3, 195; sobre estados emocionales en general, véase la sentencia *BGHStr.* 6, 329 y sigts. Confr., además, con los datos bibliográficos correspondientes, la sentencia del Tribunal Federal en *NJW*, 1955, p. 1077 (4 *StR*, 552/54).

El concepto *legal* de la perturbación de la conciencia es el mismo que ha sido desarrollado descriptivamente aquí. No es preciso que se trate de un estado de pérdida del conocimiento (redacción *anterior* al año 1933). Al contrario: si existe una *falta* total del conocimiento, no hay penalmente una acción y no se aplica, de ningún modo, el § 51. Solamente en los casos en que existe una acción —esto es, en los casos de simple "perturbación" de la conciencia— se requiere una consideración más detenida de la punibilidad, en virtud de esta disposición legal.

§ 60. (Continuación): la perturbación morbosa de la actividad del espíritu en general

I. El reconocimiento exacto de la "perturbación morbosa de la actividad del espíritu" presupone una clara concepción de la *vida psíquica normal*. Aquí, en el marco del "dualismo empírico", distinguimos entre *procesos físicos (somáticos)* —que son aquellos que podemos explicar causalmente sólo desde fuera (*Probl.*, 49)— y *procesos anímicos (psíquicos)* — que podemos entender interiormente como tales y en su especie, en tanto lo anímico procede genésicamente de lo anímico. Pero, "*entender*" significa *clasificar en relaciones sensoriales eficaces*. La disertación presentada ante la Academia bávara de ciencias —*Das Verstehen als Grundlage der Zurechnung* (El entendimiento como fundamento de la imputación) (1951)— tiende a esclarecer estos difíciles problemas.

II. El requisito legal de la *perturbación morbosa* de la actividad del espíritu (vida psíquica) exige en primer término que se conozca el concepto de perturbación "*morbosa*" y, por consiguiente, el concepto difícil y, desde el punto de vista metódico, complicado de *enfermedad* en el campo de la vida psíquica (*KrimPol.*, 50, nota 47). A los fines de la exposición siguiente, es fundamental la distinción entre el *concepto* psíquico *de enfermedad en el sentido psiquiátrico estricto* y el *concepto* psíquico *de enfermedad en el sentido más amplio del § 51*. Una perturbación morbosa en aquel primer sentido es siempre tal aun con arreglo al § 51; pero el concepto legal de esta disposición abarca otros campos.

1. *La perturbación morbosa de la vida psíquica en el sen-*

tido psiquiátrico estricto es *la ruptura de las correlaciones psíquicas sensoriales por un proceso morboso somático ajeno a lo sensorial (proceso morboso)*. Este concepto de enfermedad ha sido sustentado, con respecto a nuestro campo, sobre todo por Kurt SCHNEIDER en sus trabajos *Die psychopathischen Persönlichkeiten* (6ª ed., 1943) y *Klinische Psychopathologie* (3ª ed., 1950). Como también nosotros lo hacemos en nuestra exposición jurídico-penal, este autor toma como punto de arranque, en la primera de las obras citadas (p. 9), en la relación entre cuerpo y alma, un "dualismo empírico (basado en la experiencia)"; con otras palabras, SCHNEIDER se atiene al hecho probado por la experiencia y generalmente conocido, de que la serie de los procesos corporales y físicos, por un lado, y la de los procesos anímicos y psíquicos, por el otro, existen de por sí y se influencian mutuamente. Nosotros podemos tomar como punto de arranque una u otra serie de procesos. *En nuestro caso, debemos ocuparnos —como se desprende del* texto del § 51— de las perturbaciones morbosas en el terreno mental o, dicho más correctamente, psíquico. Con respecto al campo médico, Kurt SCHNEIDER escribe lo siguiente: "La *enfermedad* existe solamente en el *cuerpo* y una manifestación morbosa psíquica es a nuestro entender exclusivamente aquella a la que están condicionadas *modificaciones* morbosas en el cuerpo. De tal manera, son morbosas las psicosis orgánicas y tóxicas en sentido estricto y, a no dudarlo, también las esquizofrénicas y las ciclotímicas, aun cuando hasta ahora no sabemos nada concreto acerca de los trastornos anatómicos a que obedecen" (p. 8-9), debiéndose con todo presuponer como seguros en las mismas tales procesos físicos morbosos. En el otro trabajo —*Klinische Psychopathologie* (4ª ed., 1955, p. 14)— mantiene este autor el concepto de la enfermedad consistente en la "*modificación* morbosa del cuerpo", pero incluye también entre las enfermedades los "*defectos físicos*" (p. 9 y 15), queriendo demostrarnos con ello que el punto de arranque carece de claridad.

De acuerdo con JASPERS y Kurt SCHNEIDER (*Probl.*, 5-6, pero tomando como punto de partida un concepto algo diferente del entendimiento, p. 47 y sigts.), hacemos la siguiente neta distinción;

a) *Enfermedades mentales auténticas*, esto es, trastornos que descansan en un proceso morboso físico actual, de origen, pues, somático, y que pueden ser, por lo tanto, "explicados", pero rompen la correlación psíquica "inteligible"; y

b) *Anormalidades psíquicas*, como variedades psíquicas fuera de dicho proceso morboso físico actual; con otras palabras, anormalidades que son "inteligibles" aun en atención

a su formación genésica (como "lo anímico tiene su origen en lo anímico"), puedan ellas llevar, aun ulteriormente, a distintos desarrollos o reacciones anormales.

2. *Perturbación morbosa de la actividad del espíritu (vida psíquica) en el sentido legal más amplio del* § *51.* La misma abarca, además de la perturbación morbosa en sentido estricto, de la que nos hemos ocupado en el número 1 *también* cualquier otra *considerable anormalidad* (desviación considerable del desarrollo "normal") *de sucesos psíquicos* aun en el caso en que la misma tenga su base, *desde el principio*, en la predisposición y constitución del individuo.

Esto ya ha sido reconocido y destacado con anterioridad. "Aunque, de acuerdo con la interpretación más rigurosa del termino *perturbación*, se indica que la vida psíquica del sujeto debe haber sido, en un tiempo, normal, no hay dudas de que la ley incluye también enfermedades mentales congénitas. Tampoco es dudoso que la expresión perturbación mental abarca, asimismo, perturbaciones mentales transitorias de naturaleza patológica." Así dice FRANK, en su *Kommentar*, 8ª-10ª ed., 1911, p. 117. En la 18ª edicion de su obra (1931, p. 148), FRANK recalca, con firmeza aun mayor, tales ideas, y, en cuanto a las enfermedades mentales congénitas, hace referencia expresa a las "personalidades psicopáticas". La palabra *"perturbación"*, empleada en el § 51, debe ser entendida, como se reconoce exactamente, en el sentido más amplio. No debe ser referida tan sólo a una perturbación en el sentido de que debe haber existido antes una vida psíquica "exenta de perturbaciones" a la que ha sucedido otra perturbada, puesto que la ley no puede estar determinada y circunscripta de antemano a esta forma, por importante y significativa que pueda ser para el § 51. El texto de la ley puede abarcar perturbaciones congénitas y adquiridas, transitorias y permanentes. En efecto, la ley no piensa tanto en el traspaso de un estado de no perturbación a otro de perturbación, sino, en general, en una perturbación de la actividad "normal" del espíritu.

Como quiera que sea, haremos bien en pensar, aun para la determinación de la inimputabilidad, en primer término, en el concepto estricto de enfermedad (n. 1). La ley incluye, entre los inimputables, aun a los propios enfermos mentales. Pero el § 51 abarca *también*, con toda seguridad, los *casos* de perturbaciones adquiridas de la "actividad del espíritu" como tal, aun en el caso en que no estamos en condiciones de demostrar, con respecto a ellos, un fundamento físico; en efecto, lo que interesa, de acuerdo con el texto y el sentido del § 51, no es la forma de la evolución, sino la forma de la perturbación existente. La disposición legislativa no se refiere

a estados somáticos, sino, directamente, al efecto psíquico (espiritual) que se pone de manifiesto. Y finalmente el § 51 abarca, en virtud de su formación, aun casos pertenecientes al concepto más amplio de enfermedad, como ser casos de idiotez congénita, propia, desde un principio, del sujeto. No es este el momento para decidir cuál es el campo de la vida psíquica en el que se debe exteriorizar la perturbación morbosa y si corresponde incluir aquí tan sólo las perturbaciones que conciernen a la inteligencia (imbecilidad) o también aquellas que hacen al temperamento y a la voluntad (las llamadas psicosis). Este punto será considerado y decidido más adelante. Mientras tanto, incluímos, entre las "perturbaciones morbosas del espíritu" *en el sentido de la ley* (§ 51) —sin adelantarnos, con ello, a la formación conceptual *dentro* del campo psiquiátrico (médico)—, *todas* las perturbaciones de la especie mencionada.

En consecuencia, el firme *resultado* al que arribamos, es que, dentro de la "perturbación morbosa de la actividad del espíritu" del § 51, se deben incluir:

a) También las perturbaciones psíquicas, no producidas demostrablemente por causas somáticas ("modificaciones morbosas del cuerpo"), y

b) También las perturbaciones (anormalidades), que existían en el individuo desde un principio como deficiencias determinadas dentro de una predisposición originaria (como imbecilidad o psicosis).

El informe producido en el VII Congreso de la Sociedad de Biología Criminal realizado el 28-29 de mayo de 1953, determina tres manifestaciones (p. 75), en las cuales puede tomarse en cuenta el § 51, o sea: las *psicosis* o enfermedades mentales auténticas, con inclusión de las intoxicaciones; las *variedades anormales* de esencia psíquica en la imbecilidad y las psicopatías, las psicógenas esto es, los conflictos, condicionados psíquicamente, de las llamadas *neurosis*.

Para poder apreciar todas las manifestaciones de la vida, el campo visual debe ser extendido en la medida de lo posible. Después, nos ocuparemos especialmente del problema de si existen limitaciones al respecto.

§ 61. (Continuación): la perturbación morbosa de la actividad del espíritu en particular

Como consecuencia de lo que se ha dicho hasta ahora, subdividiremos en lo sucesivo las perturbaciones morbosas de

la actividad del espíritu (§ 51), que hemos bosquejado en su punto de arranque en los parágrafos anteriores, en los cuatro grupos siguientes: I) enfermedades mentales auténticas; II) imbecilidad); III) personalidades anormales (psicopatías); IV) perturbaciones de distinta índole (*Grd.*, 91-95: fundamentos descriptivos de las perturbaciones mentales).

I. *Enfermedades mentales auténticas* (especialmente, las *psicosis* propiamente dichas). Aquí, tomamos como punto de partida el concepto más estricto de enfermedad (§ 60, II, 1), esto es, entendemos por "enfermedades mentales auténticas" solamente los *procesos* morbosos psíquicos que tienen su origen en modificaciones *somáticas*, tanto en el caso de que este origen físico pueda ser demostrado directamente —como ocurre, por ejemplo, en las parálisis o en las influencias tóxicas—, o en el caso de que el mismo pueda ser admitido con seguridad — como en las afecciones esquizofrénicas y circulares. (Profundamente sobre el particular, aunque no todos los puntos de vista hayan sido mantenidos: *Lehrb.*, 290 y sigts.; *Grd.*, 92-93 y 96-97; *KrimPol.*, 31 y sigts.; en conjunto, *Probl.*, 1949). En detalle, corresponden a este grupo:

1. Las *enfermedades mentales orgánicas (psicosis orgánicas)*. Las enfermedades mentales orgánicas involucran procesos físicos morbosos del cerebro o que repercuten en el cerebro y se pueden comprobar directamente, como ocurre en la parálisis progresiva, la sífilis cerebral, la demencia senil, la arterioesclerosis cerebral, los tumores y las lesiones del cerebro; al final de esta serie, está la epilepsia auténtica;

2. Las llamadas *enfermedades mentales endógenas* (llamadas *psicosis endógenas*). Llamamos así, por lo común, a las enfermedades mentales en las cuales se advierte en primer término solamente la modificación de la misma función psíquica, no pudiéndose o no pudiéndose todavía probar exactamente una afección cerebral y su base anatómica. Pero no pueden caber dudas sobre el hecho de que tales enfermedades tienen un origen somático. Con todo, permanecen conectadas a la norma, aunque dentro de transiciones fluctuantes, en un grado más elevado que las enfermedades que pertenecen al primer grupo. Integran las enfermedades mentales de que se trata, las dos grandes categorías de la locura esquizofrénica y de la locura circular (maníaco-depresiva);

3. Las *perturbaciones tóxicas*. Aquí, la perturbación psíquica tiene su origen en un estado tóxico, sea que éste provenga endogénicamente del cuerpo y de sus procesos, sea que proceda exogénicamente desde fuera; deben mencionarse las perturbaciones en el campo del alcoholismo.

II. *Imbecilidad*. Ya nos encontramos aquí, en realidad, en

el campo del concepto más amplio de enfermedad (§ 60, II, 2); en efecto, mientras no se trate de estados de imbecilidad adquiridos, son objeto de examen los estados que tienen su base, desde el principio, en una determinada predisposición. En tal sentido, entendemos por "imbecilidad" (*Grd.*, 93 y *KrimPol.*, 44), en términos generales, las perturbaciones del desarrollo psíquico en el campo del *intelecto*. Se acostumbra distinguir entre la "idiotez", de la que padecen los imbéciles cuyo desarrollo espiritual no alcanza el de un niño de seis años, la "imbecilidad", si el desarrollo espiritual del enfermo adulto corresponde al de un niño hasta el inicio de la pubertad, y la "debilidad", si el desarrollo espiritual del enfermo no corresponde al que se comprueba en las personas normales una vez terminado el período de la pubertad. La imbecilidad se conecta, con frecuencia, con otras formas de perturbaciones psíquicas, sobre todo comportamientos psicopáticos de la personalidad.

III. *Personalidades anormales (psicopatías)*. Aquí nos encontramos por completo dentro del concepto más amplio de enfermedad (§ 60, II, 2). Por lo tanto, este "límite" es objeto de consideraciones especialmente detenidas y divergentes (véanse, al respecto, *Lehrb.*, 292-293; *Grd.*, 93-94 y 97-98; *KrimPol.*, 45 y sigts.; *KrimpsyProbl.*, 1943, p. 48 y sigts.; y HEINZE en la *KritVjschr.* XXXII, 8 y sigts.). Remitimos a la exposición de conjunto de Kurt SCHNEIDER, *Die psychopathischen Persönlichkeiten*, 6ª ed., 1943 (igual la 7ª ed., modificada en la 9ª ed. de 1950) y, además, a la *Festschrift für Kurt Schneider* (Editorial Scherer, Heidelberg, 1947), p. 208 y sigts. —*Über kriminelle Typen*—, como así también a nuestra obra *Probl.*, 23 y sigts.

Contrariamente a lo que ocurre en el caso de la imbecilidad, las psicopatías consisten en perturbaciones y anormalidades que, más que en el campo del intelecto, se ponen de manifiesto en el de la *vida de los sentimientos*, de la *voluntad* y del *carácter*. Trátase, en primer término, de determinadas modalidades temperamentales y también, en sentido más amplio, de estados estacionarios que son la consecuencia de enfermedades mentales superadas o de otras influencias somáticas; en cambio, no se toman en cuenta los defectos que han aparecido a raíz de influencias psíquicas (educación mala, desamparo, etc.), los que no pueden ser incluídos entre las "perturbaciones morbosas de la actividad del espíritu". Con todo, debemos guardarnos de trazar límites excesivamente rigurosos. Por otra parte, este grupo se caracteriza, en contraposición con el que le sigue (IV), por el hecho de que la personalidad no sufre variaciones y por la falta de reacciones

anormales aisladas a estímulos y situaciones de carácter extraordinario.

La delimitación entre las distintas formas de las psicopatías y la delimitación entre éstas y el ámbito de lo normal, tropiezan con dificultades mucho mayores que las que enfrenta la tarea correspondiente en cuanto a las demás perturbaciones del espíritu. En efecto, tanto la transición entre una y otra de las distintas formas de psicopatías como la transición al estado normal son fluctuantes y progresivas. Entendemos siempre por *psicópatas,* "personalidades anormales", esto es, las personas que en la manera de ser de su carácter, vida afectiva y voluntad, se apartan de la "norma" y se manifiestan en la vida como elementos "negadores" o "perturbadores". Esa norma debe ser considerada como norma promedio efectiva; pero, si la estudiamos más detenidamente, observamos que la misma debe ser determinada, en forma definitiva y en sus límites, si no valorativamente, por lo menos como referida a un valor. Kurt SCHNEIDER distingue diez formas fundamentales, entre las cuales se encuentran estados de transición francamente diversos: los de los psicópatas hipertímicos, depresivos, inseguros de sí mismos (sensitivos y neuróticos compulsivos, llamados por él "anancásticos"), fanáticos, necesitados de estima, lábiles, explosivos, insensibles, abúlicos y asténicos. Remitimos, a los fines de un estudio más profundizado sobre este punto, a la bibliografía ya mencionada.

IV. *Perturbaciones particulares: rasgos particulares anormales y reacciones particulares anormales (muy especialmente, reacciones anormales frente a acontecimientos de la vida).* No se trata, tampoco aquí, de enfermedades mentales auténticas (I), sino, esencialmente, de casos similares a los que se han examinado en el N. III.

1. Los *rasgos particulares anormales* de la constitución psíquica, y, muy especialmente, de la vida emocional y de la voluntad, no necesitan asociarse a esquemas rígidamente conformados de la personalidad. Se pueden limitar a rasgos particulares del carácter. Se incluyen aquí, también, las perturbaciones particulares llamadas vitales (*Probl.*, 32 y sigts.), y, sobre todo, las anormalidades del instinto sexual, distintas manías, monomanías (cleptomanía, manía incendiaria) y similares. El Tribunal Federal (*MDR*, 55, 368), considera al instinto sexual contra la naturaleza como una perturbación morbosa de la actividad del espíritu.

2. Los *desarrollos anormales* (*Probl.*, 39), son desarrollos psíquicos, por lo común psicopáticos y ligados a determinados acontecimientos extraordinarios, en el sentido, por ejemplo, de un delirio pleitista, de persecución o de referencia,

que "trastornan" la personalidad y conducen, por consiguiente, a manifestaciones anormales graves. Ya se ha puesto de relieve que pueden incluirse aquí, en principio, también conflictos psíquicos en el sentido de las llamadas neurosis (*Der § 51 StGB und der Strafrichter*, 1953, p. 75 y 78-79); éstos corresponden, pues, a este grupo o al indicado bajo el N. 3.

3. Finalmente, las *reacciones particulares anormales* (*Probl.*, 39), son procesos y estados psíquicos anormales, como las llamadas psicosis carcelarias, los estados psicógenos confusionales y los estados crepusculares, los llamados estados de terror y similares, que pueden conducir a estados análogos a los de las psicosis, pero que, en realidad, no lo son (enfermedades mentales auténticas). Se justifica que las formas en cuestión puedan ser estudiadas desde el punto de vista de la "perturbación morbosa" en el sentido del § 51.

§ 62. (Continuación): la debilidad mental

En cuanto a los fundamentos descriptivos de la inimputabilidad, el § 51 se había limitado, en la redacción que tenía anteriormente, a señalar la "inconciencia" y la "perturbación morbosa de la actividad del espíritu". En la nueva redacción de la ley sobre delincuentes habituales de 24 de noviembre de 1933 (*RGBl.*, I, 995), se ha agregado la expresión "debilidad mental". La misma no es satisfactoria, puesto que da lugar a distintas interpretaciones y, por otra parte, no agrega nada fundamentalmente nuevo a lo que ya se ha dicho.

1. El § 6, N. 1, del código civil emplea la expresión "debilidad mental", pero la misma no sirve para la interpretación que nos interesa, dado que las situaciones y las finalidades respectivas son totalmente diferentes.

2. Con arreglo a la exposición de motivos de la ley sobre delincuentes habituales, la expresión debe poner en claro que en el § 51, párr. 1, pueden incluirse también los estados que lindan con las afecciones mentales, haciéndose comprensible, por lo tanto, aun al que no es psiquiatra, cuál es la intención de la ley.

3. Como ya se ha puesto de relieve, la expresión "imbecilidad" tiene, en psiquiatría, un sentido del todo especial, por cuanto se designan con la misma las perturbaciones que repercuten esencialmente en el terreno intelectual, esto es, del pensamiento y del entendimiento.

4. En atención a estas distintas circunstancias, no deberíamos limitar la expresión que nos ocupa a las perturbaciones del intelecto, en el sentido estrictamente psiquiátrico

(N. 3). Dicha expresión significa, según la voluntad del legislador (N. 2), *también* debilidades en otros terrenos psíquicos, a saber, también los emocionales del sentimiento y de la voluntad, pudiendo aclarar más exactamente determinadas manifestaciones que el experto incluiría, de todos modos, en el § 51. En consecuencia, la expresión "debilidad mental" contenida en el § 51, no tiene una significación fundamental.

§ 63. (Continuación): las características valorativas de la inimputabilidad en los casos de anormalidades mentales

A las características descriptivas de la inimputabilidad ya indicadas —perturbación de la conciencia, perturbación morbosa de la actividad del espíritu y debilidad mental— que se consideran, comúnmente, las características "biológicas" del § 51, se contrapone la característica de la incapacidad de observar un comportamiento determinado, que la concepción *predominante* señala *como* característica "*psicológica*" de la inimputabilidad. Dice, al respecto, la ley:

"No existe acción punible, si el autor, a causa de..., es incapaz de comprender la ilicitud del hecho o de obrar según esta comprensión."

La anterior redacción del código penal ("estado..., que excluía su libre determinación de voluntad") ha quedado sin efecto, por cuanto esta referencia a la "libre voluntad" ponía de manifiesto, sobre todo en el aspecto científico-natural, una contradicción. Pero no debemos hacernos ilusiones, en el sentido de que la nueva redacción sea esencialmente distinta de la anterior. La expresión "capacidad o incapacidad de obrar" tiene aproximadamente el mismo sentido que existencia o ausencia de la libre determinación de la voluntad. Por lo demás, las dos redacciones no agregan nada nuevo a las características descriptivas señaladas, sino que quieren indicar tan sólo ciertas líneas directrices acerca del grado requerido de desviación de lo normal, y se deben entender de esta manera.

Hay que recordar, una vez más, que la *ley*, esto es, el § 51, toma como punto de arranque el concepto "más amplio" de enfermedad (véase el § 60, II, 2 de este libro); si no se quieren considerar —y es acertado proceder de este modo— "morbosas", dentro de la psiquiatría, sobre todo las psicopatías propiamente dichas, las mismas no pueden fundamentalmente quedar excluídas, *en el sentido de la ley*, de las perturbaciones "morbosas" de la actividad del espíritu con arreglo al § 51. Por lo tanto, ellas también pueden ser objeto, en sus

formas más graves por lo menos, de las siguientes consideraciones.

Se trata de aclarar los *puntos de vista jurídicamente esenciales* que son determinantes a los fines de la apreciación de los estados mencionados en el § 51, párr. 1, ya descriptos en detalle. Al existir ellos, ¿cuándo no existe la responsabilidad jurídico-penal de la persona afectada? La correcta contestación a esta pregunta puede ser encontrada, al fin y al cabo, solamente en la esencia de la pena y en las finalidades fundamentales del derecho penal en vigor (*Schneider-Festschrift* 1947, p. 239 y sigts. y 243, y *Probl.*, 1949, p. 40 y sigts.). Como ha expuesto persuasivamente Kurt SCHNEIDER en el prólogo de su obra (1948, p. 13-14) y como también nosotros hemos aceptado en el § 53 de este libro, no puede ser contestada en el terreno empírico la pregunta si el autor era "capaz", al tiempo del hecho, "de obrar según esta comprensión". En efecto, como se ha observado oportunamente, se trata, al final, de un problema sobre las *exigencias* establecidas con respecto al autor, a saber, no de un problema de índole descriptiva, sino *normativa*. "Teóricamente", es insoluble. Debemos buscar la contestación en lo normativo. Las palabras deben ser "traducidas a lo normativo" (Actas del congreso citado, p. 80).

A nuestro juicio, es indiscutible que la delimitación entre imputabilidad e inimputabilidad *no* puede hacerse simplemente con arreglo a las *exigencias de seguridad* de la colectividad. En efecto, el § 42 *b* prevé, en orden a las exigencias de la "seguridad pública", medios *especiales extrapenales* contra el inimputable, esto es, reconoce, aun en el caso de las personas socialmente peligrosas, que procede aplicar el § 51, párr. 1. Por cierto, que también la pena propiamente dicha debe desempeñar funciones de seguridad; pero éstas juegan un papel más importante *dentro* de la pena en el caso del llamado imputable disminuído (§ 51, párr. 2), al que nos referiremos en otro lugar (MEZGER, *Probleme der Strafrechtserneuerung*, 1944, p. 195). En la inimputabilidad del § 51, párr. 1, que es, como hemos visto, incapacidad de *culpabilidad*, se deben considerar, ante todo, los criterios rectores de la *idea de la culpabilidad*.

Por consiguiente, esto quiere decir: la imputabilidad (exclusión del § 51, párr. 1) presupone una situación "normal" de las circunstancias internas y de la personalidad del autor, en la cual "se" puede comprender la ilicitud del hecho y obrar según esta comprensión. Ya hemos puesto detenidamente de relieve (*Lehrb.*, 275 y 294-295) que de ello se deduce una cierta "bipolaridad" de nuestro concepto, una orientación del mismo hacia *dos* direcciones; no hay imputabilidad frente a

hechos "inadecuados", esto es, hechos que son ajenos a la personalidad del autor, y frente a *personas* "inadecuadas", si el autor presenta una personalidad que se desvía completamente de lo normal. Se trata aquí (*Grd.*, 99) del *límite* determinado en doble sentido, al que está ligada la responsabilidad jurídico-penal por causas efectivas. Esta comprensión puede lograrse sólo con un entendimiento psicológico acerca del estado psíquico total del autor al tiempo del hecho y con un ponderado examen de los límites que encuentran las exigencias jurídicas respecto de las inevitables determinantes de la vida psíquica. Para ello, es también necesario aprovechar cuidadosamente los conocimientos de los expertos en medicina y que el juez recurra a su experiencia forense. La fórmula, tan citada, según la cual para el concepto de lo normal debe ser decisiva la "determinabilidad normal de los motivos" (véase *Lehrb.*, 299, nota 29), es excesivamente unilateral para poder agotar la situación, además que dicha fórmula no dice si se refiere a una "reacción normal a los estímulos de la acción" o a una "determinabilidad por motivos normales".

Lograremos una mayor determinación de los límites si consideramos por separado las *distintas causas* de la inimputabilidad con arreglo al § 51, párr. 1, en el mismo sentido en que nos hemos ya ocupado de ellas.

1. Si existe una *enfermedad mental auténtica*, y, muy especialmente, una *psicosis* auténtica en el sentido ya expresado, la imputabilidad queda, *en principio*, *excluída* (así también, ahora, *Probl.*, 8). Esto rige aun en el caso de que se trate de una fase inicial de una tal enfermedad, que, tal vez, reconoce tan sólo el psiquiatra y no el profano. Aquí deben decir su palabra decisiva la experiencia de la vida y los conocimientos clínicos especializados. En caso de comprobarse un cuadro morboso localizado en una forma determinada, que está de acuerdo con la total experiencia científico-psiquiátrica, la responsabilidad jurídico-penal termina. La causa determinante de la exclusión de la imputabilidad se encuentra aquí en la comprensión de las relaciones legales de tales procesos morbosos (*Grd.*, 96-97 con citaciones detalladas acerca de la imputabilidad temporaria y parcial, las fases iniciales de la enfermedad y los estados estacionarios de la misma). Incluso si puede existir, en tales casos, la capacidad de comprender, en algunos puntos, la ilicitud del hecho, no estamos en condiciones, frente a lo morboso del proceso, de afirmar, con seguridad y sin dudas fundadas, la capacidad del autor de obrar según esta comprensión. Pero, si tales dudas existen en cuanto a la imputabilidad, hay que aplicar el § 51, párr. 1.

2. También en el caso de la *imbecilidad*, la *apreciación*

determinante es relativamente simple. Si de tales estados se trata, es decisiva, esencialmente, la medida de la deficiencia intelectual en relación con las exigencias que el hecho concreto pone en orden a la capacidad de comprensión del autor. Por lo tanto, puede ser que se deba afirmar esta capacidad y, con ello, la imputabilidad, por ejemplo, respecto de un simple ladrón, y que la misma deba ser negada ante una estafa complicada o una falsedad documental. Pero es también posible que se afirme esta comprensión y que la imbecilidad excluya la capacidad de obrar según esta comprensión.

BLEULER se refiere a una interesante manifestación al respecto, que llama "simpleza relativa" (*Lehrbuch der Psychiatrie*, 2ª ed., 1918, p. 468). Lo esencial es, aquí, una "desproporción entre aquello a que se aspira y la inteligencia". "Existen personas cuya inteligencia sería suficiente para que se desempeñen en un cargo corriente y, a veces, aun de cierta dificultad, pero son demasiado activas y se exigen a sí mismas cosas que están fuera del alcance de su inteligencia, razón por la cual cometen muchas estupideces y fracasan en la vida." La parte especial de esta obra (II, 264) contiene una observación complementaria al respecto: sería más exacto (BRAUN) hablar de "debilidad psíquica relativa", por cuanto, en la mayoría de los casos, no existe un defecto de inteligencia, sino tan sólo una desproporción entre las distintas fuerzas psíquicas funcionales.

3. En extremo difícil es la apreciación de la imputabilidad de los *psicópatas* en sus distintas formas. Muchas han sido las vacilaciones: antes, la psiquiatría ha sido, a veces, muy liberal en la admisión del § 51, párr. 1 (o del § 51 en su antigua redacción) y, bajo la voz "psicópata", ha admitido amplias exculpaciones. Otras veces, ha caído en el otro extremo, y ha considerado al psicópata como un "no enfermo" y, en consecuencia, penalmente imputable. También esto va demasiado lejos; en efecto, aun si se quiere hacer aparecer en sentido estrictamente psiquiatrico como no enfermo al "psicópata", está comprobado (*Grd.*, 97) que la *ley* no lo quiere excluir, en ciertas circunstancias, del § 51, párr. 1. Incluso la jurisprudencia ha reconocido en principio este criterio (*RGStr.* 73, 121). Deberíase afirmar que el § 51, párr. 1, puede ser aplicado sólo en los casos de una grave psicopatía; efectivamente, una excesiva moderación jurídico-penal frente a la mayoría de los casos de psicópatas más leves es en extremo inconveniente e injustificada. Con todo, puede haber casos en los que, de acuerdo con las circunstancias, la exclusión de la imputabilidad no da lugar a dudas. También aquí es determinante el *grado* de desviación de lo "normal", referida al

término medio efectivo y a las exigencias jurídicas. Aquí, el juez tiene una libertad de apreciación —junto con el juicio que formula el psiquiatra— mucho más amplia que en las enfermedades mentales propiamente dichas.

Empero, frente a estos criterios generales y esencialmente firmes, se esta imponiendo otro punto de vista que sitúa la total cuestion sobre una base *nueva* y *profunda. La graduación exclusivamente cuantitativa de "la" psicopatía está siendo sustituída por la distinción cualitativa de psicopatías de distinta especie.* Antes se creía que, al calificar a alguien de "psicópata", se decía algo esencial; hoy sabemos, en cambio, que con ello no se dice nada, o, a lo sumo, que existe alguna desviación de lo normal, de la cual, sin embargo, queremos saber algo más, esto es, *en qué* consiste dicha desviación. El hecho de designar a una persona como "psicópata" 'in foro' o en la vida, constituye, mucho más que una contestación, una pregunta. De ahí deberíamos extraer la consecuencia que "la palabra psicópata, lingüísticamente inadecuada, muy abusada y que, en el fondo, no dice nada, debería desaparecer totalmente del lenguaje judicial". En lugar de esa palabra, se podrían emplear, más correctamente, las expresiones "personalidades excéntricas" y, también, en particular, "reacción anormal frente a acontecimientos de la vida" (*Krim-Pol.*, 74).

Todo esto rige también para la cuestión de la imputabilidad. En vez de conformarnos con el concepto general "del" psicopata y sus graduaciones, debemos lograr una *distinción cualitativa más sutil en particular. En efecto, aun en relación* con la imputabilidad, los distintos casos se presentan en forma muy variada. El que se trate de un neurótico depresivo, sensitivo o compulsivo (en tanto que se lo tome en cuenta como tal desde el punto de vista jurídico-penal y de la apreciación de los hechos punibles que ha cometido), es una cosa; otra, totalmente *distinta*, es la que se nos presenta cuando debemos ocuparnos de un psicopata fanático, necesitado de estima o abúlico. Si se trata de insensibles y explosivos, los momentos morbosos pueden, incluso en sentido estricto, desempeñar un papel. Y el psicópata insensible con su "demencia moral" no puede, sólo por esta causa, exigir una indulgencia de orden jurídico-penal (*Lehrb.*, 295-297). De ahí que se presenten, en todas partes, problemas difíciles y, *desde el punto de vista caracterológico* diferentes, que requieren un estudio más agudo de las peculiaridades del caso particular, no sólo de parte del experto judicial, sino también del *juez* (*Probleme der Strafrechtserneuerung*, 1944, p. 196).

4. Fundamentalmente, nada nuevo rige en lo que res-

pecta a las *perturbaciones particulares (rasgos particulares anormales, desarrollos anormales, reacciones particulares anormales, neurosis)*. La apreciación de los *rasgos particulares anormales* sigue los mismos criterios que rigen con respecto a la apreciación de los psicópatas; sustancialmente son equivalentes, pero se refieren menos al cuadro total de la personalidad. Por ello, es más rara la aplicación del § 51, párr. 1; a la parte de la personalidad que queda intacta se puede exigir —y de la misma se puede esperar— que no pierda su dominio sobre el rasgo particular anormal en el cuadro caracterológico total de la personalidad. Los *desarrollos anormales* y las *reacciones particulares anormales (reacciones anormales frente a acontecimientos de la vida,* llamadas *neurosis*), requieren una consideración psicológica especialmente cuidadosa y una apreciación analítica del caso particular profundizada. A veces, pueden parecer, casi, como psicosis y entonces pueden también poner en duda la imputabilidad con arreglo al § 51, párr. 1. No se pueden establecer reglas comunes. La obra *Probl.* (37-40) se refiere a algunos detalles al respecto.

SEELIG propone en su interesante escrito *Zum Problem der Neufassung des § 51* (Acerca del problema de la nueva redacción del § 51) (*Mezger-Festschrift,* 1954, p. 226), que las palabras "incapaz de obrar según esta comprensión" sean sustituídas por éstas: "o de obrar según motivos sensatos".

§ 64. Los efectos jurídicos de la inimputabilidad

Para la eficacia del § 51, párr. 1, es determinante la situación del autor *"al tiempo del hecho"*.

De ahí se deduce la *punibilidad* de la llamada *'actio libera in causa'*. Tal acción es aquella en la que el autor establece la causa decisiva en una situación de imputabilidad y se desenvuelve luego en una situación de inimputabilidad. En estos casos, el autor se utiliza a sí mismo, por decirlo así, como instrumento. Hay una acción "no libre" 'in actu', pero "libre" 'in causa' (KOHLRAUSCH). En esta forma se pueden cometer, principalmente, omisiones culposas: el guardavías se embriaga y a causa de ello omite realizar el cambio al que le obligan sus funciones. Son posibles, también, delitos de comisión culposos: el conductor de un vehículo de reparto de leche está ebrio y atropella a un obrero (*RGStr.* 22, 413); el automovilista está dormitando y en tal estado de sueño mata a un niño (*RGStr.* 60, 29). Se pueden concebir, pero ocurren pocas veces, hechos dolosos: el caso de que alguien se embriague intencionalmente para cometer un homicidio, sabiendo que no

lo cometería no estando ebrio, en tanto lo quiere realizar. En sentido más amplio, *BGH, NJW*, 55, 1037. Esta *relación de la culpabilidad con respecto al hecho concreto*, el cual se considera "cometido" en el mismo momento del estado de imputabilidad, distingue, de estos casos, el delito de embriaguez total previsto en el § 330 *a*. Acerca de la total cuestión, véase el *Lehr.*, 281-282 y el *Grd.*, 101.

Por otra parte, rige, en cuanto a la aplicabilidad del § 51, párr. 1, el principio legislativo: *"No existe acción punible."* No hay punibilidad del autor, puesto que queda excluída su *culpabilidad*. En cambio, no quedan afectadas las medidas de seguridad en el sentido del § 42 *b*. Acerca de los efectos respecto de otros partícipes en el hecho, se hablará a propósito de la teoría de la participación.

La llamada *imputabilidad disminuída del § 51, párr. 2* no excluye la culpabilidad y el castigo del autor. Trátase, en tal caso, solamente de una *causa* legal especial *de graduación judicial de la pena*, y, por lo tanto, no corresponde considerar aquí este punto.

c) LAS FORMAS DE LA CULPABILIDAD (GRADOS DE LA CULPABILIDAD)

§ 65. La teoría de las formas de la culpabilidad en general

Lehrb., 301-303. *Grd.*, 101-102.

Para la imputación, es necesaria una determinada actitud del autor frente al hecho, la llamada *forma de la culpabilidad* (*grado de la culpabilidad*). Esta consideración se refiere a la determinación, *en cuanto al contenido*, de la voluntad del autor, que ya hemos examinado a propósito de la teoría del hecho de comisión con sus limitaciones para los efectos de la voluntad. Lo propio rige con respecto al hecho de omisión. Esta actitud del autor frente al hecho, es una conducta *valorada* interna; la acción y la omisión pueden "ser" completamente distintas, pero lo que les otorga su aspecto unitario es el punto de vista del valor; del mismo modo, no se parecen en absoluto, exteriormente, las distintas formas de la culpabilidad, aunque también a ellas les dé cohesión el mismo *criterio del valor*.

Estas bases de la teoría de las formas de la culpabilidad en el propio código penal son, a primera vista, muy insuficientes. El § 59 se ocupa exclusivamente de las mismas en los

dos párrafos que lo integran. Pero, al que sabe considerar las cosas a fondo, las palabras de la ley le dicen mucho más de lo que parecerían decir a simple vista. Y el que tenga en cuenta, además, la evolución histórica de la disposición (para la cual la exposición de V. HIPPEL, *Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum* (Dolo, culpa, error), 1908 (*VDA*, III, 373 y sigts.) ofrece todavía un material rico y auténtico), descubrirá, sin dificultades, el verdadero sentido de la total teoría en sus particularidades, tanto, si quiere ver, con V. HIPPEL (472 y 486-487), en el § 59, párr. 1 —superfluo, al final— más un "resultado de incapacidad legislativa" en Prusia y en el código penal del Reich que sigue su modelo, como si considera —y esto es *lo más acertado* (*Lehrb.* 485, nota 3)— que el legislador ha preferido abstenerse, inteligentemente, de poner en la ley definiciones precipitadas de la culpabilidad. Véanse las atinadas observaciones que OEHLER hace a propósito de la graduación de la culpabilidad en la *Festschrift Universität Berlin zum Deut. Jur. Tag.* (1955, p. 265). El § 59, considerado de tal manera, nos dice tres cosas:

a) la ley toma como punto de partida el *tipo* legal *de la antijuridicidad* y sus distintas circunstancias de hecho;

b) la ley *se ocupa* en el § 59, muy especialmente, de la "imputación" personal de este tipo de antijuridicidad, esto es, de cuestiones referentes a la *culpabilidad* jurídico-penal;

c) la ley establece, en los párrafos 1 y 2, dos formas de imputación de culpabilidad, a saber, *dos formas de la culpabilidad*, que significan, al propio tiempo, una graduación de la culpabilidad. La forma más grave de la culpabilidad (párr. 1) no tiene un nombre especial, pero, con arreglo al desarrollo anterior (v. HIPPEL, 472-485 y 486-487), se la llama, por lo común, "dolo ('dolus')". En cambio, la forma más leve de la culpabilidad (párr. 2) está designada expresamente en la ley como comisión "culposa".

En consecuencia, el *derecho en vigor* conoce *dos formas fundamentales* de culpabilidad; las mismas pueden, en casos aislados, combinarse entre sí (interesante, 'de lege ferenda', HALL, *Mezger-Festchrift*, 1954, p. 229). En este sentido, tenemos:

1. la FORMA legal BÁSICA DE LA CULPABILIDAD, llamada DOLO ('DOLUS MALUS'), de la que nos ocuparemos detenidamente en los § § 66-69 de este libro;

2. la FORMA MÁS LEVE DE LA CULPABILIDAD, llamada CULPA ('CULPA'), a la que nos referiremos en el § 70. La misma significa una actitud del autor frente al hecho, que *no* es el dolo, pero *sí* una forma de la culpabilidad. La circunstancia de que no exista el dolo, no implica, de por sí, la presencia de la

culpa; ésta requiere su propia fundamentación independiente, como forma especial de la culpabilidad;

3. la COMBINACIÓN de las dos formas de la culpabilidad en casos determinados. Con respecto a algunas características determinadas del hecho punible, se requerirá el dolo, con respecto a otras será suficiente la simple culpa. De ello hablaremos más adelante, en el § 70 a.

La *teoría de la graduación de la culpabilidad,* adoptada aquí, según la cual existen, desde un principio, varias formas *diferentes* de culpabilidad con consecuencias jurídicas distintas, corresponde a una evolución histórica de muchos siglos. Una de dichas formas (la más grave) —la forma básica de la culpabilidad— comenzó a estructurarse ya en el derecho romano, bajo la influencia, según LÖFFLER (*Schuldformen* —Formas de la culpabilidad—, 1895, p. 67-69), de los éticos griegos. Al lado de ella —el dolo ('dolus')—, se presenta, como segunda forma (más leve) de la culpabilidad —como grado atenuado de ésta—, la culpa, que "desde hace casi 400 años sigue subsistiendo tranquilamente, al lado del delito doloso, en nuestro derecho nacional" (BINDING; véase el § 70, V de este libro). Esta graduación de la culpabilidad ha encontrado su expresión terminante en la ley, a saber, en el § 59, párr. 1 y 2, en que se dice que esta determinación legal de "imputar" lo personal, o sea, pues, la *culpabilidad,* no es la antijuridicidad o el injusto, y que existen, para tal imputación, dos formas diferentes. Una excepción a esta teoría de la graduación de la culpabilidad podría reclamarse, a lo sumo, 'de lege ferenda', pero no 'de lege lata'. Estos grados de la culpabilidad se presentan, asimismo, en forma del todo similar, en el derecho civil (§ 276 del código civil). La teoría de la graduación de la culpabilidad constituye, aun en la actualidad, la teoría absolutamente dominante. También la jurisprudencia se declara partidaria de la misma. Y, finalmente, el derecho comparado pone de manifiesto que esta teoría es determinante aun en el extranjero, para el derecho penal de otros Estados civilizados.

El criterio según el cual la culpabilidad jurídico-penal es unitariamente *reprochabilidad* (WELZEL, *StrafR.* 1954, p. 23) ya ha sido subrayado (§ 51 y § 54, N. 4) y queda fuera de toda duda. De ahí que sería *concebible* que la culpabilidad no esté determinada dentro de distintas graduaciones de la misma, sino *en una categoría,* como *evitabilidad* o *exigibilidad.* Pero a esta concepción se podría oponer, con razón, el criterio de que la misma "vacía el concepto de la culpabilidad" (ya antes, en tal sentido, SCHÖNKE, p. 12, 18 y 190). La "reprochabilidad" se basa en *cualquier* forma de culpa-

bilidad; pero se trata de saber —y ésta es la cuestión decisiva— *de qué* depende, en cada caso, tal reprochabilidad, y de establecer si esta dependencia es *diferente* en los distintos grados de culpabilidad.

La *sustitución*, en la doctrina jurídico-penal, *de la teoría dominante de la graduación de la culpabilidad por una teoría unitaria de la culpabilidad*, significaría —aun 'de lege ferenda'— la pérdida de diferenciaciones que se aproximan a la vida, que corresponden a las exigencias prácticas de la vida y que han sido dilucidadas a través de un largo proceso evolutivo, y, por consiguiente, representaría *un empobrecimiento de la doctrina jurídico-penal*. Por lo tanto, adherimos firmemente al principio según el cual existen, con arreglo al *derecho vigente* (§ 59), *varios grados de culpabilidad*, como categorías determinantes y como formas conceptuales reconocidas legalmente de la teoría de la culpabilidad, y al criterio por el cual esta diferenciación corresponde a íntimas necesidades de la vida jurídica.

§ 66. La forma legal básica de la culpabilidad, llamada dolo ("dolus", "dolus malus") en general

Lehrb., 303-307. *Grd.*, 102.

El *dolo es la comisión del hecho con conocimiento y voluntad*. El "dolo" consiste, en consecuencia, en *circunstancias de hecho* determinadas, *no* es, de por sí, un concepto valorativo. La ley no define el dolo; sólo indica, en el § 59, párr. 1, que, para la forma básica de la culpabilidad, es necesario un conocimiento determinado del *tipo* y de las partes que lo integran. Los proyectos hablan de "conocimiento y voluntad", queriendo referirse así a los dos elementos necesarios del dolo.

Como el título de este parágrafo indica, nos ocuparemos aquí de una forma determinada de la culpabilidad, esto es, de un *concepto de valor* —la *forma legal básica de la culpabilidad*. La literatura y la jurisprudencia acostumbran llamarla *"dolo"* o *"dolus"* (la expresión más correcta sería *"dolus malus"*). El dolo consiste en *circunstancias de hecho* determinadas, a saber, el conocimiento y la voluntad del hecho. De ahí que el llamado dolo ('dolus') se presenta como una *forma de la culpabilidad*. Falta saber si esta forma básica de la culpabilidad es *dolo* en *todas* sus partes; de esto nos ocuparemos después (§ 69), a propósito de la "conciencia de la antijuridicidad". WELZEL (1954, p. 121) habla de una "ficción" (o sea, la ficticia designación de "dolo" dada a esta forma básica

más grave de la culpabilidad); pero no hay, en realidad, *ninguna* "ficción", si, como se hace aquí, se tiene en cuenta que para la *forma básica de la culpabilidad* es suficiente la "conciencia de la antijuridicidad", *o bien* (¡alternatividad!) la incompatibilidad del enfoque con una concepción sana de lo que es conforme y contrario al derecho. La forma básica de la culpabilidad es "dolo" en su mayor parte, pero *no* lo es *completamente.*

Pertenecen a esta *forma básica de la culpabilidad* los dos elementos siguientes:

1. La *voluntad del hecho.* Este requisito exige un examen a fondo (véase, más adelante, el § 67); *cómo* se quiere alguna cosa en general y cómo, por consiguiente, esa cosa está involucrada por la voluntad;

2. El *conocimiento del hecho.* Se trata de investigar *lo que* debe ser conocido para que el hecho pueda ser considerado cometido de acuerdo con la forma básica de la culpabilidad. Aquí se toman en cuenta:

a) El conocimiento de las *distintas circunstancias de hecho* (véase el § 68);

b) El conocimiento de la *antijuridicidad del hecho* (véase el § 69).

La teoría del conocimiento del hecho se presenta, con frecuencia, en la literatura, en una forma negativa (invertida), esto es, como *teoría del error* (análogamente también en el § 59). Se trata de saber en cuáles casos el desconocimiento del hecho (error en sentido más amplio) o la creencia errónea de circunstancias de hecho determinadas (error en sentido más estricto) excluye la forma básica de la culpabilidad. Esto, cuando se habla de error jurídico-penalmente relevante y de error jurídico-penalmente irrelevante (*Lehrb.*, 305). Si existe *error sobre la antijuridicidad* del hecho, se emplea hoy, por lo común, como lo ha hecho el gran Senado del Tribunal Federal en materia penal (acuerdo de 18 de marzo de 1952; BGHStr. 2, 194 y sigts.), la expresión *error sobre la prohibición.* BUSCH (*Mezger-Festschrift* 1954, p. 169 y sigts.) ha criticado, en forma digna de ser tenida en cuenta, el empleo de esta expresión, afirmando que la misma puede ser aplicada sólo con respecto al error sobre la *antijuridicidad del hecho en conjunto* y *no*, pues, con respecto a *distintas* circunstancias de hecho (aunque se las llame "características del deber jurídico"). Al emplearse la expresión en este sentido más amplio, el concepto perdería completamente su contenido concreto. Así, no se crean causas especiales de exclusión de la culpabilidad (causas de exculpación); en realidad, se trata tan sólo de una forma especial de exposición de los requisitos *positivos* de

la forma jurídico-penal de la culpabilidad. En consecuencia, esta expresión ("error") no tiene una significación efectiva.

Desgraciadamente, la literatura incurre, al emplear la palabra *"dolo"*, en grandes confusiones. No es una palabra perteneciente al uso común, sino a la terminología jurídica. Como tal, se usa para señalar *dos significados del todo diferentes*, y las confusiones que se hacen al respecto engendran una considerable falta de claridad.

a) La palabra *"dolo"* (sustantivo), empleada generalmente, pero que aquí tratamos de *evitar* en lo posible (*Mod. Wege*, 38), significa una *categoría* (una *forma conceptual*) de la culpabilidad jurídico-penal. La palabra, en el sentido de categoría de la culpabilidad, pertenece al "mundo de los valores", significa una "valoración" de circunstancias de hecho determinadas ("valoración del objeto", según Graf zu DOHNA). Nos preguntamos: ¿Qué es lo que pertenece al dolo? ¿Cuáles son las circunstancias de hecho que, en derecho penal, llamamos "dolo"?

b) Pero la palabra *"dolo"* significa también —y en este sentido la adoptamos aquí— las *propias circunstancias de hecho*, esto es, el "objeto" de la valoración (Graf zu DOHNA). Contrariamente a lo que ocurre en la categoría de la culpabilidad que pertenece al mundo de los valores, la palabra está destinada aquí a señalar directamente las circunstancias de hecho. Menciona las circunstancias dolosas de hecho y no corresponde al mundo de los valores, sino al "mundo de los hechos". Significa el "conocimiento y voluntad" del hecho. Por lo tanto, nos preguntamos aquí: ¿Cuál es la significación jurídica que corresponde al conocimiento y a la voluntad del hecho?

Ambas formas de empleo de la palabra son *posibles y lingüísticamente justificadas*. Pero, hay que saber *cuál* es el sentido que se quiere dar a la palabra y, si es necesario, consignarlo expresamente. Como categoría de la culpabilidad (a), el dolo es el elemento del juicio valorativo de la culpabilidad. El que, como circunstancia de hecho de la culpabilidad (b) sea "objeto" de la valoración (WELZEL, *Syst.*, 46), no es un "problema", sino una evidencia. Nosotros empleamos la palabra, en principio, en el segundo sentido (b) y hablamos, por lo tanto, si se trata del dolo en el sentido valorativo de la culpabilidad (a), del llamado dolo ('dolus') o, más correctamente, de 'dolus malus'.

En contraposición con el sustantivo dolo, el adjetivo *"doloso"* ha entrado mucho más en el uso general común de la lengua, y, por consiguiente, también en la terminología legal; con él se designan las circunstancias efectivas de hecho (b), esto es, la acción realizada "con conocimiento y voluntad". También nosotros lo empleamos aquí en el sentido de referencia.

§ 67. (Continuación): la voluntad del hecho (dolo inmediato, indirecto y condicionado)

Lehrb., 338-349, con datos bibliográficos y de jurisprudencia. *Grd.*, 112-116.

I. La *forma básica de la culpabilidad* requiere una *voluntad del hecho*. Si queremos determinar más concretamente su esencia, debemos hallar una contestación a la siguiente pregunta: *¿qué es* lo *querido* por el autor de un hecho? Daremos a continuación, sobre la base de la teoría predominante, estas tres contestaciones:

1. *Querido es lo que el autor se ha propuesto con su acción.* Este criterio constituye el punto de arranque y circunscribe el *dolo inmediato* o *'dolus directus' de primer grado* (II).

2. *Querido es lo que el autor se ha representado en su intención como consecuencia necesaria o efecto accesorio ineludible del hecho.* Se habla, en este caso, de *dolo indirecto* o *'dolus directus' de segundo grado* (III).

3. *Querido es lo que el autor toma a su cargo con su intención.* Este es el *dolo condicionado o 'dolus eventualis'* del autor (IV).

II. *Querido es lo que el autor se ha propuesto.* Este es el *dolo inmediato* o *'dolus directus' de primer grado.* No hay una voluntad consciente sin una intención determinada, sin una finalidad a la que el autor aspire, sin un propósito que éste se represente. Esta intención (finalidad, propósito) se encuentra en la esencia del propio querer y, por lo tanto, a esta intención se puede y se debe conectar cualquier análisis ulterior de lo que es querido. De la relación entre lo que el autor se ha representado y esta intención, se extrae la contestación a la pregunta sobre lo que se debe entender como querido dolosamente en sentido penal, *además* de lo que el autor se ha propuesto directamente. Para indicar esto último, se pueden emplear distintas expresiones: el autor le da a otro un veneno "con la intención (con la finalidad, con el propósito) de matarlo", lo hace "a fin de matarlo", "porque lo quiere matar", etc. No es preciso que la intención sea el fin último. La intención es querida directamente aun en el caso en que constituya solamente el camino que abre paso a otras finalidades.

Lo que es *sólo deseado, no* es "querido". Si el autor deseaba solamente la producción del resultado, no lo ha producido todavía dolosamente. El que envía a su rival al bosque para que allí lo mate un rayo, no lo mata dolosamente con arreglo a los §§ 211 y 212, si se produce el resultado deseado por él. En efecto, el autor no ejerce influencia alguna en el desenvolvimiento del suceso, por cuanto le falta la voluntad de causación (otras demostraciones en el *Lehrb.*, 339). Tampoco viene al caso aquí un castigo por tentativa (FRANK).

III. *Querido es lo que el autor se ha representado en su intención como consecuencia necesaria o efecto accesorio ineludible.* Se habla, en este caso, de *dolo indirecto o 'dolus directus' de segundo grado.* Evitamos la expresión 'dolus indirectus', dado que con la misma se indican, en la evolución histórica de la teoría del dolo, otras manifestaciones (V).

Con la representación de lo que el autor se ha propuesto, o sea, quiere directamente (II), pueden estar ligadas *necesariamente* en *su* representación (¡es solamente ésta la que in-

teresa!), otras representaciones. Esto quiere decir que el autor es consciente de que, a la realización de su intención, están ligados, inevitablemente, otros efectos y resultados. Es querido *también* lo que ha sido pensado como necesario, aun en el caso de que el autor no lo haya deseado. Si alguien sabe que estos resultados accesorios son inevitables y, no obstante ello, actúa, ha "querido" tales resultados, aun cuando contraríen su deseo. El que hace transportar una máquina infernal en un buque para que éste se hunda en el océano y cobrar así la prima del seguro, ha producido dolosamente la muerte de las personas que efectivamente perecen en ese naufragio, aun cuando hubiera preferido no cobrar el importe a semejante precio (Caso Thomas; acerca de la total cuestión, véase el *Lehrb.*, 339-340). El Tribunal del Reich (5, 314 y sigts., 317) dice al respecto, acertadamente: "A las consecuencias de la acción reconocidas como necesarias, se las ha representado el autor en su querer, aun cuando no tenga interés alguno en ellas."

En especial, es, por lo tanto, querido dolosamente cualquier *medio* reconocido como necesario para la finalidad perseguida, cualquier *resultado accesorio* que el autor se representa como necesariamente ligado con el resultado principal y toda *ulterior consecuencia* de la acción pensada como necesaria en este sentido.

IV. *Querido es lo que el autor toma a su cargo con su intención.* Este es el *dolo condicionado* o *'dolus eventualis'* del autor. Con otras palabras: es querida dolosamente la parte del hecho pensada como posible y, muy especialmente, el resultado pensado como tal, en tanto que el autor lo ha tomado a su cargo con su acción. En algunos hechos punibles, por ejemplo los previstos en los § § 164, párr. 1 y 187, este 'dolus eventualis' no es suficiente ("a sabiendas"). La teoría del 'dolus eventualis' pertenece a los problemas más difíciles y de mayor importancia práctica de la parte general; véase al respecto el *Lehrb.* (341 y sigts.) y el *Grd.* (113-116).

1. El primer presupuesto para la admisión del dolo condicionado ('dolus eventualis') es que el autor se haya *representado* lo querido *como posible.* Este "elemento peculiar de representación" no puede faltar (*Lehrb.*, 341). Si algo no es representado por lo menos como posible, no hay *nunca* acción dolosa, tampoco en la forma del dolo condicionado. Los principiantes omiten, con frecuencia, la consideración de este punto. Para el 'dolus eventualis' no es nunca suficiente la comprobación de que el autor, que no ha pensado en la posibilidad, "hubiera" debido pensar en ella o "hubiera" actuado aun con ese conocimiento.

El límite entre lo representado como necesario en el dolo

indirecto (III) y lo representado sólo como posible en el dolo condicionado (IV), no es rígido, sino elástico. Nadie puede contar, cuando actúa, con necesidades "absolutas"; aun lo necesario significa aquí solamente el grado más alto de probabilidad y, a la inversa, también lo pensado como posible puede ser muy improbable y, asimismo, muy probable. La aplicación de los conceptos expuestos en los Nos. III y IV admite, pues, cierta libertad de apreciación.

El ámbito del 'dolus eventualis' es el ámbito de la *duda*. En consecuencia, puesto que la idea de la posibilidad no crea todavía, *de por sí*, ningún dolo (*RGStr.* 21, 422), el total problema se reduce a esta pregunta; *¿cuándo* el autor, que se representa algo como resultado "posible" de su acción y que, por lo tanto, tiene "dudas" al respecto, ha "querido" este resultado? La contestación a esta pregunta queda formulada en los siguientes términos:

2. El autor ha *querido* lo pensado por él como posible, si lo *ha tomado a su cargo* con su acción. Se han hecho numerosas tentativas para dar una fórmula unitaria del 'dolus eventualis', distinguiéndose según el punto de vista decisivo a este respecto, entre "teorías de la voluntad" y "teorías de la representación (de la probabilidad)"; se han contrapuesto las teorías "positivas" y las meramente "hipotéticas" del consentimiento y los criterios obtenidos han sido objeto de siempre nuevas modificaciones (acerca de todo esto, véase el *Lehrb.*, 342 y sigts. y las indicaciones bibliográficas correspondientes). Al respecto, existen *tres opiniones*:

a) *Lo representado como posible es querido, si el autor lo "ha consentido"* (la llamada *teoría del consentimiento*). Este criterio ha sido sustentado con toda claridad y precisión en una sentencia del Tribunal del Reich (33, 4-6), que dice: "la característica más esencial del dolo eventual se encuentra en el asentimiento del resultado, entendido como hecho interno independiente (!), que se agrega a la previsión de la posible realización de dicho resultado". El *Lehrb.* ofrece, en las págs. 348-349, otros datos extraídos de la jurisprudencia menos reciente. El Tribunal del Reich se ha expresado en el mismo sentido en otras sentencias (59, 2; 65, 192, 263; 66, 261).

El punto de partida de esta teoría es, en sí mismo, fundamentalmente correcto; en efecto, a la "voluntad" condicionada corresponde lingüística y prácticamente el consentimiento. Pero su realización fracasa en la expresión lingüística desde dos puntos de vista: aa) no se puede consentir en algo no deseado, y aun esto cae, no raras veces, dentro del ámbito del 'dolus eventualis'. Si el autor, al cometer el delito de acceso

carnal violento (§ 177), "teme" lesionar a la violentada, pero se conforma "eventualmente" con esta idea, no se podrá decir que haya "consentido" en tal lesión; bb) se puede "consentir" en algo que dependa de la propia voluntad, pero no en algo que no depende de ella. Si el autor abusa de una muchacha (§ 176, N. 3), ello no importa decir que ha "consentido" eventualmente en que la víctima no haya cumplido todavía 14 años (*Grd.*, 114).

b) *Lo representado como posible es querido, si el autor ha considerado "probable" su realización* (la llamada *teoría de la probabilidad*). Véase al respecto, con mayores detalles y citaciones, el *Lehrb.*, 342. Según esta teoría, es decisivo para el dolo un alto grado de posibilidad en la representación del autor. También aquí es indiscutible que se toca un punto importante de la cuestión y que esa elevada probabilidad señala, muy frecuentemente, la voluntad correspondiente, esto es, crea un "indicio" respecto de la existencia del dolo. Pero el hecho de que el grado de la probabilidad sea, sin más, decisivo, fracasa nuevamente frente a los dos siguientes puntos de vista: aa) aun algo considerado muy *probable*, puede, a veces, no ser *querido*, por ejemplo, la muerte del paciente a raíz de una operación quirúrgica muy difícil, que, sin embargo, el médico cree que debe realizar como último recurso de salvación; bb) se puede aspirar a algo que se considera *improbable* (II), pero también puede ser *querido*, eventualmente, como efecto accesorio (IV). Por ejemplo, el autor que aspira a conseguir una ganancia determinada con su estafa (§ 263), piensa, sin embargo, que la víctima puede darle todavía más de lo que esperaba; en este caso, ese 'plus' y el mayor perjuicio ocasionado al patrimonio del estafado, son, eventualmente, queridos. Esto pone de manifiesto que es falsa la base en que se asienta la "teoría de la probabilidad": lo que es decisivo no es la representación, sino la *voluntad*.

c) *Lo representado como posible es querido si el autor ha "tomado a su cargo" su realización.* Con esta fórmula, el ámbito del dolo condicionado ('dolus eventualis') queda exactamente circunscripto lingüística y materialmente. Esta fórmula, después de haber desempeñado un papel en los proyectos de reforma del derecho penal, fué adoptada también por la jurisprudencia, por ejemplo, la del Tribunal del Reich (sentencia 67, 424 y sigts.). En el mismo sentido, SCHÖNKE (250-252; § 59, VI). Pero el Tribunal del Reich recomienda (72, 36 y sigts., 43-44) una aplicación cuidadosa y prudente de la fórmula en cuestión y destaca, con razón, que ella también presupone que "el autor haya estado *de acuerdo* con la consecuencia, reconocida por él como posible, de su acción, y que la haya *apro-*

bado internamente". En sentido análogo se expresa también el mismo Tribunal en la sentencia 73, 164 y sigts., 168 (véase el *Grd.*, 115-116). Confr., además, KOHLRAUSCH-LANGE (1950; § 59, III, 3 con datos bibliográficos). De ninguna manera, el dolo condicionado debe ser identificado, sin más, con cualquier indiferencia imprudente (KOHLRAUCSCH, 226).

Los numerosos *ejemplos de casos límite difíciles* en materia de 'dolus eventualis' (*Lehrb.*, 347-348 y *Grd.*, 115) encuentran una solución satisfactoria sobre esta base. El médico que opera, aunque conoce el gran peligro de la operación pero, pese a ello, no toma a su cargo el desenlace mortal, no lo causa dolorosamente, puesto que, precisamente, quiere evitar el fracaso de su intervención. Los mendigos que, habiendo mutilado a un niño, le han causado la muerte, reiteran las mutilaciones en otros niños con los mismos fines de mendicidad y con consecuencias mortales, matan dolosamente. En efecto, al conocer el peligro, toman a su cargo ese mal desenlace. Un cazador mata a tiros un corzo sin saber si éste está o no dentro de los límites de su propiedad. Si ese cazador ha lesionado o no dolosamente el derecho de caza ajeno, dependerá, en general, del grado de probabilidad con que se haya representado una u otra posibilidad, ya que es decisivo que el cazador haya tomado a su cargo tal posibilidad o que la haya querido evitar. El dueño de una casa deja que el nuevo inquilino se instale en la habitación infectada por los bacilos de la difteria, sin tomar previamente las medidas de precaución correspondientes. Si el dueño de casa está enterado del peligro de contagio que ello puede ocasionar y permanece indiferente a todo lo que puede ocurrir, toma a su cargo la posibilidad del contagio y actúa dolosamente; si, en cambio, espera evitarlo con algunas medidas, actúa, a lo sumo, culposamente. Un bandido dispara sobre un hombre que está bastante alejado, sólo para comprobar el alcance de su fusil (ej. de FRANK); si toma a su cargo el resultado, mata, si se da el caso, dolosamente.

No tienen relación con el dolo condicionado ('dolus eventualis'), tratado aquí, los casos en los cuales el autor no "quiere" todavía incondicionalmente; el acto de voluntad es todavía "condicionado", existe, pues, una "*voluntad* condicionada". El Tribunal del Reich (71, 53) ha tratado este problema (*Grd.* 116), y ha fallado en este sentido. En estos casos falta, por lo tanto, una acción dolosa, puesto que todavía no existe voluntad alguna en el sentido de la ley. El autor había cosido en el felpudo de su coche unos billetes de banco para llevárselos al extranjero, "en el caso (!) de que no se le concediese la autorización oficial correspondiente". La sentencia niega aquí la existencia de la voluntad necesaria. Consideraciones aná-

logas se encuentran en sentencias más antiguas del mismo Tribunal, como las siguientes: el ladrón no sabe todavía lo que quiere robar y en qué local (54, 182 y sigts.); el autor no está todavía decidido sobre si debe aprovechar la oportunidad de una apropiación ilegítima y si debe ceder a la tentación en la que ha caído (65, 145 y sigts.); el autor no sabe todavía, al tomar la pistola, si quiere tirar (68, 339 y sigts.); "puede ser condicionado el *conocimiento* de las circunstancias de hecho, pero nunca la voluntad de actuar" (70, 201 y sigts.). La resolución de adueñarse de cosas útiles, ya es, a no dudarlo, una voluntad determinada, esto es, dolo, el cual trae consigo una condena. Acerca de toda esta cuestión expresa su punto de vista también NAGLER (*LeipzKomm.*, 6ª ed., 1944, § 43, II), quien distingue —y, por lo tanto, objeta lo resuelto por el Tribunal del Reich en la citada sentencia 71, 53— entre voluntad condicionada *(indecisión en la ejecución)* y voluntad en el supuesto de que resulten ciertas situaciones externas *(decisión respecto de una ejecución sólo hipotética)*. Existen dos posibilidades. Si el autor ha cosido los billetes de banco y *ya está firmemente resuelto* a llevárselos al extranjero en caso de no conseguir la autorización, estamos frente a una *tentativa punible, dolosa* (la sentencia niega que haya habido una mera acción preparatoria); si, al coser los billetes, el autor no estaba resuelto a llevárselos al exterior, no ha tenido la voluntad de hacerlo y no se presenta la cuestión del dolo. Dado que la sentencia tiene en cuenta, evidentemente, la alternativa indicada en primer término, queda justificada, en principio, la crítica de NAGLER.

V. *La teoría del dolo en el pasado.* Las cuestiones a las que nos hemos referido tienen una historia larga, cambiante y confusa. Véanse más detalles sobre el particular en el *Lehrb.*, 262-264. Aun en los derechos extranjeros se ha puesto de relieve que no puede ser suficiente a los fines prácticos la limitación del dolo a sus formas "puras", en el sentido del 'dolus directus' de primero y segundo grado (II y III). Durante la evolución histórica se ha insistido, por lo tanto, constantemente, en darle más extensión, la cual se ha logrado ampliando el dolo a otras consecuencias "posibles" o "probables" ('versari in re illicita', 'dolus indirectus', etc.). En esta evolución resulta significativa la transición de la posibilidad y probabilidad *objetiva* a la exigencia del conocimiento *subjetivo* de parte del que actúa y, pues, la transición a una concepción más sutil de la culpabilidad. A este respecto se menciona frecuentemente (*Lehrb.*, 262), el trabajo de NETTELBLADT-GLÄNTZER, *De homicidio ex intentione indirecta commisso*, §§ XII y XXI (1756). *El derecho en vigor*, como lo hemos

expuesto (II, III y IV), *trata de solucionar* todas estas dificultades *dentro de la teoría del 'dolus eventualis'; por lo tanto, no se toman en cuenta, en la actualidad,* otras formas de dolo, además de las mencionadas ('dolus directus' I y II, 'dolus eventualis').

No nos corresponde exponer la intrincada historia de la teoría del dolo. Daremos en cambio, a fin de facilitar el estudio de la literatura anterior, un *breve cuadro de conjunto acerca de las formas más importantes de dolo —hoy ya superadas—*, echaremos, en otras palabras, una ojeada a la "trastienda del dolo" en sus formas anticuadas.

1. *'Versari in re illicita'* (*Lehrb.*, 262). Esta teoría, sustentada muy especialmente en el derecho canónico, significa que quien se dispone a realizar algo no permitido o bien tiene el 'animus nocendi', es responsable del resultado doloso que su acción ha ocasionado. 'Versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto'. El 'versari in re illicita' se remonta (*Lehrb.*, lug. cit., nota 18) a la llamada irregularidad (exclusión de personas indignas de desempeñar funciones eclesiásticas): LÖFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts* (1895, p. 136 y sigts.). La mayoría de los juristas italianos —incluyendo a BALDUS— ha referido los preceptos del derecho canónico relacionados con la irregularidad, también al derecho penal laico. Una referencia expresa a ella se encuentra raras veces y esto solamente ocurre en tiempos posteriores: ENGELMANN, *Die Schuldlehre der Postglossatoren* (1895, p. 212-213). Véase también v. BAR, *Gesetz und Schuld* (1907, II, 277, 341 y 348; Baldus, Durantis, Gandinus).

2. *'Dolus indirectus'* (*Lehrb.*, 262-263). En la teoría general del derecho penal desempeña un papel de importancia y se presenta en distintas formas. El concepto fundamental de esta forma de dolo es el siguiente: un resultado puede ser considerado como producido dolosamente "si la acción proyectada tiene tendencia a extenderse, con una cierta probabilidad, a este resultado".

3. *'Dolus indeterminatus'*. Desempeña un papel en FEUERBACH (en sentido crítico v. BAR, *Gesetz und Schuld*, vol. II, 1907, p. 280) y significa un querer indeterminado, de modo que puede darse una responsabilidad jurídico-penal por acción dolosa respecto de este o aquel resultado. Véase sobre la total cuestión, también KLEE, *Der dolus indirectus als Grundform der vorsätzlichen Schuld* (El 'dolus indirectus' como forma fundamental de la culpabilidad dolosa) (1906); este autor trata de establecer una forma de dolo general de peligro en lugar del dolo determinado en el caso particular.

4. *'Dolus praeterintentionalis'*. "Il delitto preterinten-

zionale" está contemplado en el 'codice penale italiano' de 1930 en los artículos 42-43 y se presenta "quando dall'azione od omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto dall'agente".

5. *'Dolus generalis'* (*Lehrb.*, 314-315, 313, nota 13 y *Grd.*, 108). Ha sido formulado por v. WEBER en 1825 y significa que es suficiente un dolo muy "indeterminado". Si alguien cree haber matado a una persona y arroja el cuerpo al agua en la falsa creencia de que realmente ha muerto, si ocurre que esa persona muere ahogada, no ha cometido solamente un homicidio tentado, sino un homicidio doloso consumado. El Tribunal del Reich (67, 258) llega en este caso, aunque sea por otra vía, a establecer, del mismo modo, la existencia del homicidio consumado. En contra de v. WEBER, el *LeipzKomm.* (1944, p. 382-383).

6. *'Dolus subsequens (consequens)'*. Es el dolo que sigue al hecho. Un dolo tal no existe. El dolo tiene que existir en el momento de la acción. En contra del 'dolus subsequens', muy especialmente, con razón, ALLFELD, *Lehrbuch*, 8ª ed., 1922, p. 173, y, más extensamente, 9ª ed., 1934, p. 175, nota 44; la remisión, hecha por v. BAR (ob. cit., II, 352), al delito de omisión, es desacertada. Acerca de la distinción, que tiene aquí significación, entre el delito permanente y el delito instantáneo, véase v. WEBER, *Grundriss* (1946, p. 98) y MAURACH (1954, p. 597), y en cuanto a la participación como coautor o cómplice en un hecho ya comenzado, el *LeipzKomm.*, 322 y 340.

7. *'Dolus alternativus'*. Lo pone de relieve, muy especialmente, NOWAKOWSKI, en "Wiener Juristische Blätter" (Viena) 1937, N. 22, p. 4; es el dolo que "por su forma se dirige a dos o más tipos, pero, en lo que al número respecta, se dirige a uno solo". Esta forma de dolo puede presentarse en la práctica; de todos modos, no se trata de una nueva forma de dolo, sino de una forma especial de querer, cuya clasificación en las formas corrientes del dolo ('dolus directus', 'dolus eventualis') debe examinarse siempre. En sentido análogo, MAURACH (1954, p. 224).

8. *Dolo de peligro* en contraposición con el dolo de lesión. También aquí se trata de un contenido doloso determinado.

En el *derecho penal extranjero* se han conservado, con frecuencia, las formas especiales de dolo que se acaban de mencionar. Véase al respecto, juntamente con las indicaciones bibliográficas pertinentes, SCHAFFSTEIN, *Die Behandlung der Schuldarten im ausländischen Strafrecht seit 1908* (El tratamiento de las formas de la culpabilidad en el derecho penal extranjero desde 1908) (*StrafrAbh.*, fasc. 232, 1928).

§ 68. (Continuación): el conocimiento de las circunstancias de hecho

Lehrb., 307-330 con datos bibliográficos y jurisprudencia. *Grd.*, 102-110.

La cuestión que se plantea en este parágrafo, o sea, hasta qué punto es necesario el conocimiento de las distintas circunstancias de hecho a los fines de la *forma básica de la culpabilidad*, no presenta dificultades; pisamos, de tal manera, terreno firme. El importante y tan mencionado § 59 reza, en el párrafo 1, relacionado con la forma básica de la culpabilidad, así: "Si alguien al cometer una acción punible no conocía la existencia de circunstancias de hecho que pertenecen al contenido legal del hecho (*"gesetzlicher Tatbestand"*) o elevan la punibilidad, no le deberán ser imputadas estas circunstancias."

Sin duda, esta disposición no reglamenta expresamente todo el ámbito que interesa aquí, sino que tiene en cuenta tan sólo las circunstancias de hecho *que fundamentan y elevan la pena*, no aquellas, igualmente importantes, *que excluyen y atenúan la pena*. No obstante, la disposición admite que se deduzcan, aun con respecto a estas últimas, conclusiones importantes, puesto que ella requiere, análogamente, de acuerdo con nuestro criterio, la aplicación de *reglas iguales*. De ello se desprende el *principio* importante de que, a los fines de la *forma básica de la culpabilidad*, es *necesario el dolo*, tanto en lo que se refiere a las *circunstancias de hecho que fundamentan y elevan la pena*, como así también a *las que excluyen y atenúan la pena*. Por consiguiente, tenemos que tomar en cuenta en lo sucesivo todas las cuatro categorías por su orden y establecer cuatro *reglas* fundamentales (*Lehrb.*, 307 y sigts., con datos bibliográficos acerca del "conocimiento de los hechos necesario al dolo" en conexión con lo expuesto en las páginas 325-330 de la misma obra; *Grd.*, 102-108 y 108-110). Dado que, como se ha dicho, no existen dudas acerca del *requisito del dolo*, se trata solamente de determinar más exactamente cuál es el elemento del cual el "dolo" depende en particular. Queda firmemente establecido lo que consignamos a continuación.

I. *La acción dolosa exige el conocimiento y la previsión de las circunstancias de hecho que fundamentan la pena. No es necesario el conocimiento de las circunstancias de hecho que fundamentan la imputabilidad del autor, ni el conocimiento de las llamadas condiciones objetivas de la punibilidad.* En consecuencia, en la acción dolosa, aunque la distinción no se de-

duzca directamente del § 59, las circunstancias de hecho que fundamentan la pena, sólo en parte deben ser conocidas por el autor; pero en parte, este requisito no es necesario.

1. *El conocimiento y la previsión* como requisitos fundamentales, abarcan:

a) *El conocimiento de las circunstancias de hecho actuales que fundamentan la pena.* Se entienden por tales las circonstancias que ya existen en el momento de la comisión o de la omisión, independientes, pues, de la voluntad del autor y no causadas por él. Así, el autor debe saber que su disparo se dirige contra un hombre (§ § 211-212), que se adueña de una cosa mueble ajena (§ 242), que el niño no ha cumplido todavía los catorce años (§ 176, N. 3).

Es necesario aclarar, también para lo sucesivo, el concepto del conocimiento de las *"circunstancias de hecho"*. Es, en primer término, el conocimiento de los *hechos* pertinentes. Pero las palabras "circunstancias de hecho que pertenecen al contenido legal del hecho" abarcan algo más que los simples hechos del tipo (hombre en el § 211, cosa en el § 242, etc.); en efecto, los tipos jurídico-penales incluyen también a los llamados elementos típicos normativos, a hechos que tienen una significación determinada, jurídica, ética o de otra índole (cosa ajena en el § 242, acción impúdica en el § 176, N. 3, etc.). En consecuencia, el conocimiento necesario con arreglo al § 59, no debe limitarse solamente al conocimiento de los hechos, sino que debe incluir también el conocimiento de la *significación* correspondiente. "La acción dolosa exige el conocimiento de la significación de los elementos típicos normativos" (*Lehrb.*, 325 y sigts.; *Grd.*, 109-110). Véase la sentencia *BGHStr.* 4, 352. No se trata de una subsunción formal de los hechos bajo la ley (*Lehrb.*, 326), por cuanto la misma no puede ser exigida al profano en derecho, pero sí de una "valuación paralela del autor en la esfera del profano" (*Lehrb.*, 328), una apreciación de la significación de los hechos en el mundo intelectual personal del autor (*Grd.*, 110). Para que pueda ser responsable de una falsificación de documentos con arreglo al § 267, el autor debía poseer una representación en el sentido de que el documento falsificado, gozaría de confianza en el tráfico jurídico; del mismo modo, debía considerar como abuso la acción prevista en el § 266, o reconocer el carácter sexual de su acción en el § 183, o tener una representación de la significación del juramento en el § 154, etcétera. Todo esto no rige solamente para meros conceptos jurídicos y otras circunstancias normativas, sino también para los llamados conceptos complejos, a saber, los conceptos que reúnen en sí características de hecho y jurídicas o, como

quiera que sea, valorativas. Por lo demás, vuelven a presentarse aquí los mismos problemas que surgen a propósito de la "conciencia de la antijuridicidad" (véase, más adelante, el § 69, y el *Lehrb.*, 327 y sigts.). El Tribunal del Reich tomaba en cuenta, también aquí, el *fundamento* del conocimiento y lo distinguía del *contenido* del conocimiento, y le atribuía una significación excluyente del dolo, *no* al error jurídico-penal, sino al error extrapenal. El error jurídico-penal, aun en el caso en que sea totalmente inocente, no puede suprimir la pena por hecho doloso. Pero este criterio es arbitrario e impracticable (*Grd.*, 109); por ejemplo, el Tribunal del Reich exigía el conocimiento jurídico-penal en el dolo, en los § § 257 (13, 81 y sigts., 84) y 259 (55, 234). La total improcedencia de este criterio se pone por completo de manifiesto en la sentencia 57, 235 del Tribunal del Reich acerca del conocimiento del concepto de documento del § 267. Como ocurre a propósito de la cuestión sobre la "conciencia de la antijuridicidad" (véase el § 69), tampoco puede ser decisiva, en el ámbito de las distintas circunstancias de hecho, la contraposición del error extrapenal y jurídico-penal. También aquí es necesario, además del requisito del *conocimiento de los hechos*, el *conocimiento de la significación* en el sentido expresado más arriba.

b) *La previsión de las circunstancias de hecho futuras que fundamentan la pena*, y muy especialmente del *resultado* que pertenece al tipo legal. Se entienden por tales las circunstancias que dependen de la voluntad del autor y que, por lo tanto, son causadas por él. El que actúa dolosamente debe prever la producción de las mismas. Así, debe prever que su disparo matará al rival (§ 211), que su mentira perjudicará el patrimonio de otro (§ 263), que la acción de adueñarse de una cosa ajena privará a la víctima de la custodia de la misma (§ 242), que causará escándalo (§ 183), que sus palabras exteriorizarán su desprecio por otro (§ 185).

c) *La previsión de la serie causal que conduce a este resultado.* Acerca de este problema, véase el *Lehrb.*, 310-314 y el *Grd.*, 103, 104 y 107-108. Este requerimiento obedece a la circunstancia de que también la *conexión* de la acción con el resultado es una "circunstancia de hecho" en el sentido del § 59; de ahí que el conocimiento de quien actúa dolosamente debe incluir también a dicha conexión. Sin tener razón y sin fundamentar suficientemente el punto de vista que sustentan, v. HIPPEL y otros autores (*Lehrb.*, 310, nota 5) lo niegan. NAGLER (*LeipzKomm.*, 1944, p. 485) tampoco lo admite, pero reconoce que "la causación es un elemento del tipo legal". SCHÖNKE-SCHRÖDER (p. 245) están de acuerdo con el criterio sustentado por nosotros.

Existe, asimismo, una *dificultad* peculiar. *El curso causal representado y el curso causal real no coinciden nunca perfectamente.* A la bala desviada de su camino, la guía el diablo; nadie sabe qué consecuencias ocasionará. Y ni siquiera el experto sabe detalladamente cómo actuará el veneno en el organismo y cómo y por cuál vía producirá la muerte. ¿Qué significación le corresponde a este hecho con respecto al dolo? Dado que, a propósito de este difícil y debatido problema, remitimos, sin más, al *Lehrb.* (311 y sigts.), puede ser suficiente atenerse al resultado, que es el siguiente: si la desviación entre el curso causal representado y el curso causal real *no* es *esencial* a los fines de un juicio *objetivo*, la misma no afecta al dolo, pero si es *esencial*, lo excluye, esto es, no se le atribuye al dolo el resultado concreto y, si existe por otra parte una "resolución", no pasa de ser una *tentativa* en el sentido del § 43. Se trata de los llamados *casos de extravío o de aberración.* Los casos que deben ser destacados muy especialmente en tal sentido, son los dos siguientes (ver las indicaciones bibliográficas ya citadas):

aa) El *error en el objeto o en la persona* (*'error in objecto'* o *'in persona'*), cuando el hecho se dirige efectivamente contra un objeto o una persona distintos de los que el autor se proponía atacar. Si son "equivalentes", el autor no sacará ningún provecho de su error y seguirá siendo punible por un hecho consumado. Tal ocurre si mata a "un hombre" (§ 211): el autor da muerte a Y en la creencia errónea de que se trata de X (asesinato consumado). Pero si la diferencia es "esencial", el autor se beneficiará con el error: quien se adueña de una cosa propia creyendo que pertenece a otro, no comete un hurto consumado con arreglo al § 242; quien castiga a un niño pensando erróneamente que se trata del niño que está sometido al poder de corrección que ejerce, no comete una lesión corporal punible en el sentido del § 223. Véase, al respecto, las sentencias *RGStr.* 18, 338 y 19, 179.

bb) El *extravío del acto (*'*aberratio ictus*'*).* El autor dispara, con dolo de matar, contra X, pero la bala yerra el blanco y alcanza y mata a Y; aquí hay homicidio tentado de X con arreglo a los § § 211-212 y 43, y, según las circunstancias, homicidio culposo de Y, de conformidad con el § 222 (*RGStr.* 58, 28). Las opiniones, en el caso de referencia, difieren; se ocupan detenidamente del mismo SCHÖNKE-SCHRÖDER (245-246) y MAURACH (1954, p. 255). Véanse, además, los casos mencionados en el *Lerhbuch* (p. 312).

2. En cambio, *el conocimiento y la previsión no* son necesarios:

a) Con relación a las *circunstancias de hecho que funda-*

mentan la imputabilidad del autor. En efecto, las mismas no pertenecen al "tipo legal" en el sentido del § 59 (*Lehrb.*, 308). El que, como menor de edad, se considera erróneamente inimputable no por ello lo es. Tampoco el dictamen de un psiquiatra que declara la inimputabilidad del autor con arreglo al § 51, párr. 1, puede ser válido con respecto a hechos punibles futuros;

b) Con relación a las llamadas *condiciones objetivas de la punibilidad.* Se trata de un punto muy confuso y debatido, aunque no existen dudas fundamentales acerca del resultado (más exactamente, el *Lehrb.*, 177-179 y 309; el *Grd.*, 104; y SCHÖNKE-SCHRÖDER, 221. Estos autores distinguen con mayor precisión las condiciones de la punibilidad de las condiciones de la adecuación de la pena. Véase también NAGLER, que se refiere extensamente a esta cuestión en el *LeipzKomm.*, 1944, 41-42). No se deben tener en cuenta los *presupuestos procesales*, que están situados fuera del derecho penal material. Las condiciones objetivas de la punibilidad son una especie de "anexos" del tipo y por ello no pertenecen a las "circunstancias de hecho" propiamente dichas, que deben ser comprendidas por el dolo de conformidad con el § 59. A dichas condiciones objetivas de la punibilidad pertenecen, por ejemplo, la disolución del matrimonio y la separación de los cónyuges (§ § 170 y 172), la no veracidad del hecho (§ 186), la muerte o la lesión corporal grave (§ 227, párr. 1; de otro modo en el párr. 2), la suspensión de pagos y la apertura del concurso (§ 239 de la ordenanza sobre el concurso), que no es, pues, necesario que el autor prevea. Al respecto, da lugar a discusiones particularmente vivas la legitimidad del ejercicio del cargo (§ 113), que, de acuerdo con la jurisprudencia constante, corresponde a las condiciones referidas. En cuanto a agrupaciones diferentes, se deben confrontar los puntos mencionados.

II. *La acción dolosa exige el conocimiento y la previsión de las circunstancias de hecho que elevan la pena. No es necesaria la previsión del resultado que eleva la pena en los llamados hechos punibles cualificados por el resultado; no obstante, el autor debe haber ocasionado la consecuencia por lo menos culposamente.*

1. Aun si se trata de circunstancias de hecho que elevan la pena, son necesarios para el dolo, generalmente, *el conocimiento y la previsión.* No tiene importancia el que se trate de un conocimiento actual o de una previsión futura de circunstancias que elevan la pena. De estas circunstancias nos ocuparemos muy especialmente más adelante (§ 103). La agravación de la pena puede ser general o especial y, en este

caso, mencionada (p. ej., las causas de agravación del § 243 en el hurto, el tratamiento que pone en peligro la vida en el § 223 *a*, el carácter de empleado público en el § 340, etc.), o no (p. ej., caso particularmente grave de estafa en el § 263, párr. 4). Para incurrir en la pena más grave, el autor que actúa dolosamente tiene que conocer estas circunstancias, y en las causas no mencionadas de agravación de la pena, los hechos en los cuales se debe ver, por ejemplo, el "caso particularmente grave".

El Tribunal del Reich ha considerado desde este punto de vista la *reincidencia*, por ejemplo en el hurto (§ § 244-245), en la estafa (§ 264), en el § 261, etc. Aun la reincidencia pertenece a las circustancias de hecho que elevan la pena. En consecuencia, se ha exigido con razón el conocimiento, de parte del autor, de los hechos que fundamentan la reincidencia (*RGStr.* 54, 274); efectivamente, sólo así la advertencia anterior fundamenta una culpabilidad agravada. Si el autor no tiene conocimiento alguno de la remisión de la pena a título de gracia (§ 245), le falta el conocimiento del presupuesto de la reincidencia.

2. *El conocimiento y la previsión no* son necesarios, excepcionalmente, si se trata de los llamados *hechos punibles cualificados por el resultado*, en vista del grave resultado que eleva la pena. La propia ley establece tal elevación de la pena en una serie de casos, entre los cuales mencionamos, a manera de ejemplo, los § § 178, 221, párr. 3, 224, 226, 227, párr. 2 (en cambio, en el párr. 1 se trata de una condición objetiva de la punibilidad), y 229, párr. 2; también fija la ley dicha elevación de la pena en numerosos hechos punibles de peligro común (lesión corporal grave o muerte como consecuencia agravante). La jurisprudencia constante, observada en la práctica y fundamentada teóricamente de acuerdo con la formación histórica de las disposiciones del derecho prusiano (*RGStr.* 5, 29), estableció una agravación de la pena meramente objetiva, en la que se debía renunciar al requisito del dolo y no se debía exigir nunca la culpabilidad en orden al resultado más grave —lo cual constituyó, según LÖFFLER, un "baldón ignominioso de nuestra época". El *Lehrbuch* se ocupa de ello detenidamente (316-319). La tercera ley para la modificación de disposiciones de derecho penal de 1953 ha insertado en el código penal la siguiente disposición, que figura como § 56:

"Si la ley conexta a una consecuencia especial del hecho una pena más grave, la misma alcanza al autor sólo si éste ha producido la consecuencia por lo menos culposamente."

La exigencia de la culpabilidad (si no del dolo) está ahora

salvaguardada y, como señala DREHER (*JZ* 1953, p. 425), se ha eliminado "un despojo casi fósil de una época pasada del derecho penal, que ya no tenía cabida en una ley que mantiene en continua elaboración el concepto de la culpabilidad". Este criterio corresponde a los proyectos anteriores; el Tribunal Federal (*JZ* 1951, p. 787, con nota en sentido contrario de ENGISCH) se ajustó, en el comienzo, al criterio tradicional. En caso de producirse *dolosamente* el resultado grave, se aplican en parte otras disposiciones penales (p. ej., los §§ 211 y sigts. frente al § 226), y en parte la disposición especial (p. ej., en el § 224, en el caso del 'dolus eventualis' que no es suficiente para el § 225, y de ahí la expresión "por lo menos" del § 56). El § 56, en su nueva redacción, no afecta los casos en los cuales el resultado (inocente) producido fundamenta la punibilidad, como, por ejemplo, en los §§ 143, 227, párr. 1 y 330 *a* (*BGHStr.* 6, 89); DREHER (ob. cit., p. 426) considera fundada esta diferencia, puesto que a ese agregado de una condición objetiva, le es inherente una tendencia restrictiva de la punibilidad (no una tendencia ampliatoria, como ocurre en los hechos punibles cualificados por el resultado).

No ha mucho, se ha agregado, para estos casos, una causa (general) de agravación de la pena, cuya aplicación procede independientemente de la circunstancia de si el autor conoce o no la existencia de dicha causa y los hechos que la fundamentan. Nos referimos a la *condición de delincuente habitual peligroso con arreglo al § 20 a*. Existe, en este caso, una considerable diferencia con respecto a los hechos que fundamentan la reincidencia, ya mencionados (*Grd.*, 105): mientras se trata, en estos últimos, como en los §§ 244-245, de circunstancias que elevan la culpabilidad (el autor desatiende la advertencia anterior), en el § 20 *a* está en primer plano, en cambio, el concepto de la "peligrosidad objetiva" y, por ello, el de la seguridad. En consecuencia, es lógico que en este caso interese solamente la existencia objetiva de las circunstancias fundamentadoras y no su conocimiento de parte del autor. Precisamente, quien ignora su condición de delincuente habitual peligroso puede ser esencialmente "peligroso", en tanto que no se pruebe una *culpabilidad* mayor. Ampliamente en el sentido *objetivo* (también, p. ej., con respecto a la reincidencia), NAGLER (*LeipzKomm.*, 1944, I, 494) y SCHÖNKE (§ 59, III, 4). No se entiende qué quiere decir MAURACH (1954, p. 697) cuando expresa "lleno, en sí, de contradicciones"; coincidiendo con este autor, en el § 20 *a* encontramos una ruptura reprochable del principio de la culpabilidad. Véase, más adelante, el § 103, II, 1 a.

III. *La acción dolosa desaparece si erróneamente se ad-*

miten circunstancias de hecho que excluyen la pena. El § 59 no contiene en forma expresa este principio, pero el mismo se deduce, sin dificultades, mediante una interpretación lógica o por analogía, la cual debe admitirse por tratarse de una limitación y no de una fundamentación de la pena. Por ello, el principio ha sido reconocido, desde hace tiempo, por la jurisprudencia (*Lehrb.*, 321-322 con la jurisprudencia del Tribunal del Reich, p. ej., *RGStr.* 54, 199; 60, 261-262; además, 63, 219; 72, 302). Incluso el Tribunal Federal ha hecho referencia a dicho principio en la sentencia (v. N. IV) de 5 de junio de 1951 (*BGHStr.* 1, 203 y sigts., 207) y ahora lo ha reconocido expresamente en las sentencias (v. más abajo) 3, 107 y 194. El sentido que tiene es el siguiente: si el autor, sea sin culpabilidad, sea culposamente, admite erróneamente la existencia de circunstancias que, si existieran, excluirían la pena, *no* actúa dolosamente. El ejemplo más evidente lo ofrece la creencia errónea de una situación de legítima defensa de conformidad con el § 53, párr. 2, la llamada legítima defensa putativa (*RGStr.* 60, 261): si existen objetivamente los presupuestos de la legítima defensa, el autor no actúa antijurídicamente y no es, por supuesto, punible si se defiende correctamente. Pero, si admite erróneamente los presupuestos de hecho de la legítima defensa en contraste con la verdad y actúa en consecuencia, esta defensa contra el supuesto ataque es antijurídica (admite, pues, la legítima defensa por parte del rival). Pero al autor le falta el dolo y con ello la culpabilidad y es, por consiguiente, impune, salvo que sea punible por comisión culposa del hecho (p. ej., con arreglo al § 222, si culposamente ha admitido la legítima defensa). La opinión contraria no advierte que sólo ocurre por casualidad que en la ley estén formuladas las "circunstancias negativas del hecho" (FRANK, antes del § 51, III y a propósito del § 59, p. 187) o que las mismas formen, aun exteriormente, un elemento del "tipo legal" particular (§ 59, párr. 1), como en el § 284 ("sin el permiso de la autoridad"). En efecto, ellas forman siempre, también en el primer caso (p. ej., en la relación entre los § § 211-212 y el § 53), un *complemento implícito* del tipo legal especial (§ § 211-212). En los últimos tiempos, esta *teoría de las circunstancias negativas del hecho* ha sido atacada, pero sin razón; esto se debe, sin embargo, a la manera inexacta en que, a veces, se le ha formulado. La teoría se justifica totalmente y el *LeipzKomm.* (7ª ed., 1954, I, 445, N. 11) —al que remitimos para un estudio más profundizado— se refiere a ella extensamente. Véase también, más arriba, el § 37, I, al final. Por una interpretación lógica, entendemos en consecuencia la "circunstancia negativa

del hecho" *directamente* (no por recurso a la analogía), como una circunstancia de hecho en el sentido del § 59, párr. 1. También el *Tribunal Federal* se ha adherido a la teoría en dos importantes sentencias referidas al derecho de corrección (3, 107) y a la legítima defensa putativa (3, 194). H. v. WEBER distingue muy claramente, en el sentido sustentado aquí, "entre las características de justificación y la valoración" (*Negative Tatbestandsmerkmale* —Características negativas del tipo— en *Mezger-Festschrift* 1954, p. 183 y sigts.). También SAUER se expresa con acierto al respecto (1955, p. 173).

Las circunstancias de hecho que excluyen la pena, para las cuales es válida la regla mencionada, no deben limitarse a las *causas de exclusión del injusto* (§ § 37 y sigts., como el consentimiento, el consentimiento presunto, la legítima defensa, el estado de necesidad del derecho civil, la situación oficial y de servicio, el mandato, la colisión de deberes que excluye el injusto, la valuación de los bienes, etc.), sino que rigen del mismo modo para las *causas de exclusión de la culpabilidad* (§ § 71 y sigts., o sea, además que para el § 53, también para los § § 52 y 54, el mandato obligatorio antijurídico, la no exigibilidad si es reconocida, etc.). Así como existe una legítima defensa putativa, se dan también un consentimiento putativo (¡que no se debe confundir con el llamado consentimiento presunto!), un estado de necesidad putativo y un estado de coacción putativo. Aun las *causas personales de exclusión de la pena* siguen, fundamentalmente, la misma regla; en cambio, las causas de supresión de la pena (véase más adelante, el § 104) no corresponden a este lugar. En materia de causas de exclusión de la culpabilidad y causas personales de exclusión de la pena, rige el § 59 en virtud de la *analogía*.

No existen *excepciones* a la regla mencionada. Pero no se puede hablar de una creencia errónea si se trata de causas meramente subjetivas, como el aturdimiento y el miedo del § 53, párr. 3, en vista de su propia naturaleza.

IV. *Al admitirse erróneamente circunstancias de hecho que atenúan la pena, la acción dolosa se limita al caso del tipo atenuado.* Este principio no figura expresamente en el § 59, pero se desprende, como consecuencia ineludible, del concepto fundamental. Tal consecuencia no es reconocida del mismo modo que el principio anterior, sino que es objeto de muchas discusiones (acerca de estas cuestiones, en parte difíciles, véase el *Lehrb.*, 322-325). Pero se debe tomar como punto de arranque el de que el autor, al admitir erróneamente las circunstancias de hecho fundamentadoras de una atenuación de la pena, en tanto existan dudas sobre el dolo de la acción, no será juzgado con arreglo a la situación verdadera, sino

a una supuesta (en contra NAGLER, *LeipzKomm.* 1944, p. 459, § 59, VII: en otro sentido también MAURACH, 1954, p. 252). Se tienen en cuenta las causas de atenuación en los § § 157 (causas de atenuación en el caso del juramento, etc.), 213 (circunstancias nominadas en el homicidio), 233 (lesión corporal), 216 (homicidio a pedido, suposición de un pedido expreso y serio, que, en realidad, no existía en absoluto), 217 (dar muerte al hijo ilegítimo), 248 *a*, 264 *a* (creencia errónea del estado de necesidad en el hurto y en la estafa), 370, N. 5 (objeto especial del hecho), etc. Si el testigo, al declarar bajo juramento, cree erróneamente en el peligro de un castigo judicial, se aplicará en su favor el § 157; si se equivoca en el sentido del § 248 *a* acerca de hechos relevantes, si cree, por ejemplo, que unas joyas de valor son falsas, puede darse el hurto por necesidad y quedar excluído el § 242; la creencia errónea de que el hijo es ilegítimo, posibilita la aplicación del § 217. Naturalmente, se debe tratar siempre, según los términos del § 59, de error sobre (distintas) "circunstancias de hecho"; no se toma en cuenta aquí el error en el aspecto jurídico, en el sentido de que ciertos hechos tendrán el efecto de atenuar la pena. Análogamente, en las "circunstancias atenuantes" generales y no mencionadas que encontramos con frecuencia en la parte especial (p. ej., § 263, párr. 2 en la estafa, etc.), no interesa si el autor se las atribuye espontáneamente a su conducta, sino si ha creído erróneamente en *hechos* y otras circunstancias que, si hubieran existido de veras, habrían fundamentado circunstancias atenuantes. Contrariamente a lo resuelto por el Tribunal del Reich (69, 314), el Tribunal Federal niega la aplicación del § 213 en el caso de creencia errónea en la existencia de los presupuestos efectivos de las causas de atenuación mencionadas (1, 203; 2 *StR*, 170/51 de 5 de junio de 1951); pero nada resuelve acerca de la creencia en la existencia de circunstancias atenuantes no mencionadas. Con todo, toma como punto de partida —coincidiendo, en esto, con el Tribunal del Reich— que, en tales causas de atenuación de la pena, la finalidad *particular* determina siempre el tratamiento que corresponde.

Tampoco aquí existen *excepciones* en sentido estricto. Cuando se trata de meras situaciones psíquicas del autor que tienen como consecuencia la atenuación, no se puede tomar en cuenta, naturalmente, ninguna creencia errónea de parte del autor. En cambio, no podemos aprobar la teoría, sustentada frecuentemente aun en la jurisprudencia, con arreglo a la cual en las causas de atenuación de la pena importe tan sólo la situación *objetiva*. Así, establece incorrectamente el Tribunal del Reich (p. ej., en las sentencias 61, 310; 67, 45; 72, 113)

que en el § 157 (redacción anterior), no es decisiva la situación relativa a los motivos del autor, sino la existencia objetiva de las causas. Otros estiman, equivocadamente, que en el § 216 es decisivo sólo el pedido efectivamente existente, y, en el § 217, sólo la verdadera ilegitimidad del hijo. Tales excepciones no son fundadas.

§ 69. (Continuación): la conciencia de la antijuridicidad

Lehrb., 330-338 con datos bibliográficos y de jurisprudencia. *Grd.*, 110-112. WELZEL, 1947, 78 y sigts. y *Syst.* (1951), ahora 4ª ed., 1954, p. 121 y sigts. (*Die Erkennbarkeit der RW* —La reconocibilidad de la antijuridicidad.) MEZGER, *Mod. Wege* (1950), p. 43 y sigts. y los puntos citados en el texto. MAURACH, 1954, p. 398 y sigts.

Dolo es conocimiento del hecho. Pertenece al dolo, en consecuencia, *además* del "conocimiento de las circunstancias de hecho" (véase el anterior parágrafo 68), también la *"conciencia de la antijuridicidad"* como *conocimiento de la injusticia del hecho en conjunto*, en el sentido señalado por BUSCH (véase el § 66 de este libro). Este principio no se puede poner en duda: el que *no sabe* que procede injustamente, *no comete nunca un delito doloso.* Afirmar lo contrario es oponerse a la verdad. El problema, del cual nos ocuparemos en lo sucesivo, consiste en saber si para la *culpabilidad básica* es necesario el *dolo* también con referencia a la antijuridicidad del hecho o si el dolo puede ser sustituído por otros presupuestos (falta de "esforzamiento de la conciencia", "actitud hostil al derecho", etc.). Sólo alrededor de esto gira el *problema* en lo sucesivo.

I. De este modo logramos, por lo tanto, un ulterior *contenido esencial de la forma básica de la culpabilidad.* La cuestión es determinar si a la misma pertenece, además del conocimiento de las circunstancias de hecho (véase el parágrafo anterior), también la "conciencia de la antijuridicidad" o, para emplear la expresión del § 51, la *comprensión de la ilicitud del hecho* o bien, de acuerdo con el texto que figura en los proyectos (*Grd.*, 111), la *"conciencia de proceder injustamente o de infringir una ley"*. Anticipando el *resultado* al que arribaremos como consecuencia de las consideraciones que vamos a exponer a continuación, decimos desde ya que esta conciencia del injusto (esto es, el dolo que se refiere a la antijuridicidad del hecho) constituye, también aquí, el *punto de partida*, pero no es esencial de una manera indefectible para la forma básica de la culpabilidad, pudiendo ser sustituída por otros requisitos. En consecuencia, la *forma básica de la culpabilidad* no requiere en esta relación, indefectiblemente, el *dolo.*

Ante todo, es menester prevenir contra una *confusión* con la que se tropieza continuamente a pesar de las rectificaciones (*Mod. Wege*, 42), y de la que padece en sí mismo el problema tratado aquí: la confusión del conocimiento y de la voluntad del *tipo* con el conocimiento y la voluntad del *hecho* (p. ej., de su contenido antijurídico). El tipo, como tipo del injusto, es tan sólo una parte del hecho. El § 59, párr. 1, se ocupa solamente de este dolo del *tipo* y *no* del dolo del *hecho* que se extrae de aquél; de acuerdo con su origen histórico (v. HIPPEL, *VDA*, III, 485, texto y nota 3), se desprende que *no* se quiso reglamentar expresamente todo el dolo del *hecho*. Pero el "dolo" ('dolus') es conocimiento y voluntad del hecho. El § 59, párr. 1, *requiere legalmente*, como se deduce de la expresión empleada en la disposición y de su propio contenido, *solamente* el dolo del "tipo". Aquí nos preguntamos *si* es necesario, *adicionalmente*, también el otro dolo del hecho; contestamos —y lo aclararemos más a fondo luego— que en el derecho en vigor se requiere, *en principio, también* el dolo del hecho (y muy especialmente, por lo tanto, también la conciencia del injusto), pero este requerimiento está sujeto a determinadas *limitaciones* en virtud de consideraciones de orden general (según las cuales nadie puede invocar una "actitud hostil al derecho", esto es, una actitud que sea incompatible con una sana concepción de lo que es el derecho y la injusticia).

II. Acerca del largo y variable *desarrollo* de la teoría y de la jurisprudencia sobre el particular, diremos lo siguiente:

1. En primer término, no hubo y no hay tampoco en la actualidad, dudas de que el *conocimiento de la punibilidad del hecho* no pertenece a la forma básica de la culpabilidad. Tal vez, el concepto de acción dolosa debería incluir también, para ser del todo consecuente, este requisito, por cuanto el autor conoce *verdaderamente* la "significación" del hecho si conoce, también, la punibilidad del mismo. Pero hay unidad de criterios, en el sentido de que el derecho vigente no va tan lejos en cuanto a sus exigencias. El § 59 deja entender que la forma más grave de la culpabilidad (párr. 1) requiere el conocimiento de los *presupuestos* del hecho punible, pero no el conocimiento de sus *consecuencias*. (El *Lehrbuch* trata este punto con mayores detalles, p. 330.)

2. En cambio, el *Tribunal del Reich* ha sostenido, en jurisprudencia constante, el criterio de que no importa el *contenido* del conocimiento, sino el *fundamento de dicho conocimiento*. De acuerdo con este criterio, hace la distinción siguiente: cuando la falta de la conciencia de la antijuridicidad depende de un error *extrapenal*, esta falta debe proteger al autor contra la pena por culpabilidad dolosa, y si depende, en

cambio, de un error *jurídico-penal*, dicha falta es irrelevante. Por lo tanto, al autor debe serle impuesta, en este último caso, una pena por culpabilidad dolosa, aun en el caso en que su error sea totalmente inocente (*Lehrb.*, 335 y sigts.). No es necesario considerar aquí ciertas excepciones, y precisamente aquellas en que la palabra "antijurídico" está contenida en el tipo de la misma ley.

Este criterio ha sido controvertido de muchas y distintas maneras en la *literatura anterior a 1945* (*Lehrb.*, 330 y sigts., y sobre el total problema, 325 y sigts.). La objeción fundamental formulada por nosotros al respecto, es la siguiente: es decisivo el *contenido* del conocimiento y, además del conocimiento de los hechos (*Lehrb.*, 307 y sigts.), pertenece al contenido esencial del dolo y, por consiguiente, a la forma básica de la culpabilidad (*Grd.*, 108 y 112), también el *conocimiento de la significación* (*Lehrb.*, 325 y sigts.). Es necesaria una "valuación paralela del autor en la esfera del profano" (*Lehrb.*, 328), un conocimiento de aquella significación "en el mundo intelectual personal del autor" (*Grd.*, 110 y 111). Pero ahí *ya* se encuentra, *en el derecho en vigor*, también la "conciencia de proceder injustamente o de infringir una ley" —con ciertas limitaciones de las que nos ocuparemos, muy especialmente, más adelante (III y IV). En contra de este punto de vista, se ha afirmado que es suficiente para el dolo la realización dolosa del tipo y que no es necesaria la conciencia del injusto (así, sobre todo, Graf zu DOHNA, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 2ª ed., 1941, p. 44). Como ya hemos anotado al comienzo, esta objeción no tiene en cuenta que para la culpabilidad del autor no interesa si éste ha realizado el *tipo*, sino si ha cometido el *hecho* con conocimiento y voluntad. La concepción moderna de la culpabilidad está en contra del criterio de *presumir* la culpabilidad con arreglo a la realización a sabiendas del tipo (*Mod. Wege*, 42).

3. Las *críticas* al criterio sustentado por el Tribunal del Reich *han aumentado considerablemente, después de 1945*, en la *jurisprudencia* y en la *literatura*. Por ejemplo, una *sentencia del Tribunal Regional Superior de Kiel de 13 de abril de 1946* (*DRZ* 1946, 126; *NJW* 1947-1948, 31) dice: "Esta Sala opina que debe considerarse *anticuada* la jurisprudencia del Tribunal del Reich sobre la distinción entre error jurídico-penal y error extrapenal y que la conciencia de la antijuridicidad pertenece al dolo sólo si el tipo legal menciona expresamente la antilegalidad. En la literatura se afirma desde hace tiempo, casi por unanimidad, que la conciencia de la antijuridicidad pertenece al dolo. Mientras tanto, esta cuestión ha sido solucionada por el legislador en igual sentido, median-

te la modificación de las disposiciones referentes a la imputabilidad". Se remite, en particular, a los §§ 51 y 58 (55) y al § 3 de la ley sobre tribunales de jóvenes y a las consecuencias que se deducen en general de esta disposición. "Si la capacidad para reconocer lo injusto es el presupuesto de la culpabilidad, al dolo debe pertenecer siempre, sin más, la conciencia de obrar injustamente". Análogamente, el *Tribunal Provincial de Costanza, en la sentencia de 28 de febrero de 1947* (*DRZ* 1947, p. 267 y sigts., 269), señala que "con arreglo a la teoría jurídica dominante, al dolo le pertenece, en forma *ineludible*, la conciencia de la antijuridicidad" y que el error sobre la punibilidad es irrelevante.

También los *grandes Comentarios*, aun antes del acuerdo del Tribunal Federal (2, 194), adhirieron al punto de vista según el cual el autor debe tener conciencia, *al actuar dolosamente*, de que infringe la ley u obra injustamente. En tal sentido, sobre todo SCHÖNKE (5ª ed., 1951, § 59, II, 1 y 2 y, sin modificaciones, en la 7ª ed. de 1954, con detenida fundamentación e informaciones sobre la situación en que se encuentra el problema). El Tribunal Supremo *austríaco* también tomó en cuenta la conciencia de la antilegalidad y lo mismo hizo, en el ámbito de su competencia, el Tribunal Federal *suizo* (acerca del código penal suizo de 1937, el art. 18 y las críticas correspondientes, véase LANGE, *ZStrW* 63, 475 y 500, y NOLL, *Das Unrechtsbewusstsein im schweizerischen Strafrecht* —La conciencia del injusto en el código penal suizo. "IV. Congrès international de droit comparé, travaux suisses" 1954, p. 209 y sigts.). Coincidente también NAGLER, *Leipz Komm.*, vol. I, 6ª ed. (1944), p. 493-499, con jurisprudencia. Incluso WELZEL compartió en 1944 (*Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, p. 111-115) este punto de vista, pero en la actualidad es uno de sus más decididos adversarios.

4. En las *anteriores ediciones* de esta obra, hemos adoptado, respecto de la cuestión, la posición siguiente.

En la 2ª edición, de 1948, se dice (p. 151), que, aun en el caso en que le *falta* al autor la "conciencia de la antijuridicidad", subsiste su dolo, si en su origen, la falta depende de una concepción equivocada acerca de lo que es el derecho y el injusto, esto es, de una actitud que es incompatible con una concepción sana de lo que ambos son. No debería ser, pues, suficiente para el dolo, *todo* error jurídico *culposo*; semejante combinación de dolo y culpa sería falsa. Pero el autor no debe invocar que no ha entendido nada acerca de lo que es el derecho y la ley y que, *por consiguiente*, no ha reconocido la ilicitud del hecho (confr. al respecto *NJW* 1951, p. 390, 500 y 869). Sólo al autor que observa, fundamentalmente, una ac-

titud *jurídica*, le será disculpable, *en el caso particular*, un desconocimiento intercurrente sobre los límites entre el derecho y lo injusto. Por lo tanto, la exigencia de la "conciencia de la antijuridicidad" como elemento del dolo, debe hallar su contrapeso en la exigencia de una orientación conforme a derecho en toda la conducta.

En la 3ª edición, de 1951, se mantiene este punto de vista (p. 146). Pero en la fundamentación se ha mencionado categóricamente que la hostilidad al derecho es equiparable al dolo en sus consecuencias jurídicas, pero no en el *concepto*. Si *falta* la conciencia de la antijuridicidad, el *dolo* no puede existir; al faltar dicha conciencia —sea cual fuere la causa— no hay dolo. Pero, los casos descriptos de la *"hostilidad al derecho" se equiparan, en cuanto a los efectos jurídicos, a la acción dolosa y están sometidos a la misma pena*. Esto se fundamenta en *Mod. Wege* (1950, 43-47). Subsiste aquí, por regla general, una *"culpabilidad por la conducta de vida"* del autor (p. 45), y también el *principio general*, que domina en el derecho penal, de que nadie puede invocar para su beneficio, haber actuado de acuerdo con un criterio *incompatible* con una concepción sana de lo que es el derecho y lo injusto. Una sentencia del *Tribunal Regional Superior de Friburgo* de 9 de febrero de 1950 (*JZ* 51, 85 y sig.), ha expresado el criterio sustentado aquí, en forma especialmente clara y penetrante, con las siguientes palabras: "En la ejecución de una orden militar, nadie puede invocar que le ha faltado la conciencia de la antijuridicidad, si este error depende de una actitud incompatible con una concepción sana de lo que es el derecho y lo injusto." Llamamos a esta actitud una *actitud hostil al derecho* (que no es sinónima, en absoluto, de "culpa grave") y le asignamos el efecto de sustituir la falta de la conciencia del injusto. Queda con ello excluída toda posibilidad de restarle claridad al concepto del dolo.

En la 4ª edición, de 1952, se sigue, fundamentalmente, este punto de vista, esto es, que la forma básica de la culpabilidad no es totalmente el dolo, pudiendo existir otros requisitos en su lugar, en ciertas situaciones rigurosamente circunscriptas.

III. Ultimamente el *Gran Senado del Tribunal Federal* solucionó el problema del "error sobre la prohibición" y, por consiguiente, de la falta de conciencia de la antijuridicidad, en el importante *acuerdo* (2, 194) (*GSSt.* 2/51) *de 18 de marzo de 1952* (véase, además, *BGHStr.* 4, 1), que dice:

"En el § 240, el autor debe conocer las circunstancias de hecho del § 240, párr. 1, a las cuales no pertenece la antijuridicidad, y debe tener, además, la conciencia, o poder tenerla

con el debido esforzamiento, de que, al ejecutar la coacción, obra injustamente."

El Tribunal Federal *fundamenta* esta resolución diciendo que la palabra "antijurídico" contenida en el § 240, párr. 1, no circunscribe una circunstancia de hecho que pertenece al tipo legal y no es una característica del tipo, sino una característica general del delito (lo que es exacto; véase el *Lehrb.*, p. 179). El error sobre la antijuridicidad es *error sobre la prohibición*; "el autor sabe lo que hace, pero cree erróneamente que está permitido" (197). Se niega la jurisprudencia del Tribunal del Reich acerca del error jurídico-penal y extrapenal (200). El presupuesto para que el hombre decida libre, responsable y moralmente en favor del derecho y en contra del injusto, es el conocimiento del derecho y del injusto (201). "Principio intangible de todo castigo" es que la pena presupone la culpabilidad (202). Pero luego se niega la "teoría del dolo" que requiere para el castigo del dolo, además del dolo del hecho, la conciencia de la antijuridicidad (204), en favor de la "teoría de la culpabilidad" que comprende al dolo como dolo del hecho y a la conciencia de la antijuridicidad como elemento de la culpabilidad separado del dolo e independiente (208). Pero la culpabilidad es "reprochabilidad" (200); interesa, por consiguiente, para la decisión, el "esfuerzo de la conciencia" exigible al autor (209). Un error inocente sobre la prohibición no puede excluir la pena, pero sí atenuarla de acuerdo con los principios establecidos en el § 44 (210).

El trabajo del ponente BUSCH (*Mezger-Festschrift*, 1954, p. 165 y sigts.) es importante a los fines de la comprensión de dicho acuerdo del Tribunal Federal. También el error sobre circunstancias de hecho, que consisten en relaciones o situaciones jurídicas, es un error sobre el tipo (167). El error sobre la antijuridicidad es un error sobre la prohibición de la acción en conjunto (168 y 170 y sigts.). Es muy satisfactorio, por fin (181), que se haya establecido claramente que el error sobre características de un tipo de justificación que excluye el injusto, es un error en el sentido del § 59, párr. 1.

El Tribunal Federal (Sala segunda en lo criminal) ha vuelto a ocuparse con mayor amplitud de la esencia del "*esfuerzo de la conciencia*" (4, 1 y sigts. (5), haciendo también referencia al concepto totalmente *distinto* de las "representaciones valorativas del derecho y del injusto que pertenecen a un círculo cultural ajeno". El mismo Tribunal (Sala tercera en lo criminal) destaca con acierto (4, 237 y sigts. (243) que el esfuerzo de la conciencia es algo *distinto* de la observancia de cuidado en el peligro y lesión de bienes jurídicos, pero deduce la *arriesgada* conclusión de que de ello resultan,

sin más, "mayores exigencias" respecto del conocimiento de la antijuridicidad.

IV. A la citada resolución del Tribunal Federal de 18 de marzo de 1952 le corresponde el gran mérito de haber puesto en primer plano el principio de que "la pena presupone la culpabilidad" (200 y 202). El propio Tribunal Federal expresa que se trata de un "principio intangible". Pero este mérito queda oscurecido, desgraciadamente, por la ulterior fundamentación que se presta a *confusiones*.

La *teoría del dolo* y la *teoría de la culpabilidad* no son teorías contrapuestas, como declara el Tribunal Federal (205 y 208); en efecto, la teoría del dolo es una teoría de la culpabilidad expresada de una manera especial. La contraposición es lógicamente defectuosa (*LeipzKomm.*, 7ª ed., vol. 1, p. 454). MAURACH (1954, p. 400) también la critica. Pero no se puede hablar de *"dolo punible"* (204 y 205) si se niega, pocas páginas después, la exigencia del dolo con referencia a la injusticia (prohibición) del hecho; la reserva de que el dolo punible significa solamente el dolo frente a las circunstancias de hecho, no excluye que la expresión dé lugar a errores. En lo que respecta, finalmente, a la *"teoría de la culpabilidad"*, afirmada por el Tribunal Federal, nadie pone en duda que la culpabilidad es "reprochabilidad" (200); pero la *cuestión decisiva* es saber *de qué depende* esta reprochabilidad *en la forma básica de la culpabilidad*. Es evidente lo que el Tribunal Federal quiere decir a este respecto: la reprochabilidad depende de la falta de "esfuerzo de la conciencia" (209). Pero se hubiera debido destacar con mayor exactitud que precisamente *aquí*, esto es, en la ausencia de conciencia del que actúa, reside el concepto *decisivo*; de lo contrario, este punto no habría podido considerarse con "dudas" en la discusión sobre la resolución del Tribunal Federal (*LeipzKomm.*, 2º suplemento a la 7ª ed., p. 1).

Para evitar estas faltas de claridad y estas confusiones, consideramos lo siguiente. Si (como ocurre aquí) se toma como punto de arranque el que existen, con arreglo al derecho en vigor, *dos formas de culpabilidad* —una forma básica más grave y una forma más leve (la culpa)— es necesario subrayar, a los fines de una distinción más precisa, el siguiente principio (*LeipzKomm.* I, 455): "Para la imputación del hecho no puede existir una distinción más neta que ésta: que, en su finalidad, el autor haya actuado a sabiendas *en contra* del derecho o con la creencia (aunque evitable) *en* el derecho."

1. De ahí se deduce, en primer término, que para la forma básica de la culpabilidad rige, aun con respecto a la antijuridicidad del hecho, la plena *exigencia del dolo*. Esta es

la *"teoría del dolo"* afirmada por el Tribunal Federal (a saber, exigencia del dolo, sin excepciones, en la culpabilidad básica). Esto significa que la plena "conciencia de la antijuridicidad" pertenece a la forma básica de la culpabilidad. Hemos adoptado y expuesto este criterio en el *Lehrbuch* (2ª ed., 1933, p. 330 y sigts.). La ventaja que este criterio tiene es su lógica. Ha sido sustentado, en otros tiempos, sobre todo por BINDING (Normen, III, 1918, 288 y sigts. y 313), pero nosotros *no* podemos adherir a su *fundamentación* "positivista", pues entendemos que son decisivas consideraciones *ético-sociales*. Dicho criterio ha sido adoptado también por el *proyecto de* RADBRUCH *de 1922* (§ § 12, párr. 2 y 13, párr. 1). Esta concepción se sustenta también en la actualidad "por una minoría cuyas argumentaciones deben tomarse muy en serio" —como dice MAURACH (1954, p. 402), a pesar de que este autor no adhiere a ella. Constituyen esa minoría SCHRÖDER, *Vorsatz und Schuld* —Dolo y culpabilidad— *MDR* 1950, p. 646 y sigts. y *ZStrW* 65, 178 y sigts.; LANG-HINRICHSEN, "Juristische Rundschau" 1952, p. 184 y sigts., 302 y sigts. y 356 y sigts. y *JZ* 1953, p. 362. Las *objeciones formuladas a esta teoría del dolo* en la jurisprudencia (*BGHStr.* 2, 205-208) y en la literatura (WELZEL, ob. cit., 123-125, y otros autores) se detienen en la *superficie*, por cuanto dejan entender, en forma equivocada desde el punto de vista psicológico, que el "conocimiento de la injusticia del hecho (la llamada conciencia de la antijuridicidad)" debe manifestarse por *"representaciones valorativas"* claramente expresadas (así dice MAURACH, p. 403), en tanto que tal conocimiento se pone de relieve siempre y exclusivamente mediante *sentimientos* determinados de valor del autor en el hecho; en consecuencia, la opinión del Tribunal Federal (p. 206) de que este proceso anímico debe faltar en los hechos pasionales y subitáneos, es psicológicamente desacertada. Rechazar la "teoría del dolo" en conjunto por cuanto puede admitir limitaciones, o sea, por no realizar el concepto totalmente, pone de manifiesto una actitud primitiva frente a las exigencias de una "teoría" jurídica.

2. Desgraciadamente, las *necesidades prácticas* de la vida jurídica no parecen consentir la realización total de este concepto, aunque éste sea exacto en su punto de partida. Así, no podemos menos, dentro de límites estrechamente circunscriptos, que renunciar a la *plena* exigencia del dolo para la forma básica de la culpabilidad, estableciendo, por lo tanto, una limitación. Por razones de justicia, debemos *excluir* la posibilidad de conformarnos con la simple *culpa*, y, pues, con la mera "evitabilidad" del error. Por lo tanto (*Kohlrausch-Festschrift* 1944, p. 184), adherimos a este principio (*LeipzKomm. I,*

454, N. 17 *a*, letra *b*): el *error* del autor acerca de la antijuridicidad del hecho es *irrelevante* si depende de su *actitud incompatible con una sana concepción de lo que es el derecho y el injusto*. Esta defensa contra la "hostilidad al derecho" obedece a un *principio* general del derecho. "La irrelevancia de una tal actitud es un principio general, que domina, como un principio natural, la totalidad del derecho penal": SCHÖNKE-SCHÖDER, § 59, IX, 1 b. La sentencia del Tribunal Regional Superior de Friburgo de 9 de febrero de 1950 (*JZ* 51, 85) ha expuesto persuasivamente la utilidad práctica de esta distinción.

Diremos, *resumiendo*, lo siguiente: en el derecho vigente, la *forma básica* jurídico-penal *de la culpabilidad* exige, con respecto a las *circunstancias de hecho*, sin excepciones, el *dolo*; y, con respecto a la *antijuridicidad del hecho*, exige el *dolo* o *una actitud del autor* incompatible con una sana concepción de lo que es el derecho y el injusto. Aquí se debe destacar nuevamente y con el mayor énfasis, que la "conciencia de la antijuridicidad" de que se trata significa siempre y solamente la injusticia del *hecho total*, y que no abarca *nunca* las *distintas* circunstancias de hecho (§59, párrafo 1), aun en el caso de que las mismas sean señaladas, a este respecto, como características del deber jurídico". En contra de tales tentativas se expresa con acierto SCHRÖDER (*ZStrW*, vol. 65, p. 178 y sigts. y 182-186). También el deber de actuar en los delitos de omisión pertenece, en consecuencia, al ámbito del error típico: SCHRÖDER (ob. cit., 181, con *RGStr.* 75, 160), *LeipzKomm.* (§ 59, núm. 10 *a* al final), *BGHStr.* (3, 82); incorrectamente WELZEL (1954, p. 160).

Si nos atenemos, de tal manera, a la "conciencia de la antijuridicidad" como elemento esencial del dolo —sin dejar de considerar que la rígida exigencia del dolo sufre, aun en la forma básica de la culpabilidad, ciertas limitaciones— se llega a un resultado que corresponde a los requerimientos fundamentales de la *ética* y de la vida *práctica*. Entonces, ningún "inocente" podrá ser castigado por un hecho doloso, y ninguna actitud abyecta en perjuicio de la colectividad podrá eludir una pena justa. El Tribunal Federal se ha expresado a favor de la "inseparabilidad de la conciencia del injusto" (3, 342); véase, al respecto, DREHER-MAASSEN, *StGB*, p. 82 y 219.

§ 70. La forma más leve de la culpabilidad, llamada culpa

Lehrb., 349-363. *Grd.*, 116-117. EXNER, *Das Wesen des Fahrlässigkeit* (La esencia de la culpa), 1910. ENGISCH, *Unter-*

suchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht (Investigaciones sobre el dolo y la culpa en el derecho penal), 1930. WELZEL (1954, p. 94 y sigts.). MAURACH (1954, p. 458 y sigts.).

I. *La culpa (en sentido estricto)* es una forma especial de la *reprochabilidad*, esto es, una *forma* especial *de la culpabilidad, más leve* frente a su forma básica. Como regla general, la culpa es punible solamente si la ley la conmina con pena (IV). WELZEL trata de demostrar (ob. cit., p. 94 y sigts.) que la culpa, en la caracterización corriente, contiene, además de los elementos de la culpabilidad, también *elementos* auténticos *del injusto*; es innecesario detenernos especialmente sobre el particular, puesto que los "tipos de causación" que se tienen en cuenta, por ejemplo los de los § § 222, 230 y 309, son examinados ya en general, esto es, en común, respecto de hechos punibles dolosos y culposos, pero se incluye el "reproche" personal de la omisión de una mejor e indispensable conducción finalista (95) y un auténtico reproche de *culpabilidad*. La 4ª edición, de 1954 (p. 95 y sigts., especialmente la pág. 97), contiene, respecto de la 3ª edición de ese mismo año, una redacción distinta.

La culpa no es el dolo, pero sí siempre culpabilidad. El principiante se siente inclinado a pensar que si el acusado no ha actuado dolosamente, estamos frente a la culpa. ¡Grave error! El hecho de no existir el dolo no trae todavía como consecuencia la presencia de la culpa, la cual, como *forma de la culpabilidad*, debe ser demostrada. Hay tres posibilidades: dolo, culpa e inculpabilidad. Si *dos* términos (dolo, inculpabilidad) se contradicen, se puede excluir la existencia del tercero (culpa); el rechazo de un término (dolo) no es suficiente. La conclusión mediante una disyunción insuficiente juega aquí, frecuentemente, un papel funesto. Esto se reconoce correctamente en la sentencia *RGStr.* 71, 193 y sigts., 195-196. Por lo tanto, no existe, entre las dos formas de la culpabilidad, la relación de un 'plus-minus', sino la del contraste, del 'aliud'. Desde el punto de vista valorativo, la culpa debe ser siempre fundamentada *positivamente*. Con ello no queda excluída una *determinación alternativa* entre dolo y culpa (BLEI, *NJW* 54, 500).

En cambio, es *correcto* decir que si están probados los presupuestos de la acción dolosa, no se toma en cuenta la culpa. Aquí, el dolo tiene la prioridad sobre la culpa.

II. *Ha actuado culposamente aquel a quien se le reprocha haber desatendido un deber de precaución que le incumbía personalmente y que por esto no ha evitado el hecho y sus*

consecuencias. Como la omisión, también la culpa es, pues, un "no hacer algo (esto es, lo debido)", a saber, no cumplir un deber de precaución, mediante cuya observancia habría evitado el autor el hecho y las consecuencias del mismo. En otras palabras, el autor habría *debido* ser cuidadoso, evitando así el hecho. Este deber le alcanza (en el derecho penal) personalmente; el grado de la culpa es siempre, en el derecho penal, *personal-individual*. También la jurisprudencia reconoce este principio. Confróntense, como ejemplos, las sentencias del Tribunal del Reich 73, 370 (instrucciones de servicio que no son incondicionalmente determinantes), 74, 60, 350 (médico), 195 (circulación de los tranvías). Deben examinarse siempre las circunstancias concretas de la situación particular.

El reproche de falta de precaución se le puede dirigir al autor en el sentido de que no ha tomado en cuenta el hecho y sus consecuencias (véase el § 59, párr. 2); o bien en el sentido de que, a pesar de conocer el hecho y sus consecuencias, no ha obrado de conformidad a ese conocimiento. De acuerdo con ello, se distinguen corrientemente estas dos formas de culpa:

1. La *culpa inconsciente*, cuando el autor, por haber desatendido su deber de precaución, no ha previsto las consecuencias de su hecho, y

2. La *culpa consciente*, cuando el autor ha previsto las consecuencias de su hecho, pero, por haber desatendido su deber de precaución, ha confiado en que estas consecuencias no se producirían.

Dado que una determinada representación del hecho y de sus consecuencias no pertenece a la esencia de la culpa (ésta puede consistir en que el autor no ha tenido la conciencia de tales consecuencias), la culpa inconsciente se presenta como la *forma típica de la culpa*. La previsión de las consecuencias, considerada en sí, no tiene importancia.

La jurisprudencia del Tribunal del Reich coincide con lo dicho. La definición que da, invariablemente, de la culpa, es la siguiente (56, 349): la culpa presupone que el autor no ha observado el cuidado que según las circunstancias y sus conocimientos y capacidades personales debía y podía observar, y que, a consecuencia de ello, no ha previsto el resultado que hubiera podido prever aplicando el cuidado debido —culpa *inconsciente*—, o, en realidad, ha considerado posible la producción del resultado, pero ha confiado en que el mismo no se produciría — culpa *consciente*. Este concepto es aplicable tanto al delito de comisión como al de omisión (*RGStr*. 58, 130 (134).

La expresión "ha considerado posible" hace que la culpa

tenga un punto de contacto con el *'dolus eventualis'* (dolo condicionado). Si a esta representación de la posibilidad se une el hecho de tomar sobre sí las consecuencias en el sentido indicado, no existe simple culpa, sino dolo ('dolus eventualis'). El 'dolus eventualis' como límite inferior del dolo, forma, a la vez, el *límite superior* de la culpa. Señala el *límite inferior* de ésta la no culpabilidad (*Lehrb.*, 351, nota 4).

III. *También el reproche de la culpa se dirige siempre contra el particular acto finalista de la voluntad en su forma concreta.* Como ya se ha señalado, se trata siempre de un reproche dirigido en forma personal-individual.

También en lo que respecta al reproche de la culpa, débese probar que el autor ha desatendido, en el delito culposo de *comisión*, una *advertencia* a él dirigida, y, en el delito culposo de *omisión*, un *requerimiento* dirigido a él (*Lehrb.*, 354; *Grd.*, 117, en caracteres menores). En el delito culposo de omisión —"el delito más pequeño entre los pequeños" (*Lehrb.*, 131)—, por ejemplo, en la omisión de informar a la policía acerca de un cambio de domicilio —requisito que, contrariamente a su deber, el autor ignoraba— éste no ha hecho ni ha querido algo; pero se le reprocha, precisamente, que no haya hecho ese "algo" o no haya querido ese "algo" (que se le exigía). La exacta determinación de aquello contra lo cual se dirige, en el caso particular, el reproche, posibilita una determinación correcta del momento en que ha sido cometida la acción o la omisión culposa (*Lehrb.*, 355-356).

El *Lehrbuch* trata ampliamente (357-362) acerca del *grado individual* de la culpa, con referencia a la jurisprudencia del Tribunal del Reich. Este grado determina tanto el juicio acerca de la violación del deber como el de la relación determinante del resultado; individualmente se juzga la existencia del deber, cuando las normas del tráfico deben permitir y permiten un cierto riesgo, por ejemplo en la explotación peligrosa de un ferrocarril, de una mina, de una fábrica, los trabajos de edificación, los trabajos que exigen voladuras, la conducción de automóviles en calles concurridas, el ejercicio de la caza, etc. Existe culpa solamente si en la realización concreta no ha sido observada la diligencia debida (*RGStr.* 57, 174). Se espera, en principio, como en el § 276 del código civil, "el cuidado necesario en el tráfico"; pero en el derecho penal deben ser consideradas, mucho más que en el derecho civil, también las circunstancias individuales y subjetivas, como ser la capacidad personal, los defectos físicos (miopía, dureza de oído, traumatismos, y también el agotamiento momentáneo, las enfermedades, etc.), las dificultades ocasionadas por la situación particular, y otras circunstancias. Debe siempre con-

siderarse si, al emprenderse una actividad determinada (de parte, p. ej., de un curandero) o en una falta de preparación, existe una culpa y, por consiguiente, una responsabilidad en orden a las consecuencias. Es muy importante la cuestión de la previsibilidad del resultado en el caso particular; ella existe cuando y en tanto el autor, al realizar la conducta conforme al deber, hubiera podido prever el resultado. Tampoco aquí es suficiente la referencia a la "experiencia general"; lo que interesa son las relaciones individuales. Si en una conducta culposa —consistente, por ejemplo, en una velocidad excesiva— era previsible la lesión corporal de otro, pero no la muerte, se podrá castigar con arreglo al § 230, pero no se podrá aplicar, por lo tanto, el § 222 (confr. *RGStr.* 28, 272; contacto con cables eléctricos). La previsibilidad debe pues referirse, como ocurre con el dolo, al resultado, a la relación causal y a la antijuridicidad de la conducta. Son "irrelevantes", como en el dolo, las desviaciones del curso verdadero. Entre la jurisprudencia que coincide con este punto de vista, citamos las siguientes sentencias del Tribunal del Reich: 3, 208 (la colocación, contraria a los preceptos de policía, de un cilindro de transmisión, no fundamenta, sin más, una responsabilidad por la muerte que se ha producido); 19, 51 (previsibilidad de la muerte de "un" transeúnte por bultos que caen sobre él); 34, 91 (revólver dejado en el guardarropa del teatro). No es satisfactoria en absoluto la sentencia 54, 349 (caso del hemofílico) por haber extendido excesivamente la objetivación del grado. Acerca del total problema se ocupa detenidamente también SCHÖNKE (§ 59, VIII).

IV. *La punición de la culpa.* El derecho en vigor no conoce un *'crimen culpae' general,* sino solamente una serie de *'crimina culposa'* delimitados en forma determinada. Esto significa que, con arreglo al derecho vigente, no existe un delito unitario culposo que consista exclusivamente en la infracción del deber como tal y que, en consecuencia, deba ser castigado por tal motivo. Existe, en cambio, sólo una serie de delitos culposos graduados según el resultado, como ser el homicidio culposo (§ 222), la lesión corporal culposa (§ 230), el hecho punible culposo que consiste en poner en peligro la seguridad del transporte (§ 316). Dado que no existe, en el delito culposo, una tentativa punible (§ 43: "resolución de cometer"), el hecho culposo es un "delito de resultado": la producción del resultado fundamenta la punibilidad. Pero no se debe pasar por alto que este resultado puede consistir, también, en una simple puesta en peligro, como ocurre en el ya citado § 316. Además, varios proyectos, que han adoptado disposiciones legislativas extranjeras, requieren un delito general de pe-

ligro, por ejemplo, el hecho de poner culposamente en peligro la vida. Si al hecho punible culposo corresponde, como ocurre por lo común en la actualidad, un resultado especial de lesión, no debe el autor haber lesionado solamente, en forma culpable, el deber como tal; se le debe reprochar, asimismo, también la circunstancia de no haber tenido en cuenta la referencia del mismo al resultado; si, por ejemplo, como consecuencia de un error *excusable*, no podía saber, al transitar con su automóvil por una calle de tránsito prohibido, que la prohibición había sido dictada por motivos de seguridad, no se le puede imputar al autor, sin más, el accidente que ha ocasionado por transitar por esa calle.

Como regla general, una infracción culposa se castiga sólo si la misma está especialmente conminada con pena. En consecuencia, mientras, por ejemplo, la lesión corporal culposa se castiga con arreglo al § 230, una infracción es punible de acuerdo con el § 176, N. 3, sólo si ha sido cometida dolosamente (y *no*, por lo tanto, si el autor ha creído por error, culposamente, que el niño había ya cumplido 14 años). Alude a esto también la redacción del § 59, párr. 2, al destacar expresamente como presupuesto el "caso de castigo de acciones cometidas culposamente". Son declarados punibles, además de la lesión corporal culposa, por ejemplo, el homicidio culposo (§ 222), el juramento falso culposo (§ 163), una serie de hechos de peligro común (§ § 309, 314, 318 y 326), la liberación culposa de detenidos (§ § 121 y 347), la ejecución culposa de la pena (§ 345), etc. En el § 259 (receptación), *no* es suficiente, de acuerdo con una apreciación correcta, la culpa, a pesar de la locución que a ella se refiere — "debe suponer con arreglo a las circunstancias". No existe ninguna excepción general en el sentido de un castigo general de la culpa por el carácter "de policía" que un hecho punible puede tener (véase el *Lehrb.*, 362, nota 38 y p. 7); también aquí se exige, en principio, el dolo, aunque se deba reconocer que en varias contravenciones de policía, la situación admite, sin que ello se destaque muy especialmente, la punibilidad por comisión culposa. SCHÖNKE sostiene una opinión intermedia (§ 59, VIII, 2). De acuerdo con el Tribunal Federal (6, 131 y sigts.), puede deducirse una voluntad extensiva del legislador con arreglo a la situación, el sentido y la finalidad (p. ej., el § 330 aun en la infracción culposa). MAURACH (1954, p. 465) admite la punibilidad de la culpa solamente si ella está dispuesta o admitida de modo expreso.

No existen, en general *grados de la culpa*. La culpa de los funcionarios públicos, la profesional y la industrial prevista en los anteriores § § 222, párr. 2 y 230, párr. 2, ha sido

suprimida con la novela de 2 de abril de 1940. En cambio, la ley destaca muy especialmente en algunos puntos, un grado especial y más elevado de culpa, que consiste en la *"ligereza"* (*RGStr.* 71, 174; no hay claridad en la sentencia 74, 257), por ejemplo en el § 164, párr. 5 (falsa imputación). La culpa "consciente" no es siempre, como tal, un caso de culpa más grave.

V. Sobre la *historia de la culpa* en el derecho penal, BINDING (*Normen*, vol. IV, 1919, p. 310-311), dice: "La historia enseña a concebir la formación progresiva de este ámbito del derecho como el fruto de una comprensión lenta y cada vez más imperiosa de grandes necesidades de la vida jurídica. Desde hace casi 400 años, el delito culposo domina, sin inconvenientes, al lado del delito doloso en nuestro derecho nacional y no existe la menor probabilidad de que pueda desaparecer." Otros datos acerca de la evolución histórica se encuentran, por ejemplo, en v. HIPPEL, *Lehrbuch* (1932, página XXVII; en el índice, bajo la palabra culpa); en cuanto a la literatura, véase v. LISZT-SCHMIDT (26ª ed., 1932, p. 272).

El *código penal suizo de 1937* ofrece, en el art. 18, párr. 3, una definición *legal* de la culpa con las siguientes palabras:

"Si el hecho se debe atribuir a la circunstancia de que el autor no ha reflexionado sobre la consecuencia de su conducta por falta de precaución contraria a su deber o no lo ha tenido en cuenta, comete el crimen o delito culposamente (texto francés: 'par négligence'; texto italiano: 'per negligenza'). La falta de precaución es contraria al deber si el autor no ha observado el cuidado al que estaba obligado de acuerdo con las circunstancias y sus condiciones personales."

El criterio desarrollado por WELZEL (*Syst.*, 1951), bajo el punto de vista de su teoría de la acción finalista, es, desde el comienzo, errado. No hay dudas de que el hecho punible culposo no puede ser comprendido desde el punto de vista de su contenido "finalista" (*Mod. Wege*, 18 y 48). El hecho punible culposo *no* está dirigido finalísticamente al resultado prohibido, sino que está referido a éste por el ordenamiento *normativo* (parte especial, 2ª ed., 1951, p. 259). Esto lo destaca el propio WELZEL (*Syst.*, 19), cuando dice: "El tipo del injusto de los delitos culposos abarca, precisamente, las lesiones de bienes jurídicos de acciones no fijadas finalísticamente, *producidas sólo causalmente*, la finalidad de las cuales no lesiona, como tal, el ordenamiento jurídico". En el *Grd.* (3ª ed., 1943, p. 116), hemos destacado que "como la *omisión*, también la culpa puede ser determinada, en sus presupuestos positivos, sólo desde el punto de vista de la consideración *valorativa*. WELZEL acepta (*Syst.*, 20) este paralelo con la omisión. El que, por lo demás, también la acción culposa sea dirigida finalísticamente, es una evidencia, por cuanto toda acción humana es un suceso finalista. Pero, el *reproche de que falta una mejor dirección finalista* es un auténtico *reproche de culpabilidad, no un elemento ontológico* de la acción.

§ 70 a. La combinación entre la forma básica de la culpabilidad y la culpa

El *derecho en vigor* conoce, en algunos puntos, una peculiar *combinación entre la forma básica de la culpabilidad y la culpa* como forma especial de la culpabilidad (no admitida por la sentencia *RGStr.* 73, 263), a la que hace referencia el *Grd.* (1943, p. 110-111). Se toman en consideración, desde este punto de vista, las siguientes disposiciones legales (en parte derogadas): la anterior *ordenanza sobre el error* de 18 de enero de 1917 (*RGBl.*, 58); el § 395 (antes § 358) de la *ordenanza tributaria del Reich* de 13 de diciembre de 1919 (*RGBl.* I, 1993) y de 22 de mayo de 1931 (*RGBl.* I, 161) con responsabilidad por culpa en el párr. 2; el § 71 de la ley sobre el *régimen de divisas* de 12 de diciembre de 1930 (*RGBl.* I, 1734) con responsabilidad por culpa en el párr. 2; y, muy especialmente, el § 31 de la *ley penal sobre la economía* de 26 de julio de 1949 (*WiGBl.*, N. 27, p. 193). Así, por ejemplo, se declara impune, con arreglo al § 395 de la mencionada ordenanza tributaria del Reich, al que, a causa de error no culpable sobre la existencia o la aplicabilidad de disposiciones tributarias, ha considerado lícito el hecho realizado por él, pero se lo *castiga* por culpa, de conformidad con el párr. 2, si ha realizado el *tipo* dolosamente y si, por otra parte, ha considerado lícito el hecho, por falta de cuidado al que estaba obligado de acuerdo con las circunstancias y que habría podido observar en virtud de sus condiciones personales. Una tal combinación de culpabilidad dolosa y culposa se pone de manifiesto, aun con mayor claridad, en el § 31, párr. 2 de la citada ley penal sobre la economía, que conmina una *pena* atenuada para el caso de que un hecho, por lo demás *doloso*, haya sido considerado lícito a causa de un error "culpable" (se quiere decir: solamente *culposo*) acerca de la existencia o la aplicabilidad de una disposición legal. Corresponden a la disposición de la ley citada, el § 26 *a*, párr. 2 y el § 6, párr. 2, de la propia ley penal sobre la economía de 25 de marzo de 1952 (*BGBl.* I, 190) y de 9 de julio de 1954 (*BGBl.* I, 175), respectivamente. Una amplia *combinación entre dolo y culpa* (p. ej., § 226) se deduce, en forma muy significativa, del nuevo § 56 (ley para la modificación del derecho penal de 1953).

d) LAS CAUSAS DE EXCLUSION DE LA CULPABILIDAD

§ 71. Las causas de exclusión de la culpabilidad en general

Lehrb., 363-364. *Grd.*, 117-118.

Aun cuando existan la imputabilidad (b) y la forma de la culpabilidad (c), no es indefectible que el autor haya obrado todavía "culpablemente" y, por ello, que sea punible. En efecto, su culpabilidad depende todavía de otra circunstancia — la falta de una *causa de exclusión de la culpabilidad*. Así como una causa de exclusión del injusto puede excluir, en una acción típica, la antijuridicidad, del mismo modo una causa de exclusión de la culpabilidad puede suprimir la culpabilidad en una acción dolosa (culposa) cometida por un imputable. Con respecto a la distinción entre causas de exclusión del injusto y de la culpabilidad, es necesario referirse, en particular y en primer término, a la teoría de las causas de exclusión del injusto, a la expresión "causas de justificación" y, muy especialmente, a la significación meramente formal de la *exposición* de la regla y de la excepción (véase, además, el *Lehrb.*, 363-364 y el *Grd.*, 117-118). El *Lehrbuch* ofrece, p. 250, nota 6) una información detallada sobre la evolución histórica de toda la teoría.

Las *distintas causas de exclusión de la culpabilidad* y su *sistemática* se deducen solamente de una investigación exacta del derecho en vigor. En parte ya se habla de las mismas en la teoría de las causas de exclusión del injusto y deben repetirse aquí. En tal sentido, la culpabilidad del autor queda excluída, con arreglo al derecho penal vigente:

a) *En la situación de coacción del § 52 y en el mandato antijurídico obligatorio;*

b) *En el estado de necesidad del § 54;*

c) *En el exceso de legítima defensa del § 53, párr. 3;*

d) *En casos determinados de colisión de deberes que excluye la culpabilidad;*

e) *En la no exigibilidad, cuando se reconoce que excluye la culpabilidad.*

§ 72. El estado de coacción del § 52 y el mandato antijurídico obligatorio

Lehrb., 365-366, 370 y 226-227. *Grd.*, 119-120 y los comentarios al § 52. Respecto del mandato conforme a derecho y anti-

jurídico en asuntos de servicio, profundamente MAURACH 1954; p. 305 y sigts. y 355 y sigts.).

No procede culpablemente el que actúa en la SITUACIÓN DE COACCIÓN *del § 52 o en virtud de un* MANDATO *antijurídico* OBLIGATORIO. Hablaremos de ambos casos por separado (I y II) y luego nos referiremos en conjunto a los efectos jurídicos de los mismos (III).

I. Con arreglo al § 52, no existe una acción punible "cuando el autor ha sido coaccionado a realizar la acción por una fuerza irresistible o una amenaza que estaba unida a un peligro actual, no evitable de otra manera, para el cuerpo o la vida de él mismo o de un familiar". Tal como ocurre en la legítima defensa, se distingue también aquí la situación de coacción de la acción determinada por la coacción (*Lehrb.*, 365-366).

1. La ley describe la *situación de coacción* con las siguientes palabras: "el autor ha sido coaccionado por una fuerza irresistible o una amenaza que estaba unida a un peligro actual para el cuerpo o la vida de él mismo o de un familiar".

a) Por *"fuerza" no* hay que entender la *'vis absoluta'*, esto es, la acción corporal de someter a otro en forma inmediata y constrictiva; en efecto, faltaría, si así fuera, la "acción" del coaccionado y quedaría eliminada de antemano, de la consideración jurídico-penal, la conducta de la víctima. Fuerza es solamente aquí la *'vis compulsiva'*, es decir, la fuerza que actúa sobre la voluntad del coaccionado (p. ej., se lo apalea, hasta que cede). Es suficiente la fuerza contra cosas (*RGStr.*, 45, 153). Este caso se distingue de las formas genuinas de la amenaza, por cuanto *"contiene un mal y no sólo lo supone"* (FRANK). Por otra parte, la fuerza es el *despliegue de energía para vencer una resistencia.* No es necesario que la resistencia haya sido opuesta en realidad; es suficiente que sea esperada y que quede excluída de antemano por el grado de fuerza ejercida. Son indiferentes los medios que han sido empleados en la aplicación de la fuerza —un disparo para asustar, azuzar a un perro, encerrar a una persona, etc. También el sopor producido por narcóticos constituye una aplicación de fuerza, aun en el caso de que la acción se haya realizado sin recurrir a ella (como requiere el Tribunal del Reich en las sentencias 56, 87 y 58, 98). También SCHÖNKE (§ 52, II, 1) y, ahora, el Tribunal Federal (1, 145), reconocen este principio. Recientemente, se ha ocupado de este problema BLEI, *Zum strafrechtlichen Gewaltbegriff* (Acerca del concepto jurídico-penal de la fuerza), *NJW* 54, 583.

La fuerza es *"irresistible"* si la víctima no está en condiciones de resistir a la *coacción*; no interesa si la víctima puede doblegar la *fuerza* como tal. Por lo tanto, para *no admitir* la aplicabilidad del § 52, es suficiente que la víctima pueda sustraerse a la fuerza. Por otra parte, se deben tener en cuenta las circunstancias del caso concreto.

b) La *"amenaza"* es hacer suponer un mal de cuya realización se hará cargo el que lo anuncia. La amenaza se distingue así de la mera "advertencia" (FRANK, p. 120). La amenaza puede provenir también de un familiar (*RGStr.* 38, 123).

La amenaza debe estar unida a un *"peligro para el cuerpo o la vida del propio autor o de uno de sus familiares"*. En consecuencia, no puede ser objeto aquí de consideración cualquier bien jurídico amenazado o el bien jurídico de cualquiera. El § 52, párr. 2, define legalmente al "familiar" (la ley sobre la modificación del derecho penal de 1953 ha extendido el concepto a los hermanos del marido: DREHER-MAASSEN, N. 2); *no* se admite que el concepto se extienda por analogía a otras personas. La promesa de matrimonio de un embaucador no fundamenta los esponsales en el sentido del derecho penal (*BGHStr.* 3, 215). El peligro debe ser *"actual"*; con tal palabra entendemos, de acuerdo con la definición que da al respecto el Tribunal del Reich, una "situación que, según la experiencia humana, torna segura o muy probable, en el ulterior desarrollo natural de las circunstancias correspondientes, la producción de un daño, si no se toma en seguida una medida de defensa". No es necesario que la acción ya haya comenzado. "No es preciso que el peligro sea un peligro momentáneo; puede ser también un peligro permanente, siempre que sea, aunque sólo como tal, actual, y no se sitúe en el futuro" (así se expresa, con citaciones, el Tribunal del Reich en la sentencia 66, 225, juntamente con la sentencia 53, 133). El Tribunal Regional Superior de Celle, en la sentencia de 4 de diciembre de 1946 (*DRZ* 1947, 134), declara no compartir el concepto de "peligro permanente" en la forma en que lo admite el Tribunal del Reich en las sentencias 60, 318 a propósito del § 54, y 66, 98 con referencia, también, al § 52; pero con ello no se da ningún motivo para modificar lo que se acaba de exponer a propósito del § 52. Acerca de la situación de coacción en el falso juramento, véase la sentencia *BGHStr.* 5, 371 y sig. (actualidad del peligro, p. 373; posibilidad de evitarlo, p. 375).

Quien está *obligado* a sufrir el mal amenazado, no puede invocar el § 52.

2. La *acción determinada por la coacción* presupone, en

el § 52, que el peligro no sea evitable de otra manera. Con otras palabras: la acción debe ser solamente el último recurso ineludible para sustraerse al peligro, debe constituir la única solución para evitar la coacción (véase SCHÖNKE, § 52, III, 3). Por otra parte, la conducta determinada por la coacción consiste en ceder a la fuerza, en hacer u omitir lo que exige el que amenaza.

II. Ya nos hemos ocupado del *mandato antijurídico obligatorio* cuando hemos hablado de las causas de exclusión del injusto. El mismo representa una situación de coacción similar a la prevista en el § 52: dado que el subordinado tiene que obedecer, su acción sigue siendo antijurídica por constituir ella el resultado del contenido antijurídico del mandato, pero no se le puede hacer "reproche" alguno.

No obstante, se plantean problemas difíciles cuando se trata de fijar los *límites de la obligación que comporta la orden antijurídica*, más allá de los cuales ya *no puede* obedecer el subordinado, sino que éste actúa *culpablemente* y es, en consecuencia, *punible*. Antes, la cuestión se planteaba, por lo general, en conexión con el § *47 del código penal militar* y se solucionaba con arreglo al mismo. Dicha disposición rezaba:

"(1). Si al cumplirse una orden relativa al servicio se infringe una ley penal, será responsable el superior jerárquico que da la orden. No obstante, el subordinado que obedece la orden quedará sujeto a la pena que corresponde al partícipe:

1. Si se ha excedido en la orden que le ha sido dada, o

2. Si sabía que la orden del superior jerárquico concernía a una acción que tenía por objeto la realización de un crimen o de un delito común o militar.

(2). Si la culpabilidad del subordinado es leve, se puede prescindir del castigo."

Datos más detallados acerca de la anterior aplicación de esta disposición —especialmente del párr. 1, N. 2— se encuentran en la obra de SCHWINGE, *Militärstrafgesetzbuch Kommentar* (Comentario al código penal militar), 6ª edición (1944), a propósito del § 47. Por lo general, se negaba, en el interés de la disciplina, aun en el mandato antijurídico, la responsabilidad jurídico-penal de los subordinados.

De esta cuestión se ocupó la ley N. 10 del Consejo de Control, art. II, N. 4 *b de* 20 de diciembre de 1945; la misma *no admitía que se excluyera la culpabilidad* con motivo de una orden dada por un gobierno o un superior jerárquico y tomaba en cuenta solamente circunstancias atenuantes. Dicha cuestión en ningún momento dejó de perder su trascendencia. Por

ejemplo, una interesante sentencia del Tribunal Provincial de Munich de 24 de noviembre de 1947, se refería a una matanza de adversarios políticos, cometida inmediatamente antes de la entrada en Alemania de las fuerzas de ocupación, en la primavera de 1945. En este caso, no se aceptó la objeción formulada por el acusado (un comandante de tropas de asalto nacional-socialistas) —en el sentido de que había actuado por orden del jefe y comisario para la defensa del Reich en ese momento, y que no era, por consiguiente, responsable penalmente de esa matanza—, en atención a que también la decisión del *Reichstag* de 26 de abril de 1942 (*RGBl.* I, 247), no daba motivo alguno para admitir como ilimitadamente obligatorias las autorizaciones y órdenes. En efecto, "éstas niegan sin más (en el caso en cuestión) el ordenamiento jurídico y el derecho y son, por ello, nulas, y debe ser considerado sin valor todo acto del poder del Estado que se base en ellas". A fin de reconocer y establecer tales *límites* eficaces del poder del Estado para dar órdenes, no basta recurrir —y ahí está lo acertado de la sentencia— a un problemático "derecho natural". La contradicción de tales órdenes con los principios y convicciones de la conciencia jurídica general, que son *inmanentes* a todo derecho (o sea, dados con él *como derecho*), impide el reconocimiento de causas de exclusión del injusto o de la culpabilidad que infrinjan, fundamentalmente, esta conciencia jurídica general. Por otra parte, remitimos, en lo que concierne al total problema, a la jurisprudencia y literatura correspondientes; hacer aquí un examen más detenido al respecto, nos llevaría demasiado lejos.

III. La situación de coacción del § 52 y la obediencia frente a un mandato antijurídico *obligatorio* le confieren al autor una *causa de exclusión de la culpabilidad* y, en consecuencia, la impunidad. La coacción *antijurídica* y el mandato *antijurídico* repercuten también, en vista del contenido *antijurídico* que tienen, en la acción que obedece a la coacción o al mandato; es *imposible* que tal acción, al infringir el ordenamiento jurídico objetivo, sea *conforme a derecho*, como pretende una teoría unitaria de nivelación de todos los casos relacionados con el estado de necesidad (especialmente v. HIPPEL, *Lehrb.*, p. 366, nota 9 para el § 52, y p. 369, nota 16 para el § 54; para el mandato antijurídico, *Lehrb.*, 227, nota 6 con citaciones). Es correcta, en cambio, la llamada *teoría de la diferenciación*, que hace una distinción entre los varios casos de necesidad y considera, por ejemplo, que la legítima defensa del § 53 o los §§ 228 y 904 del código civil son causas de exclusión del injusto, y los §§ 52 y 54 y el mandato antijurídico obliga-

torio, meras causas de exclusión de la culpabilidad. También SCHÖNKE (§ 52, V y § 54, VI y antes del § 51, III, 3) es partidario de este criterio, en tanto que WELZEL (1947; p. 49-52) admitió una causa de exclusión del injusto, pero luego, en la obra *Das neue Bild des Strafrechtssystems* (1951; p. 56) consideró, en principio, que los §§ 52 y 54 son causas de exclusión de la culpabilidad. NAGLER (*LeipzKomm.* 1944, I, 438, 415 y 376-377) admite para el § 54 una causa de exclusión del injusto y para el § 52 y la obediencia frente a un mandato antijurídico obligatorio, una mera causa de exculpación. Con acierto, el Tribunal del Reich (64, 30 y sigts. y 66, 222 y sigts., 225 y 397 y sigts.), considera expresamente que los §§ 52 y 54 "no contienen una causa de justificación, sino solamente una causa de exculpación". Lo propio debe regir, lógicamente, para el caso del mandato antijurídico, si le corresponde el efecto de cancelar la pena. También MAURACH (1954, p. 285 y sigts. y 336), es partidario de la teoría de la diferenciación.

En consecuencia, es admisible, fundamentalmente, la *legítima defensa* (§ 53) ejercida contra la acción en estado de coacción del § 52, contra la acción realizada de acuerdo con la orden recibida y, correspondientemente, contra la acción cometida en estado de necesidad (§ 54). Pero se debe señalar lo siguiente: "atacante", en el sentido del § 53, es, *en primer término*, el que coacciona (§ 52) o el que da la orden, y contra *él* se dirige, muy especialmente, el derecho de legítima defensa. No se debe desconocer (como señala con acierto NAGLER, p. 376), que la acción en estado de coacción y la que ejecuta la orden se ponen de manifiesto *hacia afuera* y dan lugar, por consiguiente, al choque y a la defensa del otro. No obstante, el deber de obediencia frente a la orden consiste, esencialmente, en que la persona que obedece debe cargar con el peligro; no es admisible que el atacado asuma el derecho de legítima defensa. En cambio, el § 52 —al hablar de la fuerza "irresistible" y de la amenaza con peligro "actual"— admite que la persona que se defiende ataque a *la que coacciona* y no al coaccionado inculpable; lo cual corresponde a la defensa "necesaria" que limita su derecho de legítima defensa en el § 53. Más aún, es posible, en el § 54, a propósito del deber de precaución que incumbe al que se defiende si reconoce la falta de culpabilidad del "atacante", evitar, en el caso particular, resultados injustos. De tal manera, no deberían surgir consecuencias prácticas intolerables por el hecho de que los §§ 52 y 54 se limiten a meras causas de exclusión de la culpabilidad. Sobre el particular, véase MAURACH (1954; p. 345-346).

§ 73. El estado de necesidad del § 54

Lehrb., 367-370. *Grd.*, 120 y los comentarios al § 54.

No procede culpablemente el que actúa en el ESTADO DE NECESIDAD *del § 54.* Con arreglo a esta disposición, no existe una acción punible "cuando la acción, además del caso de legítima defensa, ha sido cometida en un estado de necesidad no culpable, no evitable de otra manera, para la salvación de un peligro actual, para el cuerpo o la vida del autor o de un familiar". También aquí, tratamos por separado el estado de necesidad, la acción realizada en estado de necesidad y las consecuencias jurídicas del estado de necesidad.

1. La ley define la *situación de necesidad* como un estado de necesidad "no culpable", con "peligro actual para el cuerpo o la vida del autor o de un familiar". Dicha situación ha sido delimitada en forma muy restringida, mejor dicho, excesivamente restringida, como se admite en general. Por consiguiente, el § 54 encuentra su necesario complemento en otras causas de exclusión del injusto y de la culpabilidad.

a) El peligro debe referirse al *cuerpo o a la vida".* Por lo tanto, tampoco en este caso todo bien jurídico es susceptible del estado de necesidad en el sentido del § 54. No es suficiente la amenaza a la libertad, al honor, a la moralidad, al sentimiento religioso, a la propiedad, al patrimonio, etc. En cambio, el Tribunal del Reich (60, 318 y sigts. y 66, 98 y sigts.), expresa que puede bastar también un *peligro permanente*; ROSENFELD hace comentarios sugestivos a estas intesantes sentencias y a ellos remitimos especialmente ("Handwörterbuch der Kriminologie", 1932, II, 879). El Tribunal Regional Superior de Celle se ha pronunciado en la sentencia de 4 de diciembre de 1946 (*DRZ* 1947, 134) —ya recordada en el § 72, I— contra esta resolución.

Cuando existe un *deber de soportar* —como ocurre si se trata de soldados o de marinos (§§ 34 y 41 de la ordenanza marítima) o de personas que tienen que afrontar peligros en virtud de su cargo o profesión (p. ej., funcionarios de policía y bomberos) o por haber aceptado un contrato especial— no es posible invocar el § 54. Del § 218, se deduce el deber que incumbe a la mujer embarazada de soportar los peligros normales del embarazo y del parto, pero no los peligros extraordinarios relativos a la vida y a la salud (*RGStr.* 61, 242); las relaciones matrimoniales no convierten todavía el estado de necesidad en una situación "culpable" (*RGStr.* 36, 334). Asimismo, existe el deber de sufrir la pena que ha sido impuesta:

RGStr. 54, 338. Véase, acerca del total problema, también la sentencia *RGStr.* 72, 246.

b) Aquí también se toma en cuenta sólo el peligro que amenaza al *"autor o a un familiar"* suyo. Por lo tanto, no es susceptible del estado de necesidad el cuerpo o la vida de cualquiera. Además, el peligro debe ser *"actual"* en el sentido que ya hemos expuesto.

c) Por fin, el estado de necesidad debe "no ser culpable". El estado de necesidad es culpable cuando la situación de necesidad ha sido producida por no haberse tenido en cuenta, en forma reprochable, intereses de otros (*Lehrb.*, 368). A este respecto, es interesante la sentencia 36, 334, ya citada, del Tribunal del Reich. Ejemplos de situación culpable: *RGStr.* 72, 19 y 249. Se discute acerca de quién es culpable en forma decisiva; consideramos decisiva (*Lehrb.*, 368), la culpabilidad del que se encuentra en estado de necesidad, vale decir, del que está en una situación de peligro; SCHÖNKE comparte este punto de vista (§ 54, III, 3). MAURACH (1954, p. 348), toma en cuenta exclusivamente la culpabilidad del autor; en la página de referencia, MAURACH expone la situación en que la polémica se hallaba en ese entonces.

2. Se reconoce la *acción realizada en estado de necesidad* como tal, sólo si el estado de necesidad "no es evitable de otra manera" y si es cometida para salvarse o salvar a otro de un peligro.

a) El estado de necesidad debe ser *"no evitable de otra manera"*. El estado de necesidad es evitable si "están a disposición del amenazado medios para excluir la producción del resultado perjudicial" (*RGStr.* 66, 102). Por lo tanto, la acción realizada en estado de necesidad puede ser tan sólo el "último recurso". Tiene únicamente una significación subsidiaria; si basta un mal menor para salvarse o salvar a otro, se debe elegir este mal (*RGStr.* 66, 222 y sigts. y 227). Aquí también, debe exigirse una cierta proporcionalidad entre la "lesión" y el mal que amenaza (*Lehrb.*, 369; en el mismo sentido, SCHÖNKE, § 54, V y *RGStr.* 66, 399).

b) La acción realizada en estado de necesidad debe ser cometida *para salvarse o salvar* a otro de un peligro. Esta locución señala en primer término el fin *objetivo*, la meta objetiva de la acción. Pero, tal como ocurre en el caso de la legítima defensa del § 53, también aquí (en sentido diferente nos hemos expresado en el *Lehrb.*, p. 369, y nota 15), se debe exigir una correspondiente actitud *subjetiva*; puede invocar el § 54 solamente el que *quiere*, con su acción, salvarse de un peligro, y no el que sólo pretende, con su acción, perjudicar a otros (por lo cual no deberían ser siempre suficientes para

el castigo finalidades secundarias). Véase también SCHÖNKE (§ 54, V; en otro sentido que el sustentado por nosotros) y MAURACH (1954, p. 342 y sigts.).

3. El estado de necesidad del § 54 es *causa de exclusión de la culpabilidad*. En el mismo sentido, SCHÖNKE (§ 54, VI con citaciones); WELZEL (1947, p. 49-52), se había expresado en sentido diferente, pero después (*Syst.*, 1951, p. 56) afirmó fundamentalmente el punto de vista sustentado aquí. Rige, a este propósito, exactamente lo mismo que hemos expuesto respecto del § 52; por lo tanto, remitimos expresamente al § 72, III de este libro. Véanse, además, los penetrantes comentarios de MAURACH (1954, p. 323 y sigts. y 335 y sigts.).

A propósito de la cuestión que nos ocupa, es interesante la posición adoptada por los *derechos de los Estados durante el siglo XIX*. Se subdividen en *dos grupos* (v. HIPPEL, II, 217): a) algunos derechos conocen, además de la *fuerza* irresistible, solamente la *amenaza* (véase el actual § 52): en tal sentido, Baviera (1813), art. 121, N. 7; Oldemburgo (1814), art. 126, Nos. 7-8; Hessen (1841), art. 39; Prusia (1851), § 40 (pero confr. v. HIPPEL, 218: en la literatura se reconoce, además, en forma predominante, un principio general de estado de necesidad); b) los demás derechos admiten, por lo general, también un *estado de necesidad causado por otros acontecimientos* (véase el actual § 54): en tal sentido, Wurtemberg (1839), arts. 101-106; Brunswick (1840), §§ 33-34; Hannover (1840), arts. 82 y 84; Baden (1845), §§ 81 y 82; Turingia (1850), arts. 64-65; Sajonia (1855), arts. 92-93; Baviera (1861), arts. 67 (2) y 68.

§ 74. El exceso de legítima defensa del § 53, párr. 3, y la colisión de deberes que excluye la culpabilidad

Lehrb., 364-365 y 230-231. *Grd.*, 118-119.

I. *No procede culpablemente el que actúa en el exceso de legítima defensa del § 53, párr. 3.* Hay exceso de legítima defensa cuando "el autor ha traspasado los límites de la defensa, por aturdimiento, miedo o terror". Ello significa lo siguiente: cuando el autor ha hecho *más* de lo que era "necesario" para defenderse. Contrariamente a lo que ocurre en la legítima defensa (§ 53, párr. 2), el exceso de legítima defensa es antijurídico; pero, si existen los presupuestos de la ley, queda excluída la culpabilidad del autor. La legítima defensa, que no puede darse contra la legítima defensa, se admite, en cambio, frente al exceso en la misma. Tampoco es culpable la acción dolosa (*RGStr.* 21, 191) y no puede admitirse una culpa punible (*RGStr.* 56, 33). Puede ser causa de exclusión de la culpabilidad, no obstante, solamente el llamado exceso *intensivo* en la legítima defensa, cuando existe objetivamente una situación de legítima defensa, mientras

en el llamado exceso *extensivo*, cuando no existe o ya no existe objetivamente una situación de legítima defensa (la lesión causada al atacante que huye, sin que todavía exista el ataque), puede quedar impune, a lo sumo, por la vía de la legítima defensa putativa. El § 53, párr. 3, no contempla los estados emocionales esténicos, como ser el exceso por ira, venganza, etc., en contraposición con los estados emocionales mencionados en la ley, que son, como ya se ha dicho, el aturdimiento, el miedo o el terror. Se ocupan del tema, con mayor detenimiento y con indicaciones bibliográficas, el *Lehrb.* (364-365) y SCHÖNKE (§ 53, VI); este autor adhiere al criterio afirmado en el *Lehrbuch*, salvo el punto relacionado con la acción consciente o intencional. Véase, también, MAURACH (1954, p. 358 y sigts.).

II. *Colisión de deberes: en determinadas circunstancias no procede culpablemente quien, en el caso de una colisión de deberes, no actúa de acuerdo con el deber más alto o equivalente, sino de conformidad con el deber que le corresponde.* Ya nos hemos ocupado de la colisión de deberes como causa de exclusión del injusto y, por consiguiente, remitimos a lo que hemos dicho a ese respecto. WELZEL (*Syst.*, 1951, p. 57, y 1954, p. 138), habla de "estado de necesidad supralegal que exculpa" y se refiere, con dicha expresión, a casos similares (orden impartida a los médicos de un establecimiento de salvar a una persona mediante la "eutanasia" practicada a otra). Véase MAURACH (1954, p. 343 y sigts.). GALLAS ha tratado el tema con todo detenimiento en su trabajo *Pflichtenkollision als Schuldausschliessungsgrund* (Colisión de deberes como causa de exclusión de la culpabilidad), contenido en el *Mezger-Festschrift* (1954, p. 311 y sigts.); reconoce este autor la existencia de una auténtica "insoluble colisión de deberes jurídicos". En cambio, nosotros entendemos que es un deber inalienable del ordenamiento jurídico *decidir* al respecto, no pudiendo quedar librados a la incertidumbre los que obedecen al derecho.

§ 75. La no exigibilidad y su significación jurídico-penal

Lehrb., 370-374, con bibliografía y jurisprudencia; rectificativo, en parte, el *Grd.*, 120-121.

No procede culpablemente el autor si se admite conforme a derecho, que en las circunstancias del caso particular, no se le puede exigir otra forma de actuar. El *Lehrbuch* ha reconocido (p. 370-374) que la "NO EXIGIBILIDAD" constituye una causa de exclusión de la culpabilidad tanto en el ámbito del dolo como en el de la culpa. Pero incluso allí (p. 374) no se ha

puesto en duda, en lo más mínimo, que *no* interesan las valoraciones *individuales* del autor particular, sino solamente las valoraciones *objetivas* del ordenamiento jurídico y de la *ley*. En consecuencia, nunca se podría hablar de una solución "individualística" del ordenamiento jurídico; estamos pues en contra del marco establecido, por ejemplo, por FREUDENTHAL. No obstante, no se puede dejar de reconocer que una tal formulación general del concepto de la no exigibilidad encierra el peligro de una justificación excesivamente amplia de la acción típica y que, por lo tanto, así, él podrá ser evitado mejor. Este punto de vista ha sido comentado detenidamente por la sentencia 66, 397-399 del Tribunal del Reich, limitando el concepto de la no exigibilidad a la impunidad del favorecimiento personal doloso (60, 101; 63, 233; 70, 390). Contrariamente a lo que hemos expuesto en el *Lehrbuch* (lug. cit.), ya hemos adherido, en el *Grundriss* (p. 121), a dicha concepción a la que seguimos aun en la actualidad. El "caso del caballo que no obedece a la rienda" (*RGStr.* 30, 25), el caso del padre que se opone a que su hijo sea operado (*RGStr.* 36, 78), la interrupción del embarazo (*RGStr.* 36, 334) y otros casos análogos encuentran una solución que responde a la realidad de las circunstancias respectivas desde otros puntos de vista (colisión de deberes, estado de necesidad con arreglo al § 54, etcétera).

Asimismo, SCHÖNKE (antes del § 51, IV, 4 b, con citaciones), le niega a la no exigibilidad la posibilidad de ser una causa de exclusión de la culpabilidad. En el mismo sentido, por lo menos si se trata de delitos dolosos, WELZEL (1947, 53) y también ahora (1954, p. 133 y sigts.), aunque con algunas reservas. También NAGLER (*LeipzKomm.*, 1944, I, 393) se expresa en sentido crítico. En la acción *culposa*, no es necesario recurrir especialmente a la no exigibilidad (*Grd.*, 121).

Mientras tanto, HENKEL ha demostrado (*Mezger-Festschrift* 1954, p. 249 y sigts.) que la "exigibilidad y no exigibilidad como principio regulador" tienen significación general y con ello ha elevado el concepto de la mera exclusión de la culpabilidad (p. 258) a un plano fundamental (p. 259 y 302).

B. LAS FORMAS ESPECIALES DE APARICION DEL HECHO PUNIBLE

Las teorías de la *tentativa*, de la *participación* y del *concurso*, de las que nos ocuparemos a continuación, constituyen *formas especiales de aparición del hecho punible*, por cuanto el hecho punible, considerado desde el punto de vista de sus características fundamentales, puede manifestarse en una forma *reducida* o *ampliada*. En la tentativa, el hecho se limita a una *parte*; en la participación, se presenta, en lugar de un autor solo, una *pluralidad* de personas; en el concurso, tenemos una *pluralidad* de criterios jurídico-penales que se aplican a una acción, o una pluralidad de hechos punibles. Se trata, por consiguiente, de una contraposición entre consumación y tentativa (capítulo IV), entre autoría de un solo autor y pluralidad de partícipes (capítulo V), y, por último, entre unidad del enjuiciamiento o del hecho y pluralidad de enjuiciamientos o de hechos (capítulo VI).

CAPÍTULO IV

LA TENTATIVA

Lehrb., 375 y sigts. *Grd.*, 121 y sigts. y las citaciones que se harán en este capítulo, como así también los Comentarios §§ 43 y sigts.). MEZGER. *Mod. Wege* (1950, p. 27-28).

§ 76. La evolución histórica de la teoría de la tentativa

Para entender la actual significación jurídico-penal de la TENTATIVA, es útil dar una breve *ojeada histórica* al desarro-

llo que la misma ha tenido (*Lehrb.*, 375, con datos bibliográficos). "La punibilidad de la tentativa indica un derecho adelantado. En las épocas más antiguas que establecían la responsabilidad por el resultado, no se conocía este concepto, por cuanto no se producía, con la tentativa, perjuicio alguno"; de tal manera, cree v. HIPPEL (II, 392) poder caracterizar la esencia de esta evolución. Nos abstenemos de examinar si ha existido un mero "derecho penal de resultado" en el comienzo de aquella evolución jurídico-penal. Aun prescindiendo de lo que se acaba de decir, es un hecho cierto que la "tentativa" se ha desarrollado poco a poco, antes de tener el sentido que le damos en la actualidad. Ya en los primeros tiempos, se pusieron de manifiesto ciertas formas sustitutivas.

En la época *franca* no encontramos un concepto general de la tentativa, pero sí la equiparación de la tentativa a la consumación en el delito flagrante y el castigo en los casos de exposición a peligro de la vida, de la paz general, etc. Los derechos populares ya habían castigado especialmente con pena las acciones correspondientes, como ser las de desenvainar el cuchillo, arruinar caminos, asaltar, sumergir, etcétera (v. LISZT-SCHMIDT). En la legislación y en la jurisprudencia de las *ciudades* de los siglos XIV y XV, parece haberse reconocido el concepto de la tentativa en el sentido moderno, sin que se pueda decir, por lo demás, que existan entre esa época y la actual líneas inmediatas de correlación.

Parece ser que al *derecho romano* le haya faltado originariamente tanto el concepto como la palabra técnica para la tentativa. En el derecho romano ulterior, bajo la influencia de la filosofía griega, se sitúa cada vez más el valor decisivo no en el resultado ('exitus'), sino en la voluntad ('voluntas'), preparándose así la concepción de la pena de la tentativa. Los actos preparatorios, la tentativa y la consumación experimentan igual castigo. No obstante, se distingue (*D.* 47, 11, 1 y 2) entre 'flagitium perfectum' e 'imperfectum'.

El *derecho italiano de la Edad media* considera más exactamente, desde el punto de vista científico, el concepto de la tentativa ('conatus'). La tentativa se describe como un 'cogitare, agere, sed non perficere', y se castiga más levemente ('extra ordinem'). Se toman en cuenta, asimismo, la tentativa inidónea y el desistimiento en la tentativa. DAHM describe en su obra *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter* (El derecho penal de Italia en las postrimerías de la Edad media) (1931, p. 185), la extensa trayectoria ideológica que fué necesario recorrer para arribar, desde la concepción concreta de los derechos más antiguos, al concepto de la auténtica tentativa, que se remonta, esencialmente, al siglo XIV.

Los estatutos italianos fijaron verdaderas reglas acerca de la tentativa, pero sin dejar de reconocer la concepción antigua. También tiene importancia la jurisprudencia de la Iglesia. Bajo la influencia de la práctica, también la teoría propicia que la tentativa sea castigada más levemente que el hecho consumado.

El art. 178 de la 'Carolina' ('Constitutio Criminalis Carolina') de 1532 ofrece una definición detallada de la tentativa, que se sitúa, esencialmente, en el terreno de una teoría objetiva. La ciencia del derecho común propone ulteriores distinciones sin rebasar el punto de partida (SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen* —Las teorías generales del delito— 1930, p. 157-169). BOLDT (1936, p. 468 y sigts.) encuentra en el primitivo derecho común y también en BÖHMER, poca comprensión respecto de esa disposición de la 'Carolina'. El derecho territorial general prusiano de 1794 (II, 20, § § 39-44) castiga el delito iniciado, más levemente que la consumación, aunque encuentra lo esencial de la tentativa en la mala intención.

La evolución de la cuestión que nos ocupa ha tenido, en el transcurso del *siglo XIX*, una significación práctica más considerable. En dicho siglo se mostró con la claridad necesaria un problema de la teoría de la tentativa que era objeto de discusiones y que estaba destinado a tener sobre el fundamento teórico de ésta la más decisiva influencia: el *problema de la tentativa inidónea*. "El primero que lo planteó fué FEUERBACH (SCHÜLER, *Der Mangel am Tatbestand* —La falta de tipo—, 1914; *StrafrAbh.*, fasc. 181, p. 10-11 y 12 y sigts.). Y, más precisamente, FEUERBACH lo hizo, en 1804, a propósito de la crítica al proyecto de KLEINSCHROD (14). Aparece, como base de la pena, la peligrosidad objetiva. MITTERMAIER hace la distinción entre los medios inidóneos abstractos y concretos (15) y determina, de tal manera, la teoría dominante (16). TITTMANN fundamenta el punto de vista subjetivo opuesto (18); tienen una considerable influencia sobre este autor los códigos penales alemanes particulares de la mitad del siglo (21). Pero, la influencia decisiva es la de *Prusia*: aquí la evolución se basa en el art. 2 del 'code pénal' francés de 1810 y en su formulación del "commencement d'exécution". El código penal de Prusia de 1851 la adopta, en el § 31, con las siguientes palabras: "Acciones que contienen un principio de ejecución" (30). Constituye el fundamento de una teoría *objetiva* de la tentativa. El código penal de Prusia de 1851 ha creado, en el problema de la tentativa inidónea y "bajo la influencia francesa, un tipo *objetivo* de la tentativa, orientado estrictamente en las concepciones del Estado de derecho" y de tal ma-

nera "ha superado la concepción *subjetivista* del Estado de policía, que atiende a la mala intención, del derecho territorial general prusiano". Este criterio ha determinado, ante todo, la jurisprudencia del Tribunal Superior prusiano. El § *43 del código penal para el Reich alemán* en vigencia adhiere a dicho criterio, al establecer lo siguiente:

"Quien haya manifestado la resolución de cometer un crimen o delito, mediante acciones que contienen un principio de ejecución de ese crimen o delito, será castigado por tentativa, si el crimen o delito proyectado no ha llegado a la consumación.

La tentativa de un delito será castigada, sin embargo, sólo en los casos en los cuales la ley lo determina expresamente."

No obstante, discrepando de la jurisprudencia prusiana, el *Tribunal del Reich* ha sustentado una teoría *subjetiva* de la tentativa, bajo la influencia de v. BURI; marcó el comienzo de la jurisprudencia en tal sentido la resolución de los Senados penales de 24 de mayo de 1880 (*RGStr.* 1, 439). A este respecto, dice KOHLRAUSCH (*Reform des Strafrechts*, 1926, p. 27 y sigts.), que la evolución se refleja en los trabajos preparatorios del código penal de Prusia, que duraron varios decenios. Quien desee leer no solamente el "Archiv" de Goltdammer, sino también los "Materiales", verá que en los proyectos hasta 1843 la pena de la tentativa estaba concebida como pena por la intención en el sentido del derecho territorial general prusiano, y que luego, bajo la influencia de los juristas renanos y prusianos, se exigió enérgicamente un tipo objetivo de tentativa. Triunfó esta última tendencia. De este modo se estructuró, de acuerdo con el art. 2 del 'code pénal', el § 31 del código penal de Prusia, que fué interpretado *en forma objetiva* también por ese Tribunal Superior; y de él surgió el actual § 43. KOHLRAUSCH define, en cambio, la jurisprudencia alemana que se basa en la sentencia *RGStr.* 1, 439 y en el proyecto oficial de 1925 que adhiere a la misma, como un "craso error histórico".

§ 77. La resolución de realizar el hecho punible como base de la tentativa

I. También en la *tentativa* debe suceder algo *exteriormente*, por cuanto el solo pensar no es punible (§ 23, I, 2 de este libro). Por otra parte, la base de cualquier tentativa punible con arreglo al § 43 es la *"resolución de cometer un crimen o delito"*. "Crimen" y "delito" se deben entender aquí

en el sentido técnico del § 1; por lo tanto, las "contravenciones" no se toman en cuenta a los fines del castigo de la tentativa. *En consecuencia, en la resolución del autor debe existir siempre, como imagen representativa querida, el total crimen o delito.* Debe ser rechazado 'a limine', como *absurdo*, el punto de vista según el cual el autor debe ser castigado por haber *querido* realizar una *"parte"* del tipo legal (la llamada *teoría de la parte*, sustentada por NAGLER, *LeipzKomm.*, 1944, I, p. 276); tal punto de vista ha encontrado apoyo, una vez, en la antigua teoría de la falta de tipo de FEUERBACH (SCHÜLER, *StrafrAbh.*, fasc. 181, p. 41), pero no puede ser objeto, en la actualidad, de consideración alguna.

Esta "resolución" es un proceso *subjetivo* en el alma del autor, esto es, un "elemento subjetivo del injusto" (Eb. SCHMIDT, *Strafrechtspraktikum*, 1946, p. 13). Por eso, es, a la vez (*Lehrb.*, 172, nota 7), también dolo, es decir, culpabilidad. Si se toma en cuenta esta *unidad* de elemento subjetivo del injusto y culpabilidad (dolo), las dificultades que se han acumulado acerca de este punto y, con frecuencia, innecesariamente, disminuyen (*Mod. Wege*, 28). Por lo demás, *toda teoría* de la tentativa es, con arreglo al § 43, por su propia esencia, una *teoría subjetiva*, puesto que debe tomar como punto de arranque la "resolución" del autor. Hay que agregar, además, las observaciones siguientes.

II. La "resolución" del § 43 *corresponde, en lo que respecta al contenido*, al "dolo" pero *es* en primer lugar un elemento subjetivo del injusto. De este principio se deducen tres *consecuencias* importantes:

1. *Es impune el llamado delito imaginario o delito putativo.* Este concepto se extiende, con frecuencia, demasiado (*Lehrb.*, 381). Nosotros lo empleamos aquí solamente en el sentido estricto de la palabra. El concepto en cuestión está situado total y exclusivamente en el terreno *normativo*: si existe un auténtico "delito imaginario (delito putativo)" que el autor ha resuelto realizar, tal delito *no es punible* de conformidad con las disposiciones determinantes (normas) del ordenamiento jurídico. La ley no valora en absoluto como acción punible el cuadro de representación correspondiente. La realización de una tal resolución no es nunca punible, tampoco con arreglo al § 43. Por ejemplo, si una persona del sexo femenino estima ('putat') que el amor lésbico es punible (contrariamente a lo que establece el § 175), no será castigada por el hecho de que así lo cree, aun en el caso de que se haya entregado a dichos amores.

2. *Es impune la tentativa de un delito culposo.* La tentativa de un tal delito es perfectamente *concebible*: el hecho, por

ejemplo, de que alguien ponga culposamente un veneno en la comida de otro sin que se produzca, sin embargo, daño alguno, o la creencia culposa de que existe una situación de legítima defensa. Pero el derecho penal no se interesa por una tal tentativa culposa y la considera, como tal, impune (*Lehrb.*, 380), pudiendo, sin embargo, castigar dicha acción como "delito de peligro" independiente.

3. *Es punible una tentativa cometida con dolo condicionado ('dolus eventualis')*. A veces, este criterio ha sido puesto en tela de juicio, pero lo afirman la teoría dominante y la jurisprudencia en general (p. ej., *RGStr.* 12, 64; 16, 25; 19, 90; 61, 159), debiéndoselo considerar acertado (*Lehrb.*, 380).

III. Una *tentativa punible queda excluída* en ciertos grupos de acciones punibles, atento a la naturaleza de las mismas. A este respecto, se tienen en cuenta, muy especialmente, los tres casos siguientes (*Lehrb.*, 377-378):

1. Los *propios delitos de omisión*. Si la omisión, como tal, es punible, está también "consumada", esto es, ya no es una simple tentativa. En los impropios delitos de omisión existe una tentativa punible acabada e inacabada.

2. Los *delitos cualificados por el resultado*, en tanto que el resultado que cualifica no haya sido admitido en la resolución del autor. Si el sádico *quiere*, en el caso de acceso carnal violento, la muerte de la víctima, se aplicará, juntamente con los §§ 211 y sigts., el § 178; si, en cambio, la muerte de la víctima se produce, como consecuencia de la *tentativa de acceso carnal violento* (§§ 177 y 43), *sin* la voluntad del autor, no se debe aplicar el 178; ésta era la opinión sustentada antes y, originariamente, también el punto de vista afirmado por el Tribunal del Reich (40, 325). Pero luego este criterio ha sido abandonado (*RGStr.* 69, 332). En consecuencia, el § 178 se debe aplicar también en el caso de tentativa de acceso carnal violento; también el Tribunal Federal ha reconocido este criterio en la sentencia 7, 37 y sigts.

3. Los llamados *delitos de emprender*, en los cuales son punibles, con arreglo al § 87, la consumación y la tentativa como hechos consumados. Si aquí se castigara nuevamente la tentativa, esto es, la tentativa de la tentativa, según el § 43, se pondría en movimiento, como dice NAGLER (*LeipzKomm.*, 1944, p. 295), contra las intenciones legales y la justicia, una "noria formalística" (RITTER). No obstante la derogación formal del § 87, el contenido del mismo siguió rigiendo, según las circunstancias, también en el ínterin; y la ley para la modificación del derecho penal de 30 de agosto de 1951 (*BGBl.* I, 739) volvió a insertar dicho parágrafo en el código penal.

§ 78. Preparación y tentativa

I. *Son impunes, fundamentalmente, las meras acciones preparatorios; no lo son, en cambio, las auténticas acciones de tentativa.* De conformidad con el § 43, la punibilidad empieza en el momento en que se inicia (*Grd.*, 123) la realización de la resolución de actuar (véase el parágrafo anterior de este libro). En efecto, la tentativa requiere, con arreglo a esta disposición, un "principio de ejecución", un "commencement d'exécution" en el sentido del art. 2 del 'code pénal' francés —y, precisamente, un principio de ejecución "de este crimen o delito", esto es, del crimen o delito que el autor ha resuelto cometer y que se ha propuesto.

Con ello, encontramos una característica *objetiva* que está insertada en el punto subjetivo de arranque de la teoría de la tentativa. Efectivamente, el deslinde entre meras acciones preparatorias y acciones de tentativa no puede quedar determinado "subjetivamente" según la intensidad mayor o menor de la voluntad delictiva, por cuanto, de no mediar una firme e incondicional voluntad de actuar (*RGStr.* 71, 53), la punibilidad no se puede tomar en cuenta (*Lehrb.*, 382-383). Ese punto objetivo de apoyo lo da, en primer lugar, el *tipo legal*; por él se debe juzgar con qué comienza el hecho punible (*Lehrb.*, 383; *Grd.*, 123). Por importante que sea, esta demarcación "formal" que se basa en el texto legislativo, no puede solucionar, por sí sola, esta cuestión; en este caso, como en los demás, la demarcación formal se debe conectar con criterios "materiales" (*Lehrb.*, 383 y 386).

De tal manera, el *problema del principio de la acción punible de la tentativa* (*Lerb.*, 382), les plantea a la teoría y a la jurisprudencia, problemas difíciles. Los mismos ya han sido tratados por NAGLER (*LeipzKomm.*, 1944, I, p. 281-287), quien ha utilizado un rico material sacado de la jurisprudencia. También este autor llega al resultado (284) —que procede de la necesidad de conectar los criterios formales y los materiales— de que no ha sido presentada todavía una *solución firme* y absolutamente terminante que indique cuál es el acto que logra la tipicidad en el transcurso del suceso; según las previsiones humanas, nunca se logrará, a su juicio, una tal solución. Efectivamente, todo *caso particular* tiene su situación especial —y todo sigue siendo, por lo tanto, una cuestión de hecho— dentro de un marco jurídicamente circunscripto. La fórmula de FRANK, muy conocida, que se remonta al año 1897, ha resultado esencialmente útil a los fines de una demarcación

realista. El texto de la misma, tal como figura en la 18ª edición de 1931 de su *Kommentar zum Strafgesetzbuch* (§ 43, II, 2 b), es el siguiente: "Se encuentra un principio de ejecución en todos los momentos de actividad, que, en virtud de su necesaria *conexión con la acción típica*, aparecen como *elementos* de la misma, según la concepción *natural*". También la formulación contenida, por ejemplo, en la sentencia 59, 386 del Tribunal del Reich puede considerarse importante, a saber: respecto del principio de ejecución, se tiene en cuenta si lo que se ha realizado significa una *puesta en peligro del bien jurídico que se quiere lesionar con la acción* (para lo cual se realiza, según la teoría subjetiva de la tentativa, en la tentativa inidónea, la puesta en peligro que había sido concebida).

Acerca de este problema existe una numerosa *jurisprudencia*; informan sobre la misma, detalladamente, el *Lehrb.* (384-386) y el *Grd.* (124), como asimismo NAGLER (284-287) y MAURACH (1954, 431 y sigts.). Nos limitaremos a recordar algunas sentencias importantes. Las sentencias 7, 54 y 9, 81 del Tribunal del Reich ponen de manifiesto, con especial claridad, la demarcación con arreglo al tipo legal, respectivamente en el delito de varios actos de falsificación de documentos con arreglo a la anterior redacción del § 267, y en el comienzo de escalamiento en el § 243, N. 2. El problema se presenta siempre y muy especialmente en el caso del hurto (§ § 242 y 243); el método de delimitación es, aquí, en extremo instructivo. El término "quita", contenido en el tipo del § 242, significa, de acuerdo con el criterio corriente, el quebranto de la tenencia y custodia de otro y el establecimiento de una nueva tenencia y custodia; por consiguiente, se considerará que existe un principio de ejecución cuando, según las circunstancias de cada caso, la anterior tenencia y custodia ha experimentado, de alguna manera, una modificación fundamental. Por ejemplo, la sentencia *RGStr.* 53, 129, admite, desde este punto de vista, con razón, que existe una tentativa punible en la acción de procurarse las llaves, por cuanto tal acción ya supone un relajamiento de la custodia ajena; las sentencias *RGStr.* 53, 217 y 55, 191, admiten la existencia de una tentativa punible en el hecho de alejar al perro o de sobornar al portero, por existir ya una perturbación de la custodia. La jurisprudencia más reciente muestra claramente la tendencia (aun antes de 1933) de adelantar el principio de ejecución a un momento anterior, o sea de *extender* la protección penal en el interés de la seguridad en las relaciones jurídicas. Desde este punto de vista, es útil reflexionar sobre la sentencia *RGStr.* 52, 184; en ella el simple hecho de llevar unos niños al bosque con fi-

nes impúdicos, ha sido considerado una acción punible de tentativa con arreglo al § 176, N. 3. Esta decisión ha sido designada "suprasubjetiva", pero no se ha tomado en cuenta que ella se justifica si, al llevarse los niños de paseo, el sujeto ya había ejercido una influencia en la voluntad de los mismos, para que se prestasen a acciones impúdicas. Acerca del total problema, véase la sentencia *BGHStr.* 2, 380; en cuanto a otras peculiaridades, véanse, por ejemplo, las siguientes sentencias del propio Tribunal Federal: 1, 115 (proxenetismo agravado), 3, 297 (robo), 4, 199 (hurto); 4, 270 (influencia sobre el intermediario); 6, 98 (rufianería); 6, 302 (§ 176, N. 3).

De todos modos, no hay dudas que no existe todavía, en general, un comienzo punible del hecho en las acciones de procurar el medio (p. ej., comprar el arma homicida en el § 211) o trasladarse al lugar del hecho, etc. Depende de las circunstancias, si el hecho de entrar en una casa con fines de hurto constituye una simple preparación; puede existir una "tentativa" de hurtar, por ejemplo en el hecho de elegir el autor, intencional y especialmente, el momento en que la casa quedará desocupada. La simple colocación de una instalación incendiaria (*RGStr.* 66, 141), el llevar con fines homicidas un revólver cargado al tribunal con motivo de haber sido citado (*RGStr.* 68, 336), el ofrecimiento de trueques para estafar (*RGStr.* 70, 151) y casos similares, han sido considerados acciones punibles de tentativa, y ello se puede justificar a pesar de tratarse de casos límites, en miras a una eficaz protección de los bienes jurídicos atacados. Entre las demás sentencias, la 71 (p. 4 y 7) del Tribunal del Reich muestra que, por otra parte, la jurisprudencia más reciente del mismo en su inclinación a adelantar la defensa a un momento anterior, ha ido demasiado lejos y se ha incurrido en el peligro de ampliar injustificadamente los conceptos.

La *simple acción preparatoria* es, en principio, *impune*. Ello no impide, sin embargo, que la ley, a veces, la castigue especialmente como un hecho punible independiente. El § 151, que conmina especialmente con pena la adquisición o la elaboración de troqueles para falsificar monedas, ofrece un ejemplo evidente al respecto. También el § 245 *a*, que castiga la simple posesión de los instrumentos aptos para hurtar, está orientado en el mismo sentido; es digna de ser tomada en consideración la circunstancia de que aquí el castigo está ligado a condenas anteriores sufridas por el autor por acciones peligrosas. Se pone así de manifiesto que la significación jurídico-penal de la simple "preparación" puede ser distinta según las circunstancias.

II. Así como en la acción preparatoria se valora especialmente el *comienzo del hecho punible*, con las palabras del § 43 —"si el crimen o delito proyectado no ha llegado a la consumación"— se tiene en cuenta el otro aspecto: la *terminación del hecho punible. En el § 43 no caben ni las acciones preparatorias en el tramo del comienzo, ni los supuestos del hecho consumado en el tramo contrapuesto.* No obstante, puede haber casos en los cuales se produce, en realidad, el resultado, pero sólo se admite una pena por tentativa; tal cosa ocurre si falta el dolo necesario con relación a *este* resultado, por ejemplo, en los casos del "extravío" relevante (*Lehrb.*, 399). En efecto, no hay tentativa cuando el crimen o delito "proyectado" ha llegado a la consumación. Cuando, por otra parte, existe la "consumación" típica del hecho, no es preciso que exista también la "terminación" del mismo; esto tiene importancia con respecto a cuestiones relativas a la legítima defensa, a la participación, al favorecimiento, a la prescripción, etc. Véanse, sobre el particular, el *Grd.* (122) y el artículo citado allí sobre "Consumación y terminación en la estafa", publicado en *JW* 1938, p. 493 y sigts.

§ 79. La idoneidad de la tentativa

Véase la exposición detallada y también instructiva en cuanto a la evolución histórica, en MAURACH (1954; p. 438-446).

La punibilidad de la tentativa presupone, con arreglo al § 43, la existencia de una acción idónea de tentativa de parte del autor. La literatura y la jurisprudencia han tratado con especial detenimiento este *problema de la idoneidad de la acción de tentativa.*

Se trata de la antigua discusión sobre la *teoría subjetiva* y la *teoría objetiva de la tentativa.* Tal discusión ha ocupado considerablemente tanto a la literatura como a la jurisprudencia. Al final de nuestra breve exposición histórica (§ 76), ya nos hemos referido al punto decisivo de la discusión, relacionado con la orientación *objetiva* seguida en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Prusia para el § 31 del código penal prusiano y con el cambio que se había operado en la jurisprudencia del Tribunal del Reich para el § 43 del código penal para el Reich alemán, en favor de la teoría *subjetiva.* Pero, no cesó con ello la polémica (*Lehrb.*, 387 y sigts.). Pareció, a veces, que la cuestión podía solucionarse haciendo referencia a un derecho consuetudinario existente (*Grd.*, 126). La adopción de un nuevo criterio al respecto, no obstante, se impone.

En primer término, el *planteamiento* habitual *de la cuestión* requiere una rectificación. Ya hemos señalado, en el § 77, que no puede haber, en el marco estricto del § 43, ningún contraste entre la teoría subjetiva y la objetiva de la tentativa (si se considera el concepto de la tentativa en conjunto) y que, con respecto a la "resolución" subjetiva como punto de arranque, la *concepción subjetiva de la tentativa* domina el total problema. Por lo tanto, exponemos este problema, debatido desde hace tanto tiempo (*Lehrb.*, 387 y sigts.; *Grd.*, 125-127), en términos nuevos, cuando decimos: se trata de saber si *toda* actuación de la voluntad subjetiva del hecho —a saber, de la "resolución" de cometer el hecho en el sentido del § 43— que el autor *considera* una forma idónea de actuación de esta resolución, *es* también una acción idónea de tentativa en el sentido de la ley, *o bien* si la "ejecución" —que el § 43 requiere a los fines de la punibilidad— debe responder, a la vez, a ciertos requisitos *objetivos*.

1. La llamada *teoría subjetiva de la tentativa*, en el sentido corriente de la expresión, no admite, en principio, limitaciones objetivas, y considera, por consiguiente, que es idónea toda acción y punible la acción de la tentativa, cuando, según la opinión subjetiva del autor, puede servir para realizar su resolución.

Esta teoría se basa, en primer término (*Lehrb.*, 390; *primer motivo*) en la *equivalencia de todos los factores causales*. Según ella, la circunstancia de quedar el hecho en la fase de tentativa —a saber, la inidoneidad efectiva para lograr el resultado proyectado en *toda* tentativa— pone de manifiesto la total imposibilidad de distinciones entre acciones "idóneas" e "inidóneas" de tentativa. Esta conclusión no tiene en cuenta la absoluta necesidad práctica del *concepto objetivo de peligro*: toda forma de consideración realista conoce, entre las acciones que en realidad *no* han producido resultados, las que eran "peligrosas" y, pues, generalmente idóneas para producir el resultado, y las "no peligrosas" y, por lo tanto, inidóneas para producirlo. La *equivalencia causal de los factores no significa que el valor de los mismos es igual*. En consecuencia, con arreglo a estas diferencias de *valor* respecto de la mayor o menor puesta en peligro en la dirección del resultado proyectado, es *perfectamente* admisible *distinguir objetivamente* entre acciones "idóneas" e "inidóneas" de tentativa.

La teoría subjetiva de la tentativa menciona como otro fundamento (*Lehrb.*, 391; *segundo motivo*), la necesidad de castigar toda *actuación de la voluntad delictiva del autor*, aunque tal actuación, considerada desde puntos de vista *objetivos*, sea, en el caso particular, "no peligrosa". Este fundamento es,

lógicamente, irreprochable, si se lo considera desde el punto de vista *político-criminal* y *dogmático*.

Fundándose en estos dos motivos, bajo la influencia de v. BURI, la *teoría y la práctica del Tribunal del Reich* han adoptado como base de su jurisprudencia, a partir de la resolución de los Senados penales reunidos de 24 de mayo de 1880 (*RGStr.* 1, 439), la llamada teoría subjetiva, influenciando así, en forma decisiva, también a toda la práctica de los tribunales inferiores. El *Lehrbuch* ofrece (p. 389) un cuadro detallado de este desarrollo. El aborto (§ 218) es punible como tentativa, aun cuando la autora haya utilizado un medio absolutamente inidóneo (*RGStr.* 1, 439), y también en el caso de que haya creído que estaba embarazada, en tanto que, en realidad, no lo estaba (*RGStr.* 8, 198: el § 218 no es un delito especial de la embarazada; en el mismo sentido,*RGStr.* 34, 217). Es posible la tentativa de homicidio también sobre un cadáver (*RGStr.* 1, 451) y la tentativa de un delito contra la moralidad sobre mujeres mayores de 14 años, con arreglo al § 176, N. 3 (*RGStr.* 39, 316). Si el autor no consideraba fundada una exigencia con respecto a la prima del seguro que, en cambio era fundada, hay tentativa de estafa con arreglo a los § § 263 y 43 (*RGStr.* 42, 92: rechazo de la teoría de la falta de tipo). Otras sentencias del Tribunal del Reich (11, 77; 47, 65; 56, 316, como así también las ya mencionadas 39, 316 y 42, 92), se apoyan en una "argumentación 'ex contrario' del § 59". Véase también SCHÖNKE (§ 43, II), quien adhiere al punto de vista afirmado por el Tribunal del Reich.

Pero en *dos puntos* la jurisprudencia del Tribunal del Reich no es del todo consecuente en lo que respecta al criterio subjetivo que sustenta, y limita el castigo con consideraciones "objetivas" acerca de la forma del hecho (*Lehrb.*, 389-390):

a) La *falta objetiva de una condición personal del autor*, requerida por el tipo legal, no puede ser sustituída por una admisión meramente subjetiva de parte de aquél: *RGStr*, 8, 198-200. Uno que se considera empleado público, sin serlo, no puede cometer un delito propio de los empleados públicos. Las limitaciones a este respecto, fijadas por la sentencia *RGStr.* 72, 109, representan una concesión al estado de ánimo existente cuando la sentencia fué dictada. En otro sentido, MAURACH (p. 445).

b) El *empleo de medios supersticiosos* no puede justificar un castigo por tentativa: *RGStr.* 33, 321. La sentencia intenta, por cierto, invocar la falta de dolo, pero no encara el verdadero problema.

Por lo demás, la jurisprudencia del Tribunal del Reich y

la práctica que la sigue, prescinden en general de criterios objetivos a los fines del castigo de la tentativa con arreglo al § 43, en el problema suscitado aquí.

2. La llamada *teoría objetiva de la tentativa*, en el sentido corriente de la expresión, se caracteriza por exigir algunos presupuestos "objetivos" —o sea, existentes fuera de la voluntad del autor— de los cuales debe depender, en el caso particular, la punibilidad de una tentativa idónea con arreglo al § 43. Aquí, no podemos considerar detenidamente las innumerables tentativas que ya existen en el sentido expresado. Analizadas de cerca, pueden ser reducidas a los tres criterios siguientes.

a) *Para que la tentativa sea punible, son necesarias solamente las formas de actuación que responden a requisitos típicos determinados.* Si se quiere expresar este concepto en forma negativa, se dirá que no existe tentativa (punible) alguna si hay *falta de tipo en el sentido más amplio de la palabra.*

Ya se ha hecho notar que no es sostenible la *antigua teoría de* FEUERBACH *sobre la falta de tipo* (SCHÜLER, 41) según la cual debe ser castigado con pena más leve el hecho al cual le falta, en la resolución, una característica legal. Después de comprobarse que el criterio de la *impunidad de la tentativa absolutamente inidónea* —esto es, de la tentativa frente al objeto absolutamente inidóneo o con medios absolutamente inidóneos— hacía imposible una delimitación lógicamente correcta frente a la tentativa relativamente inidónea (44)— surgió, más y más, entre los juristas alemanes, en lugar de esa concepción, la *teoría más reciente de la falta de tipo* (48), que ha sido desarrollada muy especialmente por FRANK y GRAF ZU DOHNA (*Lehrb.*, 392-396). El concepto es el siguiente: existe una "falta de tipo" en este sentido especial, si el autor actúa en circunstancias que tornan imposible, de antemano, la consumación del delito. Algunos casos de falta de tipo: el autor quiere hurtar una cosa ajena (§ 242), pero comete el hecho, como consecuencia de un error, en cosa propia; quiere, simulando hechos falsos (§ 263), cobrar la prima del seguro, en tanto que ese derecho le corresponde (el caso, ya considerado, de la sentencia *RGStr.* 42, 92); una mujer que no está embarazada toma un medio para abortar (§ 218) (la sentencia, ya citada, 8, 198 del Tribunal del Reich). Estos casos de falta de tipo no deberían realizar, de conformidad con la teoría más reciente, el *concepto* de la tentativa, lo que, sin embargo, no se puede sostener (*Lehrb.*, 393 y 395); pero hay que considerar, en el sentido de la limitación objetiva, si en estos casos no desaparece, por lo menos, la *punibilidad* de la tentativa.

b) *Para que la tentativa sea punible, se toman en cuenta solamente las formas de actuación que significan, en el caso concreto, una puesta en peligro externa del bien jurídico atacado.* Aquí se encuentra en primer plano el concepto de la puesta en peligro (*Lehrb.*, 396 y NAGLER, *LeipzKomm.*, 1944, p. 276) como fundamento de la pena de la tentativa, correspondiéndole, a la vez, una demarcación más exacta de los casos que pueden ser objeto de castigo.

c) *Para que la tentativa sea punible, son necesarias, pero también suficientes, las formas de actuación que suscitan al exterior, en el caso particular, la impresión de un comienzo punible.* Aquí se pone de relieve el concepto de la prevención general que es propio del derecho penal: ya es "peligrosa" toda conducta que suscita, en la colectividad, la impresión de que se realiza un ataque contra el ordenamiento jurídico y que perturba, por consiguiente, la segura validez del mismo en la conciencia de la colectividad. También el carterista que pone la mano en el bolsillo que está, por casualidad, vacío, perturba, en este sentido, el ordenamiento jurídico y merece una pena (*Lehrb.*, 397). Esta "teoría de la impresión" ha sido sostenida muy especialmente por v. BAR en la obra *Gesetz und Schuld im Strafrecht* (vol. II, 1907, p. 521, 527, 531 y 535-537), de acuerdo con A. HORN, *ZStrW.* XX, 308 y sigts.

3. La *decisión del problema* debe proceder, como ya hemos dicho, de una concepción *subjetiva* de la tentativa (en tal sentido ya se había expresado el *Lehrbuch*, p. 395, con respecto al *concepto* de tentativa). No podemos recurrir, en la actualidad, a un derecho consuetudinario para decidir acerca de la *punibilidad* con arreglo al § 43 en sentido puramente subjetivo (*Grd.*, 126). Las palabras del código ("acciones que *contienen* un principio de ejecución") y los antecedentes hablan como siempre en favor de algunas limitaciones "objetivas". *Sin* todas estas limitaciones objetivas, el Tribunal del Reich, que las reduce al mínimo, no se ha conformado con el punto de arranque meramente subjetivo por él adoptado.

Por otra parte, la decisión del problema debe estar de acuerdo con los intentos en el sentido de una limitación objetiva de la punibilidad, a los que nos hemos referido en el N. 2. No cabe decir, en absoluto, que, con arreglo al derecho en vigor, es punible tan sólo el injusto típico y que, por consiguiente, el caso de la falta de tipo (N. 2 *a*) no se sitúa, en general, en la esfera de la tentativa punible (*Lehrb.*, 396); en efecto, para el hecho *consumado* hay que requerir la existencia del tipo total, pero la esencia del hecho *tentado* consiste, precisamente, en que una parte del tipo no se realiza. Por lo tanto, el *criterio de la puesta en peligro* es decisivo para

todas las limitaciones objetivas del castigo de la tentativa (N. 2 *b*); en los casos en que no se toma en cuenta una tal puesta en peligro —como ser el empleo de medios supersticiosos (*RGStr.* 33, 321) o la especial "exquisita estupidez" del autor: el caso, por ejemplo, de la cocinera de Praga (*Lehrb.*, 397, nota 14)— falta el interés de castigar. Pero, en vista del carácter y los fines de prevención general del derecho penal, *es suficiente* como puesta en peligro también la *impresión* mala y perniciosa (N. 2 *c*) que el hecho *puede* causar en otras personas. También la mujer no embarazada que toma un medio para abortar, induce a otras mujeres con su mal ejemplo y pone en peligro, de tal manera, el bien jurídico protegido en conjunto. Aquí hay puntos de contacto con la llamada *teoría de la impresión* (N. 2 *c*). Pero, a fin de evitar malentendidos, debemos agregar que con ello *no* se piensa en la *efectiva* "impresión" en el caso particular, sino si tal impresión "puede" ser suscitada por el hecho. Con otras palabras, interesa saber si el hecho es *apropiado* para *perturbar* el *sentimiento de la seguridad jurídica* en aquél que se entera de ese hecho. De tal modo, contrariamente a lo que se ha dicho en el *Lehrbuch* (p. 398), una tentativa puede ser *punible* en el caso particular aún si ha protegido efectivamente un bien jurídico y el autor ha tenido una "suerte" inmerecida. También el que quería realizar, en las vías férreas, un cambio falso de agujas y lo ha realizado, por error, correctamente, y ha evitado así, y no ha provocado, el descarrilamiento del tren, puede haber perturbado con su acción la seguridad jurídica y, por consiguiente, es merecedor de pena.

Por lo dicho, se comprende por qué no se castigan los hechos mencionados en los Nos. 1 *a* y 1 *b* (la impunidad de los cuales presenta, en el marco de la teoría del Tribunal del Reich, una consecuencia antijurídica). La mera admisión errónea de una condición *personal* (N. 1 *a*) no afecta al mundo exterior ni, pues, a la seguridad jurídica; a lo sumo, podrá castigarse la usurpación de una tal condición (p. ej., con arreglo al § 132). Tampoco una "exquisita estupidez" puede ser advertida como una perturbación de la seguridad jurídica. En conclusión, ambos casos no constituyen ninguna tentativa "idónea", ni, por lo tanto, punible.

En consecuencia, una tentativa que responde a los requisitos "subjetivos" de acuerdo con la concepción del *Tribunal del Reich* (N. 1), necesita siempre, en cada caso particular, un examen concreto, para que se pueda establecer si es punible por su aspecto "objetivo". No dejamos de reconocer que, de tal manera, el deslinde entre los casos punibles e impunes no se realiza tan fácilmente y que existe cierta libertad para

efectuarlo en cada caso. Pero, más importante aun que tal decisión formal del problema, es la *justicia material* en el caso concreto particular y la observancia de la ley existente. A ésta corresponde mucho mejor, sin embargo, una tal *teoría mixta subjetiva-objetiva.*

§ 80. El castigo de la tentativa

A este respecto, son determinantes los § § 43, párr. 2, 44 y 45.

1. Con arreglo al § 43, párr. 2, la tentativa de un *crimen* es punible, sin que sea necesario que la ley lo determine especialmente. En cambio, la tentativa de un *delito* es punible solamente en los casos establecidos expresamente por la ley. La tentativa de una *contravención* es, como ya se ha dicho, impune.

2. El § 44, párr. 1, disponía obligatoriamente, en su anterior redacción, lo siguiente: "El crimen o delito tentado será castigado más levemente que el consumado"; por lo tanto, no se podía imponer a la tentativa la pena correspondiente al delito consumado. Pero este párr. 1 ha sido transformado, por la Novela de 29 de mayo de 1943 (*RGBl.* I, 339), en una mera *disposición facultativa de atenuación.* El nuevo texto reza: "El crimen o delito tentado puede ser castigado más levemente que el consumado." También la simple tentativa puede ser conminada, por consiguiente, con la pena correspondiente a la consumación. La ley para la modificación del derecho penal de 1953 no ha modificado esta atenuación "facultativa", pero en cuanto a la validez de la disposición, podrían surgir dudas desde el punto de vista político-jurídico; DREHER ve en la misma "la tendencia a un derecho penal del autor, aunque sea moderado" (*JZ* 53, 424-425).

3. En lo que se refiere a la *pena mínima* correspondiente a la tentativa, el § 44, párr. 2 y 3, en conexión con el § 45, establece lo siguiente: en lugar de la reclusión perpetua, se podrá imponer la reclusión no inferior a tres años. En los demás casos, la pena puede ser reducida *hasta un cuarto* del mínimo de la pena privativa de la libertad o pecuniaria previstas para el crimen o delito consumado, por lo cual si se incurre en la pena de reclusión inferior a un año, la misma será conmutada por la de prisión de conformidad con el § 21. El § 212 establece la reclusión por un tiempo correspondiente a un cuarto, por lo menos, de cinco años, y la reclusión no inferior a tres años (párr. 2); el § 213 establece que el mínimo es un cuarto de seis meses de prisión. Junto con la pena co-

rrespondiente a la tentativa y al hecho consumado, podrán aplicarse obligatoria o facultativamente el desposeimiento de los derechos cívicos honoríficos y la vigilancia de la policía, pero no otras penas accesorias. En cuanto a la graduación de la pena en materia de tentativa, véanse las sentencias *BGHStr.* 1, 115 y 6, 373 (*NJW* 55, 997).

§ 81. El desistimiento de la tentativa

Véase la literatura en SCHÖNKE, *Kommentar zum Strafgesetzbuch* (a propósito del § 46).

I. El § *46* prevé, además de la atenuación de la pena en el caso de falta de consumación del hecho, una especial *causa personal de supresión de la pena*: el *desistimiento de la tentativa* en sentido estricto (párr. 1) y el llamado *arrepentimiento activo* (párr. 2). Esta disposición le quiere "ofrecer al autor un puente de oro para que abandone su tentativa".

II. La aplicación de ese precepto presupone una distinción a la que nos debemos referir de nuevo aquí, esto es, la distinción entre *tentativa inacabada* y *tentativa acabada* (*BGHStr.* 4, 180).

Esta distinción arranca del *proyecto* relacionado con el hecho, tal como está resuelto en la mente del autor (*Lehrb.*, 400). Interesan el cuadro representativo que se ha formado y lo que es necesario, según él, para terminar el hecho. Tienen importancia las representaciones que han guiado al autor y especialmente, pues, la cuestión referente a cuáles acciones ha *considerado* apropiadas y suficientes para realizar el tipo consumado con arreglo a la situación (*RGStr.* 43, 138); cuáles acciones "ha estimado necesarias" para tales fines (*RGStr.* 45, 185).

1. Según el § 46, N. 1, hay *tentativa inacabada* cuando, en la tentativa, el autor todavía *no* ha hecho todo lo que era necesario que hiciera *de acuerdo con su proyecto*; por ejemplo, si ha cargado el fusil, pero todavía no ha disparado. Hay tentativa *inacabada* (§ 46, N. 1), y no una tentativa acabada (§ 46, N. 2), si en una tentativa de aborto (§§ 218 y 43), la autora ha considerado que era necesario tomar varios *tragos* de una infusión de té o introducir *reiteradamente* la sonda (que se había quitado en virtud de coacción externa) y ello aun en el caso en que la autora ya haya tomado un trago de esa infusión, o no haya vuelto a introducir la sonda (*RGStr.* 43, 137 y 57, 278). En el mismo sentido, a propósito de la estafa (§ 263), la sentencia *RGStr.* 45, 183, y la sentencia *RGStr.* 68, 308 (con citaciones). Si las perso-

nas que participan en el mismo hecho son *varias*, lo que interesa decisivamente es el *proyecto común* en su conjunto y, en consecuencia, también la acción de todos los partícipes en el hecho.

2. Según el § 46, N. 2, hay *tentativa acabada* cuando, en la tentativa, el autor ha hecho *todo* lo que tenía que hacer *de acuerdo con su proyecto*, pero el resultado no se ha producido, o no se ha producido todavía sólo a causa de una circunstancia externa; por ejemplo, si ha suministrado un veneno mortal a la víctima, que todavía no ha surtido efecto. Cuando resulta excluída la producción del resultado, se habla de *tentativa frustrada*, por ejemplo en el caso que el tiro no ha dado en el blanco o si el veneno ha sido vomitado antes de producir su efecto. Si, en el caso mencionado más arriba, la autora consideró suficiente para abortar *un* solo trago de la infusión, la tentativa ya estaba acabada al tomar únicamente ese trago.

También la tentativa acabada sigue siendo, naturalmente, *tentativa*. Para prevenir malentendidos, deberíase *evitar* de hablar, contrariamente a lo que ocurre a veces, de "tentativa *consumada*".

III. Los *presupuestos del desistimiento de la tentativa, que libera de la pena con arreglo al § 46*, son distintos según se trate de una tentativa inacabada (II, 1) o acabada (II, 2). En ambos casos, el desistimiento debe ser *"espontáneo"*; la espontaneidad del desistimiento se determina en uno y otro caso de distintas maneras (*Lehrb.*, 402 y sigts.).

1. El *§ 46, N. 1*, reglamenta el *desistimiento de la tentativa inacabada*. En este caso, el desistimiento consiste en *abandonar* las acciones ulteriores necesarias para terminar el hecho. El desistimiento es *espontáneo* de conformidad con el texto de la ley, cuando el autor "ha abandonado la ejecución de la acción proyectada, sin que haya sido impedido, en esta ejecución, por circunstancias independientes de su voluntad". En otras palabras: si las circunstancias le impedían al autor terminar el hecho, no puede invocar la aplicación del § 46, N. 1. Por otra parte, *no* es necesario que la resolución del autor de abandonar el hecho se base en un motivo ético, pudiendo ella ser la consecuencia de arrepentimiento o de miedo, de consideraciones de orden moral o de repugnancia física. Pero, el miedo de ser descubierto y de no *poder* actuar más, el dolor, sentido de manera *intolerable* (como consecuencia, p. ej., de la introducción de la sonda para abortar), etc., son *casos* auténticos *de impedimento*. También aquí es decisivo, pues, el aspecto *subjetivo*; también un impedimento sólo

supuesto por el autor puede suprimir la espontaneidad. Acerca del total problema, véase *BGH, NJW* 55, 915.

La jurisprudencia se ha ocupado detenidamente del desistimiento de la tentativa a propósito del hurto, estableciendo a este respecto, en la sentencia *RGStr.* 55, 66, líneas directrices determinadas (véase, con más detalles, el *Lehrb.*, 404). El Tribunal del Reich y el Tribunal Federal se han expresado, en los últimos tiempos, con mayor reserva sobre la admisión del desistimiento de la tentativa (70, 1 y 4, 56 y sigts., respectivamente). En los *delitos de omisión*, el autor debe emprender una actividad positiva, que evidencie el abandono de la conducta seguida por él hasta ese momento: SCHÖNKE, § 46, II, 1.

Se discute si el autor debe abandonar definitivamente su resolución. En principio, es suficiente desistir de la ejecución concreta, en tanto que el autor no quiera utilizar la situación ya creada para continuarla (*Lehrb.*, 405). Sin embargo, se debe reconocer que no es incorrecta la opinión sustentada por SCHÖNKE (lug. cit., con referencia a la sentencia *RGStr.* 72, 351) y por el *LeipzKomm.* (1944, p. 304), en el sentido de que el hecho de diferirla no implica abandonar la ejecución. Más datos proporciona MAURACH (1954, p. 452); este autor está, en principio, de acuerdo con este criterio.

2. El § *46, párr. 2,* reglamenta el *desistimiento de la tentativa acabada.* Se habla de *arrepentimiento activo,* pero se trata de una expresión no del todo acertada, por cuanto no se requiere aquí el "arrepentimiento" como motivo (SCHÖNKE, § 46, I, con referencia a la sentencia *RGStr.* 61, 115). El § 46, N. 2, también presupone la tentativa. En ciertos casos también es posible, en virtud de disposiciones especiales, quedar liberado de la pena por hechos consumados, si media el arrepentimiento activo; tal ocurre, por ejemplo, en el § 310, a propósito del incendio (véase, al respecto, el *Lehrb.*, 403, nota 3).

En el § 46, N. 2, el desistimiento consiste en *evitar el resultado.* El mismo es espontáneo en el sentido de la ley, cuando el autor, "en un tiempo en el cual la acción aun no había sido descubierta, ha evitado, mediante la actividad propia, la producción del resultado perteneciente a la consumación del crimen o delito". La espontaneidad queda excluída por un ulterior *descubrimiento* de la acción (en sentido crítico, MAURACH, 1954, p. 453); el autor debe haber evitado el resultado, además, *"mediante la actividad propia"*. Si, a pesar del empeño del autor, el resultado se produce, el hecho es punible como delito consumado. En la tentativa frustrada e inidónea, es imposible el desistimiento, de conformidad con la redac-

ción del § 46, N. 2; los proyectos quieren subsanar este resultado evidentemente injusto con una modificación de la redacción (*Lehrb.*, 406-407). SCHÖNKE (III, 1) pretende, en contra de las sentencias *RGStr.* 68, 309 y 77, 2, anticipar este resultado en el derecho en vigor, en un sentido análogo al § 49 *a*, párr. 4, parte 2ª de la anterior redacción. MAURACH (1954, p. 455-456) resuelve de la misma manera este punto. No es preciso que, a los efectos de la disposición, se establezcan otros requisitos, además de los que señala la ley (ya se había expresado en tal sentido, en contra de la sentencia *RGStr.* 38, 402 y sigts., el *Lehrb.*, 405, nota 8, con literatura; coincidente, SCHÖNKE, III, 2).

La acción realizada se considera *descubierta*, si alguien, salvo la víctima y los que han participado en ella, ha tenido conocimiento de la misma en sus aspectos esenciales. El que la descubre debe haber reconocido también la significación jurídico-penal que tiene; el que sólo oye desde lejos el disparo del asesino, no ha descubierto todavía la tentativa del asesinato: *Lehrb.*, 406, con la sentencia *RGStr.*, 62, 305. No es preciso que el que descubre la acción conozca el nombre del que actúa (las sentencias *RGStr.* 66, 62 y 71, 243, citadas por SCHÖNKE, III, 2, ofrecen más datos al respecto).

La impunidad presupone, en principio, la *propia acción* del autor. No es suficiente que el resultado no se produzca por otras causas. Si se vomita el veneno antes de que el autor intervenga, la tentativa es punible. En cambio, el autor puede servirse de la ayuda de terceros, por ejemplo, de un médico, sin que con ello la acción de evitar deje de ser propia (*Lehrb.*, 406).

3. El *concurso de varias personas* en el hecho, origina dificultades especiales. Ya se ha dicho (II) que lo que interesa es, fundamentalmente, el "proyecto en conjunto". En las sentencias 47, 358; 54, 177 y 59, 412, el Tribunal del Reich se ocupa eficazmente de este problema y arriba al resultado (59, 413) de que el § 46 sólo se toma en consideración en el caso de que los demás partícipes renuncien, o si en otra forma se excluye la eficacia causal respecto de la producción del resultado punible, de la acción ya iniciada por el partícipe que renuncia. Queda sin respuesta la pregunta si, en el caso en que no renuncien todos los partícipes, se debe exigir que el que renuncia elimine la causalidad, o si es suficiente que ésta quede eliminada después del desistimiento como consecuencia de una circunstancia independiente de la voluntad del renunciante. De acuerdo con el punto de vista admitido aquí (II, 1), hay tentativa acabada (§ 46, N. 2), si *todos* los partícipes han hecho lo que estaba planeado en el pro-

yecto común (*Lehrb.*, 401, nota 6). Por lo tanto, es fundamental el § *46, N. 1*; existe abandono si *todos* los partícipes abandonan. Pero el mismo efecto puede producirse para *cada* partícipe, aun en el caso en que abandone y evite, además, por su parte, el resultado, *o bien* si su abandono tiene como consecuencia, objetivamente, la no realización del hecho, o si queda excluída, con su abandono, su contribución al proyecto común. En tal sentido, también adquiere significación el § 46, N. 2. Acerca del total problema, véanse la sentencia *BGHStr.* 4, 179 y MAURACH (1954, p. 542 y sigts.). En cuanto a la cuestión sobre la *autoría mediata*, véase el *Lehrbuch*, 401 y SCHÖNKE, IV, 2.

IV. Los *efectos del desistimiento de la tentativa con arreglo al § 46*. La tentativa queda, "como tal", impune. Dado que antes era punible, se trata de una causa de supresión de la pena. Tiene eficacia personal sólo en favor del que renuncia, y constituye, por ello, solamente una *causa personal de supresión de la pena* (*RGStr.* 72, 350).

En la actualidad se reconoce, tanto en la teoría como en la práctica (*RGStr.* 59, 412), que, no obstante el término "*autor*" contenido en el § 46, también el *partícipe* se puede procurar personalmente la impunidad con arreglo al § 46. Pero, el desistimiento del autor no tiene eficacia en favor del partícipe y tampoco el desistimiento de los partícipes favorece al autor (*Lehrb.*, 408-409).

Impune es solamente la *tentativa como tal*. Si la tentativa constituye, *a la vez*, un hecho punible *consumado*, se habla, desde los tiempos de FEUERBACH, de *tentativa cualificada*. Este hecho punible consumado, aun si se encuentra en concurso ideal o en concurso de leyes con el hecho proyectado (*Lehrb.*, 407), *es punible*. El desistimiento no tiene eficacia sobre el mismo. Por consiguiente, en el acceso carnal violento tentado, las acciones de coacción (§ 240) siguen siendo, a pesar del desistimiento espontáneo, acciones impúdicas punibles, con arreglo al § 176, N. 1 (*RGStr.* 23, 225). Dificultades especiales se han presentado en el § 216 con respecto a las lesiones corporales permanentes (*RGStr.*, Senados penales reunidos 28, 200); sobre este punto se hablará detenidamente en la parte especial.

CAPÍTULO V

LA PARTICIPACION

Lehrb., 410 y sigts. (superado en parte por la ordenanza de 29 de mayo de 1943). *Grd.*, 129 y sigts. y suplemento, 293 y sigts., como asimismo el amplio desarrollo contenido en el *LeipzKomm.*, vol. 1 (6ª ed., 1944, p. 311-360 y 7ª ed., 1954, p. 212-275 con datos bibliográficos). BOCKELMANN, *Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme* (Acerca de la relación entre autoría y participación) (1949) y *Archiv für Strafrecht* (Goltdammer), 1954, fasc. 7 (julio). MEZGER, *Moderne Wege* (1950), p. 28-32.

§ 82. Los fundamentos de la teoría de la participación y las distintas formas de participación en el hecho punible con arreglo al derecho en vigor

I. *En un hecho punible pueden haber participado varias personas.* Este concepto, simple e inteligible para todos, contiene una teoría difícil, pero también especialmente importante e interesante de la Parte general — *la teoría de la participación.* Está contenida en los §§ *47-50,* pero ha sido estructurada nueva y fundamentalmente en la ordenanza para la unificación del derecho penal de 29 de mayo de 1943 (*RGBl.* I, 339) y en el reglamento de esa misma fecha (*RGBl.* I, 341). El *Leipziger Kommentar* expone detenidamente la situación legal creada a raíz de dichas disposiciones y proporciona, asimismo, datos bibliográficos sobre el tema (6ª ed., 1944, p. 311-360 y 7ª ed., p. 212-275).

II. *Las distintas formas de participación con arreglo al derecho en vigor.* Hemos dicho al comienzo que en un hecho punible pueden haber participado varias personas. Con este principio, queda planteada la *cuestión fundamental* de toda la teoría de la participación: desde el punto de vista jurídico-penal, ¿todas estas *distintas* personas deben denominarse y considerarse *del mismo modo*?

Históricamente (en el derecho romano y en el derecho

común) y, desde el punto de vista del derecho comparado, en los derechos extranjeros, encontramos siempre la tendencia a *equiparar* fundamentalmente las distintas formas de participación. Todo partícipe es, en este sentido, cocausante y autor del hecho. Se toma como ejemplo, comúnmente, el código penal noruego de 1902 (§ 58), pero no es un ejemplo acertado. Este § 58 presupone, efectivamente, que toda participación debe ser castigada, pero ofrece también la posibilidad de castigar en forma diferente a los distintos partícipes; también la parte especial del código penal noruego distingue, por consiguiente, entre el que hace algo y el que coopera. En cambio, el código penal italiano de 1930, en el art. 110, les impone, en principio, a todas las personas que concurren en el hecho punible, la pena fijada legalmente, pero admite, en virtud de la menor importancia de la cooperación, una atenuación de la pena. Por lo tanto, tampoco aquí el autor y los partícipes son objeto del mismo tratamiento.

El *derecho alemán en vigor* adopta, como punto de arranque, en los §§ *47-50*, el criterio de *diferenciar las distintas formas de participación* y de *considerarlas* de distinta manera. Distingue entre el autor (§ 47), el instigador (§ 48) y el cómplice (§ 49). El código penal suizo de 1937 sigue el mismo camino, al diferenciar muy especialmente, en los artículos 24 y 25, la instigación y la complicidad. El concepto que fundamenta esta distinción del código alemán se basa en la circunstancia que la reglamentación legal de la instigación y la complicidad concierne a fenómenos de vida especiales y rígidamente acuñados, por cuyo motivo la equiparación entre instigación y complicidad y entre éstas y la autoría no corresponde a la concepción popular ni al contenido valorativo interno del suceso. Por ello, la ley alemana *distingue tres formas especiales de participación* en el hecho punible, que son:

1. La AUTORÍA en las formas de la autoría inmediata, de la autoría mediata y de la coautoría (§ 47),
2. La INSTIGACIÓN (§ 48) y
3. La COMPLICIDAD (§ 49). Son éstas, precisamente, *"formas de participación"* en el hecho punible, en tanto que la denominación *"participación"* en sentido estricto queda limitada en general a la instigación (2) y a la complicidad (3).

§ 83. La causalidad como punto de arranque de la teoría de la participación y el tratamiento jurídico-penal de los hechos posteriores

I. *La causalidad como punto de arranque de la teoría de la participación.* El punto de arranque científico de toda

teoría jurídico-penal de la participación es la teoría de la causalidad. La actividad del partícipe en sentido amplio (coautor, instigador, cómplice) debe haber sido *causal* respecto del hecho de otro, después de excluídos del ámbito de la participación los llamados hechos posteriores (II). Sólo si existe este presupuesto, se puede decir que alguien "participa" en el hecho. Es también punible, con arreglo a los §§ 47-50, el que ha *cocausado* la "acción conminada con pena". Esto significa que *queda eliminada* del ámbito de la participación toda acción a la que le falta esa relación causal respecto del resultado del hecho principal (*Lehrb.*, 411-413). Es necesario, de todos modos, que este hecho de otro se tome en *su total forma concreta*; quien haya causado o cocausado cualquier modificación del mismo, tal como se presenta, *atiende* a las exigencias requeridas.

No obstante esa restricción, en lo que respecta al ámbito de la *complicidad del* § *49*, el principio ha sido *objeto de discusiones*. Ello ha ocurrido, muy especialmente, en la jurisprudencia del Tribunal del Reich, y precisamente a partir de la sentencia 58, 113 (el *Lehrbuch* indica datos bibliográficos detallados en la pág. 412), cuyos fundamentos se han mantenido luego por el mismo Tribunal (*Grd.*, 129-130, con referencia a las sentencias *RGStr.* 67, 191-193 y 71, 176-178). Aquí, el Tribunal del Reich ha expresado: "No es *necesario* que la actividad del cómplice haya *cooperado*, promovido o facilitado *causalmente* el resultado del hecho principal. Por lo tanto, es erróneo, desde el punto de vista jurídico, requerir una conexión causal entre la acción del cómplice y el resultado producido". La simple "intención del cómplice de apoyar y promover, con su prestación de ayuda, el hecho principal", no es suficiente para admitir una complicidad punible con arreglo al § 49; la "acción" debe ser efectivamente *promovida* en algún momento anterior a su terminación, mediante la actividad del cómplice. El *Lehrbuch* señala (p. 413) que no existe una tal distinción entre "causación" y "promoción" y que, por consiguiente, esa diferenciación no es clara ni defendible. En cuanto al resultado *práctico*, no es muy grande la diferencia frente a la concepción sostenida aquí, por cuanto el Tribunal del Reich no tiene en cuenta, por lo general, en sus decisiones, que se ha realizado una *cocausación* del resultado "en su modalidad *especial*, y, por lo tanto, en su forma *especial*" (*Grd.*, 130); por esto, se ha admitido, con razón, la complicidad. Hay que observar, asimismo, que tal influencia "modal" del hecho no es siempre suficiente para el castigo del *autor*, pero puede fundamentar la *complicidad* (*Grd.*,

130 y *LeipzKomm.*, § 49, N. 2). Aun el que le ha facilitado al autor de un hurto con fractura una llave falsa, que no fué utilizada, puede ser *cómplice* con arreglo al § 49, puesto que la posesión de esa llave, le da una forma especial al hecho del autor principal. El problema al que nos acabamos de referir había perdido, en parte, su significación por la Novela de 29 de mayo de 1943, según la cual era punible en los *crímenes* también la mera *complicidad tentada.* Por lo tanto, ya no era necesaria la causación con respecto al resultado del hecho principal, y tampoco en lo que concernía a la tentativa, la *voluntad* de causación. En los *delitos*, siguió manteniendo la cuestión su anterior significación. El antiguo § 49 *a*, párr. 3, ha sido nuevamente derogado por la ley para la modificación del derecho penal de 1953.

II. *La participación en el hecho y los hechos jurídico-penales posteriores.* El coautor (§ 47) es un partícipe en sentido amplio, y el instigador (§ 48) y el cómplice (§ 49) son partícipes en sentido estricto en el hecho realizado por el otro, al cual se le aplican las reglas sobre la participación previstas en los § § 47-50.

Presupuesto de tal participación en ambos sentidos es que el hecho del "otro" no haya terminado en el momento de la intervención del coautor, instigador o cómplice, El 'auxilium post delictum', la complicidad (u otra cooperación) en el hecho principal *podrían* realmente ser reglamentados por el legislador *por analogía,* de conformidad con los principios de la participación, y considerarse y sancionarse, por lo tanto, como auténtica complicidad (coautoría, instigación) *después* del hecho. Un procedimiento semejante sería perfectamente concebible y posible *desde el punto de vista lógico.* Pero, *no* corresponde al derecho en vigor. Este ha separado de la participación esos "hechos posteriores" y los ha estructurado como *hechos punibles independientes en la Parte especial,* como ha ocurrido, muy especialmente, en las disposiciones referentes al *favorecimiento* del § 257 ("el que, *después* de la comisión de un crimen o delito, presta asistencia, a sabiendas, al autor o al partícipe", etc.) y a la *receptación* del § 259 ("que han sido adquiridas mediante una acción punible"). Se tratarán a propósito de las disposiciones penales especiales de los § § 257, 259, etc., en la Parte especial (vol. II), los problemas, en parte muy difíciles, relativos a *cuándo* debe considerarse que ha terminado la acción del "otro" y, en consecuencia, hasta qué punto se aplican en lugar de los § § 47-50, las disposiciones de los § § 257, 259, etc. y hasta qué punto éstas excluyen la aplicación de aquéllas.

§ 84. Diferenciación de las distintas formas de participación

¿Cómo se diferencian, fundamentalmente, las distintas formas de participación en el hecho punible? La ley no proporciona al respecto información alguna, y, sin embargo, la forma de esta diferenciación tiene una significación decisiva y fundamental a los fines de la reglamentación y apreciación de las correspondientes relaciones de la vida humana. De ahí que nos debemos ocupar, desde ya, de esta cuestión. Como ha ocurrido a propósito de la teoría de la tentativa, se nos presenta la posibilidad de orientar la cuestión más en un sentido *"subjetivo"* o en uno *"objetivo"*.

Las distintas formas de participación en el hecho punible pueden diferenciarse *subjetiva u objetivamente*, según que se lo haga de acuerdo con la *dirección de la voluntad del autor* o de acuerdo con elementos que *están fuera de esta voluntad*, respectivamente. Queda evidenciado, de este modo, el contraste fundamental existente. Un ejemplo: A y B participan en un hurto con fractura; A realiza el escalamiento a fin de hurtar y B queda de guardia afuera. Si se castiga a B como cómplice, con arreglo al § 49 (y no como coautor: § 47), por haber *querido* solamente "proteger" y "ayudar" a A, se adopta un criterio *"subjetivo"*; pero si el castigo se funda en que B participa en dicho hurto *exteriormente sólo en un grado más limitado*, se tiene en cuenta el criterio *"objetivo"*.

Las palabras que emplea el § 47 ("ejecutan en común") indican especialmente un criterio *objetivo*. Sin embargo, la evolución, sobre todo de la jurisprudencia del Tribunal del Reich, ha adoptado, cada vez más, como *punto de arranque*, el criterio *subjetivo*; lo propio ha ocurrido a propósito de la teoría de la tentativa. La *Novela de 29 de mayo de 1943* (*RGBl.* I, 339) no modifica nada al respecto, por cuanto ha adoptado consciente y evidentemente el criterio de referencia en el § 50, párr. 1 (*Mod. Wege*, 29). En cuanto al período posterior a dicha Novela de 1943, por ejemplo, el Tribunal Regional Superior de Kiel en la sentencia de 9 de septiembre de 1946 (*DRZ* 1947, 134), dice lo siguiente: "Para el concepto de autor, es decisiva la *voluntad* de autor, mediante la cual el hecho es querido como propio. Estos *criterios subjetivos* se ponen de manifiesto, de ordinario, con hechos objetivos y, por lo tanto, se determinan a través de éstos."

También nosotros adoptamos fundamentalmente, como punto de partida, este criterio, que *conectamos* sin más a con-

sideraciones "objetivas" (*LeipzKomm.*, antes del § 47, N. 4). El *punto de partida* decisivo para diferenciar las distintas formas de participación es la *dirección subjetiva de la voluntad del partícipe*: el autor (§ 47) actúa con *voluntad de autor*, el instigador (§ 48) con *voluntad de instigador* y el cómplice (§ 49) con *voluntad de cómplice*. Pero tal dirección subjetiva de la voluntad se reconoce y se determina, por lo general, en virtud de determinadas *características* "objetivas" externas y está sujeta a ciertas limitaciones objetivas. El resultado de tales consideraciones es, por consiguiente, que el deslinde de las distintas formas de la participación se realiza por separado, con arreglo a *características subjetivas y objetivas*; con ello, nosotros sostenemos una *teoría mixta de la participación*. MAURACH (1954, p. 524) estima que predomina el momento *objetivo*.

Resulta suficiente aquí haber determinado el punto de partida fundamental; los demás puntos serán tratados cuando hagamos referencia a los conceptos de autor, de instigador y de cómplice.

§ 85. La accesoriedad de la participación

"Accesoriedad" significa que la coautoría (§ 47), la instigación (§ 48) y la complicidad (§ 49) dependen de la autoría de otro. Tal accesoriedad (dependencia) hace a la *esencia de la participación* y se liga con su concepto por una lógica necesidad; en efecto, no hay coautoría si no existe otro autor, ni hay instigación ni complicidad si no existe otro como autor. Lo que es objeto de discusión es determinar hasta dónde debe llegar esa dependencia. "La *naturaleza accesoria de la participación* pertenece a su *esencia*, aunque existen varios *grados* de dependencia" (*LeipzKomm.*, antes del § 47, N. 7). En este sentido, la situación ha experimentado, si partimos de la concepción dominante anterior, un *cambio* esencial y en extremo importante.

1. *Antes de la Novela de 29 de mayo de 1943* regía, prescindiendo del § 4 de la ley sobre tribunales de jóvenes, la llamada *accesoriedad extrema* (*Lehrb.*, 446-451; *Grd.*, 139 y 141): el coautor, el instigado, el auxiliado debían haber cometido, con arreglo a la anterior redacción de los § § 47-49, una *"acción punible"*. Según la teoría anterior, debían existir, en principio, en la persona del coautor, del instigado y del auxiliado, *todos* los requisitos de los que depende la "punibilidad" de una acción, y muy especialmente, también, los requisitos de la *culpabilidad* jurídico-penal. En consecuen-

cia, si, por ejemplo, el "otro" era inimputable o había actuado, en virtud de un error, con culpa y no con dolo, no existía "coautoría" con él, ni "instigación" a la acción cometida por él, ni "complicidad", con arreglo a los anteriores §§ 47, 48 y 49, respectivamente. Con arreglo a estos parágrafos, se podía excluir el castigo, debiéndose examinar cómo se podía fundamentar en otra forma otro castigo. Al presupuesto de la dependencia se conectaron exigencias "extremas".

2. La *Novela de 29 de mayo de 1943* (*RGBl.* I, 339), con su reglamento de la misma fecha (*RGBl.* I, 341), *ha introducido una modificación fundamental.* Con arreglo a la misma, rige, desde entonces, también en el derecho penal común, la llamada *accesoriedad limitada*; esto quiere decir que la coautoría, la instigación y la complicidad *dependen* como siempre de la acción de "otro", pero dentro de limitaciones determinadas. El "otro" debe haber cometido una acción *típicamente antijurídica* (por cuanto sin ella no puede haber formas "dependientes" de participación), pero no es necesario que haya cometido una acción *culpable.*

La *disposición fundamental contenida en el nuevo § 50, párr. 1,* pone de relieve este concepto: "si son varias las personas que participan en un hecho, cada una de ellas será punible de acuerdo con *su propia culpabilidad, prescindiéndose de la culpabilidad del otro".* Con estas palabras queda determinada la accesoriedad en su forma limitada (*LeipzKomm.*, antes del § 47, N. 7). El mencionado reglamento de 29 de mayo de 1943 ha subrayado ese concepto mediante la nueva redacción de los §§ 48 y 49; aquí ya no se hace referencia a la instigación y a la complicidad en una *"acción punible"* o en un "crimen o delito", sino a la participación en una "acción *conminada con pena* cometida por el mismo". Esta modificación del texto de la ley es en sí misma incomprensible. Pero se vuelve inteligible si se considera que ya la ley sobre los delincuentes habituales de 24 de noviembre de 1933, *anterior,* pues, a la Novela de 29 de mayo de 1943, había hablado, en los §§ 42 *b* y 330 *a* de una "acción conminada con pena" cometida por un inimputable (§ 51, párr. 1) y de una "acción conminada con pena" cometida por una persona en estado de ebriedad total, o sea, igualmente, inimputable (§ 51, párr. 1). Ahí se conectan los nuevos §§ 48 y 49, puesto que, con respecto a su ámbito, modifican algo el significado de la expresión (véase el § 52 de este libro). De acuerdo con lo que se acaba de decir, la situación jurídica es ahora la siguiente: según los nuevos §§ 48 y 49, en la acción del instigado o del auxiliado puede faltar, con arreglo al § 50, párr. 1, lo necesario para fundamentar la "culpabilidad"; deben exis-

tir, en cambio, como siempre, los requisitos de la acción y del injusto (*Mod. Wege*, 30). Aquí puede ser suficiente la acción del inimputable, así como la del que actúa con error que excluye la culpabilidad. Se puede "instigar" puniblemente también al inculpable, esto es, al que *no* es punible, y también a él se le puede "prestar ayuda" puniblemente, de conformidad con los nuevos § § 48 y 49. Así, el *Tribunal Federal* ha admitido expresamente *la participación en acciones no dolosas* (*JZ* 54, 312; en otro sentido, WELZEL, *JZ* 54, 429): con respecto a la *instigación*, véase la sentencia *BGHStr.* 4, 355 (4 *StR*, 224/53) y a la *complicidad*, la sentencia *BGHStr.* 5, 47 (4 *StR*, 112/53). MEZGER ha adherido al criterio en *JZ* 1954, p. 312 y sigts. En cambio, el que invoca en casos de esta especie la falta de un "hecho principal" más exactamente determinable, debería admitir *objetivamente* (abandonando la teoría "subjetiva" de la participación), la existencia de una *autoría mediata*, pero en el que tan sólo *quiere* instigar o auxiliar, no podría encontrar un dolo de autor, sino solamente un dolo de instigador o de cómplice y por este camino debería llegar igualmente al resultado de su castigo como instigador o cómplice. El *resultado* sería, pues, el mismo. Este principio será desarrollado luego, al tratar en particular la instigación y la complicidad.

La disposición del nuevo § 50, párr. 1, crea una *clara* situación jurídica; mientras menos papel jueguen en el instigado o en el auxiliado determinados requisitos de *culpabilidad*, tanto más deben realizarse en él todos los requisitos de la *acción* y del *injusto*. Esto rige, naturalmente, en el aspecto objetivo y en el subjetivo del injusto. El resultado es, por lo tanto, el siguiente: en la *autoría mediata* es suficiente cualquier "instrumento", por lo cual no interesa en absoluto la voluntad, en el sentido de que el autor se puede servir, para realizar el hecho, en lugar de un hombre, de cualquier otro instrumento vivo o inanimado. En cambio, en la *instigación* (§ 48) y en la *complicidad* (§ 49), el "otro" debe ser siempre una persona que actúa injustamente (*Mod. Wege*, 30), pero en este caso tampoco interesa su *culpabilidad*. Ya no es posible, según la disposición del § 50, párr. 1, limitar la posibilidad de la participación a la acción "dolosa" del autor principal.

Ya *antes* se podía reconocer una accesoriedad en parte limitada, como ya se ha dicho, al *ámbito especial del derecho penal de los jóvenes*, con arreglo al § 4 de la ley sobre tribunales de jóvenes de 16 de febrero de 1923 (*RGBl.* I, 135). Este parágrafo establecía que el instigador y el cómplice continuaban siendo punibles aun en el caso en que el autor quedara

exento de pena con arreglo a los § § 2 y 3 de la ley mencionada. La nueva redacción de los § § 48 y 49 de 29 de mayo de 1943 pone de manifiesto la exactitud de la concepción sustentada antes, de que el § 4 de la ley sobre tribunales de jóvenes de 1923 estructuraba un principio general de derecho penal. El *nuevo* derecho penal de los jóvenes, desde la ley sobre tribunales de jóvenes de 6 de noviembre de 1943 (*RGBl.* I, 635), está sujeto, en lo que atañe a la accesoriedad de la participación, a las disposiciones generales jurídico-penales, de modo que ya no tiene necesidad del § 4 de la ley sobre tribunales de jóvenes de 1923.

§ 86. El autor

Autor de un hecho punible es el que comete el hecho con voluntad de autor, en forma típica, y, en los casos pertinentes, causa el resultado del mismo (*LeipzKomm.*, antes del § 47, N. 3 y 5). Se desprende del § 47 que varios autores pueden participar en esa causación.

I. En primer término se debe responder la cuestión relativa a si existe un *concepto unitario de autor para todo el ámbito del derecho penal.* Algunos juristas autorizados lo ponen en duda (SCHAFFSTEIN, *ZStrW* 56, 107; LANGE, *ZStrW* 56, 151 y sig.; Eb. SCHMIDT, *Militärstrafrecht* 1936, p. 41). Dichos autores expresan con acierto que el contenido *material* del concepto de autor se deduce siempre, en el caso particular, del tipo concreto con arreglo al cual se determina el hecho punible. Pero esto no impide que el marco *formal* del concepto de autor pueda determinarse unitariamente para todo el ámbito del derecho penal.

II. *El concepto extensivo y el concepto restrictivo de autor.* En los últimos tiempos se ha discutido si, como base de las disposiciones de nuestro derecho penal, se debe tomar un concepto *extensivo* o un concepto *restrictivo* de autor; véanse ZIMMERL, *ZStrW* 49, 39 y sigts., y el *LeipzKomm.* (antes del § 47, n. 3), que se ocupa detenidamente de esta cuestión. Esto significa lo siguiente: se puede determinar el concepto de autor "extensivamente", puesto que en él se incluye toda cooperación en el hecho punible, en tanto que las "causas de restricción de la pena" de los § § 48 y 49 no la excluyan, esto es, que la cooperación sea declarada especialmente para la mera instigación o complicidad; o bien "restrictivamente", considerando que los § § 48 y 49 son "causas de extensión de la pena", que le *agregan* a la punibilidad formas determinadas de cooperación que todavía no serían, por sí mismas, punibles como auto-

ría. En principio, el criterio correcto es el señalado en primer término, esto es, el de adoptar para el derecho en vigor un *concepto extensivo de autor;* los § § 48 y 49 limitan la punibilidad a casos estrictamente circunscriptos. Con todo, este punto de vista no se puede realizar de manera completa, por cuanto, en *determinados* casos, estas disposiciones *extienden* excepcionalmente la punibilidad a formas de participación que de lo contrario no serían penalmente relevantes. De ahí que parecen en general como *causas de restricción de la pena,* pero, en distintos casos de excepción, son *causas de extensión de la pena.* Los casos de excepción que se toman en cuenta son los siguientes: a) La causación de determinadas *modificaciones del hecho* no puede fundamentar la autoría, pero sí la *complicidad* con arreglo al § 49; b) En los llamados *delitos especiales,* la posibilidad de la autoría se limita a grupos determinados de personas, en tanto que los instigadores y los cómplices también pueden ser personas que están fuera de tales grupos, por ejemplo, los que no son empleados públicos en los delitos de los empleados públicos (§ § 331 y sigts.). Lo propio rige respecto de los llamados *delitos de propia mano.* De ello se hablará, con detenimiento, un poco más adelante. MAURACH (1954, p. 497 y sigts.) se ha expresado en contra del concepto extensivo de autor.

III. *Las características de la autoría en particular.* Puesto que tomamos como punto de arranque, en principio, un *concepto extensivo de autor* (II), esto es, consideramos —prescindiendo de las dos excepciones a las que nos hemos referido hace un momento— que toda cooperación en el hecho punible es autoría, siempre que no se presente como instigación (§ 48) o como complicidad (§ 49), los *presupuestos de la autoría* son los siguientes:

1. El autor actúa con *voluntad de autor,* y no con mera voluntad de instigador o de cómplice. Las opiniones discrepan en cuanto a dónde reside la esencia de esta voluntad de autor (*LeipzKomm.,* antes del § 47, n. 4 a y § 47, n. 2).

a) De acuerdo con las llamadas *teorías del fin o de los intereses,* se considera como autor y se le atribuye una voluntad de autor al que persigue, con el hecho, finalidades e intereses propios, y no de otros (*LeipzKomm.,* 222-223). Pero esta teoría fracasa, por cuanto el derecho vigente conoce tipos que ya presuponen en el autor una acción dirigida a finalidades e intereses de otros. Así, por ejemplo, el § 216 castiga el homicidio realizado a raíz de un pedido serio y expreso de la víctima, y los § § 253 y 263 (extorsión y estafa) admiten la autoría aún si se aspira a procurar una ventaja de orden patrimonial a un "tercero"; también el hurto (§ 242) puede

cometerse mediante autoría en favor de otro. Por lo tanto, para la determinación del concepto de autor, no interesan en forma decisiva la dirección de la finalidad y los intereses del que actúa. Pero ello no impide que esto sea tenido en cuenta, para averiguar si existe, en el caso concreto, voluntad de autor, y, por lo tanto, no deja de tener significación como "indicio".

b) Más acertadas son las llamadas *teorías del dolo*, con arreglo a las cuales lo que interesa es, en principio, la dirección y la intensidad de la voluntad de autor (*LeipzKomm.*, 222). El autor quiere el hecho *"como propio"*, y no, como ocurre en el caso del instigador y del cómplice, como de otro; actúa con 'animus auctoris' y no con mero 'animus socii'; quiere "realizar", y no simplemente, como el cómplice, "auxiliar" a otro y, en consecuencia, "subordinar" su voluntad a la de otro. Pero el hecho se quiere como "propio", si no se lo quiere "como de otro"; el que quiere y realiza el hecho, lo quiere, mientras no conste lo contrario, "como propio".

Este punto de partida se apoya, esencialmente, en la jurisprudencia del Tribunal del Reich; numerosos ejemplos al respecto se encuentran en el *Lehrbuch* (p. 443) y en el *Leipziger Kommentar* (p. 223). La sentencia *RGStr.* 66, 240, ofrece un resumen sobre el particular. Puede ser suficiente también una simple cooperación "intelectual" (*RGStr.* 71, 25).

c) Pero ¿quién quiere el hecho "como *propio*" y *no* "como *de otro*"? No es suficiente el "deseo del autor" o *su* declaración de querer el hecho solamente como de otro. Aquí no es él el que juzga, sino el ordenamiento jurídico. Lo que interesa es el "sentido objetivo" del autor, lo que éste realiza voluntariamente. La sentencia 74, 84 del Tribunal del Reich descuida este punto, lo cual es objeto de críticas acertadas de parte de von KLEE (*ZAkDR*, 1940, p. 188) y de GRAF ZU DOHNA (*DStR*, 1940, p. 120). HARTUNG ofrece datos interesantes acerca de la historia del "caso de la bañera" (*JZ* 54, 430). La persona que ha matado con sus propias manos al hijo de otro (§ 217), no puede ser un mero cómplice. El que *quiere realizar y realiza todo el tipo personalmente, "quiere"*, en realidad, el hecho *"como propio"*. Esto se ha reconocido con acierto también posteriormente; en tal sentido se han expresado, por ejemplo, los Tribunales Regionales Superiores de Kiel (sentencia de 9 de septiembre de 1946; *DRZ* 1947, 134) y de Gera (*NJW* 1947, fasc. 1, p. 30, N. 16). Por lo tanto, no es determinante saber cómo considera el autor su acción, sino qué *es* su acción. De acuerdo con el punto de partida subjetivo de la teoría de la participación, lo que decide (*LeipzKomm.*, 215-216 y 222) es lo *querido* por el autor, pero lo *querido en su significación objetiva.*

En consecuencia, no existe solamente participación en acciones dolosas, sino también en acciones *no* dolosas, por ejemplo, culposas. BOCKELMANN (1949, p. 5, 19 y 47), que niega este criterio y limita la participación a la participación en acciones dolosas (porque sin dolo se supone que nadie podría ser autor principal), no tiene en cuenta que el juicio acerca de si una acción ha sido querida como propia o de otro, no se decide en el marco del dolo, sino en el de la acción y de la finalidad que tiene. Además, esa limitación (esto es, el requisito del dolo en el autor principal) estaría en desacuerdo con el § 50, párr. 1, en el sentido que se le debe dar a este parágrafo en su anterior redacción.

2. Esta acción con voluntad de autor queda sujeta como autoría, también en otro aspecto, de acuerdo con el punto de partida subjetivo-objetivo de la teoría de la participación (*LeipzKomm.*, 216), a ciertas *limitaciones objetivas*. El autor debe realizar siempre *por sí mismo* una *característica del tipo* que es esencial para el hecho punible concreto; no es preciso que lo haga "personalmente", por cuanto a él le basta la realización por intermedio de un coautor (§ 47) u obrar como autor mediato. Pero el que ejerce influencia, además de la que atañe a aquellas características *esenciales* del tipo, en la formación del hecho *exclusivamente* en su forma particular de aparición, por ejemplo, creándole al autor una situación más favorable al procurarle instrumentos determinados, no se convierte, por ello, en autor; pero puede ser, por lo menos, cómplice con arreglo al § 49 (véase el *LeipzKomm.*, § 49, n. 2).

3. Por último, el concepto de autor encuentra ciertas limitaciones por la circunstancia de estar circunscripto, en algunos hechos punibles (llamados *delitos especiales*), a grupos determinados de personas, y, en otros (llamados *delitos de propia mano*), por requerir la acción personal.

Delito especial ('crimen' especial, 'delito' especial, 'delictum proprium') es el hecho punible en el cual la posibilidad de una autoría inmediata está limitada típicamente a un círculo determinado de autores, esto es, a lo que está especial y personalmente cualificado (*LeipzKomm.*, antes del § 47, n. 5 b). Los delitos de los empleados públicos (§§ 331 y sigts.) representan los ejemplos más importantes de delitos especiales; también son delitos especiales los hechos punibles en los que la autoría está ligada con determinadas condiciones jurídicas (abogado, § 300; tutor, § 181; etc.) o naturales (sexo masculino, §§ 175 y 181 *a*; etc.).

Delito de propia mano es el hecho punible que el autor puede cometer solamente en persona (*LeipzKomm.*, antes del § 47, n. 5 a). Queda excluída, por consiguiente, la autoría

mediata. El § 160 ofrece un ejemplo con respecto a los delitos relativos al juramento; un falso juramento puede ser prestado solamente por la persona que jura. Por lo demás, el grupo de los casos que pertenece a esta categoría de hechos punibles es objeto de muchas discusiones (*Grd.*, 135 y 136-137; *Leipz-Komm.*, § 47, n. 1 a).

§ 87. (Continuación): el autor mediato

Autor mediato es el que admite que otra persona, de la que se sirve como instrumento, realice para él mismo, total o parcialmente, el tipo de un hecho punible. El autor mediato no puede ser instigador o cómplice; en efecto, no sería, en ninguno de estos dos casos, ni autor, ni autor mediato. La autoría mediata está excluída en los llamados delitos de propia mano. "Instrumento" es una persona que actúa voluntariamente y que es, a veces, incluso, punible; si se la utiliza como objeto *sin voluntad propia*, si, por ejemplo, se la maneja recurriendo a la 'vis absoluta', existe, en el autor, autoría inmediata. Confr., por otra parte, el *Lehrbuch* (p. 425 y sigts.), el *Grundriss* (p. 134-137) y el *Leipziger Kommentar* (antes del § 47, n. 6 y § 47, n. 9).

Muy discutida es la cuestión de si es posible la autoría mediata también con la ayuda de un *instrumento que obra conforme a derecho*, como lo afirma expresamente el código penal de Turingia del 1º de noviembre de 1945 en el § 47, párr. 1. El *Leipziger Kommentar* (§ 47, n. 9 b, a a) trata ampliamente esta cuestión, que es, en parte, tan sólo de índole terminológica. En el *Lehrbuch* (p. 427, nota 4), hemos *negado* dicha posibilidad, remitiéndonos a la amplia fundamentación contenida en la *ZStrW*, vol. 52, p. 529 y sigts. Pero debemos reconocerla, o sea, *afirmarla*. La necesidad de este cambio se desprende de lo siguiente: en el *Lehrbuch* (p. 235-236) nos hemos conformado, a propósito de la legítima defensa del § 53, con la existencia de una situación *externa* (de modo que el problema de la legítima defensa y, por lo tanto, de la acción conforme a derecho, debía ser apreciada *con criterio unitario* respecto de *todos* los partícipes), en tanto que en el *Grundriss* (p. 77) hemos requerido, de acuerdo con las sentencias *RGStr.* 54, 196 y 60, 261, la *voluntad* de defensa en el autor, con arreglo al § 53. Pero, si se justifica, esto es, si se considera conforme a derecho una acción por legítima defensa (§ 53) *sólo* si la legítima defensa ha tenido lugar *subjetivamente* con una intención de defensa, esta misma intención puede faltar en el "autor mediato" (o sea, éste puede

actuar antijurídica y puniblemente), en tanto que el "instrumento" tuvo esa intención, a saber, procedió *conforme a derecho*. MAURACH (1954, p. 512 y sigts.) adhiere, en cuanto al resultado, a este punto de vista.

Por otra parte, se toman en cuenta, en el derecho vigente, *tres grupos* de autoría mediata (siempre que el que utiliza el "instrumento" actúe con voluntad de autor).

1. El "instrumento", esto es, la persona utilizada para la realización del hecho, *no* actúa *dolosamente*. No actúa culpablemente, en este sentido, el *inimputable*. Es indiferente si tal ausencia de intención culpable depende del § 51 (*RGStr.* 31, 82 y 40, 21) o del § 3 de la ley sobre tribunales de jóvenes (*RGStr.* 53, 180 y 61, 265). No actúa, además, dolosamente, *el que está en un error* acerca de un punto esencial (§ 59), aun en el caso de que obre, tal vez, culposamente (*RGStr.* 39, 298 y 47, 147); y tampoco actúa dolosamente el que se beneficia con una *causa* eficaz *de exclusión de la culpabilidad*, por ejemplo los § § 52 ó 54 (*RGStr.* 31, 395 y 64, 30). El *Leipziger Kommentar* (lug. cit.) y el *Grundriss* (p. 136) se ocupan ampliamente de estas cuestiones que son, en parte, difíciles y complicadas.

2. El "instrumento", esto es, la persona utilizada para la realización del hecho, *no* actúa con *voluntad de autor*. Un hecho puede cometerse en autoría mediata también por intermedio de un *cómplice* (§ 49), quien es, por su parte, punible como tal. Trátase, en este caso, del llamado *instrumento doloso desprovisto de intención*, a saber, una persona que obra dolosamente, pero sin tener la intención que es necesaria para la realización del hecho: el caso, por ejemplo, de quien hurta sin tener la intención de adueñarse de la cosa (§ 242). En el *Lehrbuch* (p. 428-429) no hemos admitido, desde el punto de vista de una teoría objetiva de la participación, esta forma del denominado instrumento-cómplice doloso. Como ya lo hemos puesto de relieve en el *Grundriss* (p. 136), esta forma se justifica sobre la base de una concepción subjetiva. El Tribunal del Reich reconoce, en jurisprudencia constante, el "instrumento-cómplice"; el *Leipziger Kommentar* (lug. cit., b b) ofrece al respecto distintas demostraciones (*RGStr.* 62, 390 y 63, 313) y otros datos.

3. El "instrumento", esto es, la persona utilizada para la realización del hecho, actúa, *en el delito especial*, sin estar cualificado para la autoría. El que no está cualificado no puede ser autor; pero el cualificado, por ejemplo, el empleado público que utiliza al no cualificado (el que no es empleado público) para la ejecución del hecho, es punible como autor mediato. El que no está cualificado puede volverse punible

como cómplice. En los delitos especiales "impropios" existe otra posibilidad; ésta constituye una particularidad de la que hablaremos a propósito de la coautoría (véase también el *LeipzKomm.*, lug. cit., c c).

§ 88. (Continuación): la coautoría

Coautor es el que, como autor inmediato o mediato, comete un hecho punible conjuntamente con otros autores, esto es, en cooperación consciente y querida (*RGStr.* 5, 306). A cada uno de ellos se le imputará, con arreglo al § 47, el acto conjunto, sin tener en cuenta la cooperación que haya prestado al hecho, ni, muy especialmente, el punto a que haya llegado la realización personal del mismo. Véanse, por otra parte, el *Lehrbuch* (p. 421 y sigts.), el *Grundriss* (p. 137) y el *Leipziger Kommentar* (nota al § 47).

1. El *acuerdo sobre el acto conjunto*, o sea la *"cooperación consciente y querida"* de los distintos coautores, puede surgir con anterioridad al hecho (el llamado complot), durante el mismo (la denominada coautoría casual) o después que éste se haya realizado parcialmente por los coautores (coautoría sucesiva). Puede realizarse expresa o tácitamente con acciones concluyentes (*RGStr.* 49, 239 y sigts.). El *Lepziger Kommentar* se ocupa, con amplias remisiones (§ 47, n. 3), del difícil problema, tratado también de distintas maneras en la jurisprudencia del Tribunal del Reich, de si la resolución de los distintos coautores debe referirse exactamente a la misma forma de hecho punible; ello no puede ser afirmado completamente (es posible, p. ej., la coautoría entre el hurto simple y el hurto de comestibles o en el caso de que exista una intención distinta). En cambio, si se trata de hechos del todo diferentes, como ser el robo y el acceso carnal violento, no es posible la coautoría, tampoco si ellos presentan ciertas características de igual naturaleza, como ser, en este ejemplo, el empleo de la violencia. En cuanto a la denominada coautoría sucesiva, puede fundamentar la corresponsabilidad por lo anteriormente realizado, en lo que se refiere al coautor que ahora interviene, la circunstancia de que no existe un simple conocimiento, sino un consentimiento externo o interno posterior para *utilizar* la situación que ya se había creado; pero la cuestión es objeto de discusiones (*LeipzKomm.*, p. 224). El Tribunal Federal está de acuerdo, en la sentencia 2, 344 y sigts., con el criterio sustentado aquí; no adhiere al mismo, en cambio, el Tribunal del Reich. No es posible una coautoría *unilateral*; constituiría una contradicción con su esencia. En

cambio, la inimputabilidad y, en consecuencia, la impunidad de una persona que coopera en un hecho de acuerdo con la accesoriedad limitada, *no* excluye la coautoría con un inimputable.

2. El plan conjunto (N. 1) determina el *alcance de la responsabilidad jurídico-penal de cada coautor*. Por lo tanto, un coautor *no* es responsable de un *exceso* realizado por otra persona que coopera en el hecho, esto es, de aquello que esta otra persona hace, extralimitándose: *RGStr.* 57, 307 y 67, 369. Como declara expresamente ahora el § 50, párr. 1, cada coautor es responsable solamente según el grado de su propia culpabilidad. Pero es posible que el plan concebido originariamente haya sido ampliado, de común acuerdo, durante la ejecución. Por otra parte, la actividad de un coautor puede ser muy distinta dentro del plan común y puede consistir, asimismo, en una omisión (*LeipzKomm.*, § 47, n. 4). Es posible la coautoría en hechos culposos (*LeipzKomm.*, § 47, n. 5, con datos bibliográficos y jurisprudencia discordante).

Si *falta* una resolución y un plan comunes, hablaremos de simple *autoría accesoria*. En este caso, cada coautor es autor en sentido jurídico y el § 47 no es aplicable (*LeipzKomm.*, § 47, n. 3). No hay coautoría si se realiza una actividad contrapuesta, como la a que se refiere el § 175: *RGStr.* 72, 25. Es posible una coautoría *parcial*, por ejemplo en el caso de que sólo uno de los coautores tenga la intención de matar a la persona que hacen objeto de malos tratos (*RGStr.* 44, 321); si dicha intención *no* existe, el partícipe es autor accesorio (*LeipzKomm.*, § 47, n. 6).

3. Un examen particular requiere, finalmente, la *coautoría en los delitos especiales*. El propio concepto de delito especial, que limita la posibilidad de la autoría (y también, pues, de la coautoría) a un grupo determinado de personas y que, por lo tanto, excluye del mismo a las personas extrañas (no cualificadas), debería traer como consecuencia la imposibilidad de la participación de un no cualificado como coautor. Pero este criterio está sujeto a ciertas *limitaciones*. Se admite que es suficiente la idoneidad del coautor sólo respecto de distintos actos típicos (p. ej., el empleo de la violencia en el § 177: en el mismo sentido, la sentencia *BGHStr.* 6, 226); de ahí que una mujer puede ser coautora en el acceso carnal violento del § 177. Por otra parte, se debe distinguir entre *delitos especiales propios e impropios* (véase, al respecto, el *Grd.*, 142-143 y el *LeipzKomm.*, antes del § 47, n. 5 b). Las mismas reglas valen también respecto de la imposibilidad o la posibilidad de una autoría mediata (*LeipzKomm.*, § 49, n. 9 a).

a) Se llaman *delitos especiales propios o unidos con la*

autoría los hechos punibles que no pueden cometerse por no cualificados (personas extrañas) como autores y *tampoco* como coautores o autores mediatos. Se deduce del § 271 que una persona que no es empleado público no puede cometer una falsedad documental con arreglo al § 348, párr. 1, en coautoría o en autoría mediata con un empleado público; este mismo principio debe aplicarse, por lógica, a todos los delitos cometidos en el ejercicio de funciones públicas. Aquí, la coautoría y la autoría mediata están siempre *unidas con la autoría.*

b) Se llaman *delitos especiales impropios o unidos con un resultado* los hechos punibles que no pueden cometerse por no cualificados (personas extrañas) como autores, pero sí como coautores y autores mediatos. En efecto, la ley quiere impedir, sobre todo, el resultado, de modo que la conminación de la pena se dirige también a la participación de cooperación o mediata de una persona extraña. La admisión de una cualidad personal en el tipo legal *no* tiene siempre el sentido de excluir también la coautoría y la autoría mediata de los no afectados por esa cualidad (*Grd.*, 137 y 143). Esto concierne, *por ejemplo, al* § 176, N. 2 *o al* § 173; *en el* § 176, N. 2, *puede* ser *coautora* también una mujer.

El deslinde entre delitos especiales propios e impropios constituye, por otra parte, una *cuestión de interpretación* (*LeipzKomm.*, § 47, n. 1 b); depende de las circunstancias si la ley quiere poner siempre en primer plano la cualidad especial de autor de quien actúa *o* el impedimento del resultado. Como diremos después en detalle, también en los delitos especiales propios, el no cualificado (persona extraña) puede ser punible como instigador o cómplice; por lo tanto, la cuestión puede ser planteada de la siguiente manera: si corresponde más al sentido de la ley limitar siempre su punibilidad a los § § 48 y 49 o bien recurrir, dado el caso, también al § 47.

§ 89. El instigador

I. *Instigador de un hecho punible es el que hace surgir en otro, con voluntad de instigador, la resolución de cometer un hecho, y da lugar, de tal manera, a que cometa el hecho como autor.* También aquí rige el principio de la accesoriedad limitada. Para "determinar a otro a la acción" (§ 48 sobre la instigación), es suficiente (¡*contrariamente* a lo que ocurre en el § 43!) hacer surgir en él la "resolución" de realizar el tipo del *injusto*: por ejemplo, dar a un tercero un veneno mortal, aun en el caso de que el "otro" no sepa que se trata efectivamente de un veneno. A los fines de la "resolución" a la que el § 43

se refiere, son necesarios —por decirlo con otras palabras— la voluntad finalista del tipo y un dolo dirigido finalísticamente a matar; en cambio, a los fines de la "resolución" que el instigador debe hacer surgir con arreglo al § 48, es suficiente la voluntad finalista de la situación de hecho que fundamenta la antijuridicidad; puede *faltar*, en el instigado, una relación finalista respecto del homicidio. El § 48 es determinante. Existe solamente la instigación *dolosa*. Véanse el *Lehrbuch* (p. 432 y sigts.) y el *Grundriss* (p. 138-140).

Los puntos de vista relativos a la *esencia de la instigación* son, por lo general, los dos siguientes. De acuerdo con uno de ellos, es característico de la instigación *hacer surgir en el autor una resolución delictiva*, lo cual es punible siempre que dicha resolución dé lugar a la posterior comisión del hecho punible. Según el otro concepto, la instigación consiste esencialmente en la *causación del delito cometido por el instigado*, y precisamente en la forma especial de crear una condición a través de una actividad mediata (*LeipzKomm.*, § 48, n. 1). La ley en vigor (§ 48) concibe al instigador como partícipe en el delito del autor y toma como punto de partida, por consiguiente, el criterio mencionado en primer término. Contrariamente a lo que ocurre en la autoría, el *hecho* al que se instiga no es querido como propio, sino *como de otro* (*RGStr.* 59, 34; 61, 32; 63, 313 y 373); allí está la diferencia fundamental entre la voluntad de instigador y la voluntad de autor. Tampoco el cómplice quiere el hecho como propio, pero, mientras la complicidad consiste en una prestación de ayuda para un hecho de otro, la instigación está dirigida, en cambio, a hacer surgir en otra persona la resolución a cometer un hecho como propio (en la forma circunscripta que hemos señalado al comienzo). Es suficiente que el hecho sea posible en la persona del autor; no es necesario que sea punible del mismo modo en la persona del instigador. Pero la instigación es, asimismo, causación de un hecho cometido por otro: el instigador representa la causa remota del hecho, es el "causante intelectual" del mismo, pero no se convierte en autor mediato (dado que no quiere el hecho "como propio", esto es, no tiene ninguna voluntad de autor). Estos conceptos hacen recordar, en el derecho en vigor, también el *segundo punto de vista* mencionado a propósito de la esencia de la instigación. Cuando la ley penal castiga al instigador, *no* lo hace por ser éste responsable de la *punibilidad* de otro, sino por la circunstancia de haber provocado, como causante remoto, la comisión del *hecho punible* (*RGStr.* 5, 228); desde que la ley ha pasado a la accesoriedad limitada, este concepto es más evidente hoy que antes.

Si el instigador no quiere el resultado, si, por ejemplo,

quiere tan sólo excitar a otro a la comisión del hecho, a fin de descubrir al instigado e impedir de tal modo el resultado, le falta el dolo que la instigación requiere (es el caso del llamado *'agent provocateur', agente provocador*). Tampoco existe dolo de tentativa (*RGStr.* 16, 25). En cambio, la responsabilidad a título de culpa es posible. Por otra parte, si el instigador quiere la consumación del hecho, aunque sea sólo para que el instigado sufra el castigo, será, en principio, punible, siempre que no existan causas especiales de justificación o de exculpación (*Grd.*, 139 y *LeipzKomm.*, § 48, n. 2 d, al final).

II. *Detalles sobre la instigación.* De conformidad con lo que se ha dicho hasta ahora, se deduce una serie de consecuencias. Acerca de la llamada *instigación en cadena,* véase la sentencia *BGHStr.* 6, 359 y sigts.

1. También en la instigación, la responsabilidad queda delimitada por la extensión del *dolo,* esto es, por el grado de culpabilidad de parte del instigador (§ 50, párr. 1). El instigador no responde del *exceso* del instigado, así como el exceso del coautor no fundamenta responsabilidad alguna respecto de otros coautores (*Grd.*, 139 y *LeipzKomm.*, § 48, n. 3 c). Véase al respecto también la sentencia *BGHStr.* 2, 223.

2. Dado que el instigador debe haber "determinado" al instigado y "hecho surgir" en éste la resolución de cometer el hecho, no puede ser instigado el que *ya ha resuelto la comisión del mismo* ('omnimodo facturus') (*RGStr.* 36, 402), tampoco en el caso en que la circunstancia de haber éste reflexionado sobre el hecho no representa un impedimento para la instigación (*RGStr.* 37, 171). La instigación puede ser dirigida también a la comisión de *un delito culposo*; en sentido contrario, la jurisprudencia en el período en que no regía el actual § 50, párr. 1 (véase el *LeipzKomm.*, § 48, n. 2 b): la afirmación del criterio mencionado se deduce del principio, aun más extenso, al que nos referiremos a continuación (N. 3).

3. Como consecuencia de la accesoriedad limitada vigente (§ 50, párr. 1), la circunstancia de que el instigado sea *inimputable o, de todos modos, inculpable,* no impide la punibilidad del instigador; esta cuestión, que fué objeto de discusiones (*Grd.*, 139), está hoy solucionada por el § 50, párr. 1, según lo que ya hemos dicho en el § 85, N. 2 y en este § 89, I: *en el mismo sentido,* la sentencia *BGHStr.* 4, 355. Si el "instigador" estaba en conocimiento de la inimputabilidad del otro, y, pues, no lo quiso "instigar", *sino* utilizar "como instrumento", es *autor mediato.* Esto vale también para otros casos, en que el agente haya actuado con voluntad de autor y no de instigador.

4. *Es posible la instigación a la comisión de un delito especial por parte de un no cualificado.* Se puede tratar tanto de

delitos especiales impropios (unidos con un resultado) como de delitos especiales propios (unidos con la autoría). Este principio corresponde al que sustentan la teoría y la práctica dominantes (*RGStr.* 63, 31 y 318). En los delitos especiales impropios, esto es, aquellos en que se castiga más severamente al cualificado, la pena más benigna se desprende, respecto del no cualificado, del § 50, párr. 2; en los delitos especiales propios, esto debe admitirse análogamente, en el sentido de atenuar la pena correspondiente a la complicidad (*Grd.*, 143 y *LeipzKomm.*, § 48, n. 5, con demostraciones; niega este criterio MAURACH (1954, p. 578).

5. La *instigación tentada* quedó impune, con prescindencia de disposiciones especiales, hasta la Novela de 29 de mayo de 1943. Con arreglo a la misma, la *punibilidad de la instigación sin resultado en los crímenes* se deducía de la nueva redacción del § 49 *a* con la posibilidad de atenuación prevista en el § 44; el *Leipziger Kommentar* se ocupa detenidamente de ello (6ª ed., 1944, p. 349-350, N. 10). La disposición siguió rigiendo: *BGHStr.* 1, 59. Pero ha sido modificada parcialmente por la tercera ley para la modificación del derecho penal de 1953, sobre todo en las disposiciones referentes al desistimiento del párrafo 3 (véanse, al respecto, los comentarios de DREHER, *JZ* 53, 425, y, acerca de la evolución e interpretación de la disposición, MAURACH, 1954, p. 562). A los efectos del carácter de crimen, interesa la persona que debía ser instigada; *BGHStr.* 6, 308. La incitación hecha por una mujer embarazada a un médico para que realice el aborto es, a pesar de lo que dispone el § 218, párr. 1, una incitación a un crimen: *BGHStr.* 4, 17. El § 49 *a no* se refería, en su redacción anterior ni se refiere en la que rige en la actualidad, a los delitos y a las contravenciones. Si *el hecho cometido por el instigado* permanece en la fase de una *tentativa* punible (§ 43), ésta es determinante a los fines de la punibilidad del instigador. Véase también la sentencia *BGHStr.* 1, 133. Según MAURACH, la disposición no es, sin más, subsidiaria, sino que deja pendiente el concurso ideal (p. 569), y el párr. 4 debe regir para *todas* las formas de la participación y de la autoría (p. 570); pero este último punto no encuentra apoyo alguno en la ley.

6. La *pena que corresponde al instigador* se determina con arreglo al § 48, según el marco penal que rige también para el autor.

III. Acerca de la delimitación, muy difícil pero también fundamentalmente importante, entre autoría mediata e instigación, confr. los comentarios, ilustrados con ejemplos, en *Mod. Wege* (1950, p. 29-32).

§ 90. El cómplice

I. *Cómplice en un hecho punible es el que auxilia, con voluntad de cómplice, el hecho del autor.* El cómplice actúa con *voluntad de cómplice*, con 'animus socii'. No quiere el hecho como propio, sino *"como de otro"*; allí está la diferencia entre el cómplice y el autor; la actitud subjetiva, la dirección de la voluntad son distintas. El § 48 tiene la preferencia si existe la voluntad del instigador juntamente con los demás presupuestos de la instigación. De lo contrario, se aplica el § 49. Con arreglo a este parágrafo, puede haber una complicidad punible solamente si se trata de crímenes y de delitos, y de tentativa de crímenes y delitos (*RGStr.* 61, 361). La complicidad en las contravenciones es impune, siempre que la ley no establezca especialmente una pena.

Si el cómplice no quiere el resultado, se aplicarán los mismos principios ya mencionados a propósito de la instigación. El que, por ejemplo, entrega a sabiendas un medio *inidóneo* para la realización de un aborto, no puede ser castigado por complicidad en el aborto: *RGStr.* 44, 230; 56, 169; 60, 23. La complicidad puede realizarse con *medios* externos ("por hechos": el llamado auxilio físico) o anímicos ("por consejos": el llamado auxilio psíquico). El auxilio puede ser prestado también mediante una omisión, si existe un deber jurídico de evitar el resultado del hecho principal. La actuación del cómplice puede tener lugar *con anterioridad* a la resolución del autor principal de cometer el hecho y *con anterioridad* a la iniciación de éste; una vez que el hecho está terminado, no se admite la complicidad (*LeipzKomm.*, § 49, n. 3 y 6 b al final).

II. *Detalles sobre la complicidad.* También la complicidad da lugar a una serie de consecuencias, que guardan relación con los puntos de vista generales.

1. Aun en la complicidad, la responsabilidad queda delimitada por la extensión del *dolo*, esto es, por el grado de culpabilidad de parte del cómplice (§ 50, párr. 1). El cómplice no responde del *exceso* del autor, así como el exceso del coautor o del instigado no fundamenta responsabilidad alguna respecto de otros coautores o del instigador, respectivamente (*Grd.*, 141 y *LeipzKomm.*, § 49, n. 5 b).

2. La complicidad *culposa no* está incluída en el § 49, por cuanto será castigado, de conformidad con esta disposición, sólo el que presta auxilio "a sabiendas". Pero el 'dolus eventualis' es suficiente (*RGStr.* 72, 24). El auxilio puede ser pres-

tado también para una *omisión* (*RGStr.* 51, 39), y para un *hecho culposo;* esto último no se había admitido nunca por la jurisprudencia del Tribunal del Reich (*RGStr.* 51, 39 y sigts.; 58, 164; véase el *LeipzKomm.*, § 49, n. 4). La sentencia 1, 282-283 del Tribunal Federal ha dejado pendiente la cuestión (véase, sobre el particular, lo que hemos dicho en el § 86, III, 1 c, al final). La afirmación del criterio mencionado se deduce del principio, aun más amplio, al que nos referimos a continuación (N. 3).

3. Como consecuencia de la accesoriedad limitada, que es hoy determinante (§ 50, párr. 1), la circunstancia de que el autor sea *inimputable o* que la persona a la que se presta el auxilio sea, *de todos modos, inculpable,* no impide la punibilidad del cómplice; antes se discutía, aquí también, sobre la eficacia jurídica de una tal circunstancia (*Grd.*, 141), pero la dificultad ha sido solucionada por el § 50, párr. 1, como ya hemos dicho en el § 85, N. 2: *en el mismo sentido,* la sentencia *BGHStr.* 5, 47. La ley para la modificación del derecho penal ha confirmado indirectamente dicho criterio al derogar el § 49 *a*, párr. 3. Presenta ciertas dificultades el hecho de que el cómplice tenga conocimiento de tales circunstancias; no se podría decir *siempre* que con tal conocimiento quedaría fundamentada la voluntad de querer el hecho "como propio", por cuanto, si tal ocurre (por lo general, las más de las veces) con arreglo a la situación de hecho, la complicidad se convierte en autoría inmediata o mediata.

4. *Es posible la complicidad en un delito especial por parte de un no cualificado*; así lo afirma, en jurisprudencia constante, el Tribunal del Reich (*RGStr.* 27, 159 y 76, 251). En un delito impropio cometido en el ejercicio de funciones públicas, la sentencia *RGStr.* 75, 289, admite acertadamente la complicidad sólo para el delito en general (el § 246 en lugar de los § § 350 y 351).

5. La *complicidad tentada* quedó impune, con prescindencia de disposiciones especiales, hasta la Novela de 29 de mayo de 1943. Con arreglo a la misma, la *punibilidad de la complicidad sin resultado en los crímenes* se deducía del § 49 *a*, párr. 3; más datos ofrece al respecto el *Leipziger Kommentar* (6ª ed., 1944, p. 350, N. 12). La disposición referida dió lugar, como ya hemos puesto de relieve en la cuarta edición de esta obra (1952, p. 213), a resultados injustos, por cuanto la punibilidad del cómplice quedaba fijada antes que la del autor. Afortunadamente, el anterior párrafo 3 ha sido nuevamente *suprimido*; en efecto, la tercera ley para la modificación del derecho penal de 1953 ha redactado en otra forma el § 49 *a*; también DREHER es partidario de esta nueva redacción

(*JZ* 53, 425). Tampoco con arreglo a la Novela de 1943, el § 49 *a*, párr. 3 era aplicable a los delitos y a las contravenciones. Si *el hecho cometido por el auxiliado* permanece en la fase de una *tentativa punible* (§ 43), ésta es determinante a los fines de la punibilidad del cómplice. Si el hecho principal no es antijurídico, la complicidad es impune (*LeipzKomm.*, § 49, N. 8).

6. La *pena que corresponde al cómplice* se determina con arreglo al § 49, párr. 2, con carácter facultativo, de conformidad con los principios sobre la tentativa. En la complicidad tentada (que ha sido suprimida) del § 49 *a*, párr. 3 de la Novela de 1943, el juez podía, según su prudente criterio, atenuar la pena o prescindir de ella.

§ 91. Las condiciones personales de los partícipes

LeipzKomm., § 50.

El § *50, párr. 2* se refiere a las *cualidades y condiciones personales* de los partícipes. Reza:

"Si la ley dispone que cualidades o condiciones personales especiales agravan, atenúan o excluyen la pena, ello rige solamente para el autor o el partícipe en el cual ellas se presentan."

La presente disposición no se ocupa de las circunstancias que fundamentan la pena, sino solamente de las circunstancias que la agravan, atenúan y excluyen, y tales circunstancias consisten tan sólo en las "cualidades y condiciones personales" (*LeipzKomm.*, § 50, n. 1 y 9). De ahí se deduce lo siguiente:

1. *Las cualidades y condiciones personales que fundamentan la pena* limitan la *autoría* a grupos determinados de personas y crean, por consiguiente, delitos especiales en el sentido al que ya nos hemos referido. El § 50, párr. 2, actualmente en vigor, *no* afecta a las mismas (*LeipzKomm.*, § 50, n. 13). De ello se deduce, en primer término, que *es posible, en principio, una instigación punible a la comisión de un delito especial y una complicidad punible en un tal delito, también por parte de un no cualificado (persona extraña).*

Esta es la opinión corriente de los autores, los cuales, sin embargo, por faltar en el § 50, párr. 2, las circunstancias que fundamentan la pena, tienden a sacar consecuencias *excesivamente amplias.* No es correcto inferir que esta falta debería determinar siempre, con respecto a tales circunstancias que fundamentan la pena, la aplicación de *lo contrario* de lo que

establece el § 50. Efectivamente, también en este caso es admisible un tratamiento especial de la persona afectada; que ello es posible, lo demuestra el *Leipziger Kommentar* (§ 50, n. 13) con algunos ejemplos extraídos de la Parte especial. Es conveniente sobre todo tratar de manera especial a la persona extraña que instiga a cometer un delito especial propio, en cuanto a ella se le aplica sólo la pena que corresponde al cómplice y no la que alcanza al autor (instigador) (*Grd.*, 143). En cambio, en el delito especial unido con un resultado (impropio), no hay motivo alguno para limitar de tal manera la pena atenuada (*Grd.*, 144).

2. También el nuevo § 50, párr. 2 (Novela de 29 de mayo de 1943) pone muy especialmente de relieve las *cualidades y condiciones personales que agravan y atenúan al pena.* El hecho de que antes se emplearan los términos "aumentar" y "disminuir" y que ahora el texto legislativo hable de "agravar" y "atenuar", no significa modificación sustancial alguna; en efecto, en la redacción de la nueva disposición se ha tenido en cuenta el uso más reciente del idioma. En lo que concierne al § 50, párr. 2, rige, para los distintos partícipes, un *marco penal distinto*: la agravación y la atenuación de la pena alcanzan al *partícipe* solamente si aquellas cualidades y condiciones se presentan también *en él*, y lo alcanzan *aun en el caso* en que *no* se presenten en el autor (*LeipzKomm.*, § 50, n. 14). Por ejemplo, *no* se castigará con arreglo al § 260 al cómplice si ha prestado ayuda a un receptador profesional; se deberá comprobar aun *en él mismo* la existencia de un actuar profesional.

Pero, ¿qué son, en el sentido del § 50, párr. 2, las "*cualidades y condiciones personales especiales*"? Muchas son las discusiones al respecto. (El *Leipziger Kommentar* se ocupa detenidamente de esta cuestión, con datos bibliográficos y de jurisprudencia: § 50, n. 10 y 11). Por *cualidades* personales se entienden, por lo común, las características esenciales de una persona que existen en ella con cierta estabilidad, y por *condiciones* personales, las relaciones de una persona con el mundo exterior y con otras personas o cosas, que también existen en ella con cierta, pero, a veces, menor estabilidad. No hay un límite rígido entre unas y otras. A las categorías respectivas pertenecen, por ejemplo, las relaciones de parentesco que influyen en el grado de la pena (a las que se refería el anterior § 215; véanse las observaciones críticas de KOHLRAUSCH, en el *Bumke-Festschrift*, 1939, p. 39 y sigts.), la reincidencia en el sentido de los § § 244, 264, etc. (*RGStr.* 54, 274), la edad juvenil, la imputabilidad disminuída prevista en el § 51, párr. 2, la profesionalidad y habitualidad de la

receptación a la que se refiere el § 260 (confr. las resoluciones 25, 266 y 72, 225 de los Senados penales reunidos del Trib. del Reich), el carácter de delincuente habitual del § 20 *a*, y, de acuerdo con la jurisprudencia constante del Tribunal del Reich (65, 102; 68, 90; 75, 289; etc.), el carácter de empleado público (en desacuerdo, KOHLRAUSCH). Según el Tribunal Federal (6, 260), la disposición no abarca la comisión del hecho en banda. El criterio no sufre modificaciones si se crea, en virtud de las cualidades o condiciones personales, un 'delictum sui generis', como ocurre, de acuerdo con lo que opinan algunos autores, en el § 217. No pertenecen a la categoría de las cualidades y condiciones contempladas en el § 50, párr. 2, las simples *intenciones, tendencias y procesos anímicos* similares; es suficiente que se presenten en el autor y actúen "con carácter accesorio" en los partícipes. En contra de las sentencias 56, 25; 72, 373 y 74, 84 del Tribunal del Reich, y de algunas opiniones afirmadas en la literatura, se ha incluído en el § 50, párr. 2, en atención a motivos irrefutables, la "reflexión" en el asesinato prevista en la anterior redacción del § 211; habiendo sido derogadas las Ordenes generales para los jueces de 1945, la cuestión no tiene, en la actualidad, importancia práctica inmediata, pero no deja de tener interés en casos estructurados en forma similar (acerca del punto al que habían llegado las discusiones correspondientes en 1951, véase el *LeipzKomm.*, § 50, n. 10). En cuanto a la cuestión referente a la nueva redacción del § 211, WELZEL (*JZ* 52, 72), hace una distinción entre las distintas causas; en cuanto al segundo grupo ("cruelmente", alevosamente, con instrumentos de peligro común"), expresa que el mismo tiene validez para todos los partícipes, dado que se trata aquí de "características del injusto de índole material", y afirma en cambio la aplicabilidad del § 50, párr. 2, en lo que respecta al primer grupo y al tercero (el cual tiene un carácter personal aún más destacado), los cuales se relacionan con los motivos y la finalidad, respectivamente.

En lo que se refiere a los casos dudosos, que se presentan con frecuencia, la línea general es la siguiente (*LeipzKomm.*, § 50, n. 11): las cualidades y condiciones *personales* de los *partícipes* siguen el tratamiento "no accesorio" con arreglo al § 50, párr. 2 (o sea, tienen efecto sólo para la persona) y las características *materiales* del hecho traen consigo la reglamentación "accesoria" (o sea, tienen efecto en favor y en contra de todos los partícipes). De este modo, puede *no* aceptarse la sentencia *RGStr.* 72, 326, según la cual debe tratarse con arreglo al § 50, párr. 2, la acción de haberse hecho cargo de la cosa en la apropiación indebida del § 246 (circuns-

tancia material del hecho); en cambio, la sentencia *RGStr.* 75, 289, presenta de otra manera el caso de la custodia de la que se ha hecho cargo un empleado público. De acuerdo con un punto de vista más correcto, también lo *"malicioso"* a que se refiere el § 1 de la ordenanza sobre economía en tiempo de guerra de 4 de septiembre de 1939, pertenecía a las circunstancias *personales* (de admitirse acertadamente la existencia de una circunstancia agravante); este especial injusto del autor no tenía efecto en los demás partícipes, por ejemplo en el cómplice. *El mismo* debía haber obrado maliciosamente. La consecuencia que se extrae en lo que respecta al actual § 211, es la siguiente: en el primer grupo y en el tercero (WELZEL), predomina tanto el aspecto *personal*, que es posible la aplicación del § 50, párr. 2; en cuanto al segundo grupo (cruelmente, alevosamente, etc.), la decisión depende de si se quiere dar relieve a la especial situación externa (de hecho), para lo cual no se tendría en cuenta el § 50, párr. 2, y sería suficiente un simple conocimiento de parte del partícipe, o si se quiere destacar el carácter *personal* (sentimientos personales crueles, aprovechamiento alevoso, etc.), de modo que aquí también correspondería la aplicación del § 50, párr. 2. Antes (4ª ed., 1952, p. 216) nos habíamos inclinado hacia el segundo punto de vista, esto es, en favor de la aplicación del § 50, párr. 2 a *todo* el § 211 en su nueva redacción; pero también en ese entonces dijimos que el conocimiento de la acción cruel o alevosa del otro será también, por lo general, acción cruel o alevosa propia, de manera que se aplicará, *por ello*, el nuevo § 211. En el *Leipziger Kommentar* (7ª ed., 1954; § 50, n. 11), hemos adherido a la agrupación auspiciada por WELZEL (*JZ* 52, 72) y a la correspondiente de MAURACH.

3. Las *cualidades y condiciones personales que excluyen la pena.* Sobre este punto debemos fijar los tres conceptos siguientes (*LeipzKomm.*, § 50, n. 12):

a) Si la circunstancia que excluye la pena suprime la *antijuridicidad* del hecho, cualquier otra participación en el mismo es impune;

b) Si la circunstancia que excluye la pena suprime solamente la *culpabilidad* del autor, como ocurre en el caso de la perturbación morbosa de la actividad del espíritu (§ 51), la punibilidad del partícipe no queda afectada por ello (lo cual se deduce de la accesoriedad limitada que rige en la actualidad);

c) Si la circunstancia que excluye la pena crea una *causa personal de supresión de la pena*, como ser el desistimiento

de la tentativa (§ 46), tiene efecto solamente para la persona en la que se presenta y no para los demás partícipes.

La regla a la que se refiere la letra a) sufre una limitación. También aquí puede producirse una limitación personal del efecto, si la causa de justificación depende de elementos subjetivos del injusto. Tal ocurre en la legítima defensa (§ 53) con respecto a la necesaria voluntad de defensa, la cual puede existir en el autor principal —y en este caso excluye la antijuridicidad de su acción— y puede faltar en la persona del instigador, subsistiendo la punibilidad de éste como autor mediato, si conoce la voluntad de defensa del autor principal. Si se ignora esta voluntad, se aplicará el § 49 *a*.

§ 92. La llamada participación necesaria

LepizKomm., § 50, n. 16, con citaciones.

Por *participación necesaria* se entiende la circunstancia de que *ciertos hechos punibles requieren, con arreglo a su tipo, la participación de varias personas*. Por consiguiente, se plantea el *problema* de si la pena debe regir en forma proporcional para todos los partícipes o si se debe hacer una distinción (acerca de la evolución histórica del concepto y la amplia jurisprudencia al respecto, véase el *LeipzKomm.*, lug. cit.). No caben aquí los casos en que la otra persona constituye *únicamente* el objeto del hecho punible (como ocurre, p. ej., en los § § 174 y 176); los mismos requieren una cooperación activa o una omisión querida también de parte de la "otra" persona. Se distinguen otros casos que traen como consecuencia un tratamiento jurídico distinto. Son ellos los siguientes:

1. Los llamados *delitos de encuentro* consisten en actividades que requieren *conceptualmente* la *concurrencia de la actividad de otro*, esto es, *acciones que se corresponden mutuamente*, pero que no son de la misma índole o que no es necesario que lo sean. Tal es el caso, por ejemplo, de la celebración de un contrato: nadie puede vender, si otro no compra; nadie puede dar, si otro no toma. En estos casos, la cuestión es saber si la ley quiere sancionar con una pena la *total* actividad realizada por *ambas* partes o *una sola* de ellas. Se trata aquí de una cuestión de interpretación; en el *primer caso* (punibilidad de ambas partes), a propósito, por ejemplo, de la corrupción de jueces (§ 334, párr. 1 y 2), del duelo (§ 205) y del incesto (§ 173) en tanto no corresponda la aplicación del párrafo 4; y en el *segundo caso* (punibilidad de *una sola* parte), en la compra del voto con arreglo al § 243 de la orde-

nanza sobre el concurso (es punible solamente *quien vende* el voto), en la corrupción pasiva (§ 331), en el proxenetismo (§ 180) (en principio, la víctima no es punible), etc. En este segundo grupo no son aplicables los § § 47 y sigts. (confr. la sentencia *RGStr.* 23, 242).

En cambio, una participación que *excede* la participación necesaria, puede establecer la *punibilidad*, por ejemplo, por *instigación* o *complicidad*, según afirma al respecto la jurisprudencia constante y correcta, pero, a veces, discutida: confr. el *LeipzKomm.*, lug. cit. y, por ejemplo, la sentencia *RGStr.* 61, 31. La víctima del proxenetismo (§ 180) queda, como tal, impune, pero, si instiga al proxeneta al proxenetismo, puede ser castigada con arreglo a los § § 180 y 48.

2. En cambio, los llamados *delitos de convergencia* consisten en actividades que requieren una *cooperación de varias personas en el mismo sentido* paralelo. Esta situación fundamenta la pena, como ocurre en la rebelión (§ 115), en el motín (§ 122), en la violación de domicilio agravada (§ 124), en la perturbación del orden público (§ 125), etc., o bien agrava la pena, como en los casos de los § § 123, párr. 2 y 223 *a* ("por varias personas en común"), etc. Rige aquí lo que ya hemos dicho en el N. 1.

3. En las *leyes especiales de protección*, o sea, en los casos en que la ley quiere *proteger* precisamente a una de las personas participantes, esta persona protegida queda *impune*, cualquiera sea la forma de participación; en consecuencia, contrariamente a lo que hemos señalado en el N. 1, puede *no* ser castigada si se excede, como instigador, cómplice, etc., de su cooperación necesaria. Tal ocurre, por ejemplo, en los casos de la persona que es víctima de usura (§ 302), de la persona de la que se ha abusado con fines impúdicos (§ § 174 y 176) y del niño que ha sido robado (§ 235). No hay contradicción con la circunstancia de que la persona que es víctima de proxenetismo es punible, eventualmente, como instigador, con arreglo a los § § 180 y 48; en efecto, el § 180 no persigue *solamente* el fin de otorgar una protección individual a la persona que es víctima de proxenetismo.

CAPÍTULO *VI*

EL CONCURSO

a) PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

§ 93. Los principios fundamentales de la teoría del concurso

Lehrb., 456 y sigts. *Grd.*, 145 y sigts. con datos bibliográficos y de jurisprudencia, y las citaciones que se harán en este capítulo, como así también los Comentarios (§§ 73 y siguientes).

I. *La teoría del concurso se ocupa de la pluralidad de enjuiciamientos jurídico-penales frente a un solo hecho punible, y de la pluralidad de hechos punibles.* En tanto que en la participación (capítulo V) interviene una pluralidad de personas en un solo hecho punible, en el concurso se mantiene la unidad de la persona del autor, pero existe o bien una pluralidad de enjuiciamientos jurídico-penales frente a un solo hecho punible del autor, o bien una pluralidad de hechos punibles que esta sola persona ha cometido. Por lo tanto, las *cuestiones fundamentales* que abarca la teoría del concurso son las dos siguientes:

1. ¿Qué ocurre cuando varios enjuiciamientos jurídico-penales o —dicho de otra manera— *varios criterios jurídico-penales corresponden a una sola acción*? Es el caso, por ejemplo, del que usa un documento falsificado (§ 267) para realizar una estafa (§ 263) o del que violenta (§ 177) a su hermana carnal (§ 173, párr. 2). A una acción única corresponden, a la vez, en el primer caso, los conceptos de la falsificación de documentos (§ 267) y de la estafa (§ 263), y en el otro los del acceso carnal violento (§ 177) y del incesto (§ 173,

párr. 2). Se trata del llamado *concurso ideal* o *concurrencia en una unidad de acción* en el sentido del § *73*.

Dicho criterio y su *construcción teorética* están fijados por la propia ley. Esta habla, en el § 73, de *"una y la misma acción"* que infringe, por su parte, varias leyes penales. Según otro punto de vista, existen, en cambio, *varios* hechos punibles, dado que el número de éstos debe ser determinado por el número de los enjuiciamientos jurídico-penales respectivos. En consecuencia, existen, en los ejemplos referidos, una falsificación de documentos —que es una acción y un hecho punible— y una estafa —que es otra acción y otro hecho punible; un acceso carnal violento y un incesto — que son dos acciones y dos hechos punibles. El *Lehrbuch* informa detalladamente sobre estas discusiones y opiniones discordantes (p. 469-470). También SCHÖNKE (§ 73, II), adhiere nuevamente, haciendo referencia a la sentencia *RGStr.* 62, 87, al criterio opuesto de la pluralidad de delitos, por cuanto estima —pero está en un error— que el punto de vista sustentado aquí ocasionaría resultados contraproducentes en la práctica. Según el *Leipziger Kommentar* (1944, p. 535), existe solamente *una* "acción" en sentido natural, pero varios "hechos punibles" que son el resultado de esa única acción. SCHÖNKE agrega a ello que "no es necesario que el número de las acciones corresponda al número de los delitos". En la sentencia 62, 87, el Tribunal del Reich encuentra en el título del 5º capítulo del código "un apoyo esencial" para este punto de vista. Pero, frente a este título del 5º capítulo ("varias acciones punibles"), el § *73* —que es decisivo— y el texto del mismo ponen de manifiesto que no se quiere hablar de "varias" acciones, sino de "una y la misma acción". Los ejemplos a los que nos hemos referido son, a este respecto, muy claros y revelan que no existe una "pluralidad" de acciones punibles (hechos punibles); de este modo, el autor *no* ha cometido, en lo que respecta al segundo ejemplo, *dos* acciones (hechos punibles), por haber violentado a una "mujer" (§ 177) y, a la vez, a su "hermana" (§ 173, párr. 2), sino una sola acción punible, a saber, ha realizado un acceso carnal violento con su hermana, el que constituye una acción que puede ser objeto de *varios* enjuiciamientos y *criterios jurídico-penales*. El que tiene un caballo de carreras blanco, *no* tiene *dos* caballos —uno blanco y otro de carreras— sino *un* solo caballo, al que se asignan *dos propiedades*, las de ser blanco y de carreras. Todo esto se deduce del concepto natural de la acción en el que nos basamos (véase el § 18 de este libro). Los inconvenientes de orden práctico que SCHÖNKE teme (lug. cit.), no existen, por cuanto no hay, entre ambas construcciones teoréticas, la di-

ferencia práctica señalada y ellas dan, en realidad, el mismo resultado. En efecto, también de conformidad con la teoría afirmada aquí, *cada uno* de los distintos enjuiciamientos jurídico-penales de la acción, *considerado aparte*, puede *fundamentar, por ejemplo, la reincidencia* (así, la estafa con arreglo al § 264, a propósito del primer ejemplo mencionado más arriba); existe también, de acuerdo con este punto de vista, la *divisibilidad de la querella* requerida por la sentencia *RGStr.* 62, 83 y sigts. Efectivamente, todas estas cosas se refieren a la *valoración* del hecho (que también aquí es múltiple), y no a la simple aparición del mismo. MAURACH comparte este criterio (1954, p. 589-590).

2. ¿Qué ocurre cuando nos encontramos frente a *varios hechos punibles cometidos por una sola persona*? Es el caso, por ejemplo, del que comete una estafa (§ 263) el 10 de mayo y causa un daño a la salud de otro (§ 223) el 20 de julio. Se trata del llamado *concurso real o concurrencia de una pluralidad de hechos* en el sentido del § 74; a esta forma de concurso nos referiremos más adelante.

La *teoría del concurso* concierne tanto a la estructura del *hecho punible* y de los hechos punibles como tales, cuanto, por otra parte, a las *consecuencias del hecho punible*, esto es, a la pena en sentido amplio. Está situada, por consiguiente, *entre* la teoría del hecho punible (segunda parte de la presente obra) y la teoría de la pena (tercera parte); la consideramos en forma unitaria en esta segunda parte, pero de la teoría del concurso pasaremos directamente, por lo que acabamos de decir, a la tercera parte.

II. *Los principios fundamentales de la teoría del concurso.* Desde el punto de vista histórico y del derecho comparado (al que nos referiremos nuevamente más adelante), la teoría del concurso ofrece un cuadro muy variado y policromo. Si se quiere lograr, dentro de esta evolución frecuentemente confusa, una idea clara y, a la vez, un conocimiento más profundo del derecho en vigor, es conveniente recordar los "principios" con arreglo a los cuales se puede estructurar la teoría del concurso, que se deben encontrar continuamente en las distintas formas de la misma. Con ellas, la evolución jurídica trata de dominar las dificultades aludidas (pluralidad de enjuiciamientos jurídico-penales frente a una y la misma acción —pluralidad de acciones punibles—), y de determinar más concretamente las *consecuencias jurídicas* que son siempre decisivas. En tal sentido, podemos hacer una distinción entre los siguientes principios:

1. El *principio de acumulación.* Con arreglo a este principio, las distintas consecuencias jurídicas que se deducen de

los diferentes criterios jurídicos o con respecto a la pluralidad de los hechos cometidos, se aplican conjunta e íntegramente. Si el autor ha cometido una estafa el 10 de mayo y una lesión corporal el 20 de julio, sancionadas, respectivamente, con penas pecuniarias de 50 y 30 marcos, la pena consistirá, con arreglo al principio de acumulación, en 80 marcos (50 + 30). Tal es el procedimiento indicado, por ejemplo, por el § *78, párr. 1.*

2. El *principio de asperación (agravación).* De acuerdo con este principio, no se suman las distintas penas, sino que la pena más grave en la que se ha incurrido experimenta una adecuada agravación. Se forma una "pena total", y se puede hablar, por consiguiente, de un *principio de la pena total.* Por ejemplo, si el autor ha cometido en mayo una apropiación indebida (§ 246) y en junio un hurto agravado (§ 243, N. 2) para los cuales incurriría en una pena de prisión, respectivamente, de diez meses y dos años, será condenado, al juzgarse en agosto ambos hechos, con arreglo al principio de asperación, a una pena total de prisión de dos años y tres meses. Tal es el procedimiento señalado en el § *74.*

3. El *principio de absorción (inclusión).* Aquí se mantiene el criterio de que han sido realizados varios tipos, pero en las consecuencias jurídicas de *un* tipo ya están "incluídas" las consecuencias jurídicas de los demás, o sea, éstas quedan "aborbidas" por aquéllas. Se puede tomar como ejemplo el mismo caso al que nos hemos referido antes (N. I) : un hecho se presenta como acceso carnal violento (§ 177) y, al mismo tiempo, como incesto (§ 173, párr. 2). Con arreglo al principio de absorción, se toma en cuenta, en este caso, *solamente* la disposición legislativa más severa, a saber el § 177, imponiéndose, para el hecho en conjunto, la reclusión de dos años. En dicha pena está incluída *también* la que corresponde al incesto, según el § 173, párr. 2, pero la *pena* se toma, en forma unitaria, solamente del § 177. Es decisivo, en este sentido, el § *73*, pero queda por saber —y de ello nos ocuparemos más adelante— si y hasta qué punto se pueden tomar a la vez de la ley más benévola, los mínimos de la pena, las consecuencias accesorias, etc.

4. El *principio de exclusión.* Con arreglo a este principio, la exclusión de una ley es más radical aún. Una ley, que sólo *aparentemente* corresponde aplicar, no puede ser tenida en cuenta, tampoco con respecto a su tipo; queda totalmente "excluída" por otra ley, o sea, no desaparecen tan sólo sus consecuencias jurídicas especiales. Por ejemplo, si una persona comete un hurto famélico, que es una contravención (§ 370, N. 5), la única ley que se deberá aplicar es la "especial"

(§ 370, N. 5), aunque el hecho contenga todos los elementos del hurto propiamente dicho (§ 242). Se habla, en tales casos, de *concurso de leyes*, el que ha sido considerado con todo detenimiento por la doctrina y la jurisprudencia, pero que la ley no menciona.

5. El *principio de la pena única.* Es el principio por el cual la unificación del tratamiento jurídico-penal se realiza en forma total. No se hace aquí distinción alguna entre el concurso de varios criterios jurídicos y la existencia de varias acciones (N. I, 1 y 2). Por ejemplo, un delincuente ha cometido una serie de hechos punibles, como ser hurtos agravados, estafas, delitos contra la moralidad, falso juramento, y por todos estos hechos se le impone *una* "pena única" de diez años de reclusión. No se imponen penas particulares, como ocurre cuando se aplica el principio de asperación. Las diferencias con el concurso real (§ 74) y el concurso ideal (§ 73) son irrelevantes. El *código penal en vigor no conoce* una tal "pena única", que se ha exigido, sin embargo, en los trabajos para la reforma. La reunión de varias acciones en la llamada *acción continuada* constituye, en cierto modo, el reconocimiento de parte del derecho vigente, del principio de la pena única. Se prescinde del mismo en el derecho penal de los jóvenes.

Como ya hemos señalado, estos distintos "principios" —el principio de acumulación, de asperación, de absorción y de exclusión— estructuran el derecho alemán en vigencia. Los mismos sirven —juntamente con el principio de la pena única— no sólo para comprender la evolución histórica del derecho penal y del derecho penal comparado, sino también la reforma del derecho penal y sus aspiraciones en el sentido de una nueva estructuración del derecho vigente.

§ 94. Consideraciones históricas y de derecho comparado sobre la teoría del concurso

I. *La evolución histórica de la teoría del concurso.* Una exposición detallada de la evolución histórica de la teoría del concurso constituiría una tarea muy atrayente, pero no cabe en la presente obra. El interés de tal investigación reside en el hecho de que, al realizarla, se pone de relieve la esencia de toda consideración histórico-jurídica con gran claridad, pocas veces lograda por otras investigaciones: la continua *repetición* de los mismos *problemas* sociales (¿cómo se puede apreciar debidamente la multitud de criterios y acciones jurídico-penales en un solo caso?), y la *variedad* casi ilimitada de los intentos de solución realizados. Desde este punto de vista, de-

bemos exponer, por lo menos, algunos puntos especialmente característicos de dicha evolución; v. HIPPEL (II, 494) y la literatura que mencionaremos ofrecen material al respecto.

1. No entraremos a considerar si ha existido, en el sentido estricto de la expresión, una "época de la responsabilidad por el resultado" que constituye, para v. HIPPEL, el punto de partida. Como quiera que sea, es exacto que ciertas construcciones jurídico-penales primitivas han considerado en primer término el *resultado*, y muy especialmente los *principios sobre la multa de los derechos populares germánicos* de la época precarolingia. Para estos derechos, era natural que también las cuestiones del concurso fueran solucionadas sobre la base del resultado, esto es, con arreglo al principio de acumulación. Si, por ejemplo, en el sentido de la *'Lex salica'* (ECKHARDT, *Germanenrechte*, vol. 2 de 1934, p. 1 y sigts.), una persona ataba a un hombre libre (34, 1) y, al mismo tiempo, le sacaba un ojo (31, 1), se imponían a aquélla, acumulativamente, ambas multas de 30 y 100 'solidi'. Se seguía el mismo criterio si un solo golpe ocasionaba distintas lesiones.

2. El *derecho romano* siguió un camino distinto del nuestro (§ § 73 y sigts.), al considerar la total cuestión no desde el punto de vista del derecho penal material, sino *procesal*. A toda forma delictiva corresponden una *querella* y una *condena* especiales. Se llega, de tal manera, esencialmente, al principio de acumulación. Sólo en la época imperial se agregan penas a una pena única con arreglo al principio de asperación, o se excluyen, prácticamente, los castigos dobles injustos.

La *jurisprudencia italiana de la Edad media* adhiere a dichos principios. En el siglo XVI se hacen distinciones más precisas, por ejemplo, a propósito de la acumulación en el concurso real, de la pena agravada en el delito continuado y de la absorción en el concurso ideal. DAHM ofrece, en su obra *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter* (1931, p. 237-248), un cuadro concreto de esa evolución. Dice que en la misma se ponen de manifiesto dos puntos de vista contrapuestos: "a veces se pone como base el número de las *acciones* cometidas —esto es, la forma de la actuación delictiva—, y otras veces el número y la forma de los *resultados* obtenidos" (p. 237). El resultado a que llegan la teoría y la práctica es el reconocimiento del principio de acumulación y, por consiguiente, de la acumulación de las penas de acuerdo con el número de los resultados y de las acciones punibles (248). Pero se *atenúa* la severidad de la acumulación de las penas que de ahí deriva, y precisamente frente a la acumulación del resultado mediante la separación del concurso de leyes y del concurso ideal (y, en consecuencia, en el sentido

del principio de exclusión y de absorción), y frente a la acumulación de acciones mediante la separación de la acción continuada (con pena única) del concurso real (con su acumulación o asperación). La teoría jurídica aplicó con especial cuidado el criterio relativo a la "separación entre lo incapaz, lo importante y lo no importante" a un *caso especial*, el llamado caso del tenedor (p. 248): se discute si se debe castigar varias veces o una vez sola al que lesiona a otro con un instrumento provisto de varios dientes, un tenedor, una bielda u otro objeto similar (p. 240).

3. La *Carolina*, el código penal de Carlos V de 1532, no reglamenta el concurso, salvo en el caso en que existan varias causas de agravación en el ámbito del hurto (art. 163).

En cambio, CARPZOV (*Practica nova*, 1635, III, 132. N. 7 y sigts.), trata detenidamente, en el *derecho penal alemán común*, el total problema; pero tampoco él lo hace en el derecho penal material, sino en el *derecho procesal*, bajo el título "De cumulationibus poenarum". Para CARPZOV, el problema más importante es el siguiente: hasta qué punto son "compatibles" o "incompatibles" varias y distintas penas de muerte. Sobre este punto, véase también SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren im gemeinen Recht* (Las teorías generales en el derecho común), 1930, p. 212-216. Esta teoría de CARPZOV acerca del concurso domina, por más de un siglo, la ciencia del derecho común.

Con KOCH (*Inst. juris crim.*, VI, 1783, I, X), se distingue —de acuerdo, por lo menos en parte, con la jurisprudencia italiana— la unidad de la pluralidad de acciones; esta distinción se hace, *desde el punto de vista jurídico-penal*, con mayor exactitud que antes; además, si se trata de *una* acción que presenta criterios idealmente concurrentes, se aplica el principio de absorción (§ 93, II, N. 3), y si se trata de *varias* acciones en concurso real homogéneo o no, el principio de asperación. "Gracias a sus comentarios, KOCH se ha convertido en el *fundador de la teoría moderna del concurso*" (SCHAFFSTEIN, p. 219). En el *derecho territorial general prusiano de 1794* (II, 20, § 52-57), falta una rígida demarcación conceptual; predomina, fundamentalmente, el principio de asperación y, en las penas pecuniarias, el de acumulación. FEUERBACH (*Lehrbuch*, 12ª ed., 1836, § § 126 y sigts.) y otros autores se basan en los criterios de KOCH.

4. La posición adoptada por los *códigos penales alemanes particulares del siglo XIX* es muy confusa. (MERKEL se ocupa de ello en *VDA*, V, 279 y sigts.). El *código penal prusiano de 1851* considera la cuestión en los § § 55-59, adoptando el principio de absorción y de acumulación en el concurso ideal

y real, respectivamente, pero, a partir de la ley de 9 de marzo de 1853, con disminución facultativa de las penas privativas de la libertad, aproximándose al principio de asperación. La insuficiencia de la exposición de motivos del *código penal para el Reich alemán de 1871* no ayuda la interpretación de los §§ 73-79 ni, por consiguiente, la comprensión del derecho en vigor.

II. En lo que al *derecho comparado* se refiere, nos conformaremos con algunas remisiones al derecho extranjero más reciente (v. sobre el particular, P. MERKEL, *VDA*, V, 269 y sigts. y v. HIPPEL, II, 498-499).

1. En cuanto a *Francia*, es determinante el art. 362, II, que se ha convertido en el art. 365 y, con arreglo a la ley de 5 de marzo de 1932, en el art. 365, VI, del 'Code d'instruction criminelle'; ahora es determinante, por la ley de 25 de noviembre de 1941, el art. 351, último párrafo, de dicho código, pero el texto no se ha modificado; dice: "En cas de conviction de plusieurs crimes ou délits, la peine la plus forte sera seule prononcée." Según DONNEDIEU DE VABRES (*Traité élémentaire de Droit criminel*, 2ª ed., 1943, p. 412-413), *entre* esta "règle du non cumul des peines" del derecho *francés* y el "cumul des peines qui est admis, en principe, par le droit *anglo-saxon*", está el derecho *alemán* con su principio de asperación del § 74. En el *'Code pénal'* de *Bélgica* (art. 62), rige la "aggravation *facultative*", y lo mismo en *Luxemburgo*. En el *'Codice penale italiano' de 1930*, los arts. 71-84 ('Del concorso dei reati'), reglamentan en detalle esta materia.

2. El *código penal suizo de 1937* habla, en el art. 68 (*Kommentar* de THORMANN-v. OVERBECK, 1940), de "concurso de acciones punibles o de disposiciones penales". De esta manera, *están tratados del mismo modo* el concurso *ideal* y el concurso *real* ("...pena del hecho más grave y aumenta correspondientemente la duración de la misma"; ¡y esto también en el caso de concurso ideal!); HAFTER (*Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1926, p. 369), considera que este punto de vista constituye un "lamentable error". El *código penal austríaco de 1852*, en los §§ 34 y 35 ("debe ser castigado por el delito conminado con la pena más grave, pero teniendo en cuenta los demás delitos"), no hace distinción alguna, como observa v. HIPPEL (p. 498, nota 8), entre concurso ideal y real, en tanto que RITTLER (*Lehrbuch, Allgemeiner Teil*, 1933, p. 249 y sigts.) separa los dos concursos, pero señalando que el tratamiento igual de ambos representa un "criterio muy sensato y prácticamente justificado".

3. El *derecho anglosajón* se basa, en principio, como ya hemos anotado, en el principio de acumulación, pero existe

eventualmente la "posibilidad de que, en virtud de una disposición judicial, las penas correspondientes se expíen simultáneamente" (v. HIPPEL, p. 498). STEPHEN (*Criminal Law*, vol. IV, 19ª ed., 1928, p. 228), confirma este punto de vista al expresar que "his punishment may, in the direction of the Court, be either concurrent or consecutive". En el mismo sentido se expresa también ARCHBOLD (*Pleading*, 31ª ed., 1943, p. 208). Por lo tanto, también aquí se atenúa prácticamente el rígido principio de acumulación.

b) EL DERECHO ALEMAN EN VIGOR: LOS §§ 73-79

Lehrb., 456 y sigts. con datos bibliográficos. *Grd.*, 145 y sigts.

§ 95. La unidad y la pluralidad de la acción

El *problema fundamental* de la teoría del concurso de los §§ 73 y sigts. es el siguiente: ¿Cuándo existe "una y la misma acción", esto es, *una* acción en el sentido del § *73*? ¿Cuándo existen "varias acciones independientes", esto es, *varias* acciones en el sentido del § *74*? Este es el *problema de la* UNIDAD *y de la* PLURALIDAD DE LA ACCIÓN.

1. *La unidad simple de la acción.* No existe en derecho penal ninguna unidad "natural" de la acción que constituya como tal, sin más, una unidad jurídica de la acción. En efecto, toda apreciación de esta índole es una consideración jurídica *valorativa* y queda sometida, por lo tanto, a la determinación jurídica. Pero no puede haber dudas de que también existe siempre una unidad simple de la acción en *sentido jurídico*, cuando *un solo acto de voluntad* es la base de la acción. También aquí el derecho se ajusta a los hechos naturales y evita así el reproche de que es ajeno a la experiencia de la vida. Como ya se ha dicho, lo decisivo es el *"acto de voluntad"*; no lo son las muchas reflexiones anímicas anteriores del autor, ni las consecuencias del querer tal vez numerosas y variadas. En el mismo sentido, la sentencia *BGHStr.* 1, 21. Pero es posible querer *a la vez varios* resultados como ocurre, por ejemplo, cuando el autor golpea a la víctima (§ 223) y, al mismo tiempo, la injuria (§ 185); aquí puede existir una pluralidad de acciones (§ 74): *RGStr.* 32, 137 y sigts.

Cuando existe una unidad simple de la acción, no puede haber nunca varias acciones que se encuentren entre sí en concurso real con arreglo al § 74. La jurisprudencia creyó poder

hacer *dos* excepciones: a) *en el caso de una pluralidad de exteriorizaciones de pensamiento en uno y el mismo escrito*, y b) *en el caso de una instigación o complicidad unitaria en una pluralidad de acciones*. Ya hemos negado en el *Lehrbuch* (458-459) toda validez a estas dos excepciones y ratificado el principio fundamental. El Tribunal del Reich, en las sentencias 4, 95 y 5, 227, utilizó, en apoyo de la *segunda* excepción (instigación, complicidad), el principio de la accesoriedad en su forma extrema (el instigador debe ser responsable de una pluralidad de instigaciones en caso de que, con arreglo a su voluntad, deban ser cometidos varios hechos principales, especialmente por intermedio de distintos autores). Afortunadamente, la sentencia *RGStr.* 70, 26, no ha admitido este punto de vista; de acuerdo con esta nueva resolución, los instigadores y los cómplices deben ser juzgados independientemente, como el propio autor. El primer Senado penal del Tribunal del Reich admitió en el caso de una instigación o complicidad unitaria, sólo *un hecho* del instigador o del cómplice, aunque éste se haya dirigido contra varias personas. Los demás Senados penales del Tribunal del Reich han adherido a esta concepción; como, por ejemplo, el Vº en el interesante caso a que se refiere la sentencia 70, 293, y el IIIº (*RGStr.* 70, 334 y 344 (349). El *Grundriss* hace referencia a esta evolución (p. 147). Después de haberse limitado en general, mediante la Novela de 29 de mayo de 1943 (*RGBl.* I, 339), en el § 50, párr. 1, la accesoriedad de la participación y haberse establecido que todo partícipe (y también todo instigador y cómplice) es "punible con arreglo a su propia culpabilidad, prescindiéndose de la culpabilidad de los demás", ya no pueden existir dudas sobre la exactitud de dicha concepción. Al respecto existe unidad de opiniones.

En cambio, la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal sigue otorgando validez a la excepción mencionada en primer término (manifestaciones en uno y el mismo escrito). La excepción está fundamentada muy especialmente en las sentencias 21, 276; 33, 46; 34, 134-136; 62, 83 y 84-85, a las cuales se refiere en detalle el *Lehrbuch* (p. 459) y sigue siendo mantenida en la sentencia 66, 1 y sigts. (*Grd.*, 146). Pero no se tiene en cuenta que el acto *unitario* consistente en la publicación del escrito forma la *unidad* de la acción y que, por lo tanto, ésta no puede ser negada. De ahí que tampoco esta excepción pueda ser válida.

2. *La reunión en una unidad de acción.* Existe una pluralidad de hechos punibles en sentido jurídico con arreglo al § 74 sólo si el autor comete "varias acciones *independientes*". De ahí se deduce que una serie de acciones que dependen de

otras no fundamenta todavía una pluralidad de acciones. La cuestión relativa a la pluralidad o unidad de la acción se puede plantear, por lo tanto, de la siguiente manera: ¿cuándo le *falta* a una *pluralidad* de acciones la independencia jurídica? Con otras palabras: ¿cuándo varias *acciones unitarias "se reúnen"* en una *unidad*? ¿Cuándo y de qué se deduce una *"abrazadera"* respecto de ellas? De este problema nos ocuparemos a continuación.

Tales *"abrazaderas"* pueden resultar de distintas circunstancias. La abrazadera *no* se deduce, según las sentencias 1, 67; 2, 246 y 3, 165 del Tribunal Federal, del hecho punible menos grave. Como ya lo hemos hecho (*Grd.*, 147-150), distinguiremos tres grupos de casos:

a) El *tipo legal particular* da lugar a la abrazadera que reúne las acciones. Esto se basa en la consideración de que los tipos de la ley penal describen con frecuencia una conducta que está integrada por una pluralidad de acciones diferentes. Por ejemplo el robo (§ 249) abarca el acto del empleo de la violencia contra la persona y el acto de quitar la cosa a otro; la reunión de ambos actos da lugar al delito en su totalidad y unidad.

b) La *conexión de varios tipos legales* da lugar a la abrazadera que reúne las acciones. Por alguna causa los tipos legales combinados entre sí se encuentran en una situación tal que no se dejan separar conceptualmente y, en consecuencia, los actos de un tipo están unidos con los de otro en una unidad indisoluble. Por lo tanto, aquí también se deduce, de la pluralidad de actos particulares, un conjunto. Así, por ejemplo, el empleo de la violencia contra una persona puede ser elemento de un robo con arreglo al § 249 y constituir, al mismo tiempo, una lesión corporal contra aquélla (§§ 223 y sigts.); lo que pertenece a uno *u* otro tipo (§ 249 - §§ 223 y sigts.) es elemento del conjunto inseparable.

c) El llamado *nexo de continuación* da lugar a la abrazadera que reúne las acciones. Este caso se sitúa menos en el ámbito legal que en el de los hechos. Legalmente no está reglamentado, pero se ha impuesto, en la teoría y en la práctica, como una necesidad imperiosa. Es el caso de quien comete una serie de acciones que realizan siempre el tipo total de una ley penal, esto es, significan evidentemente una "pluralidad" de delitos. Pero todos estos hechos particulares se encuentran entre sí en una conexión externa e interna tan amplia que no pueden ser, de ninguna manera, separados y les falta, en el sentido de una consideración natural, la "independencia" requerida por el § 74. Tal ocurre, por ejemplo, cuando el ladrón no se lleva las mercaderías de una sola vez, sino por separado,

durante varias horas de la noche: cada intervención constituye, por sí sola, un hurto (§ 242), pero todas las distintas acciones se encuentran entre sí en una conexión tan amplia, que aparecen, consideradas naturalmente, como un *hecho punible continuado*. Esta conexión interna de los distintos hechos forma, por consiguiente, una "abrazadera" que los reúne.

3. La *pluralidad de la acción*. Esta pluralidad de la acción o concurso real presupone, en sentido jurídico, como ya hemos observado, que el autor "cometa varias acciones *independientes*" (§ 74). La pluralidad de los distintos actos no crea, como tal, un concurso real, debiéndose determinar todavía su "independencia" jurídica. Pero la misma se deduce por lo que se ha dicho hasta ahora y puede definirse más exactamente en forma negativa: existen *varios* hechos punibles que se encuentran en concurso real entre sí en el sentido del § 74, si no existe ninguna "unidad simple de la acción" (N. 1) y si las varias acciones particulares no están "reunidas en una unidad" por el tipo legal (N. 2 a), por los varios tipos legales unidos (N. 2 b) o desde el punto de vista de la continuación (N. 2 c). Tal ocurre, por ejemplo, cuando el autor comete por la mañana una estafa (§ 263) y por la tarde del mismo día un delito contra la moralidad (§ 177): en este caso, falta toda conexión "típica" entre ambos hechos y éstos no se encuentran unidos entre sí, de ninguna manera, por un nexo de continuación; son distintos, a pesar de haber sido cometidos a tan poca distancia de tiempo, incluso en el caso de que tengan ciertas características comunes (p. ej., identidad de la persona lesionada, del lugar del hecho, etc.).

Nos referiremos más adelante a este *concurso real* y al tratamiento jurídico-penal correspondiente.

§ 96. (Continuación): la unidad típica de la acción

Ya hemos encontrado esta unidad típica de la acción en *dos formas* (§ 95, N. 2 a y 2 b), o sea: como consecuencia directa del tipo legal particular (N. 2 a) y como resultado de la unión de varios tipos legales particulares (N. 2 b).

1. *La reunión en una unidad de acción en el tipo legal particular*. Ya hemos dado el ejemplo del robo (§ 249): el empleo de la violencia contra la persona y el hecho de quitarle la cosa son, en el sentido natural, *dos* acciones más o menos separadas, pero se reúnen jurídicamente en el "tipo" del § 249 en una unidad inseparable y, por lo tanto, en *una* acción. Constituyen una *pluralidad* de distintos actos, que

forman, sin embargo, una *unidad* en el sentido jurídico, tipos como los de la riña (§ 227), de los malos tratos (§ 223), del duelo (§ 205), etc. Antes, cuando regía el § 267 en la formulación de aquella época, se indicaba como ejemplo, especialmente, la falsificación de documentos (falsificar y hacer uso). También el segundo caso del § 177 ofrece un ejemplo de un tal delito "de dos actos".

La práctica ha dado especial significación, en esta correlación, al llamado *delito colectivo*. (El *Grd.* informa más detalladamente acerca de esta evolución, p. 148; ahora lo hacen también DREHER-MAASSEN, antes del § 73, N. II, 3 y, detenidamente, MAURACH, 1954, p. 632 y sigts.). Con dicha expresión entendemos los tipos legales que contienen la característica de la "profesionalidad", de la "habitualidad" (p. ej., en el § 260) o de la "comercialidad" (§ 144: "el que, por comercio", etc.). La anterior jurisprudencia consideraba las distintas acciones que contenían estas características como "dependientes" y reunía, por lo tanto, en una unidad inseparable todas las acciones cometidas profesional y habitualmente; este criterio daba, por ejemplo, al que actuaba profesionalmente —como ser el receptador profesional del § 260— la ventaja por cierto injustificada de *un solo* hecho, en tanto que al autor no profesional de varias acciones se le podía aplicar el § 74. De ahí que el gran Senado en materia penal del Tribunal del Reich haya reconocido expresamente, con razón, en el acuerdo de 21 de abril de 1938 (*RGStr.* 72, 164), la independencia jurídica de las distintas acciones en el aborto profesional previsto en el § 218, párr. 4. La jurisprudencia ha adherido a este criterio en otros casos; *RGStr.* 72, 257, 285, 397, 401 y 73, 216. Queda exceptuada la reunión en una unidad de acción desde otros puntos de vista, por ejemplo el de la conexión continuada, también en estos casos. De este delito colectivo se han ocupado SCHÖNKE (antes del § 73, V) y el Tribunal Federal (1, 41). También DREHER-MAASSEN (lug. cit.) no excluyen la posibilidad de una acción continuada. El Tribunal Federal, en la sentencia 1, 219 y sigts., no acepta para el derecho alemán el concepto del "delito de masa".

2. *La reunión en una unidad de acción deducida de varios tipos legales.* Ya hemos señalado el ejemplo del robo (§ 249) y de la lesión corporal (§ § 223 y sigts.). Un ejemplo especialmente interesante de la situación considerada aquí lo ofrecía, como ya hemos dicho, la falsificación de documentos en la anterior redacción del § 267 (antes de la Novela de 29 de mayo de 1943), que exigía la falsificación y el uso del documento. Si la falsificación de documentos se unía con una

estafa (§ 263), el "uso" (§ 267) significaba, *a la vez*, por regla general, la "acción engañosa" del § 263. Por la unión inseparable de ambos tipos que de ahí se deducía (§§ 267, 263 y 73), se consideraban como una *acción única también* la *falsificación* perteneciente sólo a la falsificación de documentos del § 267 (y *no* a la estafa del § 263) y el *perjuicio ocasionado al patrimonio* perteneciente sólo a la estafa del § 263 (pero *no* a la falsificación de documentos del § 267), y todo ello en una unión inseparable. Los "varios tipos legales" que dan lugar a la reunión en una unidad, se presentan aquí en la relación de *concurso ideal* con arreglo al § 73. La aparición muy considerada en la práctica (véase al respecto el *Lehrb.*, p. 462), ha sido resumida, en la sentencia *RGStr.* 32, 137-140, en la siguiente regla ("fórmula"): para admitir un hecho unitario, es necesario que los actos de voluntad, mediante los cuales se crea el tipo de las distintas acciones punibles, coincidan si no completamente, por lo menos en parte, en forma tal que una parte de la acción unitaria contribuya a la formación del tipo de *ambos delitos*. Confr. sobre el particular también las sentencias *RGStr.* 54, 289 y 56, 58.

No es necesario que las distintas leyes penales, de las cuales se deducen los diferentes tipos legales a reunir, se encuentren entre sí en concurso ideal; es suficiente también que exista entre ellos *concurso de leyes*. Esto significa que también de un tipo que, al juzgarse el hecho en virtud del principio de exclusión, no se manifiesta externamente, se puede deducir una inclusión en una unidad indisoluble. También tales tipos pueden tener eficacia como "abrazadera" para la reunión, tácitamente. Si, por ejemplo, el que realiza un hurto con fractura (§ 243, N. 2) ocasiona un daño en cosas (§ 303) —el caso, por ejemplo, del ladrón que destroza la ventana a la que había subido—, también este daño pertenece al hecho unitario, aunque el daño haya sido consumido por el § 243, N. 2, y, por lo tanto, no se condena por este motivo.

El mismo criterio desempeña un papel cuando partes del hecho dependientes entre sí no poseen una significación jurídica especial, pero constituyen, a pesar de ello, elementos del hecho unitario. Piénsese en los *actos preparatorios, de tentativa, de participación* y *de realización de una intención* (los llamados *hechos posteriores* impunes). El primer disparo del homicida que no ha dado en el blanco, constituye, con la acción siguiente de homicidio, una unidad jurídica; no se condena por homicidio tentado (§§ 211 y 43) y consumado (§ 211) en concurso real con arreglo al § 74. Los hechos de complicidad (§ 49) que realiza el autor posterior, serán incluídos en la unidad del hecho, pero no serán castigados espe-

cialmente como tales. El ladrón que realiza su intención de adueñarse de la cosa (§ 242) con la destrucción de la misma (§ 303), no será castigado especialmente por haber cometido este hecho posterior; el mismo pertenece a la unidad de su acción.

§ 97. (Continuación): la unidad de la acción en el nexo de continuación (el llamado delito continuado)

Ya ha sido expuesto el concepto fundamental de esta forma jurídica, el que ha sido reconocido claramente y en general. La reunión ocurre por la identidad de las distintas acciones, en las que, en grado mayor o menor, es sólo por casualidad que el fin querido sea logrado mediante una sola o varias actividades. Tal ocurre, por ejemplo, si alguien comete repetidas veces el adulterio con la misma persona (§ 172) o acciones impúdicas (§ 176) o si hurta, aprovechando la misma ocasión, durante varios días, al mismo propietario (§ 242). Pero tanto la teoría como la práctica discuten vivamente acerca de los presupuestos de los que depende en particular ese delito continuado y del alcance de su aplicación práctica. De ello tenemos que ocuparnos a continuación con un poco más de detenimiento (véanse el *Lehrb.*, 463-467; el *Grd.*, 149-150; el *LeipzKomm.*, 1944, 538-547, y SCHÖNKE, antes del § 73, III, con datos bibliográficos). Sobre el *delito permanente*, cuya estructura es similar a la del delito continuado, confr. en primer término SCHÖNKE, p. 297; en sentido crítico, MEZGER, *JW* 1938, p. 265-266.

La unidad delictiva del delito continuado ha sido reconocida por la teoría desde el comienzo del siglo XVIII; dicha unidad servía originariamente, en el período en que regía el principio de acumulación, sobre todo para una justa reducción de la culpabilidad (*LeipzKomm.*, 1944, 538). En la actualidad, el delito continuado tiene principalmente una significación procesal, pero también en la relación del derecho material, favorece, y, frecuentemente, sin justificación, a la persona que ya ha sido reiteradamente condenada. Por lo tanto, la sentencia 72, 211 del Tribunal del Reich (*Grd.*, 150), se opone con razón a que se extienda excesivamente el delito continuado a la competencia de los tribunales inferiores. Por otra parte, NAGLER distingue (*LeipzKomm.*, 1944, I, 539) la *continuación del hecho* (tipo de tentativa) de la *repetición del hecho* (tipo de consumación). El nexo de continuación es posible también en los *hechos punibles culposos* (detalladamente sobre el particular, el *LeipzKomm.*, p. 545, con remisio-

nes a la jurisprudencia discordante; en sentido coincidente, SCHÖNKE, p. 294, y MAURACH, 1954, p. 602, con citaciones).

En lo que respecta a los conceptos de *delito continuado, delito permanente* y *delito instantáneo,* que están conectados entre sí y cuya demarcación es, en parte, objeto de discusiones, remitimos no sólo a lo que ya se ha dicho en este libro, sino también a la Parte especial (4ª ed., 1954, p. 60: privación de la libertad). El *delito permanente* no está todavía terminado con la consumación (en el sentido del § 43), dado que al tipo —por ejemplo del § 239— no pertenece sólo la producción, sino también la prolongación de la situación creada (privación de la libertad). SCHÖNKE menciona, asimismo, la violación de domicilio (§ 123) y la posesión ilícita de armas (*RGStr.* 58, 13). Es suficiente no suprimir la situación antijurídica que se ha creado; un delito iniciado culposamente puede convertirse en un delito continuado doloso y formar, en conjunto, un delito permanente doloso mediante omisión (*RGStr.* 73, 230). Dado que es *posible* también un hecho punible continuado mediante omisión, se tocan, en este caso, las dos formas delictivas. También en el *delito instantáneo* se crea una situación punible antijurídica, por ejemplo, la posesión por el ladrón en el § 242, pero tal situación *ya no* pertenece al tipo del hecho punible cometido. La circunstancia de que no se repita la antigua situación, no fundamenta otros hechos de omisión. Ahí está la diferencia con el delito permanente. Como ejemplo, SCHÖNKE menciona el § 169 (juntamente con las sentencias 34, 25 y 36, 137 del Tribunal del Reich, bajo el N. X).

En lo que respecta a los *presupuestos* cuya existencia permite afirmar un *nexo de continuación* (y al cual, por lo tanto, nos volvemos a referir), se acostumbra distinguir entre presupuestos de índole objetiva y de índole subjetiva (confr. mi escrito, en *JW* 1938, p. 3265 y sigts.), a saber:

1. En cuanto a los *presupuestos externos (objetivos)* del nexo de continuación, existe unidad de opiniones en los puntos esenciales. Se requiere:

a) Lesión o puesta en peligro del *mismo bien jurídico.* En tal sentido, por ejemplo, la sentencia *RGStr.* 72, 175. Este bien jurídico debe admitir —dice el Tribunal del Reich— una lesión gradual (*RGStr.* 17, 103 y sigts., 113). Por ello, la lesión o puesta en peligro de "bienes jurídicos eminentemente personales" como la vida, el cuerpo, el honor, la libertad, la moralidad, etc., no pueden reunirse en una unidad si pertenecen a personas distintas. Este concepto ha sido mantenido, con razón, también en la posterior jurisprudencia del Tribu-

nal del Reich, como ser en las sentencias 70, 243 (gran Senado en materia penal, a propósito del § 176, N. 3), 282 (§ 175), 334 (participación). Véase la limitación contenida en la sentencia 6, 81 del Tribunal Federal.

b) Fundamental *identidad y continuidad de las distintas acciones.* Lo que decide en primer término es la concepción natural de la vida. SCHÖNKE (p. 274) refiere este punto de vista también a los demás presupuestos. Este autor habla a este respecto de "proceso de acción" esencialmente idéntico y no lo admite, por ejemplo, entre el llamado cuento del tío, el petardismo y una adquisición engañosa de bicicletas, aunque todos estos hechos caigan bajo el § 263.

c) No se puede establecer con plena precisión conceptual si y hasta qué punto las distintas acciones deben lesionar también la *misma ley penal* (*RGStr.* 51, 308). De acuerdo con lo que hemos dicho hasta ahora, se deduce que no se trata de puntos de vista jurídicos muy distintos, pero algunas pequeñas divergencias son inevitables. Lo decisivo es saber si la misma prohibición jurídico-penal se basa en distintas leyes penales, de modo que se puedan admitir, por ejemplo, causas de agravación y de atenuación (en el mismo sentido, SCHÖNKE, lug. cit.). La continuación es posible, por ejemplo, entre el hurto simple y el agravado (§ § 242 y 243): *RGStr.* 53, 263, y entre la lesión corporal simple y la peligrosa (§ § 223 y 223 *a*): *RGStr.* 57, 81. *No* es posible, en cambio, entre el hurto (§ 242) y la apropiación indebida (§ 246): *RGStr.* 58, 229; entre la apropiación indebida simple y la cometida por empleados públicos en el ejercicio de sus funciones (§ § 246 y 350-351): y entre la falsa atestación y la supresión de documentos cometidas por un empleado público en el ejercicio de sus funciones (§ § 348, párr. 1, 348, párr. 2 y 349): Tribunal del Reich, 14 de marzo de 1938 (D, 1009/37), "dado que se trata de disposiciones penales que protegen bienes jurídicos distintos, que están reunidos sólo por casualidad en el mismo parágrafo". MAURACH (1954, p. 603) señala numerosas particularidades al respecto.

2. Muy considerables son las dificultades a que dan lugar las cuestiones de los *presupuestos internos (subjetivos)* de los hechos cometidos.

a) El *Tribunal del Reich* formula el principio de que una *"resolución general"* de cometer varios hechos punibles —la realización de los cuales es todavía incierta en lo que respecta al lugar, al tiempo y a la forma— *no* justifica la admisión de un hecho continuado, sino que requiere siempre un *"dolo*

total". En tal sentido, por ejemplo, las sentencias *RGStr.* 44, 392-393 y 66, 236-239 (confr. *JW* 1938, p. 3267 y SCHÖNKE, p. 292 y sigts.). Véase también la sentencia *RGStr.* 70, 51. Dicha exigencia ha sido criticada con razón, porque es absurdo otorgar el privilegio de la continuación y, por consiguiente, de *un solo* hecho, a quien ha concebido desde un principio el "dolo total" y se aprovecha cada vez de nuevo de la misma oportunidad para su acción punible (p. ej., abusar siempre de nuevo del mismo niño, § 176, N. 3), y pone de manifiesto, así, una voluntad delictiva especialmente intensa, en contraposición con el que cede reiteradamente a la tentación que se le presenta. Véanse al respecto también DREHER-MAASSEN, antes del § 73, N. II, 1 c; estos autores adhieren a la jurisprudencia del Tribunal Federal (*NJW* 53, 1112). La sentencia 4, 219 del mismo Tribunal, se aproxima, *en cuanto al resultado*, a la concepción sustentada aquí.

b) No obstante, no sería correcto prescindir por completo del aspecto *subjetivo* en la acción continuada. El criterio simplemente objetivo (*Lehrb.*, 466), debe sufrir una limitación. Desde este punto de vista, SCHÖNKE (p. 294), afirma el notable principio de que "aun cuando alguien concibe una nueva resolución igual o casi igual, de modo que cualquier resolución posterior constituya la continuación de la anterior, existe unidad de dolo y, por lo tanto, una acción continuada". Este es también el principio sustentado por el Tribunal Federal suizo. También aquí es la forma de consideración natural de la vida diaria la que orienta correctamente. En tal sentido, ya hemos requerido una exacta valoración del "contenido" del dolo, si el mismo está dirigido a acciones "independientes" o no (*JW* 1938, p. 3268). Decisiva es, en todos los casos, la *"total situación* externa *e interna"*. Cuadra perfectamente con dicho requerimiento la circunstancia de que el autor tome la resolución poco a poco, como así también el hecho de "ceder reiteradamente a la misma tentación". En consecuencia, la situación externa (N. 1) y la interna (N. 2) adquieren una *valoración equilibrante en cuanto a la "finalidad del reconocimiento de la acción continuada"* (SCHÖNKE). Este criterio rige también en el caso de que sobrevenga una condena; por lo común, el nexo de continuación queda interrumpido, pero depende de las circunstancias si y cuando surge de la condena un dolo nuevo e independiente; SCHÖNKE se expresa, sustancialmente, como nosotros, pero más en el sentido de una regla general (véase lo que este autor dice al respecto, antes del § 73, III, 1 c de su *Kommentar*; y, además, las sentencias *RGStr.* 51, 253 y 66, 45 (47-48).

§ 98. El tratamiento jurídico-penal de la unidad de la acción: el llamado concurso ideal

Podemos tomar como punto de arranque la acción *unitaria*, esto es, la simple unidad de la acción originaria (§ 95, N. 1 de este libro) o la reunión en la unidad de acción (§ 95, N. 2 y § 96) o la unidad de acción de la continuación (§ 95, N. 2 c y § 97). A esta acción unitaria se le pueden aplicar, a la vez, varios criterios jurídico-penales: trátase del ya mencionado *concurso ideal* o *concurrencia en una unidad de acción* en el sentido del § 73. Pueden aplicarse varias leyes penales o una sola ley penal y tendremos, respectivamente, un concurso ideal heterogéneo u homogéneo (*Lehrb.*, 468). A nosotros nos interesa, fundamentalmente, sólo el concurso ideal heterogéneo. La expresión "concurso ideal" es corriente, pero poco feliz; se trata, en efecto, de leyes concurrentes, esto es, según M. E. MAYER (véase el *Lehrb.*, p. 467, nota 1), en el fondo, de "concurso de leyes". En materia de concurso ideal, véanse el *Lehrbuch* (p. 467 y sigts.) y el *Grundriss* (p. 150-151).

Existe concurso ideal —y dentro de la definición cabe, asimismo, el concurso ideal homogéneo— si el resultado unitario es objeto de varios criterios jurídico-penales (p. ej., el acceso carnal violento con la hermana casada: §§ 172, 173 y 177), como así también si distintos resultados proceden de una sola acción (p. ej., un mismo disparo mata a un hombre, hiere a otro y destroza una cosa: §§ 211, 223 y 303), o bien si se producen varios resultados en concurso ideal homogéneo (p. ej., un solo disparo mata a varias personas: § 211).

Rige para estos casos —si es que prescindimos nuevamente del llamado concurso ideal homogéneo— la norma del § 73, que reza: "se aplica solamente la ley que conmina la pena más grave, y en el caso de especies diferentes de pena, la ley que conmina la especie más grave de pena". Por lo tanto, rige, fundamentalmente, el *principio de absorción*, en el sentido que ya hemos expuesto. Con otras palabras: se hace lugar a la *declaración de culpabilidad* con arreglo a distintos criterios jurídico-penales, aunque el hecho punible cometido sea uno solo (p. ej., §§ 263, 267 y 73); en cambio, la *pena* será extraída solamente de la ley penal más grave que concierne al hecho cometido.

No obstante esta reglamentación legal, tanto la interpretación del § 73 como la aplicación del mismo han originado, en el transcurso de la evolución, discusiones a fondo, y se han

planteado problemas y expuesto dudas; la jurisprudencia del Tribunal del Reich ha experimentado, *dos veces* por lo menos, *un cambio fundamental* al respecto. Es necesario echar, a este propósito, una rápida ojeada retrospectiva (véase, sobre el particular, mis detalladas observaciones acerca de la sentencia *RGStr.* 75, 19, en "Deutsches Recht" 1941, p. 921).

a) Como se desprende de las observaciones contenidas en la propia sentencia 18, 193-197 del Tribunal del Reich (véase la revista ya citada "Deutsches Recht" 1941, p. 923), los autores han sustentado, a propósito del concurso ideal de varias leyes, el principio de agravar obligatoriamente la pena sobre la base de la ley penal más leve. Hasta 1850, los proyectos del código penal prusiano han incluído, en la disposición sobre el concurso ideal (§ 55), el principio de que en la aplicación de la pena correspondiente al delito más grave, *debía* considerarse el concurso de los delitos más leves, graduando la pena para el delito más grave. Pero este principio *no* ha sido recibido en el código penal prusiano de 1851, y tampoco en el código penal para el Reich alemán. De ahí que en la sentencia de los Senados penales reunidos del Tribunal del Reich de 17 de abril de 1882 (*RGStr.* 6, 180-183), se haya expresado, con arreglo a la redacción del § 73 (y *en contra* de la evidente contradicción en la que había incurrido el procurador general del Reich: jurisprudencia del Tribunal del Reich en materia penal 4, 333), que debía regir el *"principio de la absoluta exclusividad de la ley penal más severa"* y que, por consiguiente, no se podía admitir, por ejemplo, la publicación (§ 200), teniendo en cuenta la ley más benévola. Esto se ha interpretado luego en el sentido de que se podía aplicar una pena inferior a la pena mínima de la ley más benévola (*RGStr.* 39, 155).

b) Este criterio no corresponde a la esencia del asunto y a la justicia material; con arreglo al mismo, el autor se podría procurar, de manera absurda, una *atenuación*, por la circunstancia de infringir, al mismo tiempo, una ley penal *más severa*. La opinión dominante sólo ha atenuado dicho criterio admitiendo de la ley más benévola, por lo menos las consecuencias accesorias que no son una pena (como la multa y otras consecuencias accesorias similares). Por otra parte, ha prohibido una combinación de las distintas leyes (*Lehrb.*, 478). El acuerdo del gran Senado en materia penal del Tribunal del Reich de 22 de marzo de 1939 (*RGStr.* 73, 148) ha allanado esta anomalía; de tal manera, ha dejado sin efecto el falso principio de la exclusividad absoluta de la ley penal más severa. Y ya *no admite que se pueda aplicar una pena inferior a la pena mínima de la ley penal más benévola*. En el mismo sentido la sentencia 1, 156 del Tribunal Federal.

c) La sentencia *RGStr.* 75, 19 representa otro cambio conceptual (véase las observaciones contenidas en "Deutsches Recht" 1941, p. 921). Dicha sentencia pasa por completo a la *"forma de consideración concreta"*. Debe "considerarse tan sólo el marco penal que se tiene en cuenta efectivamente en el caso particular". De tal manera se ha creado, del principio de absorción, un nuevo principio de combinación entre leyes penales distintas.

Sobre esta base, a la cual adherimos, se deduce, respecto del § 73, la *situación jurídica* siguiente (véase al respecto también SCHÖNKE, § 73, IV, 5): la declaración de *culpabilidad* se hace tomando en cuenta todas las leyes penales que concurren idealmente, referentes al caso de que se trata. Se determinará según las circunstancias del caso particular cuál es la ley penal más grave; la pena conminada no es, por sí sola, decisiva. El adverbio *"solamente"* contenido en el texto del § 73 ha experimentado, a través de la evolución que acabamos de exponer, una limitación fundamental; pero queda a salvo el punto de partida, al aplicarse la ley penal más grave. De esta ley, como se pone de manifiesto en la forma de consideración "concreta", debe ser extraída, en primer término, la pena. Pero la pena mínima extraída de la ley más benévola es obligatoria y de ella pueden derivar las penas accesorias y las consecuencias accesorias. El juez no tiene, en términos generales, la obligación de elevar la pena por el hecho de concurrir varias leyes, pero, a veces, puede ser conveniente que lo haga. Se mantiene la aplicación de la ley más grave, cuando medidas "no compatibles", a saber, aquellas que no se ajustan a la ley más grave, no se pueden pronunciar ("Deutsches Recht", p. 923).

§ 99. (Continuación): el llamado concurso de leyes

No es, en el fondo, un verdadero concurso de leyes, puesto que las leyes que aparentemente concurren, no aparecen reunidas en una relación de "concurso (competencia)", sino que quedan excluídas de antemano las que no armonizan con ellas. Se trata, en realidad, de un "concurso ideal aparente"; varias leyes se ajustan aparentemente al caso concreto, pero se excluyen entre sí por motivos jurídicos. Entre las distintas leyes, es *una sola* la que, en sustancia, se aplica. Rige, pues, rigurosamente, el *principio de exclusión*. "En el concurso de leyes, se podrían aplicar al hecho punible, de acuerdo con el texto de la ley, varias leyes penales; pero, considerando la re-

lación existente entre las distintas disposiciones, se desprende que es aplicable solamente una de ellas".

Dicha exclusión de una ley por otra acontece en los casos (*Lehrb.*, 470-478; *Grd.*, 151-153 y SCHÖNKE, antes del § 73, VII) y por las razones que indicamos a continuación.

1. La ley *especial* excluye la ley *general por razones lógicas*. Existe este caso de *especialidad* si una de las dos leyes (la 'lex specialis') contiene *todas* las características de la otra ley (la 'lex generalis') y *aun otras* características "especializadoras". Por ejemplo, el § 243 en relación con el § 242. Es notable, en este caso, que el hurto agravado *tentado* (§§ 243 y 43), dado que comienza antes (a saber, ya en la fractura) que el hurto simple (§§ 242 y 43), se extiende más, en ciertas circunstancias, que el hurto simple tentado; por lo tanto, el caso es, sólo en los hechos punibles *consumados*, un caso auténtico de especialidad. Véanse, además, sobre la especialidad, SCHÖNKE (lug. cit.) y MAURACH (1954, p. 610); este autor generaliza al respecto.

2. La ley, que encierra ya en sí el desvalor delictivo de otra ley, excluye a ésta por *razones valorativas*. Es el caso de la *consunción*. Así se deduce, lógicamente, que, por ejemplo, en la pena correspondiente al hurto con fractura (§ 243, N. 2), el daño ocasionado al edificio y la violación de domicilio ya han sido comprendidos, y que, en consecuencia, han sido *consumados* los §§ 303 y 123 (*RGStr.* 40, 430). No se trata, en este caso, de una decisión lógica, sino valorativa. En este principio caben varios casos a los cuales la teoría y la práctica les han dado nombres especiales.

a) Se habla de *subsidiaridad*, cuando una ley (subsidiaria) se aplicará sólo en vía auxiliar. Con frecuencia, la misma ley lo dice expresamente; por ejemplo, en el § 265 *a* ("en tanto el hecho no esté conminado con una pena más grave, con arreglo a otras disposiciones"), y muchas veces esto se deduce también por el camino de la interpretación. El delito de peligro es, en sí, subsidiario frente al delito de lesión, pero no siempre, porque aquél puede tener una significación amplia independiente (más datos en el *Grd.*, 152-153, con las sentencias *RGStr.* 59, 113; 69, 92 y 70, 402).

b) Una relación similar existe entre *tentativa* y consumación, *participación* y autoría, y entre complicidad e instigación como *formas más leve* y más grave *de participación*, respectivamente (*RGStr.* 62, 74): el que intenta matar a otro y efectivamente lo mata, será castigado sólo por homicidio consumado, etc. Además de la autoría, puede tomarse en cuenta la complicidad (*RGStr.* 70, 138) o la instigación (*RGStr.* 70, 293), solamente en casos excepcionales.

c) Por *alternatividad* se entiende el caso en que varias leyes conminan la misma acción, con arreglo a diferentes criterios jurídicos, con una pena distinta, si se puede admitir que cada una de esas leyes encontrará aplicación, con tal que la otra no contenga una conminación más grave de pena (BINDING, *Handbuch* I, 349). ALLFELD menciona como ejemplo, en el *Lehrbuch des deutschen Strafrechts - Allgemeiner Teil* (9ª ed., 1934, p. 238, n. 35) los §§ 306-308 y 311 en relación con los §§ 5 y 6 de la ley sobre explosivos. Juntamente con V. HIPPEL (II, 527) y FRANK (§ 73, VII, 3), SCHÖNKE no admite la distinción especial de esta forma de concurso, estimando que es suficiente, como tal, la subsidiaridad y la especialidad (lug. cit., 4 b).

d) Por *actos anteriores y posteriores impunes* se entienden las acciones anteriores y posteriores que no lesionan un nuevo bien jurídico y que, por lo tanto, no se toman en cuenta como acciones independientes junto con el hecho principal. Un acto posterior impune es el *delito de intención;* el ladrón (§ 242) utiliza el carbón que ha robado, mientras lo quema; por ello, no puede ser castigado con arreglo al § 303; tampoco puede ser castigado por apropiación indebida (§ 246) el ladrón que vende la cosa hurtada. Pero el "acto posterior" mantiene su significación en otra relación, por ejemplo con respecto a la graduación de la pena, la posibilidad de una complicidad especial, etc. (*Grd.*, 153, con las sentencias *RGStr.* 62, 61 y 67, 70). Se ocupa detenidamente de los llamados actos castigados conjuntamente, MAURACH (1954, p. 626 y sigts.).

Como ya hemos señalado, rige, para el concurso de leyes, una auténtica exclusión de la ley que retrocede (o sea, de la ley general, consumida, subsidiaria); ya no tiene eficacia alguna. El § 73 no encuentra aplicación. SCHÖNKE señala muy especialmente, con razón (antes del § 73, VII, con indicaciones bibliográficas), que la no aplicabilidad de la ley especial o que consume, por ejemplo por faltar la necesaria querella, o por prescripción, etc., hace resurgir la ley general o consumida. Este autor estima que esto es digno de consideración en general y hasta cierto punto con respecto a la graduación de la pena, pero ello casi no puede servir de fundamento para esto. Véase MAURACH (1954, p. 611-612).

§ 100. El tratamiento jurídico-penal de la pluralidad de la acción: el llamado concurso real

Aquí existe, contrariamente a lo que ocurre en el concurso ideal, una *pluralidad de acciones.* Trátase del caso, ya

mencionado, del *concurso real* o *concurrencia de pluralidad de hechos* en el sentido de los §§ 74 y sigts. En consecuencia nos encontramos aquí frente a varios hechos punibles "independientes". Tal independencia no resulta afectada por una relación de finalidades y medios de los distintos hechos (SCHÖNKE, § 74, II). El concurso real constituye el auténtico ámbito en que se mueven los distintos "principios", tal como están considerados en el § 93. Con arreglo al derecho en vigor, la reglamentación es la siguiente (*Lehrb.*, 478-479 y *Grd.*, 153-154):

1. El *principio de acumulación* rige con arreglo a los §§ 75, 77 y 78. Están sujetas a dicho principio, entre los hechos punibles, todas las contravenciones, y, entre las penas, las penas privativas de la libertad perpetuas (§ 74), el encierro, el arresto, como así también las penas pecuniarias.

2. En los casos que tienen importancia práctica especial, a saber, crímenes y delitos como hechos punibles y en varias penas temporales privativas de la libertad como pena, rige, con arreglo al § 74, el *principio de asperación*. Se impondrá una *pena total*, consistente en un aumento de la pena más grave (la llamada pena sustituída); véanse los detalles en el propio § 74; junto a la pena total, pueden ser impuestas penas accesorias y consecuencias accesorias y ordenadas medidas de seguridad y corrección (§ 76). Las penas singulares impuestas mantienen cierta significación propia (más datos en SCHÖNKE, VI); la pena total no puede alcanzar la cifra de las distintas penas, y la acumulación es, por consiguiente, imposible (*RGStr.* 25, 297).

§ 100 a. Problemas legislativos: el igual tratamiento del concurso ideal y el concurso real, y el principio de la pena única

Estas dos cuestiones, que surgen del derecho en vigor, deben ser consideradas una vez más, aunque sea brevemente, en vista de su importancia.

1. *El igual tratamiento del concurso ideal y del concurso real.* El proyecto de 1927 (§§ 65 y sigts.), no tomó en cuenta la distinción entre el concurso ideal y el concurso real (con la consecuencia de la pena única, de la que nos ocuparemos dentro de un momento): véanse el *Lehrbuch*, 479-480 y SCHÖNKE, 269. Tampoco el código penal austríaco de 1852 (§§ 34 y 35), el código penal suizo de 1937 (art. 68) y el 'Code d'instruction criminelle' francés (art. 365, ahora art. 351) prevén dicha distinción. Entendemos que esta "unifor-

mación" no es satisfactoria. Resultaría muy justificado aproximar el concurso ideal y su tratamiento jurídico-penal al concurso real. El examen del § 73 ha puesto de manifiesto que la evolución se ha desviado de la no consideración de los criterios idealmente concurrentes. En efecto, ellos también tienen, por regla general, su significación, tal como en el concurso real, en el sentido de una agravación del hecho cometido: por lo común, una estafa no es un delito tan grave como una estafa unida con una falsificación de documentos (§§ 263, 267 y 73). La violación de *varios* bienes jurídicos no tiene efecto solamente cuando aquélla se realiza, con arreglo al § 74, mediante distintas acciones jurídicamente independientes. El derecho en vigor conoce casos en los cuales una tal *acumulación* de criterios jurídico-penales trae consigo, en *un solo* hecho, una pena particularmente grave; recuérdese, por ejemplo, el robo (§ 249), en el cual la pena, frente al hurto (§ 242) y la coacción (§ 240), supera ampliamente la pena correspondiente a los hechos punibles conexos. Resulta perfectamente justificado, por lo tanto, tomar en cuenta esa acumulación también fuera de los casos especialmente mencionados.

2. *El principio de la pena única.* El igual tratamiento del concurso ideal y del concurso real trae consigo, normal aunque no necesariamente, la *"pena única"*. Tal ocurre también en las legislaciones, que ya hemos recordado, de Austria, Suiza y Francia. No podemos hablar en favor de esta pena única, porque infringe, teóricamente, el principio del hecho e induce, en la práctica, a imprecisiones en la determinación típica. Así como es de desear que se tome en cuenta, en el derecho penal, la *total personalidad del autor* y su total conducta, del mismo modo no es conveniente pasar por alto, con una síntesis más o menos sumaria, lo que el autor "ha hecho". Pero a ello induce la "pena única".

Tercera Parte

LA PENA

La pena en sentido amplio abarca todas las consecuencias jurídico-penales del hecho punible, esto es, las consecuencias reguladas por el derecho penal. De ahí que no constituyan una pena, por ejemplo, las indemnizaciones tratadas en el código civil, pero sí las medidas de seguridad y corrección de los §§ 42 *a* y sigts. Dentro de la pena en sentido amplio, tratamos, en primer término, la *pena en el sentido estricto* del término. La misma está determinada y señalada, esencialmente, por la especial relación interna existente entre la consecuencia jurídica y el hecho punible cometido, contrariamente a lo que ocurre en las mencionadas medidas de seguridad y corrección de los §§ 42 *a* y sigts.

CAPÍTULO I

LA PENA EN SENTIDO ESTRICTO

a) LOS FUNDAMENTOS LEGALES DE LA PENA

Lehrb., 483-486. *Grd.*, 155-162.

§ 101. El concepto de la pena según el derecho en vigor

La PENA en sentido estricto es, según el derecho en vigor, *imposición de un mal proporcionado al hecho*, esto es, una privación de bienes jurídicos que alcanza al autor con motivo y en la medida del hecho punible que ha cometido. En tal sentido es, de acuerdo con su esencia, una *retribución* por el mal que ha sido cometido, sin que con ello quede decidido si y hasta qué punto debe *servir* exclusivamente a este fin de retribución (*Lehrb.*, 483-484, con datos bibliográficos). Se

basa en la *conminación* fijada en la ley (ley penal), adquiere su forma mediante la *imposición* y es experimentada por el castigado con la *ejecución* (*Lehrb.*, 485).

1. El que se haga efectiva la *pena por el hecho punible cometido*, se deduce, sin más, de cada disposición de la ley. Quien se adueña de una cosa mueble ajena, será castigado "por" este hurto con arreglo al § 242; quien, simulando hechos falsos, perjudica el patrimonio de otro, será castigado "por" esta estafa de conformidad con el § 263. En cambio, cuando el § 211 dice: "El asesino" será castigado con la muerte, y "es un asesino el que", etc., emplea expresiones desacertadas, influenciadas por falsas representaciones teoréticas sobre un supuesto "tipo de autor"; en realidad, él será también aquí castigado "por" asesinato, así como el "homicida" del § 212 es castigado "por" homicidio. La relación entre la "pena" y el hecho punible cometido se da, sin excepciones, en todos los casos de auténtico castigo.

2. Pero la pena en el sentido auténtico y estricto de la palabra, *corresponde*, aun *en lo que respecta al contenido*, al hecho punible cometido. Existe *proporcionalidad* entre hecho punible y pena (*Lehrb.*, 484). El que la pena en este sentido deba adecuarse al hecho y que deba existir entre una y otro una "equiparación valorativa (equiparación desvalorativa)", lo pone de manifiesto la diversidad de los *marcos penales legales* de la Parte especial del derecho penal, los cuales se ajustan a los hechos punibles respectivos. Para hechos distintos están conminadas penas distintas. También respecto del autor que ya había sido condenado y es peligroso, y que comete un daño en las cosas con arreglo al § 303, rige el límite de dos años de prisión como pena máxima; y también respecto del autor que no había cometido todavía hechos punibles, la pena correspondiente a un incendio (§ 306) perpetrado por él, comporta, por lo menos, un año de reclusión. La conminación legal de la pena se ajusta, en el caso particular, al hecho punible cometido, mediante la *imposición judicial de la pena*. Su tarea es cuidar que todo hecho reciba *su* pena. No es aceptable el criterio según el cual no se puede hablar de una verdadera proporcionalidad entre hecho y pena, por estar sujetas la forma y la medida de la pena correspondiente a iguales hechos, a varios cambios temporales y espaciales. Dado que esta proporcionalidad consiste en una relación valorativa, es natural que ésta dependa de valoraciones humanas históricamente condicionadas (*Lehrb.*, 516).

El principio de la exclusiva adecuación de la pena al hecho punible cometido se quiebra, en el propio derecho vigente, al aplicarse el criterio de ajustar la pena a la personalidad

y a la peligrosidad del *autor*, como ocurre cuando se agrava generalmente la pena en el caso de un delincuente habitual peligroso (§ 20 *a*). En este caso, se aumenta la *pena* —además de ordenarse, si la seguridad pública así lo requiere, la medida de seguridad consistente en la custodia (§ 42 *e*)— por la circunstancia de que el *autor* es un "delincuente habitual peligroso". La consideración de NAGLER (*Leipz-Komm.*, 6ª ed., 1944, p. 190-191), de que el § 20 *a* se ajusta sin modificaciones al criterio de la proporcionalidad del hecho y que tal criterio ha sido abandonado sólo en el § 1 de la ley de 4 de septiembre de 1941 (*RGBl.* I, 549), no es defendible. Ya el § 20 *a* de la ley sobre delincuentes habituales peligrosos de 24 de noviembre de 1933 (*RGBl.* I, 995) ha modificado, en este punto, el carácter de la pena en el sentido originario del código penal; éste debe ser determinado únicamente como hecho, pero no debe ser apreciado en su valor o desvalor. Por otra parte, el § 20 *a modifica* solamente la pena; su punto de partida sigue siendo, también aquí, la imposición de un mal proporcionado al hecho que ha sido cometido.

3. Por último, queda firme también el *carácter de infliction de un mal* que la pena tiene como tal. La pena *quiere* alcanzar al autor del hecho y hacerle conocer el mal que ha ocasionado mediante el mal que se le inflige. Por cierto que con las dos penas más importantes del derecho en vigor —la pena privativa de la libertad (reclusión: § 14, prisión: § 16, y arresto: § 18) y la pena pecuniaria (§ 27)—, se vincula un trabajo útil u otra ventaja para la colectividad, pero la propia *esencia* de la pena no se agota en estos "efectos accesorios". También la pena que es *útil* para el autor o para otros, sigue siendo, en primer término, de acuerdo con su propia esencia, un *mal* que se inflige a quien corresponda.

§ 102. El sistema de penas del derecho en vigor

Lehrb., 486-493. *Grd.*, 162-164.

En este sistema de penas, se clasifican las penas principales, las penas accesorias y otras consecuencias penales. En tanto que las penas principales pueden ser impuestas solas, las penas accesorias pueden ser impuestas solamente al lado de una pena principal (salvo en el caso del § 37, derogado por ordenanza de 6 de mayo de 1940). Las otras consecuencias penales no tienen carácter penal y constituyen la transición a las medidas de seguridad. El arresto en una fortaleza (§ § 17 y 20) ha sido sustituído por el encierro (véase más adelante).

I. Las PENAS PRINCIPALES. Se dirigen contra el honor, la libertad y el patrimonio.

1. La *pena de muerte* ha sido derogada por el art. 102 de la ley fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1949. Ha sido sustituída por la reclusión perpetua.

2. Las *penas privativas de la libertad.* La ley conoce formas más graves y más leves.

a) La *pena de reclusión.* Es una pena grave, infamante, propia de los crímenes, con obligación general de trabajo (§ 15). Con arreglo al § 14, el mínimo de la pena de reclusión temporal es un año y el máximo es de quince años. La pena de reclusión puede ser perpetua en los casos mencionados especialmente, por ejemplo, en los § § 211, 212, 80, 178, 251 y 307. Las fracciones de un año, por ejemplo en los casos de tentativa y complicidad, se convierten en prisión; la proporción se establece con arreglo al § 21. De acuerdo con lo que determina el § 19, la duración de una pena de reclusión puede ser computada solamente por meses completos (salvo las penas sustitutivas y las penas totales, a las que se refieren los § § 29, párr. 2 y 74, respectivamente). A la pena de reclusión se unen, de derecho, ciertas disminuciones en el honor, de conformidad con el § 31. *No* es posible la suspensión de la pena por un período de prueba (§ 23).

b) La *pena de prisión.* Es una pena menos grave, no infamante, propia de los delitos y de los crímenes de menor importancia, con obligación de trabajo adecuado a las condiciones y aptitudes de cada condenado (§ 16). El mínimo de la pena de prisión es un día, el máximo cinco años, y diez años en los casos de penas totales (§ 74). La duración de una pena de prisión puede ser computada solamente por días completos tos (§ 19). El trabajo en el exterior del establecimiento es posible, contrariamente a lo que ocurre en el caso de los condenados a la pena de reclusión (§ 15, párr. 2), sólo con el consentimiento del condenado: § 16, párr. 3 (ley para la modificación del derecho penal).

c) El *encierro.* Por el art. 1, N. 3 *a* de la ley para la modificación del derecho penal de 1953, el "arresto en una fortaleza", previsto en los § § 1, 21, 70, 74, 75, 105, 106, 201-206 y 345, ha sido sustituído por el "encierro". Es una pena temporal privativa de la libertad, no infamante (suprimida en el nuevo § 70, párr. 1, N. 1). El mínimo de esta pena es un día, el máximo quince años, con arreglo al nuevo § 17; consiste en la privación de la libertad con vigilancia de la ocupación y de la forma de vida del preso, sin obligación de trabajo o prohibición de la ocupación (DREHER-MAASSEN); se cumple en establecimientos especiales o en secciones especiales

del establecimiento. Cuando la ley conmina en forma alternativa la reclusión y el encierro (§§ 105 y 106; pero no el § 345, párr. 2), se puede imponer, de conformidad con el nuevo § 20, la reclusión, sólo cuando se haya establecido que la acción punible proviene de un sentimiento deshonroso. Véase al respecto DREHER, *JZ* 53, 424. Es posible la suspensión de la pena por un período de prueba (§ 23).

De acuerdo con el § 21, la *proporción de conversión* es la siguiente: a ocho meses de reclusión corresponde un año de prisión, y a ocho meses de prisión un año de encierro. Confr. los § § 44, 49, 51, 74 y 79.

d) El *arresto*. Es la pena más leve, no infamante, propia de las contravenciones y de los delitos (p. ej., en el § 185) y, por lo común, sin obligación de trabajo. El arresto agravado del § 362 lleva consigo la obligación del trabajo. El mínimo de esta pena es un día, el máximo es de seis semanas y, si el autor ha incurrido en varias penas de arresto, de tres meses. La duración se computa por días completos (§ § 19 y 77). Es posible la suspensión de la pena por un período de prueba (§ 23), pero no la libertad condicional (§ 26).

3. La *pena pecuniaria*. Es la única pena contra el patrimonio, pero se puede aplicar también junto con otras penas. Con arreglo a los § § 27 y 27 *a*, el mínimo de la pena pecuniaria es, para las contravenciones, tres marcos y para los crímenes y delitos, cinco marcos; el máximo es de ciento cincuenta y diez mil marcos, respectivamente; si el crimen o delito es el resultado de la codicia, la pena pecuniaria puede elevarse hasta cien mil marcos. En casos especiales (confr. los § § 85, 98 y 101), pueden establecerse importes más elevados o pena pecuniaria ilimitada. El § 27 *c* contiene normas sobre la determinación de la pena pecuniaria teniendo en cuenta las condiciones económicas del autor y la ganancia que éste ha obtenido. El § 27 *c*, párr. 3 se refiere, según la sentencia *BGHStr*. 3, 259, solamente al párrafo 2, *no* al párrafo 1. El § 29 establece las *penas privativas de la libertad sustituídas* en caso de que la pena pecuniaria no pueda ser cobrada, y el § 27 *b* la *pena pecuniaria sustitutiva* de las penas privativas de la libertad *inferiores* a tres meses, si se trata de contravenciones y delitos (¡*no* de crímenes!), "si la finalidad de la pena puede lograrse mediante una pena pecuniaria".

II. Las PENAS ACCESORIAS. Se dirigen contra el honor, la libertad y el patrimonio.

1. El *desposeimiento de los derechos cívicos honoríficos*. Está mencionado en los § § 32-37; las consecuencias pueden

ser permanentes (§ 33) o transitorias (§ 34) o limitadas (§ 35). El § 32 reglamenta la admisibilidad y la duración de esta pena accesoria. La misma está fijada con carácter obligatorio para el falso juramento, el proxenetismo agravado y la usura (§ § 161, 181, 302 *d* y 302 *e*). Está fuera de toda duda el carácter de pena que tiene el desposeimiento de los derechos cívicos honoríficos. Véase la sentencia *BGHStr.* 5, 198.

2. La *admisibilidad de la vigilancia de la policía.* Está reglamentada en los § § 38 y 39; debe estar siempre prevista especialmente. La sentencia *RGStr.* 17, 192, le reconoce el carácter de pena a la vigilancia de la policía. En lugar de la entrega a las autoridades territoriales de policía (de los Estados), prevista en los anteriores § § 361 y 362, se procede, en la actualidad, a la colocación del condenado en una casa de trabajo (§ 42 *d*).

3. La *confiscación* e *inutilización.* De estas dos penas accesorias se ocupan los § § 40, 41 y 42. La confiscación incluye los instrumentos y los productos del delito ('instrumenta sceleris', 'producta sceleris'), pero no, entre estos últimos, el botín. La inutilización se refiere a los escritos, reproducciones, etc. La sentencia *RGStr.* 46, 131 reconoce el carácter de penas a la confiscación y a la inutilización (por lo demás, muy discutido); estas penas accesorias afectan también, a veces, a terceros, y en tal caso pierden su significación penal. El § 335 establece la declaración de confiscación de las cosas recibidas o del valor de las mismas en los casos de corrupción.

III. OTRAS CONSECUENCIAS PENALES. La ley establece las siguientes:

1. La *publicación de la sentencia* (§ § 165 y 200), como "resarcimiento ideal";

2. La *enmienda* (§ § 188 y 231), como "resarcimiento material".

§ 103. La determinación legal de la pena

Lehrb., 493-495. *Grd.*, 165-172.

La determinación legal de la pena consiste, en primer término, en la fijación de la pena que consta, en forma absoluta o en la forma de un marco penal, en las distintas leyes penales (N. I); puede abarcar casos de agravación o atenuación general de la pena (N. II), o casos de agravación

o atenuación especial de la pena (N. III), o, por último, causas especiales de exclusión de la pena (N. IV).

I. *Determinación absoluta de la pena y marco legal de la pena.* La pena legal es sólo raras veces una *pena absoluta*, con magnitudes exactamente fijadas. Hoy está casi excluída del código penal. La pena correspondiente al asesinato —pena de muerte conminada en forma absoluta— ofrecía, cuando regía el § 211 en su anterior redacción, el ejemplo más importante de tal pena; pero, al admitir el nuevo § 211, párr. 3 —aunque sólo "en casos especiales de excepción"— la reclusión, el principio de referencia fué quebrado. Derogada la pena de muerte, el § 211 conmina, en forma "absoluta", la reclusión perpetua. Los anteriores § § 80 y sigts., que conminaban, en parte, la pena de muerte en forma absoluta, han sido sustituídos por los § § 80 y sigts. de la ley sobre modificación del derecho penal de 30 de agosto de 1951 (*BGBl.* I, 739). En cambio, se dan, a veces, fuera del derecho penal, y muy especialmente en materia impositiva, penas fraccionarias y multiplicativas determinadas, que pertenecen a la categoría de las penas determinadas en forma absoluta. Sobre la *conminación indeterminada de penas*, confr. SCHÖNKE, antes del § 13, VII, 3 y MAURACH, 1954, p. 673.

En lugar de una pena determinada o indeterminada de modo absoluto, la ley ofrece un *marco penal*, dentro del cual el juez fija exactamente la pena correspondiente al caso particular. Se puede elegir, dentro de dicho marco penal, una pluralidad de penas (p. ej., si se trata del § 185, entre la pena pecuniaria, el arresto y la prisión; en el § 263, la prisión y, si existen circunstancias atenuantes, también la pena pecuniaria y, en casos particularmente graves, también la reclusión, como asimismo, en general, si se trata, p. ej., de hurto, además de la prisión, también la pena pecuniaria con arreglo al § 27 *b*); *o bien* dicho marco penal puede dejar al juez, dentro de una determinada especie de pena, un espacio libre entre un mínimo y un máximo (p. ej., a propósito de la pena de prisión prevista en el § 242, entre un día y cinco años, según establece el § 16). El marco penal establecido en esta forma para el caso que constituye la regla, se llama *marco penal normal.*

Este marco penal normal puede ser modificado por razones de carácter general (N. II) o especial (N. III). Se habla entonces de *modificación de la pena.* Puede consistir en una *agravación de la pena* (aumento de la pena, cualificación) o en una *atenuación de la pena* (disminución de la pena, casos privilegiados). Se producen de tal manera causas generales o especiales de agravación de la pena (causas de au-

mento de la pena, causas cualificadoras) o causas de atenuación de la pena (causas de disminución de la pena, causas privilegiadoras). Para denominar tal modificación de la pena, se empleaban antes distintos términos (*Lehrb.*, 494-495 y notas); la legislación más moderna prefiere emplear las expresiones "agravación de la pena" (§ 20 *a* y § 50, párr. 2) y "atenuación de la pena" (§ 50, párr. 2; también empleaba esta expresión el anterior § 44, párr. 1); también el título del capítulo cuarto del código penal (antes del § 51) usa la palabra "atenuar", en tanto que el § 49, párr. 2 habla de "reducir" y el § 59, párr. 1, "aumenta" la punibilidad. En el lenguaje científico se prefiere hablar de casos cualificados y privilegiados. Por otra parte, la ley establece con frecuencia, por ejemplo, en el § 263, párr. 2, en general, "circunstancias atenuantes" como así también, por ejemplo, en el § 263, párr. 4, "casos particularmente graves". En cada caso debe examinarse, en consecuencia, si el cambio en el empleo de las palabras posee una significación de orden práctico o solamente histórico-lingüística (véase al respecto también el *Grd.*, p. 165-166, con citaciones).

II. *Agravación y atenuación general de la pena.* Tiene, a los fines de la aplicación del derecho penal en sus distintas relaciones, la mayor importancia. Ya nos hemos ocupado de las difíciles cuestiones a las que da lugar la clasificación de los hechos punibles en crímenes, delitos y contravenciones, con arreglo al § 1. En tanto que las causas de atenuación de la pena de la tentativa (§ 43), de la complicidad (§ 49) y de la imputabilidad disminuída (§ 51, párr. 2) no afectan dicha clasificación (un crimen tentado, etc., sigue siendo un crimen), la nueva evolución jurídica adhiere, por ejemplo a propósito de la causa de agravación de la pena del § 20 *a*, a la "forma de consideración concreta", de modo que un delito se convierte en un crimen de acuerdo con dicho parágrafo; esto en contra de las sentencias 70, 289 y 74, 65 del Tribunal del Reich, según las cuales un delito debe seguir siendo un delito a pesar de la pena de reclusión prevista en el § 20 *a*. Por lo tanto, la jurisprudencia del Tribunal del Reich sigue afirmando el método "abstracto".

1. *Agravación general de la pena.* Aquí se debe mencionar la importante disposición del § 20 *a*, que ha sido introducida por la ley sobre delincuentes habituales de 24 de noviembre de 1933 (*RGBl.* I, 995) y que prevé una agravación general de la pena, en parte en forma obligatoria (párr. 1) y en parte en forma facultativa (párr. 2). Véanse el *Grundriss*, 166-169 y los datos bibliográficos en p. 176, y SCHÖNKE (a propósito del § 20 *a*). "Se deberá" castigar como *delincuen-*

te habitual peligroso con reclusión hasta cinco o quince años, al autor que, después de haber sido condenado dos veces por sentencia firme, comete un nuevo hecho, si "la apreciación en conjunto de los hechos demuestra que es un delincuente habitual peligroso" (párr. 1); "se podrá" aplicar el mismo castigo si ya ha cometido tres hechos, aun cuando las condenas no hayan quedado firmes (párr. 2). Se ha suprimido la ulterior agravación de la pena hasta muerte, prevista en la ley de 4 de septiembre de 1941 (*RGBl.* I, 549); la misma constituía la aplicación del criterio nacional-socialista según el cual se debía expiar en forma adecuada el mal ocasionado cuando estaba en juego la "protección de la comunidad del pueblo". Por lo demás, sigue siendo el § 20 *a* en la forma en que está estructurado, el resultado desaprobable de una pena con fines utilitarios. Dicho parágrafo contiene determinados presupuestos formales y materiales (véase al respecto la sentencia *BGHStr.* 1, 94 y sigts.).

a) Determinados *presupuestos formales* de los que depende la agravación de la pena: para la aplicación obligatoria del párr. 1, el autor debe haber sido condenado dos veces (*BGHStr.* 7, 178). El autor debe haber cometido otro hecho después de haberse dictado la primera condena, y un tercer hecho después de quedar firme la condena correspondiente al segundo hecho, pero no es preciso que, contrariamente a lo que ocurre en el § 245, haya expiado ninguna de las penas (*RGStr.* 68, 214). Para la aplicación facultativa del párr. 2, son suficientes tres hechos; no es necesario que el autor haya sido condenado con motivo de la comisión de los mismos, pero ello no impide la aplicabilidad del párr. 2 (*RGStr.* 68, 330). Si se impone una pena total, no son determinantes las penas que contiene, sino ella (SCHÖNKE, § 20 *a*, IV, 1, con citaciones). Es suficiente también un delito con arreglo al § 330 *a* (*RGStr.* 73, 177). En cambio, no se toman en cuenta para los párrafos 1 y 2, a pesar del texto de la ley, las simples contravenciones (*RGStr.* 73, 321). En el párrafo 2 de la ley se dice que se debe tratar de varios (tres) hechos dolosos, por lo cual se debe pensar en hechos jurídicamente "independientes" —que se encuentran entre sí, por consiguiente, en concurso real—, pero también hay que tener en cuenta la última jurisprudencia sobre el desmembramiento del delito colectivo (*RGStr.* 72, 164). Véase el *Grundriss*, p. 167. Es suficiente, por consiguiente, la comisión en forma profesional de distintos actos: DREHER-MAASSEN, § 20 *a*, N. 3 b, con la sentencia del Tribunal Federal de 10 de abril de 1953. A veces prevaleció el criterio de que eran suficientes los *distintos actos de una acción continuada*, en los cuales se pusiera de

manifiesto, "por lo menos tres veces, la tendencia criminal del autor" (SCHÖNKE, V, 1 b, con citaciones, y muy especialmente las sentencias *RGStr.* 77, 26 y 99). En cambio, la sentencia 1, 313 del Tribunal Federal de fecha 21 de septiembre de 1951 (*JZ* 51, 755), ha afirmado, con nota aprobatoria de Eb. SCHMIDT, que los distintos actos de una acción continuada no son hechos dolosos en el sentido del § 20, párr. 2; con ello, ha vuelto, de las sentencias *RGStr.* 77, 24 y sigts. y 98 y sigts., a la sentencia *RGStr.* 68, 297. En cuanto a la prescripción, véase el § 20 *a*, párr. 3.

b) El *presupuesto material* (párrafos 1 y 2) consiste en que "la apreciación en conjunto de los hechos demuestre que el autor es un delincuente habitual peligroso". La sentencia 68, 149 y sigts. del Tribunal del Reich se ha expresado a este respecto con toda precisión (véase SCHÖNKE, IV, 2); también el nuevo hecho debe ser sintomático y no un mero hecho ocasional o emocional (SCHÖNKE, IV, 3 y V, 3, con la sentencia *RGStr.* 70, 215). Véase también la sentencia *BGHStr.* 3, 169, y MAURACH, 1954, p. 705 y sigts.

"Delincuente habitual" es un individuo que, como consecuencia de una inclinación interna, existente por predisposición natural o adquirida con la práctica, infringe reiteradamente el derecho y tiende a infringirlo nuevamente. Según la sentencia *RGStr.* 68, 155 (más jurisprudencia en SCHÖNKE, lug. cit.), es indiferente que esta constitución psíquica dependa de una tendencia del carácter heredada o adquirida, o que sea el resultado de una represión de representaciones contrapuestas, lograda mediante la repetición frecuente de las infracciones.

El delincuente habitual es "peligroso" si la repetición de hechos punibles es probable y si se puede esperar que el delincuente perturbará considerablemente en el futuro el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, la llamada criminalidad de bagatelas no puede, tampoco en este caso, servir de base para la agravación de la pena. Pero tal peligrosidad puede existir también por ligereza y por el afán de ayudar a otros (*RGStr.* 72, 259) o por cometerse los hechos en un estado de necesidad (*RGStr.* 72, 295), o bien por manifestarse la evolución regresiva (*RGStr.* 73, 276). No se opone a dichos criterios la circunstancia de que el sujeto, a fin de desahogar la tendencia que ya existe en él, deba recurrir al placer del alcohol (*RGStr.* 74, 217). Esta calificación de delincuente habitual peligroso no ha de ser solamente la consecuencia de un juicio de orden general sobre el individuo, sino que debe resultar de la apreciación en conjunto de los "hechos". SCHÖNKE (lug. cit.) menciona otras particularidades de orden jurídico. Acerca del

total problema de la peligrosidad, véase la sentencia 1, 94 y sigts., del Tribunal Federal.

Para la formulación del juicio correspondiente, es determinante el *momento de la vista principal*: *RGStr.* 72, 357; 73, 277 y 74, 218; y SCHÖNKE, IV, 2 d, con citaciones (en cambio, BOCKELMANN, RIETZSCH y SCHÄFER-WAGNER consideran determinante el momento del *hecho*). *No* es necesario que el autor *conozca* su condición de delincuente habitual: *RGStr.* 68, 390 y 73, 181, y SCHÖNKE, VIII.

c) El efecto que producen estas comprobaciones consiste, con arreglo al § 20 *a*, en una *agravación de la pena*. De acuerdo con la forma de consideración concreta, el hecho punible cometido es un crimen (en el mismo sentido, SCHÖNKE, IX, y DREHER-MAASSEN, N. 7); el Tribunal Federal afirma, en la sentencia 4, 226, el carácter de delito, si el hecho es, por lo general, un simple delito. Dado el caso, se puede aplicar el § 50, párr. 2. No es la pena del § 20 *a* una *mera pena por culpabilidad*; lo es cuando las características se basan en la culpabilidad del hecho y de la conducta del autor; no lo es cuando la pena tiene en cuenta, objetivamente, la personalidad del autor, y en tal caso se convierte en una pena de seguridad (véase el *Grd.*, 168). El § 42 *e* establece, además, una mera medida de seguridad.

2. *Atenuación general de la pena.* Está prevista, en el derecho vigente, en *cuatro* formas, que son, en parte, de carácter obligatorio y en parte facultativo; de las mismas, ya se ha hablado ampliamente en otro lugar. Estas cuatro causas generales de atenuación de la pena son la tentativa, la complicidad, la imputabilidad disminuída y la edad juvenil (*Grd.*, 169-170).

a) Respecto de la *tentativa* (§ 43), el § 44, en la redacción de la ordenanza de 29 de mayo de 1943 y ordenanza de ejecución de la misma fecha (*RGBl.* I, 339 y 341), establece, en el párrafo 1, que el crimen o delito tentado "podrá" ser castigado más levemente que el crimen o delito consumado (antes decía "será" castigado, y la disposición tenía, por consiguiente, carácter obligatorio), y reglamenta, en los párrafos 2 y 3 (antes, párr. 4), esta atenuación de la pena. Ya nos hemos ocupado de este punto. La ley para la modificación del derecho penal de 1953 se conformó con la atenuación de carácter facultativo.

b) Respecto de la *complicidad* del § 49, el párrafo 2, que ha sido modificado en el mismo sentido del § 44, párr. 1, establece que la pena correspondiente al cómplice "podrá" ser reducida (antes: "será" reducida), con arreglo a los prin-

cipios que rigen para el castigo de la tentativa. Ya nos hemos referido también a ello.

c) Acerca de la *imputabilidad disminuída* del § 51, párrafo 2, con respecto a la cual hay que remitirse especialmente a la atenuación de la pena para los *sordomudos* prevista por el § 55, párr. 2, la ley se ajusta estrictamente a la disposición del § 51, párr. 1, de la que ya hemos hablado en el capítulo sobre la imputabilidad. El § 51, párr. 2 reza: "Si la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de obrar según esta comprensión estaba al tiempo del hecho disminuída considerablemente por una de estas causas (o sea, las causas indicadas en el párr. 1), la pena podrá ser atenuada de acuerdo con las disposiciones sobre el castigo de la tentativa".

Esta disposición ha sido introducida por la ley sobre delincuentes habituales de 24 de noviembre de 1933 (*RGBl.* I, 995) y contiene una causa facultativa, esto es, no obligatoria de atenuación. En particular, hay que tener en cuenta lo siguiente:

Los llamados presupuestos biológicos ("por una de estas causas", esto es, por perturbación de la conciencia, perturbación morbosa de la actividad del espíritu o debilidad mental) son, literalmente, los mismos que están señalados en el párrafo 1. No obstante, existe cierta diferencia; en efecto, en el caso de una enfermedad mental auténtica (véase el § 63, 1), la imputabilidad está, en principio, *excluída*, vale decir que se puede aplicar el § 51, párr. 1, y *esta* forma de "perturbación morbosa de la actividad del espíritu" no desempeña, por lo común, papel alguno en el párrafo 2. Esto vale también, en general, respecto de estados temporales, parciales, iniciales y estacionarios (*Grd.*, 96-97). En el *Lehrbuch* (p. 292, antes de la nota 17), hemos equiparado fundamentalmente los estados estacionarios —o sea, los procesos morbosos que llegan a un estancamiento— a los procesos que sufren las personalidades psicopáticas, aunque se deba tener presente que una disposición anormal, ya existente, de la personalidad no es, sin más, lo mismo que una personalidad que se ha venido modificando a través de un proceso morboso. Recientemente (y ya, en tal sentido, el *Festschrift für Kurt Schneider*, Heidelberg, 1947, p. 245-246), se ha destacado la curabilidad de la auténtica psicosis; y no deja de tener importancia el criterio según el cual en un estado defectuoso que se ha convertido en un estado estacionario, puede producirse una nueva situación interna de equilibrio, tal como ocurre en el cuerpo, por ejemplo después de una amputación que se ha cicatrizado. Por lo tanto, es siempre posible tomar en cuenta, en algunos casos, también el § 51, párr. 2.

Prescindiendo de estas cuestiones especiales, la diferencia entre el párrafo 1 y el párrafo 2 del § 51 consiste en que, mientras en el caso anteriormente indicado de inimputabilidad, la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o la capacidad de obrar según esta comprensión está excluída ("es incapaz"), en la imputabilidad disminuída con arreglo a la ley, en cambio, dicha capacidad está sólo *"disminuída considerablemente"*. *No* es pues, suficiente, en este caso, un grado, por leve que sea, de disminución, aun cuando el mismo dependa de perturbación de la conciencia, etc. (véase al respecto, p. ej., la sentencia *RGStr.* 69, 364). El Tribunal del Reich ha reconocido también, en la sentencia 67, 150, que, si se trata de embriaguez habitual, pueden extenderse los límites de la responsabilidad.

Si se dan los presupuestos del § 51, párr. 2, la pena *puede* ser atenuada con arreglo a los principios sobre la tentativa (§ 44). Véase SCHÖNKE, § 51, III, 3). Se trata pues, en el caso particular, de una cuestión de apreciación judicial. También en este caso se admite la imposición del máximo legal de la pena, como *antes* se admitía la imposición de la pena de muerte (*RGStr.* 71, 179; ahora, *BGHStr.* 7, 28). El § 20 *a* no excluye la aplicabilidad del § 51, párr. 2 (*RGStr.* 72, 326 y 73, 47). Juntamente con el § 51, párr. 2, hay que tener en cuenta el § 42 *b*. Véase al respecto la sentencia *BGHStr.* 7, 35. Con arreglo a los § § 51, párr. 2 y 55, párr. 2, no se admite una doble atenuación de la pena: *BGH, MDR* 54, 243.

El caso de los *psicópatas*, esto es (según SCHNEIDER: véase *KrimPol.*, 49), las "personalidades anormales que sufren por su anormalidad o por la anormalidad de las cuales sufre la sociedad", ofrece dificultades especiales a las que ya nos hemos referido en el § 61, III a propósito del § 51, párr. 1. La experiencia enseña que es erróneo, por lo común, emplear con ellos una excesiva suavidad y que se pueden conseguir, con frecuencia, resultados mucho mejores con un tratamiento penal severo y consecuente. (Está de acuerdo con estos principios, SCHÖNKE, lug. cit.). De todos modos, vale también en este caso, como en el de la imputabilidad, el criterio de que no da buenos resultados un tratamiento esquemático de todos los psicópatas, sino que sólo la aplicación de puntos de vista *cualitativos* más sutiles puede ser beneficiosa en el caso particular. La comprobación de que alguien es un "psicópata", no dice nada, tampoco aquí; lo mejor sería que esta palabra desapareciera totalmente del lenguaje forense y que fuera sustituída por las expresiones "personalidad desviada" o "carácter desviado" (*KrimPol.*, 74). Tratan detalladamente el problema de los psicópatas la *KrimPol.* (45-74) con la *Mon-*

KrimBiol. (XXX, 190, 319 y 322) y la sentencia 74, 218 del Tribunal del Reich con nota en "Deutsches Recht" (1940, p. 1277). SCHÖNKE también recalca (§ 51, III) que el tratamiento de la imputabilidad disminuída es un "problema central" (WILMANNS) y una "cuestión decisiva" del derecho penal (ASCHAFFENBURG). Véanse los interesantes comentarios de MAURACH (1954, p. 392).

d) También se puede proceder a una "atenuación general de la pena" si se trata de *jóvenes*, y ello con arreglo a los anteriores §§ 55, 56 y 57 y a la ley sobre tribunales de jóvenes de 16 de febrero de 1923, como asimismo a la ley del Reich sobre tribunales de jóvenes de 6 de noviembre de 1943 y a la misma ley de 4 de agosto de 1953 (no obstante el § 18, párr. 1, tercera parte). Pero de esto nos ocuparemos en detalle en los § § 113, 114 y 115 de este libro.

III. *Agravación y atenuación especial de la pena.* Entendemos por agravación y atenuación especial de la pena (*Grd.*, 170-172), las disposiciones que modifican la pena, que se encuentran en la Parte especial o en otras disposiciones penales especiales. También aquí, la agravación o la atenuación de la pena puede ser obligatoria o sólo facultativa. De acuerdo con la clasificación del § 1, modifican el carácter del hecho punible, en general, las causas "nominadas" y no las "innominadas"; remitimos a las consideraciones hechas a propósito del § 1. Por otra parte distinguiremos, en lo sucesivo, el *"delito fundamental"*, que contiene el marco penal normal; los *"casos cualificados y privilegiados"*, en los cuales la pena correspondiente al delito fundamental se modifica en sentido agravante o atenuante; y el llamado *"delictum sui generis"* o *"delito independiente"* (NAGLER, *LeipzKomm.*, 1944, 73-74), en el cual ya no se puede hablar de una simple modificación del delito fundamental, dado que se crea aquí, mediante la agravación o la atenuación de la pena, un hecho punible nuevo e independiente (así, p. ej., en el homicidio a pedido del § 216 y en el infanticidio del § 217). Establecer si en el caso particular existe uno u otro, es una *cuestión de interpretación.* FRANK (p. 93) emplea la expresión 'delictum sui generis' cuando se crean, de simples acciones preparatorias y de tentativa, no simples formas de aparición, sino, por la significación peculiar e independiente del hecho punible, delitos independientes; contrariamente a lo que opina la teoría dominante, este autor niega que el § 216 constituya un 'delictum sui generis' (p. 468) y afirma, en cambio, que lo es el delito previsto en el § 217 (p. 469). V. WEBER hace referencia a los 'delicta nominata' del derecho común y considera 'delicta sui generis' no sólo las modificaciones de un

delito fundamental, sino también todos los delitos independientes —por ejemplo, el hurto, el robo, el adulterio, la falsificación de monedas—, en contraposición con las meras formas de aparición dentro de las variedades de delitos, como ser los tipos previstos en los §§ 243 ó 248 *a* (*Grundriss des Deutschen Strafrechts*, 1946, p. 35). Esta distinción es importante en algunos casos, pero no ofrece, a menudo, seguridad.

1. *Agravación especial de la pena.* Tiene lugar por causas nominadas o innominadas.

a) Son *causas nominadas de agravación de la pena*, por ejemplo, frente al delito fundamental de hurto del § 242 (¡delito!), las que resultan de las causas de agravación del § 243 o de las disposiciones sobre la reincidencia del § 244 (¡crimen!). Una cualificación similar del delito fundamental muestran, por ejemplo, los §§ 250 y 251, 223 *a*-226, 260, 181, etc.

b) *Causas innominadas de agravación de la pena.* Existen, ante todo, en los "casos particularmente graves" (*RGStr.* 69, 164 y sigts.), que desempeñan un papel importante en la más reciente legislación. Así, por ejemplo, en los §§ 263, párr. 4 y 266, párr. 2 (a propósito de la estafa y de la infidelidad, respectivamente), en los que se introducían, en la anterior legislación, también casos nominados ("existe especialmente si", etc.). En tanto que el Tribunal del Reich, en las sentencias 69, 49 y sigts., 333 y sigts. y 340; 72, 205 y 73, 172, no admite nunca que los casos particularmente graves afecten la clasificación del § 1, esto es, mantiene el carácter de delito también en todos los casos particularmente graves, y el *Grundriss* (p. 171) distingue los casos innominados de los casos nominados que están incluídos al lado de aquéllos, la evolución más reciente de la jurisprudencia se ajusta a la forma de consideración "abstracta". Remitimos a lo que ya hemos dicho al respecto.

2. *Atenuación especial de la pena.* También ésta tiene lugar por causas nominadas o innominadas.

a) Se encuentran *causas nominadas de atenuación de la pena*, por ejemplo, respecto de los delitos fundamentales de hurto (§ 242) y de apropiación indebida (§ 246), en el § 248 *a* (hurto y apropiación indebida por necesidad); respecto de la estafa (§ 263), en el § 264 *a* (estafa cometida por necesidad); respecto del § 313, párr. 1 (¡crimen!) en el párrafo 2 (¡delito!), en tanto que en los §§ 216 y 217 (respecto de los §§ 211 y 212), como asimismo en los §§ 265, 265 *a*, 281, etc., se deben ver 'delicta sui generis'; también el § 370, N. 5 (contravención) debería ser considerado como un tipo especial y

no sólo como un caso privilegiado de hurto y apropiación indebida.

b) *Causas innominadas de atenuación de la pena.* Figuran entre éstas, en primer término, las numerosas "circunstancias atenuantes" genéricas previstas desde el comienzo en el código penal, por ejemplo en los § § 263, párr. 2, 249, párr. 2, 243, párr. 2, 228, 213, 217, párr. 2, etc. Esta admisión de 'circonstances atténuantes' procede del derecho francés (v. LISZT-SCHMIDT, p. 431, n. 10). No hay dudas de que aquí no se realiza modificación alguna en el sentido del § 1: aun en el caso del § 249, párr. 2, el robo sigue siendo un crimen y también el hurto agravado (que se ha convertido en un crimen), al admitirse circunstancias atenuantes con arreglo al § 243, párr. 2. En los "casos particularmente leves" rige correspondientemente lo que se ha dicho en el N. 1 b).

IV. *Causas especiales de exclusión de la pena.* Nos hemos referido anteriormente a las causas especiales de exclusión del injusto (§ § 37 y sigts.) y a las causas especiales de exclusión de la culpabilidad (§ § 71 y sigts.), en virtud de las cuales no existe un hecho punible. Pero, dado que entre las características del hecho punible (§ 16 de este libro), figura, además de la antijuridicidad y de la culpabilidad, la de estar conminado con una pena, existen también *causas especiales de exclusión de la pena,* las cuales excluyen la existencia de un hecho punible, y no sólo suprimen un hecho punible existente.

A estas causas especiales de exclusión de la pena pertenece, por ejemplo, la causa indicada en el § 247, párr. 2; establece este párrafo que queda impune el hurto o la apropiación indebida cometida por parientes en la línea ascendente contra parientes en la línea descendente o por un cónyuge contra el otro. El hecho es antijurídico y culpable, de modo que un tercero puede participar culpablemente en el mismo (párr. 3), pero la pena no debe aplicarse a las personas mencionadas en el párrafo 2. Por consiguiente, el alcance de la punibilidad de acuerdo con los § § 242, 246, etc., queda limitado si se trata de tales casos. Lo mismo rige de acuerdo con los § § 264 *a*, párr. 4 y 257, párr. 2.

Como ya hemos hecho notar (§ 37), *no es clara* la expresión, muy empleada a este respecto, de causa *personal de exclusión de la pena* (*Lehrb.*, 73, 284, 431 y 448; y *Grd.*, 88). Las causas de exclusión "personales" existen en *todas* las relaciones mencionadas, no están limitadas a grupos especiales de casos. Por ejemplo, el requisito de la voluntad de defensa en la legítima defensa del § 53, párr. 1 y 2, es una causa "personal" de exclusión del injusto, por cuanto puede existir

en uno de los partícipes (de modo que su defensa no es antijurídica) y faltar en otro (por lo cual su acción sigue siendo antijurídica). Lo mismo rige para la causa de exclusión de la culpabilidad del § 53, párr. 3 y la correspondiente exigencia de una acción cometida por aturdimiento, miedo o terror. Del mismo modo, también tiene, sin duda, una índole "personal" la ya mencionada causa de exclusión de la pena de los §§ 247, párr. 2, 264 *a*, párr. 4 y 257, párr. 2; pero no se trata, en estos casos, de una peculiaridad de la causa de exclusión de la que nos hemos ocupado aquí.

§ 104. La extinción de la pena

Lehrb., 496-498. *Grd.*, 172-173. LORENZ, *Die Verjährung in der deutschen Strafgesetzgebung* (La prescripción en la legislación penal alemana), 1955.

No se trata aquí, como en el caso anterior, de causas que excluyen de antemano la punibilidad y, por consiguiente, el hecho punible, sino de causas que *suprimen* el hecho punible ya existente. Se llaman, en contraposición con las causas de exclusión del injusto, de la culpabilidad y de la pena, *causas de supresión de la pena*. Los presupuestos procesales y los impedimentos procesales, como la falta de la querella (§ 61) en los delitos perseguibles por querella, no se incluyen en tales causas y tampoco en el derecho penal material: no conciernen a la existencia ni a la ulterior extinción del hecho punible, sino únicamente al procedimiento que al mismo se refiere, y forman parte, en consecuencia, desde el punto de vista sistemático, del derecho procesal penal.

El derecho vigente conoce distintas formas de tales *causas de supresión de la pena*. A ellas pertenecen:

I. *El desistimiento de la tentativa y el arrepentimiento activo*. Ya hemos hablado de uno y otro a propósito de la tentativa. La ley conoce el arrepentimiento activo después de la consumación del hecho, con efecto de suprimir la pena, sólo en algunos casos especialmente mencionados, como en el § 163, párr. 2 (falso juramento culposo), § 204 (duelo), § 310 (incendio), § 158 (perjurio, falsa declaración asimilada a juramento y declaración falsa no jurada) (disposición facultativa). También se deben recordar aquí los §§ 49 *a*, párr. 4 y 49 *b*, párr. 3.

II. *La prescripción* está prevista en los §§ 66 y sigts. (la limitación contenida en el § 66, párr. 2 ha sido derogada por la ley para la modificación del derecho penal de 1953). Los

§§ 67, 68 y 69 se refieren a la *prescripción de la persecución penal* y los §§ 70, 71 y 72 a la *prescripción de la ejecución de la pena.* Véase al respecto el *Lehrbuch,* p. 496-497. La prescripción nombrada en primer término tiene un carácter mixto jurídico-penal y procesal, y la otra un carácter meramente procesal penal. SCHÖNKE (§ 66, II y III, con citaciones), se declara partidario del carácter procesal de la prescripción; el Tribunal del Reich, en la sentencia 76, 160, desconoce, pero sin razón, la significación jurídico-material de la prescripción. LORENZ (ob. cit.), sostiene que ésta tiene un carácter meramente jurídico-material.

III. *La gracia.* Es un acto de derecho público (político) que suprime las consecuencias penales (*Grd.,* 172).

IV. *La conversión de la pena.* La encontramos especialmente en los casos siguientes (*Grd.,* 172-173):

1. la conversión de la pena de reclusión inferior a un año en pena de prisión, por ejemplo, en los §§ 44, párr. 3, 49, párr. 2 y 21;
2. la pena total con arreglo a los §§ 74, párr. 2 y 79;
3. la pena privativa de la libertad sustituída según el § 29;
4. la pena pecuniaria sustitutiva según el § 27 *b.*

b) LA ESENCIA DE LA PENA

§ 105. El fin de la pena

Lehrb., 502-512. Bibliografía, 483, nota 1. Otras indicaciones en los §§ 106 y 106 *a* de este libro. *Grd.,* 160 y sigts.

Toda acción humana tiene un *fin.* Este constituye la esencia conceptual de la acción. No existe una acción que no tenga un fin. Y por consiguiente también la *pena* debe tener un "fin", como acción humana y estatal en el ámbito del derecho.

Este *fin* consiste en la *prevención del delito.* 'Punitur, ne peccetur'. Nos ocuparemos detenidamente, más adelante (§ 106), de la *justificación* de la pena. Pero, el que sea el Estado quien castiga, se explica solamente por el hecho de que el Estado persigue, con tal actividad punitoria, un fin determinado, esto es, la prevención del delito. Por lo tanto, debemos aclarar el contenido exacto de este fin en sus distintos aspectos.

La prevención del delito se puede realizar por *dos cami-*

nos, o sea, actuando sobre la *colectividad*, esto es, la comunidad jurídica, o actuando sobre el *individuo* que tiende a delinquir o comete o ha cometido un delito. Llamamos a la actuación sobre la colectividad *prevención general* y a la actuación sobre el individuo, *prevención especial*. Nos damos cuenta, en consecuencia, que la "pena" abarca tres momentos, a saber: la *conminación*, la *imposición* y la *ejecución de la pena* (véase el § 101).

I. La PREVENCIÓN GENERAL es *actuación pedagógico-social sobre la colectividad*. Aunque la pena estatal sea —y lo es siempre— una medida frente al individuo —a quien se le conmina, impone y ejecuta la pena—, tiene una amplísima significación, que va mucho más allá de la significación particular que posee en cada caso. La pena actúa y debe actuar, a la vez, sobre la comunidad jurídica y sobre la conciencia de la colectividad "intimidando" y, por consiguiente, previniendo el delito. Al mismo tiempo, debe servir para "educar" la conciencia de la colectividad hacia sentimientos más humanos, esto es, contrarios a la comisión del delito. La pena realiza todo esto en formas muy distintas. Ya la existencia del derecho penal, con sus bien graduados y equilibrados tipos y sanciones penales, tiene una amplia y exacta significación para la conciencia moral de la colectividad, su desarrollo y su correspondiente posición. Así, por ejemplo, el que los actos impúdicos contra la naturaleza (§ 175), estén conminados con pena o queden impunes, tendrá una enorme influencia sobre los criterios sustentados por la colectividad acerca del desvalor de dichos actos; el que el aborto (§ 218) esté conminado con pena o que el castigo correspondiente deba ser suprimido y en qué modo, influye en alto grado sobre la forma de valorar la vida humana naciente. Esta posición valorativa en uno u otro sentido determina, en la forma más eficaz, la acción y la omisión en general. Ha sido ante todo FEUERBACH, con su teoría psicológica de la coacción, el que, a principios del siglo XIX, ha imaginado la esencia y el fin de la pena en este sentido y el que, por consiguiente, ha atribuído la mayor importancia a una concepción clara y rígida de los distintos tipos penales para que pesaran de un modo efectivo en su actuación preventiva sobre la conciencia del sujeto que tiende a delinquir. Pero sobre la conciencia de la colectividad no actúa solamente esta conminación penal fijada en la ley, sino también, y en igual medida, la imposición judicial de la pena en el caso particular y la ejecución y el cumplimiento de la misma. Sólo así sería posible, en los períodos en que se advierte un aumento de la criminalidad, divulgar eficazmente el propósito de "dar ejemplos tangi-

bles" a la conciencia colectiva, haciéndoles conocer a todos cuáles son las consecuencias de una acción delictiva, ejemplos que actuarán, por lo tanto, en forma preventiva. Al imponerse y ejecutarse la pena, los terceros advertirán la importancia que tiene.

Esta prevención general persigue los dos fines siguientes:

1. *Intimidación.* La palabra y el concepto de intimidación no suscitan sensaciones agradables. La pena es, como ya hemos visto (§ 101), la imposición querida de un mal. Esta imposición debe realizarse a fin de divulgar en la colectividad el "terror" y el miedo frente a los hechos punibles. Esta actividad se opone a un sentimiento más sutil.

No obstante, no debemos olvidar que nos movemos en el mundo muy real y rudo de la realidad criminal. Lo amenazan los ataques más graves contra los bienes jurídicos más preciados de la colectividad. Hay que enfrentar tales ataques eficazmente para que no se origine un mal mayor. No podemos conducir la colectividad en forma tal que los delitos sean sofocados siempre, de antemano. en su origen; esto podría tener por precio la supresión de toda libertad personal. En consecuencia, la amenaza contra la comisión de los delitos debe ser enfrentada por el camino *psicológico* y ello puede sólo ocurrir suscitando, mediante el instituto de la pena, el miedo a las consecuencias que los delitos ocasionan. Esto es, precisamente, la "intimidación".

A ello se añade lo siguiente: la tendencia a delinquir no se circunscribe al verdadero delincuente. Esta tendencia existe como "crminalidad latente" (*Lehrb.*, 503) más o menos en *todos* los hombres. "Al substrato de la vida anímica, que procede de un período evolutivo anterior, con sus deseos y arranques criminales, lo precisa el hombre, para vivir, de manera tan necesaria como las partes integrantes primitivas de su estructura corporal". Pero, del mismo modo, para la convivencia social son necesarias las inhibiciones psicológicas que se oponen a estas tendencias criminales y se insertan en el ordenamiento existente. Esta "criminalidad latente" requiere encontrar su contrapeso, gústenos o no este concepto, en la conminación, imposición y ejecución de una pena. De lo contrario, no es posible una *existencia social.*

2. *Consideración o respeto a la personalidad.* Puede parecer extraño o contradictorio que se conecte directamente a lo que se acaba de decir, el criterio de la consideración o respeto a la personalidad, esto es, el criterio de *humanidad* (*Lehrb.*, 511). En efecto, esa "imposición de un mal a fin de intimidar" parece ser muy poco "humana".

Pero la "intimidación" no se debe conectar, por conside-

raciones éticas generales, a los criterios de humanidad, y no puede hablarse de una "prevención general" eficaz sin incluir en la misma *también* el criterio del respeto a la personalidad. El método pedagógico-social dirigido a una existencia social libre de delitos no se realiza en la superficie en forma tal que se pueda conformar con el hecho de impedir mecánicamente el delito. Debe reunir momentos y valores de sentimientos situados más profundamente, y ello puede ocurrir solamente si se realiza en el sentido del respeto a la personalidad humana. Se ha creído ocasionalmente (*Lehrb.*, 504), que el reconocimiento del concepto de intimidación conduciría necesariamente a las penas más duras y crueles. En efecto, podría parecer que cuanto mayor sea el mal que se amenaza, tanto mayor debe ser la fuerza inhibitoria de la sanción. Pero este criterio preconcebido se opone a los hechos de la vida y desconoce las razones más profundas del proceso psicológico de que aquí se trata. La *experiencia* enseña que nada embrutece y, a la postre, estimula tanto al delito como un sistema penal rudo y brutal, contrario a la conciencia de la época. Solamente una pena *justa* y *humana* ejerce una verdadera función "preventiva general" sobre la conciencia de la colectividad.

La personalidad del individuo y *también* la personalidad del delincuente es, para la forma de pensar occidental, que se basa en las ideas de la época de las luces, *más* que un simple medio para la consecución de un fin. La *personalidad del individuo* es, para el derecho, un *valor propio* que no se destruye ni puede ser destruído tampoco si se cometen delitos. De ahí que la pena deba involucrar, en sus "fines" fundamentales, ese valor propio.

Así, la prevención general se realiza en su forma verdadera; su conexión con el concepto del respeto a la personalidad es imprescindible.

II. La PREVENCIÓN ESPECIAL es *actuación sobre el individuo para evitar que éste cometa delitos*. La misma puede ser corporal y física o anímica y psíquica, pero en este último caso pedagógico-individual. La actuación anímica no es fundamentalmente distinta de la intervención preventiva general, salvo en lo que respecta a la esfera de acción. En consecuencia, lo principios expuestos a propósito de la prevención general, rigen también aquí; la prevención especial (psicológica) se materializa con los mismos medios que emplea la intimidación (N. I, 1), y también ella debe obrar en el marco del respeto a la personalidad humana (N. I, 2). Lo que vale para la colectividad, vale también para el individuo como miembro de ella. Y también aquí la consideración de la

libertad personal supone un riesgo más o menos grande en materia de comisión de delitos (*Lehrb.*, 505); no se puede llevar al individuo, paso a paso, en forma tal que le resulte imposible la comisión de un delito.

Pero, a pesar del paralelismo existente entre prevención especial y prevención general, los principios ya expuestos actúan en la prevención especial en forma propia y característica. Sus fines han sido incluídos en los dos criterios de la "seguridad" y de la "corrección" que, también fuera de la pena en sentido estricto, desempeñan un papel en las llamadas medidas de seguridad y corrección de los §§ 42 *a* y sigts. De ambos criterios se deduce una serie de estructuraciones jurídicas que son características para la realización del concepto de prevención especial y cuyos rasgos fundamentales expondremos a continuación (*Lehrb.*, 506-511).

La prevención especial persigue, en particular, las siguientes finalidades:

1. *Seguridad.* La función de la pena estatal consiste en la prevención de los delitos. La colectividad socialmente ordenada debe estar "asegurada" contra el delincuente. Aun cuando se mantenga el criterio de la pena por culpabilidad y de la retribución proporcionada al acto, la pena puede y debe bastar, directa o indirectamente, si no a todas, por lo menos a numerosas necesidades de seguridad de la colectividad (*Grd.*, 85, 161). Este criterio de seguridad se concreta, por ejemplo, mediante la pena privativa de la libertad. Pero la pena puede también llegar, a veces, al punto de "inocuizar" totalmente; ello es posible *sólo* en el marco de su propia significación, si quiere ser y seguir siendo una pena *justa*. La ley de 4 de septiembre de 1941 (*RGBl.* I, 549), que preveía para el delincuente habitual peligroso (§ 20 *a*) y el delincuente contra la moralidad (§§ 176-178) la pena de muerte, si así lo requería "la protección de la comunidad del pueblo *o bien* la exigencia de una expiación justa", constituye un ejemplo de intimidación.

2. *Corrección.* Esta palabra, un poco incolora, que corresponde, sin embargo, al lenguaje corriente, quiere abarcar todos los aspectos de la prevención especial que no se conforman con la simple seguridad de la colectividad frente al delincuente, sino que actúan sobre éste "corrigiéndolo", o sea, liberándolo, para el futuro, de sus tendencias delictivas. Se emplea, al respecto, el término *"resocialización"*. Por lo tanto, la corrección (resocialización) es, en primer lugar, "educación" y actuación pedagógico-individual, tanto en la libertad como en la prisión durante el cumplimiento de la pena. Como la seguridad, también la corrección puede reali-

zarse aun con una intervención física directa, como ocurre, por ejemplo, si se conecta con la pena una intervención coercitiva para quitar al sujeto su apego al alcohol o a los estupefacientes. Tales intervenciones directas pertenecen, por lo común, a las medidas (de seguridad y) de corrección de los §§ 42 *a* y sigts.; por ejemplo, el tratamiento de un imputable disminuído en una casa de salud y asistencia (§ 42 *b*). Otros ejemplos ofrece el derecho penal de los jóvenes, en el cual la medida ya no tiene el carácter de la mera "pena"; véanse, al respecto, los §§ 113, 114 y 115 de este libro.

3. *Formas particulares de prevención especial de la pena.* La evolución del derecho penal moderno ha creado una serie de formas especiales de penas que están influenciadas, en especial medida, sin dejar de tener el carácter de pena en sentido estricto, por el criterio de la prevención especial. El conocimiento de las mismas sirve, de la mejor manera, para ilustrar ulteriormente el concepto fundamental. En este sentido, mencionaremos muy especialmente las siguientes (*Lehrb.*, 506-511):

a) *La limitación de la pena privativa de la libertad de corta duración y la llamada rehabilitación.* La *pena privativa de la libertad de corta duración* ha dado, desde el punto de vista de la prevención especial, resultados desfavorables: sobre el sujeto castigado recae la mácula de una pena privativa de la libertad que ha sufrido, y él mismo se acostumbra a la pena, sin conocer la gravedad de la misma; además, la corta duración de la pena no consiente una actuación pedagógica intensa. La limitación de esta forma de pena ha sido siempre requerida imperiosamente. La ley sobre las penas pecuniarias de 21 de diciembre de 1921 (*RGBl.* I, 1604) y la ordenanza de 6 de febrero de 1924 (*RGBl.* I, 44) trataron de sustituir, siempre que fuera factible, la pena privativa de la libertad de corta duración por la pena pecuniaria; la consecuencia más importante de esta nueva reglamentación es el § 27 *b*, aun hoy en vigor, según el cual se impone, a causa de un delito o de una contravención, una pena pecuniaria en lugar de una pena privativa de la libertad inferior a tres meses, si la finalidad de la pena puede lograrse mediante aquélla (véanse, en lo que respecta a la "finalidad de la pena", la sentencia 58, 106 del Tribunal del Reich y las sentencias citadas en SCHÖNKE, § 27 *b*, II, 4).

Los esfuerzos que se han realizado para introducir la *rehabilitación*, son el resultado, también, de consideraciones relativas al autor en el sentido de una reintegración a la sociedad, una vez que éste haya expiado la pena. A tal criterio, de suprimir la mácula de la pena sufrida y de facilitar

así la reincorporación a la sociedad, obedece la *ley de extinción de la pena* (ley sobre información reducida del registro de antecedentes penales y sobre la cancelación de los antecedentes penales) de 9 de abril de 1920 (*RGBl* I, 507) en la redacción de 17 de noviembre de 1939 (*RGBl.* I, 2254), etc. Se ocupan detenidamente de las cuestiones conexas con dicha ley, v. LISZT-SCHMIDT (26ª ed., p. 457-467) y MAURACH (1954, p. 650 y sigts.). En cuanto a los datos bibliográficos, véase también el *Lehrbuch*, p. 507, nota 13.

b) *La libertad provisional.* Los anteriores §§ 23-26 establecían, para el caso de penas bastante largas de reclusión o de prisión y siempre que se hubiesen expiado las tres cuartas partes de la pena, la libertad provisional como premio al buen comportamiento observado por el condenado durante el cumplimiento de la pena (§§ 23 y 26) y como estímulo para un buen comportamiento en la vida libre (§ 24). Estas disposiciones han sido sustituídas, por la tercera ley para la modificación del derecho penal de 1953, por las relacionadas con la suspensión de la pena por un período de prueba y la libertad condicional (§§ 23-26 de la nueva redacción), de las que hablaremos muy especialmente en el § 107, III, haciendo referencia, por lo demás, a lo que se acaba de decir aquí.

c) *La remisión condicional de la pena (suspensión condicional de la pena), la condena indeterminada y la suspensión condicional de la condena.* Están destinadas, al realizar progresivamente el criterio ya señalado a propósito de la libertad provisional, a actuar en forma educativa sobre el condenado, mediante un aplazamiento de la pena. También aquí, como bajo la letra b), se debe comparar, para la nueva redacción de 1953, la *exposición* contenida en el § 107, III. Los datos que consignamos a continuación se refieren al desarrollo anterior y a los conceptos correspondientes.

La *remisión condicional de la pena* se encuentra, por primera vez, en el *sistema belga-francés de la suspensión condicional de la pena,* en el cual se dicta el veredicto de culpabilidad y se fija la pena, pero queda suspendido en forma condicional el cumplimiento de ésta. La evolución jurídica *alemana* ha afirmado progresivamente, desde fines del siglo XIX, el principio de la gracia condicional, según el cual se procedía, una vez transcurrido exitosamente un período de prueba, a la remisión de la pena o de una parte de la misma. La ordenanza sobre la gracia de 6 de febrero de 1935 ("Deutsche Justiz", p. 203), con sus agregados posteriores, contemplaba, en los §§ 20 y sigts., una amplia delegación de esta facultad a las autoridades de gracia inferiores. La remisión condicional de la pena, como elemento de la *sentencia judicial,* desempeñó un

papel en los proyectos de reforma del derecho penal. Véase acerca de la total cuestión el *Lehrbuch* (p. 508-509) y en cuanto a los nuevos desarrollos, la literatura sobre el cumplimiento de la pena y la reforma del derecho penal.

La *condena indeterminada* (sentencia indeterminada, 'indeterminate sentence') significa una sentencia en la que la pena privativa de la libertad correspondiente al acto cometido, no está determinada, sino que es o *relativamente indeterminada* dentro de un mínimo y máximo, o *absolutamente indeterminada,* de modo que su duración definitiva se establece después, una vez cumplida parcialmente la pena, o por una sentencia posterior o, dentro del cumplimiento de la pena, por una autoridad especial (autoridad de cumplimiento de la pena). Por lo tanto, la pena definitiva será fijada de acuerdo con las experiencias del cumplimiento de la pena y una comprensión más completa de la personalidad del condenado. El principio procede del grupo jurídico *anglo-sajón* (véanse más datos en el *Lehrb.*, 509). En el derecho penal de los jóvenes ya ha sido concretado en la *JGG* austríaca de 1928 (§ 12); ha entrado en el § 6 de la *RJGG* de 1943 (prisión de duración indeterminada) y queda ratificado en el § 19 de la *JGG* de 1953. En la sentencia *relativamente* indeterminada se ha querido ver, pero sin razón, una contradicción con el principio de la retribución, con el cual no es aún completamente incompatible la sentencia *absolutamente* indeterminada (el *Lehrb.* se expresa al respecto en forma reservada, p. 509-510). También en el derecho penal de los adultos aparece la tendencia de sustituir por una sentencia indeterminada, por ejemplo, la imposición de la pena agravada (§ 20 *a*) junto con la custodia de seguridad (§ 42 *e*) de duración indeterminada (§ 42 *f*). Véase *KrimPol.*, 253 y las citaciones.

Finalmente, la *suspensión condicional de la condena* significa que no se procede a condenar en forma definitiva. Esto puede ocurrir en la forma más radical, consistente en el *aplazamiento de la iniciación de la persecución penal.* Pero en este sentido es importante, sobre todo, la *condena condicional* prevista en el derecho *anglo-norteamericano.* Aquí el proceso penal tiene lugar, pero queda en suspenso la decisión sobre la culpabilidad y la pena o solamente sobre esta última, con la posibilidad de que no llegue a pronunciarse en caso de resultar aprobado el plazo de prueba. (Véanse más datos en el *Lehrb.*, p. 508, y también la literatura moderna anglo-norteamericana).

d) *La forma preventiva especial del cumplimiento de la pena privativa de la libertad* en el sentido de una *pena educativa.* Los detalles corresponden a la teoría del cumplimiento de la pena (§ 108 de este libro, *Lehrb.*, 510 y 490-491, y *Grd.*, 174).

e) *El tratamiento especial de determinados grupos de delincuentes*, especialmente los jóvenes (*JGG* de 4 de agosto de 1953), los habituales (§ 20 *a*), los de imputabilidad disminuída (§ 51, párr. 2), etc.

III. LA ANTINOMIA DE LOS FINES DE LA PENA (*Grd.*, 161). La pena es la imposición de un mal proporcionado al hecho cometido y, por consiguiente, retribución de un mal (§ 101 de este libro). También la *retribución*, como elemento del castigo querido, se convierte así en el fin que la pena persigue. Además, hay que tener presentes la *prevención general* y *especial* que constituyen fines especiales de la pena, de los que hemos hablado con anterioridad.

No es cierto lo que se ha dicho a veces, con exageración doctrinaria, de que estos tres fines de la pena se contradicen mutuamente. Al contrario: una retribución justa fortalece la conciencia jurídica de la colectividad y por ello ya actúa de por sí en sentido pedagógico-social y preventivo general y, a la vez, sobre el individuo en forma educativa y preventiva especial. De ahí que esos tres fines de la pena se muevan en la misma dirección y se auxilien mutuamente.

Pero no se puede negar que estos fines de la pena *no siempre* armonizan. *Pueden*, por lo menos, entrar mutuamente en conflicto y entonces se habla de una *antinomia* de los fines jurídico-penales. Frente a un delincuente peligroso, la pena limitada al hecho concreto en el sentido de una retribución justa, no dará a menudo para el futuro ninguna seguridad suficiente; después de haber expiado la pena, vuelve él demasiado pronto a "incorporarse a la sociedad". Y no siempre la expiación de una pena justa "corrige" al que la sufre. No siempre armonizan mutuamente retribución y prevención especial. Y a veces la necesidad de dar un "ejemplo" puede ir más allá de lo que exige una retribución justa; de ahí que también la retribución y la prevención general puedan entrar mutuamente en conflicto. Muy especialmente, también pueden ambos criterios de la prevención general y de la prevención especial llevar a resultados diferentes (*Lehrb.*, 517-518): la actuación sobre la colectividad y el individuo tropieza, a veces, con presupuestos de forma muy distinta y, por lo tanto, también la graduación de la pena debería ser, cuando correspondiese, distinta. De ahí se deduce un posible conflicto también entre estos dos fines de la pena.

¿Cómo se puede solucionar esta antinomia de los fines jurídico-penales? Podremos contestar esta pregunta, una vez que hayamos tratado la cuestión relativa, en general, a la justificación de la pena, de lo cual nos ocuparemos a continuación.

§ 106. La justificación de la pena y las llamadas teorías del derecho penal

Lehrb., 512-518.

I. *La justificación de la pena estatal resulta en primer término de la demostración de que la pena constituye un medio indispensable para la conservación de una comunidad social humana.* Como "negación de la negación del derecho" (HEGEL), es, de tal manera, hasta el presente, un instrumento indispensable de la AFIRMACIÓN DEL DERECHO. No es éste un problema jurídico, sino metajurídico (*Lehrb.*, 512, nota 26).

La pena (§ 101) es un *mal* y precisamente no sólo para la persona que la *sufre*, sino también para el que la *impone* y para el que la *hace cumplir* (*Lehrb.*, 514). El que, a pesar de ello, sea justificada, se puede deducir solamente de la circunstancia de que tiende a evitar un mal aún mayor que el mal que la propia pena encierra en sí; con otras palabras, que represente un medio idóneo para alcanzar un fin más elevado. Este fin más elevado consiste en la conservación de una comunidad social humana y en el fortalecimiento del ordenamiento jurídico indispensable para tal comunidad. El que la pena sea un medio indispensable, es el resultado de la *experiencia histórica*: sin una justa retribución del mal que ha sido cometido en una comunidad ordenada, la propia comunidad y su ordenamiento jurídico se desmoronan. La pena resulta ser, para la existencia de la comunidad y del ordenamiento jurídico, sin más, indispensable y, por consiguiente, *adecuada al fin* de la conservación de la una y del otro.

II. *Pero, con esta "adecuación al fin" de la pena no hemos logrado todavía justificarla en forma completa.* El derecho penal puede en primer término presuponer la existencia de la sociedad y de un ordenamiento jurídico correspondiente, como un valor dado (*Lehrb.*, 514). Pero con ello el problema queda diferido, no solucionado definitivamente. La adecuación al fin "natural" no constituye el fundamento último del derecho y queda siempre en pie, frente a un fin reconocido, esta pregunta: *¿adecuada para qué?* Tampoco la "existencia de la sociedad" es un fin incondicional y, sobre todo, unívoco. Aun dentro del derecho penal siguen quedando abiertas, en todas partes, para la estructuración en particular, numerosas posibilidades (véase, a este respecto, MEZGER, *Il naturalismo nel diritto penale*, "La Giustizia Penale", 1938, II, fasc. 3).

III. *Esta reunión gradual de los distintos fines de la pena termina necesariamente, de alguna manera, en lo absolu-*

to y trascendente. O la pena es un *simple* mandato superior, en cuyo caso podría regir "relativamente" con respecto al poder correspondiente y a lo que le es útil, pero entonces nada, en rigor, tendríamos que hacer "de derecho" con ella; *o bien* es una creación del *derecho*, y entonces se funda con éste en la *justicia* como un valor "absoluto" (trascendente), un "valor en sí" (véase el § 33, III, de este libro, y Nic. HARTMANN, *Ethik*, 1935, p. 98 y 314). Ni la adecuación al fin de hoy, ni la de ayer o de mañana puede sustituir esta justicia.

En qué consiste, en particular, esta justicia y cuáles son, en particular, sus características (proporcionalidad, practicidad, reconocimiento incondicional de la personalidad y de la vida de la comunidad humana), es algo que no puede examinarse detenidamente aquí. Se trata de una tarea que incumbe a la filosofía del derecho. Para el derecho penal basta señalar que ello debe desembocar en un imperio absoluto de los valores.

IV. *De tal manera, queda solucionada fundamentamente también la antinomia de los fines de la pena, a la que ya hemos hecho referencia.* La prevención general y la prevención especial son fines justificados de la pena. Equilibrar una y otra puede ser una cuestión de simple "adecuación al fin". En cambio, el fin de la retribución, la justa valuación de la pena en relación con el hecho culpable cometido por el autor, es una cuestión de la "justicia" y por ello no admite ninguna respuesta "relativa". El Estado tiene libertad para decidir si y hasta qué punto quiere recurrir a la pena en sentido jurídico como medio de lucha contra el delito y hasta qué punto quiere complementarla con simples medidas de seguridad y corrección (§§ 42 *a* y sigts.). Pero, en tanto que se refiere a la pena en sentido estricto, ésta puede ser solamente una RETRIBUCIÓN JUSTA. Tal exigencia rige "absolutamente" y a ella deben someterse "de derecho" todas las demás exigencias. "La pena no debe dejar de ser una expiación justa; de lo contrario, no sería fiel a la que es su esencia verdadera y no sería idónea para la realización de sus funciones" (*Grd.*, 162).

§ 106 a. (Continuación): la historia de las llamadas teorías del derecho penal

Lehrb., 512-514. *Grd.*, 160-161. V. BAR, *Handbuch des deutschen Strafrechts*, vol. I, 199 y sigts. (1882). V. HIPPEL, I, 460 y sigts.

Por *teorías del derecho penal* —y *no* "teorías de la pena" como las designa M. E. MAYER en su obra *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts* (1923, p. 417 y sigts.)— se entien-

den las opiniones que se han vertido acerca de la esencia, el fin y la justificación de la *pena estatal* (y, por lo tanto, *no* de la pena en sentido estricto). Ocuparía mucho espacio una exposición detallada de estas teorías que se repiten, en gran número, desde la edad griega. Por ello, nos limitaremos a dar aquí una rápida ojeada de conjunto sobre la evolución que se ha operado y sus distintas orientaciones.

Se acostumbra tradicionalmente distinguir entre *teorías absolutas* y *teorías relativas del derecho penal.* Las teorías absolutas determinan la relación existente entre el hecho cometido y la pena con arreglo a un fundamento dado 'a priori', el cual existe independientemente de los fines de la pena, esto es, en sentido "absoluto" frente a éstos; las teorías relativas, en cambio, consideran la pena en sentido "relativo" en sus relaciones con fines determinados, por ella perseguidos, de los cuales deduce su legitimidad. Se acostumbra caracterizar, y eficazmente, este contraste, contraponiendo al principio 'punitur, quia peccatum est' (se castiga, *a causa* del hecho *cometido*), el principio 'punitur, ne peccetur' (se castiga *a fin* de evitar hechos punibles *futuros*), los cuales corresponden a las teorías absolutas y relativas, respectivamente. (Más datos en el *Lehrbuch,* p. 513 y nota 29). Las teorías sincréticas o mixtas y las teorías distributivas ofrecen una *combinación* de las distintas concepciones.

La teoría más antigua del derecho penal de la que tenemos conocimiento, es la del sofista PROTÁGORAS (480-411 a. de J. C.). Es una teoría relativa y se dirige contra la de la retribución y el criterio del talión que dominaban en las épocas anteriores. "Condena la retribución en el sentido de una venganza insensata y reclama un castigo razonable con fines de intimidación, corrección e inocuización" (v. HIPPEL). En PLATÓN, la pena aparece como purificación del alma manchada por el delito, esto es, en forma "absoluta". ARISTÓTELES estructura su teoría sobre la base del concepto de la justicia compensadora y distributiva, pero no refuta un reconocimiento de los fines prácticos de la pena; muestra (según LÖNING, 1903) "cómo todos los contrastes entre los cuales, a propósito de esta cuestión, se ha movido posteriormente y hasta nuestros días el pensamiento humano, se encuentran unidos, pacíficamente, dentro de este amplio espíritu". Entre los estoicos, SÉNECA se ocupa detenidamente de estas cuestiones. Confr. también el 'Corpus iuris', Novela 77.

Para la *Iglesia* y, por consiguiente, para la forma de pensar de la Edad media, el delito es un pecado y una rebelión contra el ordenamiento que rige en la tierra por designio divino; el castigo humano, el 'iudicium humanum', debe, según

SAN AGUSTÍN y SANTO TOMÁS DE AQUINO, "imitari divinum iudicium". De ahí que la misma pena sea considerada como una ley de Dios, que el soberano *debe* cumplir. La fundamentación está dentro de la forma "absoluta".

El derecho penal de la *Carolina* de 1532 y del *derecho común,* con sus penas contra el cuerpo y la vida, se basa en los criterios de la retribución, intimidación e inocuización y está influenciado, a la vez, por ideas religiosas. Las distintas teorías se reúnen, por consiguiente, en los criterios en los cuales dicho derecho penal descansa.

El *moderno cumplimiento de la pena,* que se había iniciado en las casas de corrección de Holanda alrededor del año 1600, sitúa progresivamente el *concepto de la corrección y de la educación* en el centro de la pena estatal y se basa, en consecuencia, en fines "relativos". También el *derecho natural* (siglos XVI-XVIII) y el *iluminismo* (siglo XVIII) destacan el fin en la pena, pero no dejan de tener en cuenta, a la vez, criterios sensatos "absolutos". Hugo GROTIUS (1625) ve el fin de la pena en la utilidad ('utilitas') para el futuro; HOBBES, PUFENDORF y Christian WOLFF subrayan que el concepto de la intimidación debe servir al bien del Estado. En KANT (1724-1804) aparece, en cambio, una teoría rígidamente "absoluta" del derecho penal; según él, la fundamentación categórica y la medida de la pena descansan en la ley del talión ('ius talionis'). La pena judicial se impone siempre al delincuente "por el solo hecho de haber cometido un delito". Aun en el caso de que la sociedad se desmembre, "el último asesino que está en la prisión debe ser antes ajusticiado, para que no se responsabilice al pueblo de lo que ha sucedido y del asesinato". (*Metaphysik der Sitten,* 1797, p. 331 y 333, *Staatsrecht,* n. E).

A principios del siglo XIX, la ciencia del derecho penal experimenta el influjo de los conceptos de los fines "relativos" de la pena que se contradicen entre sí. Se discute acerca de las *distintas teorías de prevención* (como se llaman, generalmente, las teorías relativas del derecho penal teniendo en cuenta su fin de prevención del delito). En la teoría de la coacción psicológica de FEUERBACH, aparece con especial claridad el *concepto de prevención general,* esto es, el fin que la pena tiene (bajo la forma de conminación) en el sentido de prevenir *en general* los delitos. En cambio, v. GROLMAN, amigo personal a la vez que opositor de FEUERBACH en la ciencia, v. ALMENDINGEN y STÜBEL destacan el fin *preventivo especial* de la pena.

La filosofía del derecho de la primera mitad del mismo siglo XIX afirma sus tendencias en el sentido de una fundamentación "absoluta" del derecho penal en el *mandamiento*

religioso (STAHL), en una evolución lógico-dialéctica (HEGEL) o en una retribución de carácter estético (HERBART). Así, BINDING y HÄLSCHNER pudieron proclamar, en la década 1870-1880 y en los primeros años de la década 1880-1890, el dominio incondicional de las teorías absolutas y presentarlas como las únicas dignas de ser tenidas en cuenta desde el punto de vista científico.

Pero en la misma época, después que R. v. IHERING proclamó la teoría del "fin en el derecho" (1877), apareció el programa de la Universidad de Marburgo estructurado por v. LISZT con el significativo título de "El concepto del fin en el derecho penal" (1882). Vuelve a situarse aquí en primer plano, en las discusiones jurídico-penales, la consideración del fin, y precisamente se destaca el fin *preventivo-especial* de la pena. En la lucha de las Escuelas penales ha desempeñado un papel decisivo, abierta o disimuladamente, en los últimos años del siglo XIX y primeros del siglo XX, el contraste teorético del derecho penal; en tanto que la Escuela "clásica" se inclina hacia un concepto absoluto de retribución, las Escuelas "modernas" sustentan ante todo el concepto de prevención, y precisamente en forma muy acentuada preventiva especial y utilitaria. Aunque dicha lucha ha terminado, las discusiones continúan. Como quiera que sea, el resurgimiento de los conceptos filosóficos en el derecho penal de nuestro siglo, en sentido neokantiano o filosófico-cultural de Alemania del sudoeste o en el fenomenológico, ha dado nuevas fuerzas al criterio de la fundamentación "absoluta" del derecho penal. Para ponerse de acuerdo con las orientaciones modernas de la filosofía, queda todavía algo por hacer (*Mod. Wege,* 1950, p. 7 y sigts.).

c) LA REALIZACION PRACTICA DE LA PENA

§ 107. La determinación judicial de la pena

Lehrb., 498-502. *Grd.*, 173. MAURACH, 1954, p. 672 y sigts. *BGHStr.* 3, 179.

I. *La graduación judicial de la pena en general.* El hecho de que, con la determinación legal de la pena no queda fijada exactamente, por regla general, la medida de la pena, sino que con ella se establece un marco penal, dentro del cual el juez debe determinar la pena correspondiente al caso particular, conduce a la *graduación judicial de la pena.* Se presuponen aquí las disposiciones legales sobre una modificación del marco penal normal por causas generales y especiales; a

éstas se ajusta la graduación judicial de la pena. La misma es función y arte en el caso particular. De acuerdo con lo expresado, la graduación judicial de la pena se mueve en dos sentidos:

1. En primer término, en el sentido de una estructuración de la pena sobre la base de los principios que se deducen directamente de la *esencia de la pena como imposición de un mal proporcionado al hecho cometido.* La graduación judicial de la pena toma en cuenta, por un lado, el grado de *lesión del derecho* y, por el otro, el de la *culpabilidad* —tanto la culpabilidad por el hecho en sentido estricto, como la culpabilidad por la conducta del autor—, tal como están contenidos en el hecho concreto (N. II).

2. Pero la graduación judicial de la pena debe también realizar, sobre esta base, los particulares *fines preventivos generales y preventivos especiales de la pena* que ya hemos estudiado y, sin abandonar el criterio de la retribución, cumplir, a la vez, con las *funciones accesorias de la pena.* Aquí, por consiguiente, se pone inmediatamente de manifiesto la significación práctica de las bases teoréticas de la pena (N. III).

De tal manera, el *arte judicial* y la *personalidad judicial* solucionan la "antinomia de los fines de la pena" a la que ya hemos hecho referencia. De ahí que la graduación judicial de la pena sea, "en cierto sentido, el coronamiento" del sistema del derecho penal (*Lehrb.*, 498).

II. *El grado de la antijuridicidad y de la culpabilidad del hecho en su significación para la determinación de la pena en el caso particular.* El injusto y la culpabilidad del hecho son *"conceptos graduales"* (*Lehrb.*, 499). Esto quiere decir que no existen solamente "la" antijuridicidad ("el" injusto) y "la" culpabilidad del hecho particular, sino toda una *gradación* de tal lesión jurídica y de tal culpabilidad. Este grado encuentra expresión en los distintos hechos punibles concretos. La pena debe ajustarse, en el caso particular, a esa gradación de la lesión jurídica y a la culpabilidad en el hecho particular.

La *culpabilidad* es, ante todo, la culpabilidad concreta por el hecho en sus distintas formas de relación (imputabilidad, dolo y culpa, conexiones con las causas que conducen, en sus formas más perfectas, a la exclusión de la culpabilidad). Pero, al graduar la pena, el juez, además de esta *culpabilidad por el hecho* en sentido estricto, considerará también como agravante la *culpabilidad de conducta del autor*, esto es (*Grd.*, 84), toda su anterior conducta criminal y antisocial. Se abre aquí, para las facultades del juez, un amplio campo de actividad en el orden psicológico y práctico, en el cual se pone de

relieve, como en ningún otro, la idoneidad o inidoneidad del juez penal para cumplir las altas funciones que le incumben. (Véanse más datos en el *Lehrb.*, 500.)

En nuestra exposición anterior hemos visto que los fines de la pena pueden entrelazarse entre sí en muchas ocasiones y, también, que existe una "antinomia de los fines de la pena". Una exacta discriminación de los mismos nunca puede ocurrir dentro de reglas rígidas. Ella es siempre, al fin y al cabo, la obra de una *afirmada personalidad de un juez.*

III. La tercera ley para la modificación del derecho penal de 4 de agosto de 1953 le ha dado al tribunal y, por consiguiente, al *juez*, con la *"suspensión de la pena por un período de prueba"* y con la *"libertad condicional"* (§ § 23-26), en sustitución de la anterior libertad provisional (§ 105, II, 3 b), *otras importantes posibilidades.* Confr. acerca de la anterior situación y los fundamentos de derecho comparado, el § 105, II, 3, y en cuanto a la ley actual ('sursis, probation'), LACKNER, *JZ* 53, 428. En lo que respecta al § 23, véanse, entre otras, las sentencias del Tribunal Federal 5, 238; 6, 125, 163, 298 y 391; 7, 6 y 97.

1. La *suspensión de la pena por un período de prueba* (§ § 23, 24 y 25, nueva redacción). Se hace lugar a ella en la sentencia sobre la base de una simple resolución por mayoría: § § 260, párr. 4, parte 2ª, y 263, párr. 4 de la ordenanza procesal penal; puede ser resuelta también en instancia de casación (DREHER-MAASSEN, *StGB*, § 23, N. 5). Las demás disposiciones de los § § 24 y sigts. se adoptan por decreto: § § 268 *a* y 453 de la ordenanza procesal penal.

La suspensión de la pena puede realizarse mediante la suspensión del cumplimiento de una pena de prisión o de encierro no superior a nueve meses o de una pena de arresto, "a fin de que el condenado —según reza el § 23, párr. 1— pueda conseguir la remisión de la pena en virtud de un buen comportamiento durante un período de prueba" (de dos años como mínimo y de cinco años como máximo; § 24, párr. 4). Los párrafos 2, 3 y 4 del § 23 reglamentan los presupuestos (previsiones favorables respecto del autor) y la denegación de la medida. Las disposiciones *no* rigen para la pena pecuniaria y la pena de reclusión; tampoco es posible una suspensión sólo parcial. DREHER-MAASSEN (§ 23, N. 2) expresan que el fin que el instituto persigue consiste en limitar las penas privativas de la libertad de corta duración.

Para la duración del tiempo de prueba, el tribunal aplica *imposiciones*, establecidas por el § 24. El "encargado de la vigilancia", rentado o no, mencionado en el § 24, párr. 1,

N. 6, está sujeto, con arreglo al § 24 *a*, a las instrucciones del tribunal que también lo designa. En LACKNER, *JZ* 53, 430-431, se encuentran más datos sobre el particular. El § 25 reglamenta la *remisión* de la pena después de transcurrido el tiempo de prueba y la *revocación* de la suspensión de la pena que había sido concedida.

2. La *libertad condicional* (§ 26, nueva redacción). El tribunal (sobre los reparos hechos por el "Bundesrat", véase LACKNER, *JZ* 53, 432), puede poner condicionalmente en libertad a un condenado a una pena privativa de la libertad de corta duración —siempre que éste lo consienta—, si ha cumplido las dos terceras partes o, por lo menos, tres meses de la pena y si se puede esperar que en el futuro llevará una vida normal y ordenada. La decisión se adopta por decreto (§ 454 de la ordenanza procesal penal). La disposición no se aplica respecto de la reclusión perpetua y del arresto (§ 77, párr. 2); la pena impuesta debe ser, por lo menos, de 4 meses y 15 días (DREHER-MAASSEN). Con arreglo al § 26, párr. 2, el tiempo de prueba no puede ser inferior a la duración del resto de la pena.

§ 108. La ejecución y el cumplimiento de la pena

Lehrb., 490-491. *Grd.*, 174. V. HOLTZENDORFF-JAGEMANN, *Handbuch des Gefängniswesens* (Manual del sistema penitenciario), I y II, 1888. KROHNE-UBER, *Die Strafanstalten und Gefängnisse in Preussen* (Los establecimientos penales y las prisiones en Prusia), Parte I, 1901. KRIEGSMANN, *Einführung in die Gefängniskunde* (Introducción a la ciencia penitenciaria), 1912. HAFNER-ZÜRCHER, *Schweizerische Gefängniskunde* (Ciencia penitenciaria suiza), 1925. BUMKE, *Deutsches Gefängniswesen* (Sistema penitenciario alemán), 1928. FOLTIN, *Amerikanisches Gefängniswesen*, 1930. MITTERMAIER, *Gefängniskunde*, 1954.

La *ejecución* y el *cumplimiento de la pena* han promovido una rica literatura, sobre todo en el ámbito de las penas privativas de la libertad. Por "ejecución de la pena" se entiende todo lo que es necesario para concretar el "cumplimiento de la pena", para realizar inmediatamente el mal que ésta impone. Una y otro no pertenecen al derecho penal material, sino al *derecho procesal penal*. Pero son dignas de consideración las siguientes palabras escritas por LUCAS-DÜRR en su obra *Anleitung zur strafrechtlichen Praxis* (Guía para la práctica penal, 1931, I, 422): "Puede dictar una pena justa sola-

mente el que sabe cómo será cumplida la pena, qué efectos producirá y cómo actúa en la realidad."

El libro de KRIEGSMANN, *Einführung in die Gefängniskunde* (1912), pese a haber perdido actualidad, sigue ofreciendo un resumen claro y excelente sobre esta materia, especialmente en lo que a la evolución histórica se refiere. La recopilación de BUMKE, *Deutsches Gefängniswesen* (1928), expone la situación hasta dicho año. En cuanto a la evolución en Baviera, es importante la obra *Der Stufenstrafvollzug und die kriminalbiologische Untersuchung der Gefangenen in den Bayerischen Strafanstalten* (El cumplimiento de la pena por grados y la investigación biológico-criminal de los reclusos en los establecimientos penales de Baviera) (Ministerio de Justicia de Baviera), I, 1926; II, 1928; III, 1929. Son instructivos sobre la total cuestión el libro de FREDE-GRÜNHUT, *Reform des Strafvollzuges* (Reforma del cumplimiento de la pena, 1927) y los informes y ensayos que publica la revista *"Blätter für Gefängniskunde"* (último volumen, el N. 75, fascículos 1-2, septiembre de 1944).

En el siglo XIX se formularon, también en Alemania, críticas vehementes al sistema de la prisión en común y se inauguró triunfalmente el de la *prisión celular*. El código penal para el Reich alemán de 1871 se limita a dar, en los §§ 14 y sigts., pocas disposiciones en materia de reglamentación; en el § 22 expresa "tan sólo sus preferencias por el criterio de la prisión celular" (BUMKE, 1928, p. 23) y en los §§ 23 y sigts. instituye la libertad provisional. El Gobierno federal presentó en 1879 al "Bundesrat" un proyecto de ley sobre la ejecución de las penas privativas de la libertad, pero el mismo "encontró una resistencia insuperable" (BUMKE, p. 24). Después de haberse estructurado otros trabajos preparatorios, el 28 de octubre de 1897 los Gobiernos de la Confederación llegaron a un acuerdo sobre los principios que debían aplicarse en el cumplimiento de penas privativas de la libertad impuestas judicialmente y sobre una reglamentación común posterior. Más importante aún es el acuerdo sobre los "Principios para el cumplimiento de penas privativas de la libertad" de 7 de junio de 1923 (*RGBl.*, II, 263), que constituye un "árbol vigoroso" en comparación con el "débil brote" de 1897 del cual proviene; estos Principios han sido completados, en 1924, con lineamientos generales acerca del cumplimiento de la pena por grados. Se abandonó el entusiasmo por el sistema de prisión celular y se exaltó el sistema del *cumplimiento de la pena por grados*. El proyecto de ley sobre el cumplimiento de la pena que fué presentado al "Reichstag" el 9 de septiembre de 1927, no fué convertido en ley; los agre-

gados I, II y III de la exposición de motivos reproducen los proyectos de 1879, los principios de 1897 y los de 1923 (estos últimos reproducidos también en la obra de BUMKE, p. 511 y sigts.) El proyecto de 1927 ha sido recopilado en la "Synopsis" de L. SCHÄFER-HAUPTVOGEL, *Deutsche Gesetzesentwürfe und Vorschriften über den Strafvollzug* (Proyectos de ley y disposiciones sobre el cumplimiento de la pena en Alemania, 1928), juntamente con los reglamentos de servicio y cumplimiento de la pena en Prusia, Baviera, Sajonia. Wurtemberg, Baden, Hesse, Turingia y Hamburgo (p. XIII; los reglamentos de los Estados más pequeños figuran en p. XII, n. 4), dictados sobre la base de los Principios de 1923. Es digna de consideración, sobre todo, la evolución del cumplimiento de la pena por grados en Baviera, expuesta en la obra citada más arriba (vol. I, II y III). Véase, al respecto, *KrimPol.*, 207 y sigts. El 14 de mayo de 1934 se dictó el reglamento sobre los principios jurídicos respecto del cumplimiento de la pena en el Reich (*RGBl.* I, 383) y el 22 de junio de 1940 el reglamento sobre el cumplimiento de la pena en el Reich (publicación oficial especial de la Justicia alemana, N. 21).

Un esquemático "cumplimiento de la pena por grados" ya no se ajusta a los criterios actuales. Estos se señalan de la mejor manera (véase, en sentido similar, KRIEGSMANN, p. 196), con la expresión *individualización por agrupación* que nivela rigurosamente la pena de reclusión y prisión con evolución hacia la "pena única". En la actualidad, son determinantes los reglamentos sobre el cumplimiento de la pena de los Estados particulares, como ser, para *Baviera*, el reglamento sobre el cumplimiento de la pena para el Estado de Baviera de 20 de enero de 1949 (Boletín del Ministerio de Justicia de Baviera, 1949, N. 1), para *Wurtemberg-Baden*, la ordenanza N. 170 sobre el cumplimiento de la pena de 16 de julio de 1947 (Boletín de ordenanzas, 1947, N. 18), para *Hesse*, el reglamento sobre el sistema penitenciario en Hesse de 23 de mayo de 1949 (impreso para el uso de servicio), para *Bremen*, el reglamento sobre servicio y cumplimiento de la pena para establecimientos para reclusos del Estado de Bremen de 2 de mayo de 1949.

La *"Zeitschrift für Strafvollzug"* contiene noticias de actualidad respecto de la *zona norteamericana*; jefe de redacción de la revista es Edgar M. GERLACH, vicedirector de la sección prisiones. (Esta revista aparece, desde enero de 1950, mensualmente; ahora se ha hecho cargo de la publicación de la misma la Sociedad para el perfeccionamiento del personal para el cumplimiento de la pena; año 4, 1954). En la *zona soviética* han aparecido, con fecha 16 de octubre de 1945, lí-

neas directrices para el cumplimiento de la pena. Es digna de consideración, dentro de la evolución extranjera, la ley *sueca* sobre el cumplimiento de penas privativas de la libertad de 21 de diciembre de 1945 (recopilación de ordenanzas suecas, 1945, N. 872), con el intento al que la misma se refiere, de implantar *establecimientos penales abiertos*.

CAPÍTULO II

LAS MEDIDAS JURIDICO-PENALES DE SEGURIDAD Y CORRECCION

§ 109. El llamado dualismo en el derecho penal

Grd., 155-157. *KrimPol.*, 252-254.

I. *El principio del llamado dualismo.* Incumben al derecho penal múltiples tareas. Debe promover y asegurar la educación jurídico-moral de todos. Debe expurgar los delitos cometidos y velar, en consecuencia, por el derecho y la justicia. Finalmente, debe proteger a la colectividad de los delitos que la amenazan, independientemente de la culpabilidad personal del delincuente.

Tradicionalmente, el derecho penal dispone, en primer término, como medio para lograr dichos fines, de la *pena* en el sentido estricto de la palabra (Capítulo I). La pena es, con arreglo a su esencia, una "retribución" adecuada al hecho que ha sido cometido. Pero, como ya hemos visto, puede tomar sobre sí *al mismo tiempo*, sin desmentir su carácter esencial, tareas preventivas generales y especiales y, precisamente, por medio de la "intimidación", de la "seguridad", de la "corrección", de la "educación", etc. Si esta eficacia simultánea pudiera ser realizada de modo perfecto en todos los sentidos, quedarían satisfechas, con este *sistema unitario* de medidas jurídico-penales, todas las exigencias.

Pero la experiencia ha demostrado que esto *no* es posible. La pena, sólo en sentido estricto, no ha podido evitar, sobre todo, que los delincuentes reincidan. Además, la culpabilidad del autor puede ser, a menudo, reducida, como ocurre, por ejemplo, cuando el delincuente presenta características psicológicas determinadas, en tanto que es muy grande la exi-

gencia de seguridad que la sociedad tiene; entonces, la pena debería dejar de ser una retribución justa o bien debería renunciar a realizar la seguridad en la forma eficaz que el interés de la colectividad requiere.

Estas consideraciones trajeron como consecuencia que se buscase fuera de la pena otras medidas *jurídico-penales*, que pudieran completar la pena, cuando ésta no cumpliese su cometido, de acuerdo con su esencia, como medio para evitar el delito. Corresponde al jurista suizo Carl STOOSS el mérito de haber dado forma, a fines del siglo pasado, a este concepto del llamado DUALISMO, al instituir, al lado del sistema de la simple pena que se seguía hasta entonces, un sistema de *medidas de seguridad y corrección* especiales. Con ello, el *derecho penal* se hace cargo de "dos" medidas distintas: la pena en sentido estricto y las medidas de seguridad. *Aquélla* considera la *culpabilidad* del autor, tal como se manifiesta en el hecho concreto particular (medida referida al hecho), y éstas tienen en cuenta, independientemente de la culpabilidad por el hecho, la *peligrosidad* del *autor* con miras al futuro (medida referida al autor). Queda determinado de tal manera, de acuerdo con su esencia, el *principio del llamado dualismo.*

II. *La realización del sistema dualista en el derecho penal alemán en vigor.* La *ley sobre delincuentes habituales de 24 de noviembre de 1933* (*RGBl.* I, 995) ha concretado ampliamente este principio del dualismo, al insertar en el código penal un capítulo especial sobre las *medidas de seguridad y corrección* (§ § 42 *a*-42 *n*). El § 42 *m* sobre la expulsión de extranjeros del territorio del Reich ha sido derogado, juntamente con el § 42 *a*, N. 7, por la ley del Reich de 23 de marzo de 1934 (*RGBl.* I, 213), y el § 42 *k* sobre la castración (véase al respecto SCHÖNKE, 7ª ed., 1954, § 42 *k*) juntamente con el § 42 *a*, N. 5, por la ley N. 11 del Consejo de Control. La modificación del § 42 *f*, introducida por la ordenanza de 24 de septiembre de 1941 (*RGBl.* I, 581), ha sido suprimida por la ley N. 55 del Consejo de Control; el § 42 *f* y el § 42 *h*, párr. 1, han experimentado una nueva redacción en la ley para la modificación del derecho penal de 1953 (art. 2, N. 6 y 7). La disposición sobre expulsión del territorio del Reich, que regía con anterioridad, ha sido sustituída, mediante la ley sobre seguridad del tránsito callejero de 19 de diciembre de 1952 (*BGBl.* I, 832), por los nuevos § § 42 *a*, N. 7 y 42 *m* (retiro del permiso para conducir automóviles). En la forma de referencia rigen en la actualidad los § § 42 *a*-42 *n* (promulgación del código penal de 25 de agosto de 1953).

Así, el derecho penal en vigor establece, además de la pena en sentido estricto, las siguientes medidas que sirven

para la seguridad frente a delincuentes peligrosos o para la corrección de los mismos y, con ello, para impedir, por una u otra vía, la comisión de delitos futuros. Son:

1. La *colocación* de inimputables y de personas de imputabilidad disminuída en *casas de salud y asistencia* (§ § 42 *a*, N. 1 y 42 *b*).

2. La *colocación* de bebedores habituales y de personas que toman habitualmente estupefacientes, en *casas de salud para bebedores* y en *establecimientos de deshabituación* (§ § 42 *a*, N. 2 y 42 *c*).

3. La *colocación* de personas refractarias al trabajo y abandonadas, *en una casa de trabajo* (§ § 42 *a*, N. 3 y 42 *d*). Esta disposición fué suprimida para los Estados pertenecientes a la zona norteamericana por la ley N. 14 del Gobierno militar en Alemania (art. 1), con vigencia desde el 1º de abril de 1949; y ha sido admitida nuevamente en virtud de la nueva redacción del código penal de 25 de agosto de 1953 (*BGBl.* I, 1083).

4. La *custodia de seguridad* para delincuentes habituales peligrosos (§ § 42 *a*, N. 4 y 42 *e*).

5. La *prohibición del ejercicio de la profesión* impuesta a personas que actúan con abuso de su profesión o arte (§ § 42 *a*, N. 6 y 42 *l*).

6. El retiro del permiso para conducir automóviles (§ § 42 *a*, N. 7 y 42 *m*).

III. Este camino, seguido por el derecho penal alemán en vigor, *merece*, en principio y *en su punto de partida, completa aprobación*. Tal sistema no afecta el carácter ético de la pena y no la recarga con tareas que ésta no puede cumplir. También la pena sirve a la futura "seguridad" frente a ulteriores delitos; pero en muchos casos puede no responder del todo a esta exigencia, sin dejar de ser una pena "justa". De ahí que requiere un complemento en otras medidas. La ley sobre delincuentes habituales de 24 de noviembre de 1933 contiene esas medidas especiales. Ellas acostumbran al juez a reflexionar, a la vez, sobre la pena justa y sobre la seguridad pública, y a considerarlas con el mismo cuidado. La ley ha seguido, por consiguiente, un camino acertado, tanto en la teoría como en la práctica.

§ 110. El sistema de las medidas de seguridad y corrección con arreglo al derecho en vigor

Grd., 175-181. *KrimPol.*, 257-268. EXNER, *Die Theorie der Sicherungsmittel* (La teoría de las medidas de seguridad) (1914). L. SCHÄFER-WAGNER-SCHAFHEUTLE, *Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Massregeln der*

Sicherung und Besserung (La ley contra delincuentes habituales peligrosos y sobre medidas de seguridad y corrección) (1934). E. SCHÄFER, *Nachtrag zum Frankischen Kommentar* (Apéndice al Comentario de FRANK) (1936), p. 66-128. *Dringende Fragen der Sicherungsverwahrung* (Cuestiones urgentes sobre la custodia de seguridad), fasc. 7 de "Beiträge zur Rechtserneuerung zur «Deutschen Justiz»" (1938). Véanse, asimismo, las remisiones a la bibliografía, que es muy extensa, en *Grd.*, 176 y *KrimPol.*, 257, nota 28.

I. *Las medidas de seguridad y corrección en general.* Las medidas de seguridad y corrección de los § § 42 *a* y sigts., son medidas *referidas al autor*. Pero hacen siempre referencia al *hecho* cometido y conminado con pena; si así no fuera, no podrían caber dentro del derecho penal. Extraen su *contenido* de la persona del autor, puesto que tratan de ajustarse a su manera de ser y de limitar su peligrosidad social. El fin que persiguen es exclusivamente el de impedir la comisión de delitos futuros.

El derecho de las medidas de seguridad y corrección nos presenta, por lo tanto, una serie de *tipos de personalidad* a los cuales dichas medidas corresponden. Así aparecen, en los § § 42 *a* y sigts., el inimputable peligroso para la seguridad pública y el de imputabilidad disminuída; el bebedor habitual y el que toma habitualmente estupefacientes; el refractario al trabajo; el delincuente habitual peligroso; el que actúa con abuso de su profesión o arte; el que conduce automóviles en forma descuidada.

II. *La colocación en una casa de salud o asistencia (§ 42 b).* Esta disposición abarca dos casos distintos. Véase la bibliografía en SCHÖNKE, § 42 *b*.

1. Si alguien en estado de inimputabilidad ha cometido una acción conminada con pena (§ 51, párr. 1 y § 55, párr. 1), el tribunal ordenará su colocación en una casa de salud o asistencia, si la seguridad pública lo requiere. Dado que en los casos de los § § 51, párr. 1 y 55, párr. 1, "no existe acción punible" si el autor "no es punible", como punto de partida es suficiente aquí —así como en los § § 48-49 y 330 *a*— una acción "conminada con pena", aunque no sea "punible". En este caso, también desempeña un papel el aspecto interno de la acción. No son suficientes las simples contravenciones. Se reglamenta en otra forma la intervención contra enfermos mentales, cuya peligrosidad no se deduce de la comisión de una acción conminada con pena, sino de otras circunstancias (véase al respecto la sentencia *BGHStr.* 7, 61). Sólo si existe ese presupuesto, se traslada al mismo tiempo al juez penal la protección frente a enfermos mentales que constituyen un

peligro común (SCHÖNKE, § 42 *b*, I). La medida ha sido concebida, en primer término, como medida de seguridad; si la curación es posible, es, a la vez, una medida de corrección. En caso de existir los presupuestos correspondientes, la medida debe realizarse; la misma no queda librada al criterio del juez penal. La seguridad pública requiere la colocación si se puede esperar como probable la comisión de acciones que sean, en sí, punibles y no irrelevantes (*RGStr.* 69, 12, 151 y 242; 73, 305). En lo que respecta al tipo interno, se debe examinar la sentencia 71, 218 (220) del Tribunal del Reich; en la sentencia 73, 314 del mismo Tribunal no se quiere, como en el § 330 *a*, tomar en cuenta un error que sólo haya sido ocasionado por la inimputabilidad del autor, lo cual se puede justificar en vista de la forma con que ha sido creada la ley (acerca de esta cuestión del tipo interno, véanse también SCHÖNKE (III, 1 c) y *BGHStr.* 3, 287, con MAURACH (1954, p. 715).

Con arreglo al § 42 *f*, la colocación tiene la duración que el fin que persigue requiere. No está limitada en el tiempo, por lo cual puede ser, si es preciso, perpetua. Cada tres años se realiza un examen de los internados. De conformidad con el § 42 *h*, la libertad es revocable. Sólo la prescripción de la ejecución de la pena limita temporalmente la revocación (§ 70).

2. Si alguien ha cometido una acción conminada con pena (y también punible) en estado de imputabilidad disminuída (§ 51, párr. 2 y § 55, párr. 2), el tribunal dispondrá, también en este caso, su colocación en una casa de salud o asistencia, si la seguridad pública lo requiere. Rige aquí, 'mutatis mutandis', lo que rige respecto del caso anterior. No son suficientes, tampoco aquí, las simples contravenciones. Los presupuestos de la colocación deben demostrarse, no siendo suficiente una mera posibilidad (*RGStr.* 70, 128; 73, 44): por lo tanto, la pena puede atenuarse en los casos dudosos (§ 51, párr. 2), quedando excluída la aplicación del § 42 *b*. La cuestión del § 42 *b* es importante, desde el punto de vista político-criminal, si se trata de psicópatas (más datos e indicaciones bibliográficas en *KrimPol.*, 257-258).

En lo que respecta a la duración de la colocación y a la libertad, rigen los mismos principios señalados en el núm. 1.

III. *La colocación en una casa de salud para bebedores o en un establecimiento de deshabituación* (§ 42 *c*). Véase la bibliografía en SCHÖNKE, § 42 *c*. La medida de que se trata presupone que alguien que toma habitualmente con exceso bebidas alcohólicas u otras sustancias embriagantes, cometa un crimen o delito —no una contravención— en estado de ebriedad o a raíz de ese hábito, y que sea castigado por ese motivo;

o bien que, intencional o culposamente, por el placer que le procuran esas bebidas o esas sustancias, se coloque en un estado de ebriedad que excluya la imputabilidad y que en ese estado cometa una acción conminada con pena, y que por ese motivo sea castigado. También pueden incluirse en el § 42 *c* los bebedores que, cada tanto, reiciden (confr., sobre el particular, *RGStr.* 74, 218). Dado que se exige una condena, la imputabilidad debe existir tanto en el caso del crimen o delito cometido en estado de ebriedad, etc., como en el de la embriaguez plena (§ 330 *a*). De lo contrario, es posible solamente la aplicación del § 42 *b*. El tribunal ordenará la medida junto con la pena si ello es necesario para habituar al autor a una vida ordenada y conforme a las leyes; la medida en cuestión se ha concebido, en primer término, como medida de corrección. Ella constituye, juntamente con el tipo del § 330 *a*, un medio importante en la lucha contra el alcoholismo y el consumo de estupefacientes. Según lo dicho, incluye también a los hurtos cometidos para conseguir licores y a las falsificaciones de recetas para la obtención de morfina y sustancias similares.

Con arreglo al § 42 *f*, párr. 2, la colocación se limita a dos años, y esto rige aun en el caso de revocación (§ 42 *h*). Teóricamente, las casas de salud para bebedores y los establecimientos de deshabituación se consideran sólo como formas especiales de la casa de salud (§ 42 *b*); pero el tratamiento especial frente al § 42 *b* se justifica si se tiene en cuenta que las personas de que se trata deben estar sometidas a un tratamiento adecuado a las peculiaridades que presentan, independientemente del que corresponde a los enfermos mentales y a los psicópatas. Y si su estado de salud mejorara, resultaría en extremo inconveniente que hicieran vida en común con las personas a las que se refiere el § 42 *b*. Por ello se comprende y se justifica el deseo expresado por los médicos de mantener para esos sujetos un tratamiento especial (*Krim-Pol.*, 258). Si el juez considera que en el caso particular no es suficiente el término de dos años, puede ordenar (§ 42 *n*) (por supuesto, *no* con posterioridad a la imposición de la medida), la colocación en una casa de salud o asistencia, la que se hará efectiva una vez cumplido dicho término. La sentencia 73, 44 del Tribunal del Reich quiere excluirla si se trata de estados transitorios, pero no puede hacer caso omiso de los inconvenientes que se oponen a esa limitación y prevé incluso casos en los que pueden ser ordenadas, con arreglo al § 42 *n*, conjuntamente las tres medidas previstas en los §§ 42 *b*, 42 *c* y 42 *e*.

IV. *La colocación en una casa de trabajo (§ 42 d).* Ha

sido introducida nuevamente en el § 42 *d* por la ley para la modificación del derecho penal de 1953 (nueva redacción del código penal de 25 de agosto de 1953) (DREHER, *JZ* 53, 424). Como ocurría antes, la orden de colocación por causa de mendicidad sólo es admisible si el autor ha mendigado por holgazanería, desarreglo o profesión. La primera colocación no puede durar más de dos años y la nueva colocación no más de cuatro; se dispone, asimismo, un examen de los internados que se realiza cada seis meses (§ 42 *f*, párr. 3). Si se trata de incapaces para el trabajo, se procede a la colocación en un *asilo*. Véase la bibliografía en SCHÖNKE (§ 42 *d*) y en *Krim-Pol.* (258, nota 31). El contenido exacto de la presente disposición es el siguiente: si, de conformidad con el § 361, Nros. 3-5 y 6 *a*-8, se condena a alguien (por lo tanto, especialmente como vagabundo, mendigo, ocioso, prostituta, etc.) a la pena de arresto (y, pues, no a una simple pena pecuniaria con arreglo al § 27 *b*, pero sí, eventualmente, a una pena de reclusión: *RGStr.* 72, 107), el tribunal ordenará, junto con la pena, su colocación en una casa de trabajo, si ello es necesario para obligarlo a trabajar y habituarlo a una vida ordenada y conforme a las leyes. Lo mismo rige, si alguien que ejerce la prostitución habitualmente por lucro, es condenado a pena de arresto de conformidad con el § 361, N. 6. Como ya hemos dicho, es necesaria, para la aplicación del § 42 *d*, la mendicidad por holgazanería o desarreglo o la mendicidad profesional. Ya no se procede, como ocurría antes, a la colocación en una casa de trabajo de los rufianes (§ 181 *a*) y de los jugadores profesionales (§ 285). Según el Tribunal del Reich (72, 107), no impide la colocación la circunstancia de haber sido condenado simultáneamente por uno de los crímenes previstos por el § 175 *a*, N. 4 (impudicicia profesional entre hombres).

La separación de la casa de trabajo de la pena no se puede justificar teóricamente; en la práctica, la separación satisface el propósito de que estos antisociales sean eximidos del cumplimiento normal de la pena.

V. *La custodia de seguridad (§ 42 e)*. Véase la bibliografía en SCHÖNKE, § 42 *e*. Si alguien es condenado, de conformidad con el § 20 *a*, como un delincuente habitual peligroso, el tribunal ordenará la custodia de seguridad además de la pena, si la seguridad pública lo requiere. Es la medida político-criminal más significativa del capítulo sobre las medidas de seguridad y corrección y un medio importante de lucha contra la delincuencia habitual peligrosa y profesional. Esta disposición presupone una condena con arreglo al § 20 *a* y se impone además de la pena. Dado que se requiere una

pena, el § 42 *e* no se aplica a los inimputables. Rige todo lo que se ha dicho a propósito del § 20 *a*. A pesar de la formulación del § 42 *e*, no es necesario, en el caso particular, agravar la pena del § 20 *a*: *RGStr.* 68, 295. La simultánea admisión de la imputabilidad disminuída, por ejemplo si se trata de psicópatas, tampoco impide la imposición de la custodia de seguridad; la jurisprudencia lo reconoce (*RGStr.* 69, 129; 70, 127 y 129; 72, 326). También un delito doloso de conformidad con el § 330 *a* puede fundamentar la custodia de seguridad (*RGStr.* 73, 177), pero no una simple contravención (*RGStr.* 73, 321). La imposición de esta medida *debe* tener lugar de acuerdo con el § 42 *e*, si existen los presupuestos de la misma. Para juzgarlo no es determinante el momento de la condena, sino el momento probable en que el sujeto recuperará la libertad; pero sin que deban extremarse las exigencias en este sentido, en perjuicio de la seguridad pública (*RGStr.* 68, 149 y 271; 72, 356). Respecto de otras particularidades relativas a este § 42 *e*, confr. los Comentarios. Véanse, asimismo, las sentencias *BGHStr.* 5, 312 y 350.

Con arreglo al § 42 *f*, la colocación tiene la duración que el fin que persigue requiere. No está limitada en el tiempo. También aquí se realiza, cada tres años, un examen periódico de los internados. De conformidad con el § 42 *h*, la libertad es revocable. Sólo la prescripción de la ejecución de la pena limita temporalmente la revocación (§ 70).

VI. *La prohibición del ejercicio de la profesión (§ 42 l).* Está prevista con respecto a crímenes y delitos cometidos con abuso de la profesión o arte o con grave violación de los deberes que incumben en virtud de la profesión o del arte, y es siempre una disposición de carácter facultativo. Son presupuestos de la medida la existencia de una condena a una pena privativa de la libertad de tres meses por lo menos y la necesidad de que la colectividad sea protegida contra peligros ulteriores. La prohibición dura como mínimo un año y como máximo cinco años. El § 42 *l*, párr. 4, reglamenta el levantamiento anticipado de la prohibición (por lo menos después de un año). Disposiciones complementarias se encuentran en leyes accesorias.

VII. *El retiro del permiso para conducir automóviles (§ 42 m).* Esta medida fué introducida por la ley sobre seguridad del tránsito callejero de 19 de diciembre de 1952 (*BGBl.* I, 832), y, precisamente, por su art. 2, N. 2. En cuanto a las particularidades de esta medida, véanse SCHWARZ, *Strafgesetzbuch. Kurz-Kommentar* (18ª ed., 1955, § 42 m); DREHER-MAASSEN, *Strafgesetzbuch* (1954, § 42 *m*); FLOEGEL-HARTUNG, *Strassenverkehrsrecht, Kurzkommentar* (8ª ed., 1953). Exis-

ten dos importantes resoluciones del Tribunal Federal de noviembre de 1953, reproducidas en *JZ* 1954, p. 137 y sigts.; ahora: *BGHStr.* 5, 168 y 179 (y 7, 165). El § 111 *a* de la ordenanza procesal penal posibilita un retiro transitorio. La disposición faculta para retirar judicialmente el permiso para conducir automóviles a los automovilistas que manejen descuidadamente. La medida presupone una condena a una pena (sin mención de un grado determinado; incluso una contravención es suficiente, pero no una simple infracción al orden) o la absolución sólo por inimputabilidad; el hecho debe haber puesto de manifiesto que el sujeto no tiene aptitudes para conducir automóviles. Si se trata de titulares de permisos otorgados en el extranjero, la infracción debe referirse a disposiciones sobre el tránsito. El tribunal podrá establecer en la sentencia un término de seis meses como mínimo y de cinco años como máximo, sin que la autoridad administrativa pueda otorgar un nuevo permiso antes del vencimiento del término, y si esto ocurriera, la prohibición podrá ser perpetua. El párrafo 4 posibilita el otorgamiento posterior del permiso por decreto. Las transgresiones son punibles con arreglo al § 24 de la ley sobre el tránsito callejero de 19 de diciembre de 1952 (*BGBl.* I, 832). No es admisible un retiro parcial: *BGHStr.* 6, 183 y *JZ* 54, 636.

VIII. *Disposiciones comunes.* De conformidad con el § 42 *n*, las medidas de seguridad y corrección pueden ordenarse *conjuntamente.* En consecuencia, el juez tiene la posibilidad de fijar y aplicar sobre la base de la pena y de las distintas medidas de seguridad admitidas, un plan de tratamiento detallado y adecuado al caso particular, para el autor socialmente dañino y criminal. De acuerdo con el derecho en vigor, el tribunal puede subordinar el cumplimiento de las medidas de seguridad a condiciones u otras resoluciones de las autoridades administrativas, pero, en cambio, no puede reservar para un momento posterior otras decisiones judiciales (*KrimPol.* 260, nota 32 b). Se ocupa de estas cuestiones también BRUNS, *Über Häufung und Auswahl konkurrierender Sicherungsmassregeln* (Sobre acumulación y elección de medidas de seguridad concurrentes) (*ZStrW*, vol. 60, p. 474 y sigts., 1941).

Según el Tribunal del Reich (sentencias 69, 31 y 73, 101), la elección de las medidas debe tener por primera finalidad la protección de la colectividad. Las sentencias *RGStr.* 73, 44 y 101, por ejemplo, equilibran las distintas posibilidades. La sentencia *RGStr.* 72, 151 se ocupa detenidamente de la custodia de seguridad ordenada juntamente con la casa de salud.

La libertad y la revocación de la custodia de seguridad,

la casa de salud y asistencia, la casa de salud para bebedores y el establecimiento de deshabituación y la casa de trabajo, eran dictadas originariamente por el tribunal. El § 8 de la ley de 4 de septiembre de 1941 (*RGBl.* I, 549) con la ordenanza de 24 de septiembre de 1941 (*RGBl.* I, 581), las ha declarado de competencia del procurador general —en su carácter de autoridad más alta de ejecución— de los Tribunales Regionales Superiores en cuya jurisdicción funcione el establecimiento en que se deba cumplir la medida. Esta disposición fué derogada por la ley N. 55, inciso 12 de la ley del Consejo de Control, restableciéndose, por consiguiente, la anterior competencia *judicial*. Por su parte, también la redacción de los § § 42 *f* y *h*, dada por la tercera ley para la modificación del derecho penal de 1953 (nueva redacción del código penal de 25 de agosto de 1953), señala claramente esta competencia del tribunal.

§ 111. La crisis del dualismo

Del mismo modo que se debe admitir la exactitud teórica del llamado dualismo y su eficacia ética para preservar la pena de meras consideraciones utilitarias, tampoco se puede desconocer que la rigurosa materialización de dicho criterio, llevada a cabo en la ley sobre delincuentes habituales de 24 de noviembre de 1933, ha traído como consecuencia cierta *crisis del dualismo* (*KrimPol.*, 253), especialmente en lo que respecta a la custodia de seguridad del § 42 *e* y a la imposición de esta medida juntamente con la pena. Esto exige un nuevo y minucioso estudio de las distintas posibilidades. La situación de las varias medidas de seguridad es diferente, y aquí debemos señalar brevemente, por lo menos, los criterios más importantes al respecto.

1. La *casa de salud y asistencia* (§ 42 *b*) para los *inimputables* (especialmente el § 51, párr. 1) y, en consecuencia, para los que hayan sido absueltos, representa un importante progreso frente a la anterior impotencia de los jueces en tal sentido. Esta reglamentación debe mantenerse en todos los casos. No se trata aquí, en absoluto, de un "dualismo" en sentido estricto.

Mucho más problemático es, en el caso de las personas de *imputabilidad disminuída*, ordenar conjuntamente la pena y la medida cuando aquélla se ha cumplido con anterioridad a la casa de salud. Una rígida bipartición del tratamiento no es, con frecuencia, ni conveniente ni adecuada al caso. Forzosamente, la pena misma tiene también que cumplir funciones

de seguridad, como ocurre, por ejemplo, en el caso del psicópata criminal que, en sentido estricto, no es "curable". No se puede internar en una casa de salud para toda la vida a un psicópata excitable, sino que, a la inversa, un castigo severo cumpliría a menudo muy bien los fines de seguridad. Pero, ante los distintos casos, no se debe renunciar a la *posibilidad* de ordenar conjuntamente la pena y la casa de salud; sólo se le debe otorgar al juez, en materia de condena y combinación de las medidas, la mayor libertad posible.

2. La medida referente a la *casa de salud para bebedores* y al *establecimiento de deshabituación* (§ 42 *c*) cumple una función propia y especial. Ya se ha dicho por qué no debe unirse esta medida con la medida de la colocación en otras "casas de salud". Mantendrá su significación también en el futuro. Sólo que también aquí debe crearse en la forma más elástica posible, en el caso particular, la relación entre la medida y la pena, la cual sigue conservando su significación peculiar.

3. De acuerdo con su esencia, la *casa de trabajo* (§ 42 *d*) es una pena. No se justifica el "dualismo", y, sobre todo, la combinación de esta medida con las penas de arresto de corta duración. La relación existente entre la ejecución de la medida y el cumplimiento normal de la pena constituye una cuestión técnica que corresponde a la reglamentación del cumplimiento.

4. La *custodia de seguridad* (§ 42 *e*) plantea al criterio del dualismo los problemas más difíciles. Aquí se exige, imperiosa y constantemente, que, en vez de dictarse la pena y la custodia de seguridad en forma conjunta, se imponga una medida *unitaria*.

Esta exigencia se ve favorecida por la circunstancia de que el derecho vigente ha atenuado en el § 20 *a* el criterio de la pena en favor de la seguridad de tal manera, que han surgido dudas sobre la posibilidad de ordenar conjuntamente esta pena de seguridad y la genuina custodia de seguridad que se impone después. Pero la mayor dificultad está en el cumplimiento: a pesar de todos los esfuerzos, no da buen resultado distinguir fundamentalmente el cumplimiento de la custodia de seguridad del § 42 *e* de la pena de reclusión o de la de prisión. De ahí que se haya dicho, y con cierto fundamento, que el cambio entre pena y seguridad no significa algo más que el traslado del ala oriental al ala occidental del establecimiento. La custodia de seguridad constituye exactamente el mismo "mal" que representa la pena, y más bien, a menudo, en virtud de su duración indeterminada, un mal mucho mayor que la pena de reclusión temporalmente limitada.

Por lo tanto, no se debe dejar de reclamar, en vez de ambas medidas, un tratamiento unitario. A tal efecto se piensa en la *sentencia* indeterminada o en una *custodia de seguridad* unitaria que asuma, al mismo tiempo, las funciones de la pena. No obstante, la *separación* entre pena y medida de seguridad representa, a pesar de todo, la solución más clara.

En consecuencia, hay que ceñirse, también con respecto al delincuente habitual, a una *pena determinada* correspondiente al hecho cometido. Paralelamente debería aplicarse la *custodia de seguridad temporalmente indeterminada.* Se podría pensar en dejar al juez, en el caso particular, la decisión sobre el *orden* de cumplimiento. Una solución satisfactoria del cumplimiento conjunto consistiría en hacer un *cómputo,* total o parcial, de la pena, en caso de ordenarse que el cumplimiento de la custodia de seguridad se realice *con anterioridad,* de acuerdo con la reglamentación del § 60 (prisión preventiva).

5. La *prohibición del ejercicio de la profesión* (§ 42 *l*) es una medida autónoma. Se encuentra normalmente al lado de la pena. En este caso, no surge el problema de suprimir el "dualismo".

6. Lo mismo rige, correspondientemente, respecto del *retiro del permiso para conducir automóviles.*

§ 112. Ojeada de conjunto sobre el derecho extranjero

SCHÖNKE ofrece un panorama de conjunto sobre la *"custodia de seguridad en el extranjero"* en las colaboraciones, ya mencionadas, acerca de la renovación del derecho (fasc. 7, 1938). La última edición de su *Kommentar* (7ª ed., 1954) proporciona datos valiosos también sobre las *demás medidas de seguridad* (§ § 42 *a* y sigts.).

Aquí nos referiremos brevemente a la reglamentación contenida en el *código penal suizo de 1937.* Los artículos 42-45 tratan de las "medidas asegurativas" y mencionan como tales la custodia de delincuentes habituales (art. 42), la educación para el trabajo de vagos y desordenados (art. 43), el tratamiento de los bebedores habituales (art. 44) y el de los toxicómanos (art. 45).

La custodia de delincuentes habituales (art. 42) obedece, en cierto sentido, al criterio del "sistema unitario". "El que revela una tendencia al crimen o al delito, o ser desordenado o refractario al trabajo por haber ya cumplido numerosas penas privativas de la libertad a causa de crímenes o delitos, y cometa nuevamente un crimen o delito conminado con

pena privativa de la libertad, puede sufrir, por orden del juez, la custodia por tiempo indeterminado". En este caso, la *custodia* se impone *en sustitución* de la pena pronunciada (!). El custodiado queda en custodia por lo menos tres años y si el tiempo de la pena es mayor, por lo menos hasta el vencimiento del mismo. También aquí se mantiene, por consiguiente, la relación con la "pena"; sólo que es más incolora que en el proyecto mencionado más arriba. Una vez transcurrido ese tiempo, la autoridad competente puede liberar condicionalmene por tres años al condenado, si estima que la custodia ya no es necesaria. Si en este lapso la conducta del que ha sido liberado condicionalmente es satisfactoria, se lo libera definitivamente.

Si se trata de vagos y de desordenados (art. 43), el juez puede diferir la pena de prisión que había impuesto e internar al condenado, por tiempo indeterminado, en un establecimiento de educación para el trabajo. Una pena de reclusión sufrida con anterioridad excluye dicha medida. Remitimos a los demás detalles de la ejecución contenidos en la ley; es posible la libertad condicional después de un año si han transcurrido las dos terceras partes del tiempo de duración de la pena.

La internación en una casa de salud para bebedores (art. 44) se realiza, en principio, en el tiempo que sigue al cumplimiento de la pena. Pero, si la situación del condenado lo aconseja, el cumplimiento de la pena puede ser diferido. Se decidirá especialmente acerca de la necesidad de tal cumplimiento antes de la liberación de la casa de salud.

Estas disposiciones son aplicables a los tóxicómanos (art. 45).

Capítulo III

EL ESPECIAL TRATAMIENTO JURIDICO-PENAL DE LOS JOVENES

§ 113. La especial evolución del derecho penal de los jóvenes desde la promulgación del código penal del Reich

Ya nos hemos referido a esta evolución (§ 56, I). Remitimos, pues, a lo que hemos dicho y a la bibliografía consignada allí. Esencialmente, se desprende lo siguiente:

1. Los anteriores §§ *55-57 del código penal* contenían distintas disposiciones sobre la exclusión y la atenuación de la pena desde los 12 años cumplidos hasta los 18 años de edad cumplidos.

2. La *ley sobre tribunales de jóvenes de 16 de febrero de 1923* (*RGBl.* I, 135), al derogar los mencionados §§ 55-57, se ocupó por primera vez del derecho penal de los jóvenes fuera del ámbito del código penal.

3. Después de la correspondiente preparación, representada por las tres importantes ordenanzas de 4 de octubre de 1939 contra delincuentes juveniles peligrosos, 4 de octubre de 1940 sobre el arresto para los jóvenes y 10 de septiembre de 1941 sobre la condena indeterminada de jóvenes, se dictó la *ley del Reich sobre tribunales de jóvenes de 6 de noviembre de 1943* (*RGBl.* I, 635).

4. Dicha ley de 1943 (*RJGG*) ha sido sustituída por la *ley sobre tribunales de jóvenes de 4 de agosto de 1953* (*BGBl.* I, 751), que está en vigor desde el 1º de octubre de 1953 (*JGG*). Incluye, además de los "jóvenes" (entre 14 y 18 años: § 1, párr. 2 y §§ 3 y sigts.), también, en parte, a los "adolescentes" (entre 18 y 21 años, § 1, párr. 2 y §§ 105 y sigts.).

§ 114. El vigente derecho penal alemán de los jóvenes

Grd., 88-90, 170, 174-175 (*antes* de la *RJGG* de 1943); *Kriminalpolitik* (3ª ed., 1944), p. 268-278; PETERS, *Reichsjugendgerichtsgesetz vom 6. November 1943* (2ª ed., 1944). POTRYKUS, *Kommentar JGG 1953* (3ª ed., 1954). "Leipziger Kommentar" (1954), 4º suplemento (véase el § 56). LACKNER, JZ 53, 527.

I. Hasta qué punto seguía rigiendo, *después de 1945*, la *RJGG de 6 de noviembre de 1943*, era asunto por muchos conceptos dudoso. De todos modos, la validez fundamental de dicha ley se deducía de las disposiciones contenidas en las Ordenes generales para los Jueces de otoño de 1945 (N. 9); estas Ordenes sólo declaraban que ya no se podían aplicar las disposiciones que trataban discriminativamente a los jóvenes por razón de su raza, ciudadanía, religión u otra causa, las que preveían investigaciones biológico-criminales o que imponían la educación militar o la instalación de campos de protección para jóvenes. De ahí la *supresión* del § 1, párr. 2 de la *RJGG* ("la ley rige para los alemanes y será igualmente aplicada a las personas de otra nacionalidad, en tanto que no existan otras disposiciones"). En el § 3, párr. 2, segunda parte, de la *RJGG* se declaraba responsables y punibles como jóvenes también a los niños de 12 y 13 años (aunque no se les aplicase el § 20 de esta ley), si "la protección del pueblo reclama, atenta la gravedad de la falta cometida, un castigo jurídico-penal". No se puede decir que haya sido "típicamente nacional-socialista" la medida de llevar la edad de la imputabilidad de 14 a 12 años; este límite mínimo regía originariamente, en forma determinante, en el código penal de 1871. En cambio, el abandono del principio de la culpabilidad y de la educación a favor del de la simple *protección* (que se ponía de manifiesto en las palabras "la protección del pueblo") significaba una aberración tan grande frente al niño que indefectiblemente se le debió negar validez a la disposición. Produjo especiales dificultades el § 20 de la *RJGG*, referente a los *delincuentes juveniles peligrosos*. Ya en la 4ª edición de esta obra (1952, p. 274-275), hemos tratado de demostrar, con extensas consideraciones y el apoyo de la jurisprudencia, que tanto el § 20, párr. 1, de la *RJGG* (derecho penal de los adultos para jóvenes precoces; véase al respecto el vol. III, p. 122), como el § 20, párr. 2 de la misma ley (derecho penal de los adultos para delincuentes juveniles peligrosos con carácter desviado; véase el vol. III, p. 122), no podían seguir rigiendo en vista de los nuevos criterios. Tampoco la *JGG de 1953* ha

vuelto sobre estas disposiciones (ampliamente LACKNER, *JZ* 53, 259).

II. Con arreglo al § 1, párr. 2, de la *ley sobre tribunales de jóvenes(JGG) de 4 de agosto de 1953* (*BGBl.* I, 751), es *"joven"* el que al tiempo del hecho ha cumplido 14 años de edad pero no todavía 18, y *"adolescente"* (el término sustituye el anterior "semiadulto") el que al tiempo del hecho ha cumplido 18 años pero no todavía 21. La ley rige, de acuerdo con el § 1, párr. 1, si un joven o un adolescente comete una falta que las disposiciones generales conminan con pena. Las mismas rigen, por otra parte, sólo si la *JGG* no dispone otra cosa (§ 2). La clasificación de los hechos punibles en crímenes, delitos y contravenciones es determinante también para el derecho penal de los jóvenes (§ 4 de la *JGG*); en cambio, no se aplican al mismo los marcos penales del derecho penal general (§ 18, párr. 1, tercera parte de la *JGG*). En la ley predomina el *pensamiento de la educación* "en la forma más eficaz que se puede imaginar y hasta el límite de su compatibilidad con los principios generales del derecho penal". La pena debe "constituir el medio último y extremo, del cual sólo se dispone si fracasan todas las demás medidas legales" (LACKNER, *JZ* 53, 527).

III. Con arreglo a la *JGG* de 1953, es penalmente responsable el *"joven"* desde los 14 años cumplidos hasta los 18 cumplidos. De esto y muy especialmente del § 3 de la *JGG* ya se ha hablado extensamente en el § 56. También se ha dicho allí que no es en ningún modo penalmente responsable el que no ha cumplido todavía los 14 años (§ 1, párr. 3).

El § 5 de la *JGG* reglamenta las *consecuencias que ocasiona el hecho punible cometido por un joven.*

1. *"Con motivo"* de ese hecho punible, pueden ordenarse *medidas educativas* (§ 5, párr. 1). El juez puede ordenar también contra un joven que por falta de madurez *no* es penalmente responsable (§ 3 de la *JGG*), las mismas medidas que impone el juez tutelar). De tal manera, se sitúa en primer plano y con toda claridad, en el nuevo derecho penal de los jóvenes, el *pensamiento de la educación.*

2. El hecho punible cometido por un joven se castiga con *medidas correccionales* o con la *pena para los jóvenes* (§ 5, párr. 2 de la *JGG*). Pero se recurre a ello solamente "si las medidas educativas no son suficientes"; el concepto de la educación tiene siempre, pues, la primacía. Del mismo modo, no procede aplicar (§ 5, párr. 3 de la *JGG*) las medidas correccionales y la pena para los jóvenes, si la coloca-

ción en una casa de salud o asistencia (véase el N. 3), hace innecesario el castigo por parte del juez.

3. Del número de las *penas accesorias* y de las *consecuencias accesorias* admitidas contra los adultos, quedan excluídas, de acuerdo con el § 6 de la *JGG*, la pérdida de los derechos cívicos honoríficos, la incapacidad para desempeñar cargos públicos y la vigilancia de la policía, y entre las *medidas de seguridad y corrección* (§§ 42 *a* y sigts.), *sólo* se admiten, según el § 7 de la *JGG*, la colocación en una casa de salud o asistencia (§ 42 *a*, N. 1) y el retiro del permiso para conducir automóviles (§ 42 *a*, N. 7).

4. Por último, el § 8 de la *JGG* se refiere a la posibilidad o no de ordenar juntas medidas distintas. Así, de acuerdo con el § 8, párr. 1, segunda parte de esta ley, no es admisible unir la medida educativa a cargo de instituciones de beneficencia (medida educativa en el sentido del § 9, N. 3) y el *arresto para los jóvenes* (medida correccional en el sentido del § 13, párr. 2, N. 3); y, de acuerdo con el § 8, párr. 2, segunda parte, no es admisible unir a la *pena para los jóvenes* (§§ 17 y sigts.) la medida educativa de referencia (§ 9, N. 3), la amonestación y el arresto para los jóvenes (medida correccional en el sentido del § 13 de la *JGG*).

IV. La ley prevé tres formas de *medidas educativas* (§§ 9-12), a saber:

1. *Intimación de órdenes* (§ 9, N. 1), tal como están detalladas en el § 10 (p. ej., reglamentación sobre el lugar de residencia, imposición de un lugar para el estudio o el trabajo, prohibición de tomar alcohol y de fumar, asistencia a clases sobre el tránsito callejero dictadas por la policía). Con arreglo al § 11, estas órdenes pueden ser modificadas posteriormente. La inobservancia culpable de una orden puede tener como consecuencia el arresto para los jóvenes (V, 3).

2. *Vigilancia de protección* (§ 9, N. 2).

3. *Educación a cargo de instituciones de beneficencia* (§ 9, N. 3).

La vigilancia de protección y la educación a cargo de instituciones de beneficencia (confr. también el § 3, segunda parte) se ajustan, de acuerdo con el § 12, a la *ley de previsión social para jóvenes* de 9 de julio de 1922 (*RGBl*, I, 633; *Kommentar* de FICHTL, 1922), juntamente con la ley de 28 de agosto de 1953 (*BGBl.* I, 1035) y las demás disposiciones sobre previsión social para jóvenes.

V. Del mismo modo, la ley establece tres formas de *medidas correccionales* (§§ 13-16), a saber:

1. *Amonestación* (§§ 13, párr. 2, N. 1, y 14).

2. *Imposición de deberes especiales* (§ 13, párr. 2, N. 2),

tal como están detallados en el § 15 (p. ej., reparación del daño, disculpas personales, pago de una cantidad de dinero), pudiéndose decretar, también en este caso, al no observarse culpablemente el deber impuesto, el arresto para los jóvenes.

3. *Arresto para los jóvenes* (§ 13, párr. 2, N. 3). Más disposiciones sobre esta medida, en el § 16.

El *"arresto para los jóvenes"* fue mencionado, por primera vez, en la ordenanza de 4 de octubre de 1940 (*RGBl.* I, 1336). En él aparecen especialmente claros el criterio del tratamiento especial del joven y el abandono del punto de vista mantenido todavía en la *JGG* de 1923 de tratar a éste como un simple "pequeño adulto". El arresto para los jóvenes no ha de ser una "pena" en el sentido corriente de la palabra; debe surtir un efecto aleccionador, pero suprimiendo toda infamia e inhibiciones para el futuro. Para este arresto rige el principio establecido en el § 13, párr. 3, relativo a todas las medidas correccionales, a saber: "Las medidas correccionales no tienen los efectos jurídicos de una pena. Ellas no se asientan en el registro penal, ni sirven de base para la aplicación de disposiciones jurídico-penales sobre la reincidencia". PETERS ya había mencionado (p. 54-55) cinco casos en los cuales consideraba procedente la aplicación de medidas correccionales, y, por lo tanto, si hubiere lugar para ello, del arresto para los jóvenes en vez de la pena, a saber: delitos en que el autor ha actuado principalmente por descuido y, en consecuencia, sobre todo, delitos culposos; delitos provenientes particularmente del vigor y tendencias juveniles, brutalidades, travesuras, actos que tienen su origen en inclinaciones e intereses que son característicos de la juventud, delitos cometidos por capricho y otros similares; delitos que son la consecuencia del desarrollo físico sin arraigo en la personalidad del autor; delitos cometidos por falta de independencia, ante todo, por seducción; delitos del momento, hurtos ocasionales, apropiaciones indebidas ocasionales, acciones subitáneas. En general, se dispone en el § 13, párr. 1, como antes, que el juez castigará el hecho punible con medidas correccionales si no resulta conveniente la pena para los jóvenes, pero se le debe hacer conocer al joven, enfáticamente, que tiene que responder de la injusticia que ha cometido.

El *arresto para los jóvenes* es, con arreglo al § 16 de la *JGG*, un *arresto que se cumple durante el tiempo libre* (de uno a cuatro de los tiempos libres de que el joven dispone por semana) o un *arresto de corta duración* (hasta seis días, por causas especiales, en lugar del arresto mencionado en primer término) o un *arresto de cierta duración* (una semana como mínimo y cuatro semanas como máximo). La estructuración

técnica del arresto para los jóvenes, que cumpla la finalidad especial de esta medida correccional, constituye un problema muy arduo.

VI. La *pena para los jóvenes* consiste, con arreglo al § 17, párr. 1, de la *JGG*, en una *privación de la libertad que se cumple en un establecimiento para jóvenes*. La *RJGG* de 1943 establecía, en cambio, en el § 4, como única pena principal, la "prisión para los jóvenes". Pero la pena prevista en esta ley *no* era la misma pena para los adultos contemplada en el § 16 del código penal, sino una *forma especial de pena del derecho penal de los jóvenes* con cumplimiento especial (§ 65) (reglamento sobre el cumplimiento de la pena para los jóvenes de 22 de enero de 1937/24 de diciembre de 1943), con disposiciones particulares sobre información y cancelación (§§ 69 y sigts.) y un procedimiento especial de rehabilitación (§§ 71 y sigts.). La prisión para los jóvenes debía imponerse por el juez, con arreglo al mencionado § 4, "cuando las exigencias de la comunidad del pueblo en razón de la necesidad de la protección y de la expiación por la magnitud de la culpabilidad o las tendencias perjudiciales del joven puestas de manifiesto en el hecho, requieran una *pena*". En consecuencia, la idea de la pena no dominaba en general el derecho penal de los jóvenes, sino que ella sólo se aplicaba si lo justificaban circunstancias especiales.

La *pena para los jóvenes de la JGG de 1953* debe ser impuesta, como antes, por el juez, por motivos similares (pero con considerables modificaciones), "cuando, en vista de las tendencias perjudiciales del joven puestas de manifiesto en el hecho, las medidas educativas o correccionales no son suficientes a los fines de la educación, o cuando, por la gravedad de la culpabilidad, es necesaria una pena". Esta pena se diferencia de la de prisión del derecho penal para los adultos, todavía más que en la *RJGG* de 1943, lo que se evidencia incluso en la misma nueva denominación que adopta (LACKNER, *JZ* 53, 527).

El criterio de la *protección de la comunidad* estaba acentuado en la *RJGG* de 1943 con mayor énfasis que ahora. Pero, ya a propósito de esa ley, PETERS señaló con razón (§ 4, N. 6), que no debe realizarse una simple prevención general, ni siquiera si se trata de hechos punibles graves. "Los fines que no se refieren a la juventud deben pasar a segundo plano". Este concepto rige hoy más que antes. De ahí que sea decisivo, en primer término, el criterio de la *culpabilidad* personal. Es cierto que la ley menciona, aun en la actualidad, las especiales *"tendencias perjudiciales"* del joven como fundamento de la imposición de la pena para los jóvenes, pero las pone apre-

ciablemente en relación con el pensamiento de la educación. Estas tendencias perjudiciales pueden depender de la predisposición general o de defectos de educación; no es preciso, por lo tanto, que se imputen directamente al autor como tales. Pero no es suficiente que las mismas existan en general; deben haberse "manifestado en el hecho".

La *pena para los jóvenes prevista en el § 17 de la JGG de 1953* importa un mínimo de seis meses y un máximo de cinco años, o bien de diez años si se trata de hechos punibles correspondientes al derecho penal general conminados con reclusión superior a diez años (§ 18). También aquí es digna de consideración la novedad contenida en esta ley, en el sentido de que la pena en cuestión debe ser medida de modo que sea posible el necesario efecto educativo. Desde este punto de vista, es comprensible un mínimo no excesivamente bajo; pero interesa saber si el espacio entre el máximo de cuatro semanas del arresto (§ 16, párr. 4) y el mínimo de seis meses de la pena (§ 18, párr. 1), es adecuado y responde efectivamente a las exigencias prácticas (véase al respecto LACKNER, *JZ* 53, 527-528). Por otra parte, la pena para los jóvenes se presenta en *dos formas*, a saber:

1. como *pena de duración determinada* (§ 18). Como ya se ha dicho, el mínimo de esta pena es de seis meses y el máximo de cinco o diez años; no rigen los marcos penales del derecho penal general. Dentro de este marco penal especial que rige para todas las especies de hechos punibles —crímenes, delitos y contravenciones— la sentencia fija una pena de duración *determinada*. En el derecho penal de los jóvenes, se ha eliminado la pena de corta duración, inferior a seis meses, por no actuar ésta en forma educativa;

2. como *pena de duración indeterminada* (§ 19). El principio se encuentra, por primera vez, en la ordenanza de 10 de septiembre de 1941 (*RGBl.* I, 567). Esta pena se aplica "cuando, en vista de las tendencias perjudiciales del joven, manifestadas en el hecho, resulte conveniente una pena de cuatro años como máximo y no se puede prever cuál será el tiempo necesario para conducir al joven, mediante la ejecución de la pena, a una recta modificación de vida". El máximo de esta pena es de cuatro años; pero el juez puede reducirlo. Del mismo modo, el juez puede elevar el mínimo de seis meses (§ 18, párr. 1); pero la diferencia entre mínimo y máximo no debe ser inferior a dos años. La expresión "tendencias perjudiciales" que se manifiestan en el hecho, proviene del § 12 de la *JGG* austríaca de 1928. Si se aplica el § 19, la sentencia fija una pena de duración *indeterminada* en los límites señalados. La pena de duración indeterminada condu-

ce de inmediato, después de la expiación del mínimo de la pena establecido en la sentencia, a la libertad para un período de prueba con arreglo al § 89 de la *JGG*. Así debe servir, muy especialmente, a la finalidad educativa. La disposición del § 19, párr. 3, es *nueva;* de acuerdo con ella, una vez que el joven haya cumplido la pena, la pena de duración indeterminada debe convertirse en una *determinada* (§ 89, párr. 3 y 4). La tesis doctoral de Ellen GENSSEN, *Weibliche Jugendliche in der unbestimmten Verurteilung* (La condena indeterminada en relación a las jóvenes) ("Blätter für Gefängniskunde", vol. 74, p. 97 y sigts., 1944), ofrece un material ilustrativo sobre esta forma de castigo, bajo el imperio de la *RJGG* de 1943.

No habiéndose admitido en la *JGG* de 1953 el § 20 de la *RJGG* de 1943, las *penas correspondientes al derecho penal de los adultos* son admisibles con respecto a hechos cometidos antes de cumplirse los 18 años de edad, pasando a lo sumo por el § 32, segunda parte, de la *JGG*.

VII. Los §§ 20 y sigts. y 27 y sigts. de la *JGG* de 1953 establecen *dos nuevas medidas* (LACKNER, *JZ* 53, 528): la *suspensión de la pena para los jóvenes por un período de prueba* declarable por el juez, y la *suspensión de la resolución de la imposición de la pena para los jóvenes*. Acerca de la evolución histórica e internacional correspondiente, véanse el *Lehrbuch* (2ª ed., 1933, p. 507 y sigts.) y el § 105, II, 3 de este libro, y en cuanto a la nueva *JGG*, muy especialmente LACKNER, *JZ* 53, 528-529.

1. La *suspensión de la pena para los jóvenes por un período de prueba* (§§ 20-26 de la *JGG*). Aquí *se impone*, en la sentencia, una *pena determinada*, no superior a un año, y sólo *se suspende su ejecución;* de ahí que el joven pueda obtener, si su comportamiento durante el *período de prueba* es bueno, la *remisión de la pena*. La suspensión puede declararse con arreglo al § 21 de la *JGG*, sólo si existe un pronóstico favorable, basado en la personalidad del joven, sus antecedentes, su conducta después del hecho, etc.; se la efectúa, por lo común, bajo las condiciones establecidas en el § 23. El período de prueba es de dos hasta tres años (con posibilidad de modificación posterior) (§ 22).

Es importante el instituto, previsto por la ley, relacionado con el *encargado de la vigilancia*, rentado o no (§§ 24 y 25), designado y controlado por el juez; esta reglamentación parece conveniente, aunque es objeto de discusiones. El § 26 reglamenta la remisión de la pena para los jóvenes y la revocación eventual de la suspensión.

2. La *suspensión de la imposición de la pena para los*

jóvenes (§§ 27-30 de la *JGG*). Lo peculiar de esta medida consiste en que queda establecida la *culpabilidad* del joven, pero suspendida la decisión sobre la *pena* (§ 27). El período de prueba es de uno hasta dos años (con posibilidad de modificación posterior) (§ 28). Una vez transcurrido satisfactoriamente, queda cancelado el juicio sobre la culpabilidad (§ 30, párr. 2); si no se ha logrado éxito en la prueba, la pena se dicta posteriormente (§ 30, párr. 1). La práctica dirá si este nuevo intento da resultados favorables.

VIII. La *participación de jóvenes en hechos punibles* está sujeta a las reglas generales de los §§ 47 y sigts. del código penal; el § 4 de la *JGG* de 1923 ha sido derogado, habiéndose limitado en general la accesoriedad de la participación en virtud del § 50, párr. 1 c. p.

La *teoría del concurso* ha experimentado una modificación por el § 31 de la *JGG*, puesto que, con arreglo a esta disposición, en el derecho penal de los jóvenes rige el *principio de la pena única* o, dicho más exactamente, el de la *reacción unitaria* (PETERS, 1944, § 14, N. 1).

El § 32 de la *RJGG* trata de solucionar las particulares dificultades de la regulación de los *hechos punibles* cometidos *antes* y *después de cumplidos los 18 años de edad*. Con arreglo a este parágrafo de la ley, lo decisivo es que "el mayor peso se encuentre en los hechos punibles que deban juzgarse según el derecho penal de los jóvenes"; no se establece, de tal manera, *pauta formal alguna* (p. ej., de acuerdo con el marco legal de la pena), sino que se pretende hacer referencia a una *valuación total*. La disposición es aplicable también a un hecho continuado, parte de cuyas distintas acciones se haya realizado antes de haberse alcanzado el límite de edad y parte después: *BGHStr.* 6, 6. En el supuesto de no aclararse si el hecho punible se ha cometido antes o después del momento determinante, también se debe aplicar, según la sentencia *BGHStr.* 5, 366, la *JGG;* pero en este caso no se puede aplicar la pena de duración indeterminada. El § 8 de la *JGG* se refiere, como ya hemos señalado, a la *unión* entre *medidas y pena para los jóvenes;* debe considerarse especialmente que aquí es inadmisible la unión de la pena con el arresto para los jóvenes o con la medida educativa a cargo de instituciones de beneficencia. "En tal sentido, la ley se declara partidaria, al quitar la libertad, del principio del sistema unitario" (PETERS). Es posible que el tribunal tutelar ordene la medida educativa de referencia junto con la pena para los jóvenes; en general, puede ordenarse conjuntamente el arresto para los jóvenes y la medida educativa señalada.

IX. La tercera parte se refiere a los *adolescentes* (§§ *105*

y 106 de la JGG). Sobre la evolución de estas disposiciones y los diferentes enfoques, véase LACKNER, *JZ* 53, 529. De conformidad con dichos parágrafos, a los adolescentes les son aplicables, dentro de condiciones determinadas, las disposiciones de las que nos hemos ocupado en este § 114.

§ 115. Problemas legislativos y ojeada de conjunto sobre el derecho penal extranjero de los jóvenes

I. Al poco tiempo de dictarse la *RJGG* de 6 de noviembre de 1943, se pusieron de manifiesto otras aspiraciones en lo referente al tratamiento jurídico-penal de los jóvenes, las cuales fueron realizadas, en parte, por la *JGG* de 1953. Entonces, quedaron sin resolver la cuestión de la llamada *sentencia penal condicional,* prevista en el § 13 de la ley austríaca sobre tribunales de jóvenes de 18 de julio de 1928, y, muy especialmente, el tratamiento de los llamados *semiadultos,* que son los comprendidos entre los 18 y los 21 años cumplidos. Sobre ambos problemas existentes en ese tiempo, véase *Krim-Pol.*, 277-278. El reglamento bávaro sobre cumplimiento de la pena de 20 de enero de 1949 (Boletín del Ministerio de Justicia de Baviera, 1949, N. 1) ya preveía en el N. 6, la colocación en establecimientos o secciones especiales, no sólo de los presos de 14 a 18 años (cumplimiento de la pena para los jóvenes), sino también de los presos de 19 a 21; estos últimos podían dejarse en la sección o en el establecimiento hasta cumplir los 24 años y, también, para expiar un breve resto de pena.

PETERS ya se había ocupado detenidamente de una *nueva estructuración del derecho penal para los jóvenes* en su obra *Werdendes Jugendstrafrecht* (Futuro derecho penal de los jóvenes) (Bonn, 1947), que contenía, también, un "proyecto de una nueva ley sobre tribunales de jóvenes" (p. 53 y sigts.). Los más importantes puntos de divergencia con la *RJGG* de 1943 concernían (p. 98-99): a la supresión del castigo de los niños de 12 años (lo cual, como se ha dicho, ya constituía entonces, según el criterio exacto, derecho vigente) y la del castigo de los jóvenes con arreglo al derecho penal de los adultos; a la creación de la categoría de los semiadultos; al castigo de los jóvenes de 14-15 años sólo en casos excepcionales; al fortalecimiento de la idea de educación; a la suspensión de la pena por buen comportamiento; a la exclusión de la pena en las contravenciones; a un marco general de dos años para la condena indeterminada; y a la imposición conjunta de la

prisión determinada y de la medida educativa a cargo de instituciones de beneficencia.

El ensayo de LACKNER, ya mencionado (*JZ* 53, 527), informa acerca de la evolución posterior a la *JGG de* 1953.

II. El *tratamiento de los jóvenes delincuentes* constituye, por lo demás, un *problema de orden internacional.* Una inmensa literatura, existente en Alemania y en el extranjero, se ocupa de este problema y de las múltiples proposiciones y medidas sugeridas para solucionarlo. La *KrimPol.* proporciona amplias indicaciones, con citas en las notas correspondientes a las páginas 268 y sigts. Remitimos muy especialmente a los *excelentes* informes de FRANCKE, contenidos en la "Zeitschrift für Kinderforschung", vol. 35, p. 155 y sigts. (citados detalladamente en *KrimPol.* 269, nota 46), que constituyen un material inagotable, examinado a fondo y con espíritu crítico. Es menester agregar a continuación algunas referencias al derecho extranjero.

1. Ya hemos mencionado la *JGG austríaca* de 18 de julio de 1928 (*Kommentar* de KADECKA, 1929, que le ha servido como modelo, en algunos puntos, a la *RJGG* de 1943.

2. El tratamiento *inglés* (y también *norteamericano*) de los jóvenes delincuentes y desamparados puede exponerse con cierta claridad sólo a grandes rasgos. Para una orientación al respecto, remitimos a SIEVERTS, Das englische *Jugendwohlfahrts —und Jugendgerichtsgesetz vom 13. April 1933* (La ley inglesa sobre previsión social en materia de jóvenes y sobre tribunales de jóvenes de 13 de abril de 1933) (Colección de códigos penales extranjeros, N. 52 de 1938) y, entre la literatura inglesa, a IKIN, *Children and Young Persons Act 1933* (Londres, 1933) sobre la "Act" de 1933, 23 Geo. 5 Ch. 12 (comentado en *GerS.*, vol. 109, p. 217-221). Ahora también la Colección de códigos penales extranjeros, N. 55.

3. Es importante, asimismo, la posición adoptada por el *código penal suizo* de 21 de diciembre de 1937. Los artículos 82-100 se ocupan del "tratamiento de los menores", y, precisamente, en tres capítulos (art. 82-88, niños; art. 89-99, jóvenes entre 14 y 18 años: art. 100, menores ["Minderjährige"] entre 18 y 20 años). En cuanto a los jóvenes, predomina el concepto de la educación. De ahí que se tome en cuenta en *primer término* la *personalidad* y sólo en *segundo* término el hecho. Así, el § 91, N. 1, sitúa en primer plano la cuestión de si el joven es "moralmente desamparado, moralmente corrompido o si corre peligro" y en caso afirmativo se procede a su colocación en un establecimiento educativo durante un año como mínimo; en el N. 3 se prevé el caso de que el joven sea

"especialmente corrompido o haya cometido un crimen o un delito grave que ponga de manifiesto un alto grado de peligrosidad", procediéndose, en caso afirmativo, a su colocación en un establecimiento educativo por un término de tres a diez años. El art. 92 se ocupa del caso en que la situación del joven "requiere un tratamiento especial, particularmente si éste es demente, imbécil, ciego, sordomudo, epiléptico, entregado a la bebida o si ha quedado extraordinariamente retrasado en su desarrollo mental o moral"; en este caso, la autoridad competente ordena "el tratamiento necesario". Sólo si *no* existen todos estos presupuestos (art. 91, N. 1 y 3 y art. 92), "la autoridad competente, si comprueba que el joven es culpable, lo amonesta o lo castiga con una enmienda o encierro de un día a un año". La 2ª edición de 1946 de HAFTER, *Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts — Allgemeiner Teil,* se refiere detenidamente, en las páginas 462-491, al *tratamiento de los delincuentes jóvenes.* Véanse, además, los *informes* al primer y al segundo Congresos suizos sobre tribunales de jóvenes, realizados en 1930, y al tercero de 1939 (Pro iuventute, Zurich).

4. Sobre el derecho *francés* —que ha tenido en un tiempo, con su "discernement", una influencia decisiva en la redacción de los §§ 55-57 del código penal alemán de 1871— DONNEDIEU DE VABRES ofrece extensos comentarios en su *Traité élémentaire de Droit criminel et de Législation pénale comparée* (2ª ed., 1943, p. 137-165); ellos se refieren a la evolución del derecho penal de los jóvenes desde el 'Code pénal' de 1810 (art. 66-69), la revisión de 1832, la ley de 22 de julio de 1912 hasta la ley de 27 de julio de 1942. La cuestión del "discernement" queda sustituída por "une question d'utilité pure, en faisant prévaloir les méthodes éducatives" (104). El art. 17 de la ley mencionada en último término dice: "Tous les mineurs de 18 ans reconnus acteurs ou complices d'un crime ou d'un délit ne sont en principe l'object que d'une mesure de protection et de redressement". En la realización de este principio, se hace una distinción entre jóvenes de 13-16 años y de 16-18, como así también entre "délits" y "crimes" (159). En lo que atañe a la evolución posterior, remitimos al artículo de GALLAS, *Neues französisches Jugendstrafrecht* ("Deutsche Rechts-Zeitschrift" 1947, p. 280 y sigts.) y a la codificación del derecho penal francés de los jóvenes contenida en la *"Ordonnance* relative à l'enfance déliquante" de 2 de febrero de 1945 (reproducida en "Petits Codes Dalloz — Code pénal"; 43ª ed., 1946, p. 77 y sigts.). El artículo de referencia ofrece una exposición histórica detallada sobre el particular y trata también detenidamente la nueva situación

jurídica; según informa la nota 1 de la página 280, la ley del 27.7.1942 fué anulada antes de entrar en vigor. El castigo de los jóvenes entre 13 y 18 años constituye la excepción; como regla general, se aplican las demás medidas (educativas). Otros datos se encuentran en el § 7, III, 3 (Francia) de este libro y en el § 7, II, 2 al final (ley de 25 de mayo de 1951).

APENDICE

GUIA PARA EL TRATAMIENTO JURIDICO-PENAL DE CASOS PRACTICOS

KERN, *Anleitung zur Bearbeitung von Strafrechtsfällen* (Guía para el tratamiento de casos de derecho penal), Munich, 2ª ed., 1951. Id., *Strafrechtsfälle mit Lösungen* (Casos de derecho penal con soluciones), vol. I y II, Munich, 1952, 1951. Eberhard SCHMIDT, *Strafrechtspraktikum*, Gotinga, 1946. Entre la literatura perteneciente a épocas menos recientes, véanse sobre todo: v. LISZT-ROSENFELD, *Strafrechtsfälle*, 14ª ed., 1929; FRANK, *Strafrechtliche Fälle*, 9ª ed., 1933; GOLDSCHMIDT, *Rechtsfälle aus dem Strafrecht*, 3ª ed., 1930.

Eberhard SCHMIDT advierte con razón en su *Strafrechtspraktikum* (1946, p. 3 y 5), que la concepción científica del delito es decisiva en lo tocante al método para el tratamiento de los casos prácticos y a la disposición y realización de ese trabajo; quien parta de un concepto distinto del delito y sigue otra sistemática en derecho penal, logrará distintas reglas metódicas para el tratamiento jurídico-penal de los casos prácticos. De ahí que resulten convenientes algunas palabras acerca de la forma de efectuar ese *tratamiento sobre la base del presente sistema* y de las reglas a las que hay que atenerse. Distinguimos metódicamente los casos en los cuales se considera *un solo* agente y los casos en que los agentes son *varios*. Del mismo modo, es oportuno distinguir los casos de consumación y los de tentativa.

A. CASOS DE HECHO CONSUMADO POR UN SOLO AGENTE

De nuestras explicaciones sistemáticas se deduce la necesidad lógica de observar, cuando se estudia un caso, un orden rígido de los distintos criterios. Así, por ejemplo, se podrá hablar de culpabilidad sólo si consta que el autor ha obrado injustamente, esto es, antijurídicamente. En cambio, será posible hablar de una acción típicamente antijurídica aun en el caso en que luego resulte que el autor no era imputable; la ley

prevé también, en los §§ 48, 42 *b* y 330 *a*, "acciones conminadas con pena" que no son "acciones punibles". En consecuencia, cuando *cualquier acción* deba ser considerada *en forma separada, en sí misma,* corresponde examinar, de manera particular, lo siguiente:

I. ¿Existe una *acción típicamente antijurídica*? Esta determinación presupone:

1. que el autor haya realizado el *tipo antijurídico de una ley penal.* Por consiguiente, la expresión "tipo" se debe emplear en el sentido *más estricto,* al que ya nos hemos referido, del tipo del injusto *legal* (§ 59, párr. 1), esto es, en el sentido del injusto penalmente tipificado; y se debe hablar de las "circunstancias de hecho" correspondientes al *caso* concreto. Puesto que se considera en primer término el suceso externo y después la disposición anímica del autor, se hace la siguiente distinción:

a) la existencia del *tipo externo antijurídico* (*el aspecto externo* del injusto); pero aquí tampoco se puede prescindir por completo de la situación anímica del agente, por cuanto el derecho penal sólo se ocupa, desde el principio, de una conducta "dirigida por la voluntad". Por consiguiente:

α) el autor ¿ha *actuado*? En el concepto de acción se selecciona lo que puede tomarse en cuenta desde el punto de vista jurídico-penal y se separa lo que no tiene interés jurídico-penal. No hay que ceder a la tentación de considerar aquí cuestiones que sólo deben ser examinadas en la teoría de la culpabilidad.

Tiene especial importancia al respecto aclarar si se trata de un *hecho de comisión* o de un *hecho de omisión.* El § 26 de esta obra informa en detalle sobre esta distinción, la cual presenta, a menudo, dificultades. Ella es importante, por cuanto, mientras en el hecho de comisión es suficiente determinar que el autor ha "hecho" algo para realizar el tipo, en el hecho de omisión debe determinarse si el autor no ha satisfecho un deber jurídico de actuar, vale decir, si ha "omitido algo" (que no debía omitir). En los delitos impropios de omisión (omisión que causa el resultado) se debe examinar cuidadosamente la "causalidad de la omisión" respecto del resultado. *No* podemos estar de acuerdo con las explicaciones que da Eb. SCHMIDT a este respecto (p. 23 y sigts.).

β) ¿existe un *sujeto* adecuado *de acción*? ¿Y existen en la comisión o en la omisión el *objeto de acción* requerido por el tipo legal, el *resultado* requerido y la causalidad de la acción, el concurso de las *circunstancias* especiales del tipo legal, etc? Acerca de todo esto informa exactamente la teoría del tipo.

b) la existencia del *tipo interno antijurídico* (el posible *aspecto interno* del injusto), esto es, los *elementos subjetivos del injusto* (*elementos subjetivos del tipo*, como son las intenciones del autor (§§ 242 y 263), el carácter impúdico de la acción (§ 176), etc. Depende de la clasificación sistemática de estas características si se deben considerar las circunstancias especiales, por ejemplo, del asesinato previsto en el § 211, aquí, o bien si se las debe apreciar en el capítulo sobre la culpabilidad; en principio, sería más exacto considerarlas aquí, pero no podría reputarse un error que esas circunstancias se estudiaran después.

La determinación sobre la existencia de una acción típicamente antijurídica presupone asimismo:

2. que no existan *causas de exclusión del injusto*. Efectivamente, la acción típica es antijurídica sólo si el autor no ha actuado con el consentimiento eficaz del lesionado, o en estado de legítima defensa, o en el ejercicio de un deber especial de actuar, o amparado por el principio de la valuación de los bienes jurídicos, etc. Sería un *error* considerar aquí las causas de exclusión de la culpabilidad, a las cuales pertenecen, de acuerdo con una opinión correcta, los §§ 52, 54 y 53, párr. 3. En consecuencia, el método depende aquí de la forma en que se solucionen las correspondientes cuestiones controvertidas.

II. ¿Existe una *acción culpable?* Tal determinación presupone, de acuerdo con lo que ya se ha dicho, los tres requisitos siguientes:

1. la *imputabilidad* del autor. Se tomará en cuenta el § 51 *sólo* si las circunstancias de hecho lo justifican; sería superfluo, y también poco inteligente, realizar sin fundamento esas consideraciones. Se exige un cuidado especial cuando los autores son *jóvenes*. En este caso, hay que recurrir a la *JGG* de 1953.

2. una *forma* determinada *de culpabilidad* (*grado de culpabilidad*), a saber: una acción que corresponda a la *forma básica de la culpabilidad* ("dolosa") o, si es punible, una acción *culposa*. Remitimos a la teoría del dolo. Obsérvese, muy especialmente, que la comprobación de una acción dolosa no permite admitir la simple culpa, pero si se niega la existencia de la acción dolosa, no se debe dejar de considerar la existencia de la culpa.

3. la ausencia de una *causa de exclusión de la culpabilidad*. Esta investigación es paralela a la consideración de las causas de exclusión del injusto y presupone, del mismo modo, un conocimiento exacto del derecho correspondiente.

III. Después de haberse estudiado los distintos hechos punibles, se deben considerar las *cuestiones referentes al*

concurso; el resultado de tal consideración nos dirá qué leyes penales se deben aplicar y en qué forma. Esto se relaciona con las consideraciones sobre la *pena,* esto es, por ejemplo, sobre el marco penal disponible, las penas accesorias, la admisibilidad de circunstancias atenuantes y la eficacia de las mismas, las demás consecuencias a que puede dar lugar el hecho punible (§§ 42 *a* y sigts.), la extinción de la pena, etc.

En los casos prácticos, no corresponde realizar una *graduación* determinada *de la pena.* Revela poca sensatez quien al emprender esta tarea, "condena" al autor sobre la base de circunstancias de hecho totalmente insuficientes, a "3 años de reclusión" o a una pena determinada. Es suficiente que él indique al juez el marco penal aplicable. Por regla general, no habrá posibilidad alguna para decidir *si* existen "circunstancias atenuantes"; bastará señalar que éstas son *posibles.*

B. CASOS DE HECHO TENTADO POR UN SOLO AGENTE

Lo dicho hasta ahora rige *también* para la *tentativa,* aunque con algunas peculiaridades.

También en la tentativa punible "ocurre" algo en el mundo externo. En efecto, los simples pensamientos no son punibles. Mencionaremos en primer término, muy brevemente, *cuál* es el *suceso externo* (conducta) que da motivo para que se plantee el problema de una tentativa punible.

Pero no caben dudas, por otra parte, que en la tentativa el núcleo está situado en la conducta *interna* del autor. Con arreglo al § 43, el fundamento de toda tentativa es, como ya hemos visto, la *"resolución"* del autor *"de cometer un crimen o delito".* El punto de arranque de toda tentativa es, por lo tanto, lo "subjetivo", tanto si se sigue la teoría de la tentativa llamada subjetiva como si se sigue la teoría llamada objetiva. No existe una tentativa punible culposa.

La *"resolución"* del § 43 corresponde ampliamente, *en cuanto al contenido* y en lo que respecta al conocimiento y a la voluntad del hecho, a los presupuestos de la forma básica de la culpabilidad (el "dolo"). Pero esa resolución es, en primer lugar, elemento subjetivo del injusto. Encierra en sí, *al mismo tiempo,* elementos importantes de la culpabilidad (*Lehrb.,* 172, nota 7). No obstante, *no* coincide *totalmente* con el dolo: la conciencia de la antijuridicidad del hecho nada tiene que ver con la resolución del § 43 como elemento subjetivo del injusto. Por lo tanto se deberán considerar los siguientes puntos:

I. ¿Tenía el autor la "resolución *de cometer un crimen o delito*"? Con otras palabras, ¿su "resolución" se basa en un *cuadro* subjetivo *de representación* que corresponde, en todas sus características, a lo que sería un crimen o delito? Respecto de la tentativa (§ 43), no se toman en cuenta las contravenciones (§ 1), y tampoco un simple delito imaginario (delito putativo).

No debe extrañar y no modifica nada en lo que atañe a la realización lógica del criterio fundamental, el hecho de que, en esta "resolución", jueguen a veces un papel cuestiones que deberían, en otros casos, ser consideradas después, aun cuando se adelanten ciertos datos. Así, se debe considerar aquí, por ejemplo, la *legítima defensa putativa* que excluye la resolución. En efecto, si se cree que el autor ha actuado en estado de legítima defensa presunta, que él, por ejemplo, se ha sentido atacado y que, en consecuencia, ha disparado sobre el rival (sin alcanzarlo), se llega a la conclusión de que no ha resuelto cometer un crimen; es superfluo, por lo tanto, un examen ulterior desde el punto de vista de una tentativa punible. También pertenece a la resolución en el sentido del § 43 la existencia de los especiales elementos subjetivos del tipo y del injusto (A, I, 1 b), esto es, de las intenciones (§§ 242 y 263), etc.

II. ¿Ha "*manifestado*" esta resolución "*mediante acciones que contienen un principio de ejecución de este crimen o delito*"? Todo lo que se ha dicho acerca del problema del principio de la acción punible de tentativa y de la idoneidad de la acción de tentativa, y también, con ello, las discusiones sobre las teorías de la tentativa llamadas subjetiva y objetiva, tienen aquí significación. Por lo tanto, se debe examinar lo siguiente:

1. ¿existe en la acción del autor un "*principio de ejecución*" de su resolución, vale decir, no una mera acción preparatoria, sino una acción "de tentativa", y, precisamente, una acción "idónea" de tentativa (sobre la base de una teoría subjetiva de la tentativa, una acción subjetivamente idónea; y sobre la base de una teoría objetiva, una acción objetivamente idónea en el sentido que ya hemos mencionado)? Ahí está involucrada también la contestación a la pregunta referente a las circunstancias de la acción (A, I, 1 a y b).

2. ¿no existe alguna *causa de exclusión del injusto* (A, I, 2)?

3. ¿se dan los presupuestos de la *culpabilidad?* A saber:

a) la *imputabilidad* del autor (A, II, 1);

b) el *dolo*, en tanto que es necesario para la forma básica de la culpabilidad (dado que en la tentativa no se toma

en cuenta la culpa), pudiéndose hacer amplia referencia a la ya mencionada "resolución" del autor (*en la cual* se encuentra, *a la vez*, el dolo, juntamente con su carácter de elemento subjetivo del injusto: *Lehrb.*, lug. cit.); aquí se pueden suscitar algunas cuestiones como la relativa a la conciencia de la antijuridicidad, siempre que exista un motivo para ello (A, II, 2);

c) la ausencia de *causas de exclusión de la culpabilidad* (A, II, 3).

III. También aquí se plantean, por último, las cuestiones del *concurso* y de la *pena* (A, III); para el uno y la otra rige lo que se ha dicho con anterioridad.

C. CASOS DE HECHO CONSUMADO O TENTADO POR VARIOS AGENTES

Rige la *norma rigurosa* de que la *autoría* siempre debe examinarse *con anterioridad a la instigación* (§ 48) *y a la complicidad* (§ 49). Ya no rige, como antes, la accesoriedad extrema de la participación (§ 50, párr. 1, de la nueva redacción); pero la "dependencia" de las formas de participación de la autoría rige, como antes, en el sentido de la accesoriedad limitada. Pero se incurriría en un error lógico si se considerase tal dependencia sin haberse determinado previamente aquello de *lo que* depende, esto es, la autoría del otro. Tampoco se puede hablar de *coautoría* (§ 47), sin haber determinado con anterioridad la autoría de los *distintos* coautores. En cambio, el orden de tratamiento de los distintos coautores es una cuestión de apreciación, y por regla general se tratará en primer término a los partícipes principales (Eb. SCHMIDT, 22).

Existe cierta libertad en el tratamiento de la *autoría mediata*, por ejemplo, en la utilización de un inimputable o de un "instrumento" inocente. Lógicamente, la actividad del "instrumento" pertenece aquí a la "acción externa" del autor (es, en efecto, un "instrumento" en sus manos); pero, si de esta manera se aclara el tratamiento de la cuestión en el caso particular, resulta admisible anteponer la conducta del instrumento como una acción "conminada con pena", aunque no sea punible. Eberhard SCHMIDT (p. 20) prefiere normalmente este método. Que el llamado instrumento cómplice doloso deba ser, en cambio, pospuesto, se deduce de la regla fundamental de la teoría de la participación.

Pueden surgir ciertas dificultades si la forma de la par-

ticipación de varias personas en hechos diversos se produce *de manera distinta*, por ejemplo, si A comete un hecho (p. ej., una estafa) en el que lo ayuda B con un hecho *propio* (p. ej., un falso juramento), para el cual A lo ha instigado también. Aun aquí se sigue, para la investigación, la regla general. Sería un *error* considerar en primer término la *total* actividad de A y después la actividad de B. El *examen* se debe realizar en el siguiente orden: primero, la autoría de A en la estafa; después, la autoría de B en el falso juramento, conectada eventualmente con la complicidad de A en la estafa; y por último la instigación de A respecto del falso juramento de B (aquí, por lo tanto, se debe dividir la actividad de A). Si, en cambio, B es *sólo* cómplice de A y éste lo ha instigado a esta complicidad en su propio hecho, dependerá de las circunstancias que se considere en primer término la autoría y la instigación de A, o que ésta (la instigación a la complicidad) siga a la complicidad de B. También aquí se podrá hablar de la instigación, una vez que se sepa *para qué* se ha sido instigado.

Lo mismo, acerca del orden lógico a seguir en el *examen* del caso. A veces, en procura de una construcción clara, la *exposición* del resultado podrá o, incluso, deberá modificarse. De esta manera, al desmembrar por *personas* una participación de varios agentes en el ejemplo citado, se dirá que A ha cometido una estafa; que B ha prestado un falso juramento, lo cual sólo se demostrará posteriormente, aunque se lo mencione entretanto; que A lo ha instigado a este falso juramento; que B se ha hecho responsable como autor de un falso juramento y de tal manera ha ayudado, a la vez, a A en la estafa que éste ha cometido; y que A lo haya instigado a este falso juramento, ya se ha dicho a propósito del tratamiento de A.

Si, siendo varios los partícipes, se trata de una simple *tentativa* con arreglo al § 43, regirán lógicamente los criterios mencionados más arriba (*B*), a los cuales remitimos.

D. ALGUNAS LINEAS DIRECTRICES PARA EL TRATAMIENTO DE CASOS PRACTICOS

Nos referimos aquí sólo a algunos criterios de especial importancia. La complementación de ellos queda reservada a la práctica misma del derecho penal.

1. Léase siempre *en primer término*, con gran atención, el "caso" en su totalidad, incluso el *planteo* concreto *de la cuestión*. ¡Nada se puede modificar arbitrariamente!

2. Acostúmbrese, en este trabajo y en todos los demás, a tener a mano una hoja de papel y a anotar en la misma, apuntando los *parágrafos de la ley* o *frases* especiales, los criterios que se deben adoptar. La memoria es traicionera. Lo importante se olvida con facilidad cuando se profundizan, en el examen ulterior, los detalles y, de tal manera, se prescinde del conjunto.

3. Téngase presente que *todo tratamiento jurídico-penal de casos prácticos* se basa en el § 2, el cual proclama el principio *'nulla poena sine lege' — no hay pena sin ley.* Esto significa que cualquier *planteo de problemas* (¡constituye la primera y más importante tarea en todo tratamiento jurídico de casos prácticos!) en el campo del derecho penal, se dirige en primer término a *determinadas leyes penales.* En consecuencia, como primer resultado de tal reflexión, se encontrará un número de parágrafos de la Parte especial, etc., que hay que examinar en detalle. Téngase siempre presente al respecto que ese planteo de problemas *no significa* que se debe aplicar cualquier ley penal que momentáneamente resulte objeto de estudio. Esto sólo debe ser "examinado"; el procedimiento penal no sólo afirma, sino que también niega a las leyes penales que se toman "en cuenta".

4. Una vez que se haya reflexionado en esta forma sobre el caso y sobre el respectivo planteo de los problemas en sus distintos aspectos, los criterios logrados *se ordenarán* a fin de poderlos examinar metódicamente: en primer término, los hechos punibles que se consideran en el caso concreto (p. ej., los § § 211-212, 217, 222 y 218, etc.) y después los puntos de vista generales que se quieren examinar detenidamente, dispuestos por parágrafos (p. ej., los § § 43, 47-49, 50, párr. 2, 59, 52, 53, 54, 51 y 73-74, etc.), o por frases (p. ej., valuación de bienes jurídicos, *JGG*, compra de propiedad con arreglo al código civil, etc.).

5. Hasta ahora al que procede al tratamiento de casos prácticos habían guiado sus conocimientos jurídicos en el campo del derecho penal. Pero éstos necesitan un complemento en el ámbito del caso particular. En otros términos; ahora corresponde *estudiar* las distintas cuestiones jurídicas que juegan un papel en el caso. Comiéncese con lo sencillo y pásese, poco a poco, al detalle: en primer término, las *"fuentes"*, esto es, las *partes de la ley* que hacen al caso, que nunca se leerán y meditarán con suficiente cuidado y conciencia. En tal oportunidad, resultará útil recordar el nombre de algunos estudiosos del pasado. Luego se consultarán, en los puntos correspondientes, los *compendios*, los *tratados* y los *comentarios*, y siempre, si es posible, en sus *últimas* ediciones. Si se debe

recurrir a obras menos recientes, cuídese que la legislación no se haya modificado en el ínterin. Son muy útiles, además, las *monografías*: éstas ofrecen a menudo la posibilidad de profundizar verdaderamente el caso. Pero ténganse siempre presentes los problemas concretos a cuyo estudio se está dedicado; de lo contrario, se puede correr el peligro de perderse en lo desmesurado o en cuestiones totalmente ajenas al caso particular. Por último, es muy importante estudiar las *resoluciones judiciales* —en tanto que tengan relación con las cuestiones del caso— y, ante todo, las "resoluciones en materia penal" del Tribunal del Reich (*"RGStr."* vols. 1-77) y del actual Tribunal Federal (*"BGHStr."*).

6. Pese a habernos empeñado en no hacerlo, lo cierto es que, en mayor o menor medida, nos hemos alejado del caso concreto y de la tarea pertinente. Pero esto no es perjudicial si es que hemos expuesto correctamente los puntos contenidos en los números 2, 3 y 4 y si se los tiene en cuenta como líneas directrices. Con todo, *vuélvase siempre al caso* (n. 1) y léaselo siempre nuevamente. En efecto, sólo después de haber *estudiado* las cuestiones jurídicas correspondientes (n. 5), será posible captar más profundamente el caso en su totalidad y el verdadero sentido que éste tiene. Se observa a menudo con sorpresa que un estudio prolijo de las cuestiones jurídicas, realizado con la ayuda de la jurisprudencia y de la literatura, suele arrojar una nueva luz sobre el caso.

7. Un problema difícil, sobre todo para el principiante, es éste: *¿Cuál deberá ser mi posición frente a las opiniones ajenas*, que he conocido a través de la jurisprudencia y de la literatura? (n. 5). Hay que decir, al respecto, lo siguiente: ante todo, se deberá reflexionar sobre estas opiniones, tratando de comprenderlas íntimamente. Pero el fin tiene que ser siempre el de formarse una *opinión propia* acerca de las distintas cuestiones. De acuerdo con este criterio, pónganse orden en los resultados obtenidos a fin de lograr un panorama del 'status controversiae' y de las razones en pro y en contra, y, por último, afírmese, frente a ellas, el propio punto de vista. *Nunca se debe renunciar a la propia argumentación en favor de opiniones ajenas o de resoluciones judiciales, incluso si éstas corresponden al "criterio dominante"*. Del mismo modo, es prudente guardarse de negar, con precipitación e indiscreción, los pareceres ajenos, como asimismo de depender de éstos en forma sumisa y desprovista de espíritu crítico.

8. Otro *problema* difícil es el que se refiere a las llamadas *decisiones eventuales*. Esto quiere decir: en el tratamiento de los casos prácticos, ¿hasta qué punto se pueden discutir cuestiones que no se relacionan directamente con la decisión

del caso particular, y que, sin embargo, de acuerdo con otro punto de vista, esto es, "eventualmente", adquieren significación?

No existen, a este propósito, reglas abstractas terminantes. La decisión es siempre una cuestión propia del caso particular. Se corre peligros tanto si se incurre *demasiado* en la consideración de cuestiones eventuales, como si se lo hace *demasiado poco*: en el primer caso, se realiza una tarea superflua "apartándose del tema", y en el segundo caso se simplifica excesivamente el trabajo y no se agotan todos los problemas. No se deben hacer "admisiones" arbitrarias, esto es, no justificadas en absoluto en el caso concreto, las cuales no le pertenecen y sólo sirven para hacer alarde de conocimientos; y menos aún se deben rehuir, con admisiones arbitrarias, las cuestiones difíciles que el caso presenta. Nunca se debe adherir a una opinión jurídica *por el simple hecho* de que se pueden eludir así cuestiones dudosas.

Los criterios con arreglo a los cuales resultan necesarias las decisiones eventuales, se pueden resumir en *dos reglas*, que en alguna medida los someten a líneas directrices determinadas. Una *decisión eventual* es *necesaria*, si hay algo "que puede ser puesto seriamente en duda" (LEONHARD), a saber:

a) Si el caso deja pendiente (a menudo ¡con pleno conocimiento!) distintas posibilidades *efectivas*, deben ser valoradas jurídicamente (en primer término, la posibilidad en cuyo favor recae la decisión y, eventualmente, la situada en el ámbito de lo posible);

b) Si las *opiniones jurídicas* conocidas que el autor rechaza, autorizan de una manera esencial otras bases de apreciación, sus consecuencias se deben considerar "eventualmente", aunque sea en forma breve.

9. No nos incumbe hacer una *exposición* detallada del caso, la cual debe reunir al final todas estas consideraciones. Pero mencionaremos, por lo menos, algunos criterios de particular importancia.

a) En primer lugar, quien trata el caso deberá tener presente que su *examen minucioso* (incluso el borrador y el proyecto referido a puntos particulares o al conjunto) y la *exposición final* pasada en limpio, son dos cosas *distintas*: en ese examen preliminar se trabaja para uno mismo, en tanto que la exposición final se dirige al *lector*, a fin de comunicarle el resultado del trabajo realizado. De esto no hay que olvidarse nunca. De ahí que se puede comenzar con la exposición, siempre que se haya reflexionado sobre el caso y se haya *terminado* con él, o sea, cuando se sepa lo que se quiere decir al lector.

b) Se puede anteponer a la fundamentación detallada,

de modo breve y conciso, aunque sea *por separado desde el punto de vista formal*, el *"resultado"* al que se ha arribado, conteniendo lo esencial para la decisión del caso y la mención de los parágrafos de la ley que corresponde aplicar. Con esto se aclara lo que se ha hecho y, al mismo tiempo, se muestra de inmediato al lector la finalidad que se persigue. Conviene cuidarse del empleo de expresiones procesales (de derecho procesal penal) que aquí estaría fuera de lugar: en los trabajos prácticos, siempre que no conciernan al proceso penal, no se pronuncian "sentencias", ni se dictan "absoluciones", etc.

c) La exposición, que no debe consistir en absoluto en una información histórica sobre la forma cómo se ha trabajado, sino en la presentación del tratamiento del caso, tiene que basarse en una *subdivisión* rigurosa, tanto si ésta se antepone (¡con la mayor concisión posible!), como si se deduce en el transcurso de la propia exposición. En este punto, a fin de observar el orden *lógicamente* conveniente, hay que atenerse, lo más fielmente posible, a todas las reglas expuestas bajo las letras *A-C*. Debe tenerse presente que toda subdivisión debe descansar en un 'principium divisionis', en una razón que la justifique, esto es, en un criterio uniforme que ordene las distintas partes; éstas no pueden agruparse al acaso, sino que deben ajustarse a un orden lógico. Esa clara "disposición" revela si el autor domina jurídicamente sus ideas. Esa "disposición" debe poner de relieve lo esencial, o sea, *lo que interesa*.

d) El *orden* de la exposición depende en gran medida del caso particular y de su estructuración.

α) Debe observarse siempre la *sucesión* de los acontecimientos *en el tiempo*, puesto que un hecho tiene a menudo una significación distinta según el momento en que se ha producido. Se pueden tratar por separado, en sucesión histórica, complejos relacionados entre sí, siempre que éstos formen un acontecimiento. Pero cuídese, por otra parte, que su finalidad no sea una exposición histórica, sino una apreciación jurídica.

β) Si participa en el hecho sólo *una* persona, la subdivisión se hará en general, por *hechos punibles* y, en consecuencia, por los parágrafos legales correspondientes.

γ) Se puede proceder del mismo modo aunque los partícipes sean *varios*. Pero en este caso la subdivisión se hará, generalmente, por *personas*. Aunque no se proceda así desde el principio, se deberá hacer, al final, un resumen por personas, dado que el castigo alcanza a cada una de ellas.

e) En los números 5, 7 y 8, hemos expuesto lo indispensable a propósito de la utilización de la *literatura*, de la *juris-*

prudencia y de las *opiniones ajenas*, como así también acerca de la necesidad de una *fundamentación propia* y de las *decisiones eventuales*. Todo esto tiene aquí repercusión. Se puede informar de distintas maneras sobre las controversias existentes en la literatura y en la jurisprudencia; generalmente, es oportuno señalar, en primer término, que las opiniones relativas a la cuestión abordada no coinciden, resumirlas claramente y, por último, citar y fundamentar cuidadosamente la opinión propia; pero se puede también tomar como punto de partida las razones contrarias, refutarlas y estructurar sobre ellas el propio resultado fundamentado. Deben mencionarse, en conciso resumen y sin excepciones, las opiniones ajenas. Si, en cambio, se las quiere citar literalmente, el texto correspondiente deberá ponerse entre comillas ("—"); pero esto tiene que hacerse con mucha medida, debiéndose limitar esta forma a los casos en los cuales la transcripción textual es verdaderamente necesaria. La cita de páginas enteras es un error que cometen a menudo los principiantes y que disminuye el valor de un trabajo. Peor todavía es, por supuesto, el "plagio", o sea, la presentación como propia de una idea que, en realidad, y sin que ello sea evidente, pertenece a otro. Las citas deben hacerse, también en lo que a la forma exterior se refiere, cuidadosamente. Se deben detallar, en la "parte bibliográfica", las obras que han sido utilizadas —agregando los datos relativos a la edición y al año de publicación—, y las revistas — consignando el número del volumen y el número de la página; este último debe figurar en el mismo texto o, dado el caso, en notas al pie de la página. La mención de las fuentes debe ser objeto, en las resoluciones judiciales, de un cuidado particular. Las "resoluciones en materia penal" del Tribunal del Reich pueden citarse en forma abreviada con las letras *RGStr.* (volumen y página). Recúrrase siempre, si es posible, a la *última* edición; de no ser esto factible, se deberán indicar entre paréntesis el número y el año de publicación de la última edición. Resulta del todo insuficiente *sustituir* la propia fundamentación por expresiones como éstas: "el Tribunal del Reich dice" o "la opinión dominante dice"; la "opinión dominante" debe resultar de la exposición, pero *no sustituye nunca* a la fundamentación propia. En la *crítica* de opiniones de otros (¡y sobre todo en la refutación de resoluciones judiciales!) evítense siempre estos dos peligros: negar con desprecio —lo cual hace pensar, por lo común, que no se ha entendido correctamente lo que el otro dice—, y ceder con ligereza a la opinión de otros. La exposición debe ser digna y positiva. Aun el principiante debe tener *su* opinión; pero *toda* opinión trae consigo *sus* propias consecuencias. De

ahí que nadie debe asombrarse si el principiante no adhiere a otros puntos de vista, en virtud de razones consideradas con detenimiento. Ya hemos dicho, en el número 8, lo indispensable a propósito de la necesidad de *decisiones eventuales* y de *fundamentaciones eventuales*. Remitimos allí.

f) Procúrese siempre separar lo *esencial* de lo *accesorio*. Ha de regir, en general, esta norma: lo que es natural y no es objeto de controversias debe expresarse concisa y brevemente y dar una orientación sobre los puntos decisivos, respecto de los cuales debe examinarse, con todo detenimiento, el pro y el contra. Por ejemplo: "A le ha quitado a B una cosa mueble ajena, a saber, una libreta de caja de ahorros (§ 242). Es dudoso si lo ha hecho con la intención de apoderarse ilegítimamente de la cosa. Los criterios sobre el concepto de apoderamiento difieren. Se acostumbra contraponer la llamada teoría de la sustancia y la llamada teoría del valor. La teoría mencionada en primer término dice..., la otra dice... Por tales y cuales razones, me decido en favor de la teoría del valor. De ello se deducen, con respecto a este caso, las siguientes consecuencias..." Tiene un sentido *totalmente opuesto* decidir las controversias entre teorías generales "con respecto al presente caso"; debe decidirse *en general* y aplicarse la decisión al presente caso.

g) Por último, cuídese muy especialmente la *exposición lingüística*. Disminuyen el valor de cualquier trabajo los errores de ortografía, las palabras extranjeras mal empleadas, los errores de puntuación, el encadenamiento de períodos confusos y otras deficiencias similares. También tienen importancia la nitidez de la letra y, en general, la presentación. Remitimos a este respecto, muy especialmente, a la "Guía" de KERN (1947); esta obra contiene muchas cosas demostrativas sobre este punto. Muestra, con ejemplos eficaces, los errores lingüísticos que se cometen habitualmente. Hay que atenerse siempre a esta *norma: claridad, sencillez, precisión*, y, si se trata de cuestiones dudosas, *¡profundidad!*

NOMINA DE LOS PARAGRAFOS DE LA PARTE GENERAL DEL CODIGO PENAL

Los números arábigos en negrilla corresponden a §§ del código penal. Los demás números arábigos indican los §§ que integran este libro, y los números romanos las subdivisiones de estos últimos.

Código penal
1: 17; 21.
2: 9; 12.
2 b (anterior redacción): 10.
3-12: 11.
13-20, 21-22: 102, I; 104, IV, 1; 108.
20 a: 103, II, 1; 68, II, 2.
23-26: 105, II, 3 b; 107, III.
27-30: 102, I, 3; 104, IV, 3, 4.
32-39: 102, II, 1, 2.
40-42: 102, II, 3.
42 a-42 n: 109-112; 4, II.
43-45: 76-80.
46: 81; 104, I.
47-50: 82-92.
51: 54, 1; 55; 58-64.
52: 72, I, III.
53: 40; 74, I.
54: 73.
55: 57.
59: 34, I; 54, 2; 65-70; 68.
60: 107.
61-65: 5.
66-72: 104, II; 25, III, 1.
73-79: 93-100 a; 104, IV, 2.

Ley de introducción al código penal: 11, II.
Ley sobre tribunales de jóvenes (JGG) de 1953: 56; 113-115; 4, II.

INDICE DE MATERIAS

Los números indican los parágrafos de este libro.

Abreviaturas: ver 2.
Absorción, Principio de —: 93, II, 3.
Accesoriedad de la participación: 85; extrema: 85; limitada: 85.
Acción: 17 sigts.; teoría de la —finalista: 19.
Acción esperada en la omisión: 22, I; 26.
Acción impulsiva: 23, II, 1.
Acciones preparatorias: 78, I.
Actio libera in causa: 64.
Acumulación, Principio de —: 93, II, 1.
Adecuación, Teoría de la —: 24, V.
Adecuación al fin y justicia: 33, III; 106, II.
Adolescentes: 114, IX.
Agent provocateur: 89, I.
Agente provocador: 89, I.
Agravación de la pena; causas de —: 21, II; 68, II; 103, II, III.
ALMENDINGEN: 6 a, II.
Alternatividad: 99, 2 c.
Ámbito de validez de la ley penal: 11; 12.
Amenaza: 72, I, 1 b.
Analogía: 9.
Anormalidades mentales: 58.
Antijuridicidad: 30 sigts.
Antijuridicidad objetiva: 31.
Antijuridicidad subjetiva: 32.
Antinomia de los fines de la pena: 105, III; 106, IV.
Aplicación analógica: 9.
Arrepentimiento activo: 81, I; 104, I.
Arresto: 102, I, 2 d.
Arresto para los jóvenes: 114, V.
Aspecto externo del injusto: 16, II, 2; apéndice A, I, 1 a.

Aspecto interno del injusto: 16, II, 2; 32, apéndice A, I, 1 b.
Aspecto objetivo del hecho punible: 14.
Asperación, Principio de —: 93, II, 2.
Ataque: 40, 1 a.
Ataque provocado: 37 in fine; 40, 1 b.
Atenuación de la pena; causas de —: 21, II; 68, IV; 103, II, III.
Austria: 7, III, 1; 115, II, 1.
Autoencubrimiento: 75.
Autor: 20; 86; concepto (extensivo, restrictivo) de —: 86, II.
Autoría: 82, II, 1; accesoria: 88, 2; mediata: 87.
Autorización: 44.
Auxilio necesario: 40, 2 c.
Auxilio necesario del Estado: 40, 2 c; 44 in fine.
Ayuda a morir: 49, 3.

Bambergensis: 6, V, 1.
Bavarici, Codex Juris: 6, V, 3.
Baviera: 6, V, 3; 6, VI, 2; 6 a, II.
BECCARIA: 6 a, II.
Bien jurídico: 36.
BINDING: 6 a, III, 1.
BÖHMER: 6 a, I.
v. BURI: teoría de la causalidad, teoría de la tentativa, teoría de la participación de —: 29, III in fine; 24, IV; 79, 1; 84.

Características de la culpabilidad: 54.
Características del hecho punible: 16, II.
Características negativas del tipo: 37, I.
Carolina (Constitutio Criminalis Carolina): 6, V, 1; 6 a, I.
CARPZOV: 6 a, I.
Casa de salud para bebedores y establecimiento de deshabituación: 110, III.
Casa de salud y asistencia: 110, II.
Casa de trabajo: 110, IV.
Casos cualificados: 35, V, 2 a; 103, I; 103, III, 1.
Casos privilegiados: 35, V, 2 b; 103, I; 103, III, 2.
Causalidad (relación causal): 24.
Causalidad como punto de partida de la teoría de la participación: 83.
Causalidad de la omisión: 28, II.
Causante intelectual: 89, I.
Causas de agravación de la pena: 21, II; 68, II; 103, II, III.
Causas de atenuación de la pena: 21, II; 68, IV; 103, II, III.
Causas de exclusión de la culpabilidad: 37, I; 54, 3; 68, III; 71 sigts.
Causas de exclusión de la pena: 68, III; 103, IV; personales: 37, I; 103, IV.

Causas de exclusión del injusto: 37; 68, III.
Causas de extinción de la pena: 37, I; 104.
Causas de justificación: 37.
Causas de supresión de la pena: 37, I; 104.
Circunstancias atenuantes: 103, III, 2 b; personales: 91.
Circunstancias del hecho: 68, I, 1 a.
Coautoría: 88; sucesiva: 88, 1.
Code Pénal: 6, VI.
Código penal de 1871: 6, VII; 6 b, I.
Código penal § 2: 9, 3, III.
Códigos penales particulares: 6, VI, 2.
Cogitationis poenam nemo patitur: 23, I, 2.
Colecciones de sentencias: 6 b, X.
Colisión de deberes: 47; 74, II.
Combinación de dolo y culpa: 70 a.
Comentarios: 6 b, III, IV.
Comienzo de la tentativa: 78.
Comisión para la reforma del derecho penal: 6, VIII, 2.
Complejo de cultura: 33.
Complicidad: 82; 90; sin resultado: 90, II, 5.
Complot: 88, 1.
Concepto de la acción finalista: 19.
Concepto del derecho penal: 4; del hecho punible: 13; 14; 16; de la pena: 101.
Concepto del fin en el derecho penal: 106 a; 106.
Concepto normativo de la culpabilidad: 51.
Conciencia de la antijuridicidad: 69.
Concurso: 93 sigts.
Concurso de leyes: 99.
Concurso ideal: 93, I, 1; 98.
Concurso real: 100.
Condena condicional: 105, II, 3; 114, VII, 2.
Condena indeterminada: 105, II, 3 c.
Condicio sine qua non: 24, II.
Condiciones (objetivas) de la punibilidad: 34, I; 68, I, 2 b.
Confiscación: 102, II, 3.
Conocimiento de la significación: 68, I, 1 a; 69, II, 2.
Consentimiento: 38; —presunto: 39.
Consentimiento en el dolo condicionado, Teoría del —: 67, IV, 2 a.
Consideración a la personalidad: 105, I, 2.
Consunción: 99, 2.
Contravención: 21 antes de I.
Conversión de la pena: 104, IV.
Corrección: 105, II, 2.
Crimen (*"Verbrechen"*): 21 antes de I.
Crimen culpae; crimina culposa: 70, IV.

Criminología: 2; 6 a, IV, 3; 6 b, XI.
Cuadro cronológico: 6, I.
Cualidades personales del autor, etc.: 86, III, 3; 88, 3; en la tentativa: 79, 1 a; en la participación: 91.
Culpa: 70, I.
Culpa: 54, 2 b; 65; 70; tentativa: 77, II, 2.
Culpabilidad: 51 sigts.
Culpabilidad de conducta: 69, II; 107.
Culpabilidad ética: 53.
Cumplimiento de la pena: 108; en grados: 108.
Custodia de seguridad: 110, V; en el extranjero: 112.

Deber de actuar: 28, III.
Debilidad mental: 62.
Defensa (en la legítima defensa): 40, 2.
Delictum sui generis: 35, V, 2 b; 103, III.
Delincuente habitual: 103, II, 1; 68, II, 2.
Delincuentes peligrosos juveniles: 114, I.
Delito (*"Delikt"*): 13.
Delito (*"Vergehen"*): 21 antes de I.
Delito colectivo: 96, 1.
Delito continuado: 97.
Delito cualificado: 103, III.
Delito cualificado por el resultado: 68, II, 2; 77, II, 2 (tentativa).
Delito de comisión: 22, III, 1.
Delito de comisión por omisión: 22, III, 2; 28.
Delito de omisión: 22, III, 2 a; 27.
Delito de propia mano: 20, I; 35, III, 1 b.
Delito especial: 20, I, 2; 35, III, 1 b; 86, II, III, 3; 88, 3; 91, 1.
Delito fundamental: 103, III.
Delito imaginario: 77, II, 1.
Delito instantáneo: 97.
Delito permanente: 35, VI, 2 b; 97.
Delito putativo: 77, II, 1.
Delitos de actividad: 22, III, 1 a; 35, IV, 1 a.
Delitos de convergencia: 92, II.
Delitos de emprender: 77, III, 3.
Delitos de encuentro: 92, 1.
Delitos de expresión: 32, III, 3.
Delitos de intención: 32, III, 1.
Delitos de la corporación: 20, II.
Delitos de lesión: 35, IV, 2 b.
Delitos de peligro: 29, III; 35, IV, 2 a.
Delitos de resultado: 22, II; 25, III, 1; 35, IV.
Delitos por tendencia: 32, III, 2.

Derecho administrativo; derecho penal administrativo: 5, 1; 4, III.
Derecho criminal: 4, I.
Derecho de corrección: 46.
Derecho de los Estados: 11, II.
Derecho penal, Concepto del —: 4; extranjero: 7; común alemán: 6, V, 2; dogmático: 6 a, IV; internacional: 11, III; intertemporal: 12.
Derecho penal comparado: 7, I.
Derecho penal criminal: 4, III.
Derecho penal de bagatela: 4, III.
Derecho penal de los jóvenes: 56; 113; 114; extranjero: 115; inglés: 115, II, 2; norteamericano: 115, II, 2.
Derecho penal de orden: 4, III.
Derecho penal de policía: 4, III.
Derecho procesal penal: 5, 2.
Derecho romano, canónico, italiano: 6, IV; 6 a, I.
Derecho supralegal: 33, II.
Derechos populares: 6, III, 1.
Desistimiento de la tentativa: 81, I; 104, 1.
Desposeimiento de los derechos cívicos honoríficos: 102, II, 1.
Determinación alternativa: 10.
Determinismo: 53.
Diferenciación, Teoría de la —: 72, III.
Dolo: 66 sigts.; formas del —: 67; teorías del —: 86, III, 1 b.
Dolo condicionado: 67, IV.
Dolo de lesión: 67, V, 8.
Dolo de peligro: 67, V, 8.
Dolus alternativus: 67, V, 7.
Dolus directus: 67, II, III.
Dolus eventualis: 67, IV.
Dolus generalis: 67, V, 5.
Dolus indeterminatus: 67, V, 3.
Dolus indirectus: 67, V, 2.
Dolus praeterintentionalis: 67, V, 4.
Dolus subsequens: 67, V, 6.
Dualismo: 109; 111.
Dualismo empírico: 55 (obs. prel.).
Duda, Ambito de la — (*dol. event.*): 67, IV, 1.
Duración indeterminada: 114, III, 2.

Edad: 56.
Edad media: 6, III, 3.
Ejecución de la pena: 108.
Ejercicio de la profesión, Prohibición del —: 110, VI.
Elementos del tipo: 35.
Elementos subjetivos del injusto: 32.

Embriaguez: 59.
Enfermedad, Concepto de —: 60, III.
Enfermedades mentales: 60; 61; 63; endógenas: 61, I, 2.
Enmienda: 6, III, 1; 102, III, 2.
Epoca de las luces: 6, VI.
Epoca franca: 6, III, 2.
Epoca germánica: 6, III.
Equivalencia, Teoría de la —: 24, IV.
Error: 66; extrapenal, jurídico-penal: 69, II, 2.
Error de derecho: 68, I, 1 a; 69.
Error de hecho: 66; 68.
Error facti, error iuris: v. error de hecho y error de derecho; *in objecto* (*in persona*): 68, I, 1 c aa.
Escuela de antropología criminal, escuela de sociología criminal: 6 a, III, 2.
Escuelas de derecho penal (clásicas, modernas): 6 a, III, 1, 2.
Especialidad: 99, 1.
Espejo de Sajonia: 6, III, 3.
Espontaneidad: 53.
Espontaneidad (en el desistimiento de la tentativa): 81, III.
Establecimiento de deshabituación: 110, III.
Estado de coacción: 72, I.
Estado de necesidad: 73; del Estado: 44 in fine; del derecho civil: 41; inculpable: 73, 1 c.
Estados crepusculares: 59.
Estados nórdicos: 7, III, 5.
Estados patólogicos de ebriedad: 59.
Estados Unidos de América: 7, III, 6.
Eutanasia: 49, 3.
Exceso en la coautoría, en la instigación, en la complicidad: 88, 2; 89, II, 1; 90, II, 1.
Exceso en la legítima defensa: 74, I.
Exclusión, Principio de —: 93, II, 4.
Exclusión de la culpabilidad: 37, I; 54, 3; 68, III; 71 sigts.
Exclusión de la pena: 68, III; 103, IV; en virtud de relaciones personales: 37, I; 103, IV.
Exclusividad absoluta: 98.
Exposición Comparada del Derecho Penal Alemán y Extranjero: 7, II, 1.
Exposición de Crímenes Notables: 6 a, II.
Extinción de la pena: 104.

Falta de tipo: 79, 2 a.
FEUERBACH: 6 a, II.
Filosofía alemana del sudoeste: 6 a, III, 3.
Fin de la pena: 105.

Fin del derecho: 33, III.
Forma básica de la culpabilidad: 54; 68; 69; 70; 70 a.
Forma de consideración concreta: 21, III; 98 c.
Formas de la culpabilidad: 65.
Formas de participación en el hecho punible: 82.
Francia: 7, III, 3; 115, II, 4.
FRANK: 6 b, IV.
Fuerza: 23, II, 2; 72, I, 1 a.
Fundamentos descriptivos de la imputabilidad: 58.

Garante: 28, IV, 2.
Glosadores: 6, IV, 3.
Gracia: 104, III.
Gracia condicional: 105, II, 3.
Grado de la culpabilidad: 54, IV; 107, II.
Graduación de antijuridicidad y culpabilidad: 107, II.
Graduación judicial de la pena: 107.
v. GROLMANN: 6 a, II.

Habitualidad: 96, 1.
Hacer activo: 23.
Hecho ajeno: 86, III, 1 c.
Hecho de comisión: 22; 23 sigts.; lugar y tiempo del —: 25.
Hecho de omisión: 22; 26; lugar y tiempo del —: 28, V.
Hecho propio: 86, III, 1 c.
Hecho punible ("*Straftat*"): 13 sigts.
Hechos anteriores impunes: 99, 2 d.
Hechos posteriores: 83, II; 96, 2 in fine; impunes: 99, 2 d.
Hemofilia, Caso de —: 24, IV.
Hipnosis: 59.
Historia del derecho penal: 6; 6 a; 6 b; de la determinación legal de la pena: 9; de la clasificación de los hechos punibles: 21; de la teoría de los elementos subjetivos del injusto: 32; de la teoría del tipo: 34; del concepto de la culpabilidad: 52; de la teoría del dolo: 67, V; de la tentativa: 76; de la teoría de la participación: 82; de la teoría del concurso: 94; de las teorías del derecho penal: 106 a; del cumplimiento de la pena: 108.
Holanda: 7, III, 5.
Hostilidad al derecho: 68, III.
Humanidad y derecho penal: 1; 6, II; 105, I, 2; 106, IV.

Idea del derecho: 33.
Idoneidad de la tentativa: 79.
Iglesia: 6, IV, 2.
Imbecilidad: 61, II; 63, 2.

Impresión, Teoría de la —: 79, 2 c.
Imputabilidad: 51; 54, 1; 55 sigts.
Imputabilidad disminuída: 64 in fine; 103, II, 2 c.
Indeterminate sentence: 105, II, 3 c.
Indeterminismo: 53.
Individualización en el cumplimiento de la pena: 108.
Inglaterra: 7, III, 6; 115, II, 2.
Inimputabilidad: 55 sigts.
Injusto: 30, I; tipificado: 34, II.
Instigación: 82; 89; sin resultado: 89, II, 5.
Instrumento (en la autoría mediata): 87; desprovisto de intención, doloso: 87, 2.
Intención: 32, III, 1; 67, II; 91, 2; 96 in fine; 99, 2 d.
Internationale kriminalistische Vereinigung: ver Unión Internacional de Derecho Criminal.
Interpretación: 8.
Intimidación: 105, I, 1.
Inutilización: 102, II, 3.
Investigación de la personalidad en el derecho penal: 55.
Italia: 7, III, 4.

Jóvenes: 56; 113 sigts.
Jus criminale, jus poenale: 4, I.
Justicia: 33, III; 106.
Justificación de la pena: 106.

KLEIN: 6 a, II.
KLEINSCHROD: 6 a, II.

Legítima defensa: 40.
Legítima defensa, Exceso en la —: 74, I.
Legítima defensa contra legítima defensa: 40, 3 a.
Legítima defensa putativa: 40, 3 c.
Leipziger Kommentar: 6 b, IV.
Lex artis (tratamiento curativo): 49; *lex specialis*: 99, 1.
Ley: 33, I.
Ley del Reich sobre tribunales de jóvenes (*RJGG*): 6, VII, 2.
Ley sobre delincuentes habituales: 6, VII, 2.
Ley sobre tribunales de jóvenes (*JGG*): 6, VII, 2; 114.
Leyes accesorias: 6, VII, 1.
Leyes de protección: 92, 3.
Leyes mixtas alternativas y acumulativas: 35, VII, 2.
Leyes penales en blanco: 35, VIII, 2.
Leyes regionales del siglo XIX: 6, VI, 2.

Leyes temporales: 12, II.
Libertad de la voluntad: 53.
Libertad provisional: 105, II, 3 b.
v. LISZT: 6 a, III, 2.
Literatura del derecho penal: 6 b.
LOMBROSO: 6 a, III, 2.
Lucha contra el delito por medio de la pena: 1; 105; 109, I, III; por medio de las medidas de seguridad y corrección: 109, II.
Lugar del hecho: 25, II.

Magna Charta: 9, II.
Mal, La pena como —: 101, 3.
Mandato: 45; 72, II.
Marco penal (normal): 103, I.
Máximo de satisfacción de los intereses: 33, II.
Medidas correccionales: 114, V.
Medidas de seguridad y corrección: 4, II; 12, III; 109 sigts.
Medidas educativas: 114, VI.
Medios del delito: 35, III, 2 b; en la tentativa (inidónea): 79, 2 a; supersticiosos: 79, 1 b.
Menores: v. Jóvenes.
Métodos biológico-psicológicos: 58.
MITTERMAIER: 6 a, II.
Modificación de la pena: 103, I.
Motivos (determinabilidad normal por): 63, antes de I.
Movimientos reflejos: 23, II, 1.

Ne peccetur: 106 a.
Neokantismo: 6 a, III, 3.
Nexo de continuación: 95, 2 c; 97.
Niños: 56, II.
No cualificados: 89, II, 4; 90, II, 4.
No exigibilidad: 75.
Norma de determinación: 31, II.
Norma de valoración: 31, II.
Nulla poena sine lege: 9.

Objeto de ataque: 36.
Objeto de la acción: 35, III, 2 a.
Objeto de protección: 36.
OLSHAUSEN: 6 b, IV.
Omnimodo facturus: 89, II, 2.
Ordenanza penal de Carlos V: 6, V.
Órdenes generales para los jueces: 6 b, I.

Paces territoriales: 6, III, 3.
Parte especial: 2.
Parte general: 2.
Participación: 82 sigts.; en hechos punibles cometidos por jóvenes: 114, VII; necesaria: 92.
Peligro, peligrosidad, puesta en peligro: 29; en la tentativa: 72, 2 b; en la participación: 83, I.
Pena, Teoría de la —: 101 sigts.; fin de la —: 105; justificación de la —: 106; sistema de penas del derecho en vigor: 102; no hay pena sin ley: 9; acciones conminadas con pena: 52 in fine; 85; penas no criminales: 5, 3.
Pena absoluta: 103, I; teorías absolutas del derecho penal: 106 a; justificación absoluta (justicia): 33, III; 106.
Pena de muerte: 102, I, 1.
Pena de prisión: 102, I, 2 b.
Pena educativa: 105, II, 3 d.
Pena para los jóvenes: 114.
Pena pecuniaria: 102, I, 3.
Pena pecuniaria sustitutiva: 104, IV, 4.
Pena privativa de la libertad: 102, I; — de corta duración: 105, II, 3 a; cumplimiento: 108.
Pena privativa de la libertad sustituída: 104, IV, 3.
Pena total: 104, IV, 2.
Pena única: 93, II, 5; 100 a.
Penas accesorias: 102, II.
Penas de orden: 5, 3.
Penas principales: 102, I.
Período de prueba: 107, III, 1, 2; 114, VII, 1, 2.
Permiso de la autoridad: 44.
Permiso para conducir automóviles, Retiro del —: 110, VII.
Perturbación de la actividad del espíritu: 60; 61.
Perturbación de la conciencia: 59.
Pluralidad de la acción: 95; 100.
Poder como fundamento de la culpabilidad: 52.
Postglosadores: 6, IV, 3.
Potencias de ocupación, Disposiciones de las —: 6, VII, 3; 6 b, I.
Prescripción: 104, II; 25, III, 1.
Presupuestos procesales: 68, I, 2 b.
Prevención especial: 105, II.
Prevención general: 105, I.
Principio de absorción: 93, II, 3.
Principio de acumulación: 93, II, 1.
Principio de asperación: 93, II, 2.
Principio de exclusión: 93, II, 4.
Principio de la valuación de los bienes jurídicos: 48.

Principio del derecho prevaleciente: 37, II, 2; de la falta del injusto: 37, II, 1.
Principio personal: 11, III.
Principio real: 11, III.
Principio territorial: 11, III.
Principio universal: 11, III.
Prisión celular: 108.
Prisión en común: 108.
Prisión para los jóvenes: 114, III.
Procesos anímicos (psíquicos) y corporales (somáticos) de enfermedad: 60, II.
Profesionalidad: 96, 1.
Prohibición del ejercicio de la profesión: 110, VI.
Proporcionalidad de la pena: 101, 2.
Proyectos: 6, VIII.
Prusia: 13; 14; 17; 6, V, 3; VI, 2; 6 a, II in fine.
Psicosis: 61, I; 63, 1.
Psicópatas: 61, III; 63, 3.
Publicación de la sentencia: 102, III, 1.
Punibilidad, Condiciones objetivas de la —: 34, I; 68, I, 2 b.

Quaestiones, Procedimiento de las —: 6, IV, 1.
Querella: 25, III, 1.
Quia peccatum est: 106 a.

Reacciones particulares anormales: 61, IV; 63, 4.
Recepción: 6, V, 1.
Reclusión: 102, I, 1, 2 a.
Reforma del derecho penal: 6, VIII.
Rehabilitación: 105, II, 3 a.
Reincidencia: 68, II, 1.
Relación de causalidad: 24.
Relación de cultura: 33.
Relaciones concretas de la vida: 24, III, 4.
Relaciones personales de los partícipes: 91.
Relevancia, Teoría de la —: 24, III, 3, VI.
Remisión condicional de la pena: 105, II, 3; 107, III, 2; 114, VII.
Resolución en la tentativa: 77; 32, IV, 3; apéndice: B; en el nexo de continuación: 97.
Responsabilidad: 51.
Responsabilidad por el resultado: 52.
Responsabilidad por la culpabilidad: 52.
Resultado (concepto): 22, II, 3.
Resultado respecto del lugar y tiempo del hecho, Teoría del —: 25.

Retiro del permiso para conducir automóviles: 110, VII.
Retribución: 106, IV.
Retroactividad: 12, I, II.
Revistas: 6 b, IX.

Salvaguardia de intereses legítimos: 42.
SCHWARZENBERG, Freiherr von: 6, V, 1.
Seguridad: 105, II, 1.
Semiadultos: 115, I.
Sentencia penal condicional: 115, I.
Sentido de la ley: 8.
Sintomática, Concepción — del derecho penal: 17.
Sistema de penas del derecho en vigor: 102.
Sistema penitenciario: 108.
Sistema unitario: 109.
Situación de servicio: 43.
Situación oficial: 43.
Societas delinquere non potest: 20, I, II.
Somnolencia: 59.
Sordomudos: 57
Stellionatus: 6, IV, 1.
Subjetivo: 14.
Subsidiaridad: 99, 2 a.
Suiza: 7, III, 2; 115, II, 3.
Sujeto: 35, III, 1.
Suspensión condicional de la pena: 105, II, 3; 107, III, 1.
Suspensión de la imposición de la pena para los jóvenes: 114, VII, 2.
Suspensión de la pena para los jóvenes por un período de prueba: 114, VII, 1.

Tendencias perjudiciales: 114, III, 2.
Tentativa: 76 sigts.; acabada, no acabada: 81, II; cualificada: 81, IV; inidónea: 76; de complicidad: 90, II, 5; teorías de la —: 79, 1, 2.
Teoría de la acción finalista: 19.
Teoría de la acción jurídica: 38, II, 2.
Teoría de la actividad (de la permanencia): 25, II.
Teoría de la adecuación: 24, V.
Teoría de la declaración de voluntad: 38, II, 2.
Teoría de la diferenciación: 72, III.
Teoría de la dirección de la voluntad: 38, II, 2.
Teoría de la equivalencia: 24, IV.
Teoría de la graduación de la culpabilidad: 65.
Teoría de la impresión: 79, 2 c.
Teoría de la pena: 101 sigts.
Teoría de la probabilidad: 67, IV, 2 b.

Teoría de la relevancia: 24, III, 3, VI.
Teoría de las normas (BINDING): 6 a, III, 1.
Teoría del consentimiento en el dolo condicionado: 67, IV, 2 a.
Teoría del negocio jurídico: 38, II, 2.
Teoría del resultado respecto del lugar y tiempo del hecho: 25.
Teoría de los tipos de autores: 20, III.
Teoría objetiva de la participación: 84.
Teoría objetiva de la tentativa: 79, 2.
Teoría objetiva del delito continuado: 97.
Teoría subjetiva de la participación: 84.
Teoría subjetiva de la tentativa: 79, 1.
Teoría subjetiva del delito continuado: 97, 2.
Teorías de la prevención: 106 a.
Teorías del derecho penal: 106; 106 a.
Teorías del dolo: 86, III, 1 b.
Teorías del fin: 48; 86, III, 1 a.
Teorías de los intereses: 86, III, 1 a.
Teorías y métodos mixtos: 58; 79 in fine; 84 in fine.
Terceros lesionados en la legítima defensa: 40, 2 b.
Terminación del hecho punible: 78, II.
Tiempo del hecho: 25, III.
Tipo: 18; 30, II; 34; 36; elementos descriptivos y normativos del tipo: 35, II; características negativas del tipo: 37, I.
Tipos de autores: 20, III; teoría de los —: 20, III.
Tipos fundamentales: 35, V.
Tipos mixtos, alternativos y acumulativos: 35, VII, 2.
Tomar a su cargo: 67, IV, 2 c.
Tratamiento curativo: 49.
Tratamiento de casos prácticos: apéndice.
Tribunal del Reich, Causalidad: 24, IV; —, Conciencia de la antijuridicidad: 69, II, 2; —, *Dolus eventualis*: 67, IV, 2; —, Tentativa: 79, 1; —, Participación: 86, III, 1 b.
Tripartición de los hechos punibles: 21.

Unidad de la acción: 95; 96; 97.
Unidad respecto del lugar y tiempo del hecho, Teoría de la —: 25.
Unificación del derecho penal, Ordenanza para la —: 6, VIII, 2 in fine.
Unión Internacional de Derecho Criminal: 6 a, III, 2.

Valoración paralela: 68, I, 1 a; 69, II, 2.
Valuación de los bienes jurídicos, Principio de la —: 48.
Venganza: 6, II.
Venganza de la sangre: 6, III, 1.
Versari in re illicita: 67, V, 1.

Vigilancia de la policía: 102, II, 2.
Vis absoluta: 23, II, 2; *vis compulsiva*: 23, II, 2.
Volenti non fit iniuria: 38, I.
Voluntad, Contenido de la —: 18, III, 2 b; efecto de la —: 18, III, 2 a.

v. WÄCHTER: 6 a, II.

INDICE

PRÓLOGO DEL Dr. RICARDO C. NÚÑEZ 7
DEDICATORIA 11
PRÓLOGO A LA 6ª EDICIÓN (1955) 13
PRÓLOGO A LA 5ª EDICIÓN (1954) 15
ABREVIATURAS 17

INTRODUCCION

§ 1. Objeto y misión de este libro de estudio 21
§ 2. La parte general y especial del derecho penal y la criminología 22
§ 3. Estructura de la parte general 23

PRIMERA PARTE

LA LEY PENAL

Capítulo I. El concepto y la historia del derecho penal

§ 4. El concepto del derecho penal 27
§ 5. Posición del derecho penal en el sistema jurídico y sectores colindantes 29
§ 6. La historia del derecho penal alemán y su literatura 31
§ 6 a (cont.). La historia de la ciencia del derecho penal 39
§ 6 b (cont.). Las fuentes y la literatura del derecho penal alemán actual 45
§ 7. Ojeada de conjunto sobre el derecho penal extranjero 50

Capítulo II. La aplicación de la ley penal

§ 8. Los principios generales de la aplicación de la ley 61
§ 9. No hay pena sin ley 62
§ 10. La llamada determinación alternativa en derecho penal .. 66

Capítulo III. La esfera de validez de la ley penal

§ 11. La validez espacial del derecho penal 69
§ 12. La validez temporal del derecho penal 72

SEGUNDA PARTE

EL HECHO PUNIBLE

§ 13. El concepto y la denominación de hecho punible 77
§ 14. El hecho punible como conducta humana. Su aspecto externo (objetivo, material) e interno (subjetivo, psíquico) 78
§ 15. La estructura de la teoría del hecho punible 80

A. LAS FORMAS GENERALES DE APARICIÓN DEL HECHO PUNIBLE

§ 16. El sistema jurídico-penal y las características del hecho punible en particular 80

Capítulo I. La acción

a) Principios generales

§ 17. La acción como fundamento del derecho penal 85
§ 18. (cont.). El concepto de acción en particular y su relación con el tipo legal 86
§ 19. La llamada teoría de la acción finalista 89
§ 20. El autor de la acción 93
§ 21. La clasificación de las acciones punibles en la ley 97
§ 22. Las formas de la acción: el hecho de comisión y el hecho de omisión 102

b) El hecho de comisión (Teoría del hacer activo)

§ 23. El hecho de comisión en general 106
§ 24. La causalidad (la relación de causalidad o causal) del hacer activo 108
§ 25. El lugar y el tiempo del hecho de comisión 115

c) El hecho de omisión (Teoría de la omisión)

§ 26. El hecho de omisión en general 118
§ 27. La simple omisión, llamada omisión propia (delito de omisión) 120

§ 28. La omisión que produce el resultado, llamada omisión impropia (delito comisivo mediante omisión). La causalidad de la omisión. El lugar y el tiempo del hecho de omisión 120

d) El peligro

§ 29. El concepto de peligro y su significación jurídico-penal .. 127

Capítulo II. La antijuridicidad (el injusto)

§ 30. Cuadro de conjunto de la teoría de la antijuridicidad 131

a) La fundamentación de la antijuridicidad

aa) Los principios generales de la antijuridicidad

§ 31. El derecho objetivo y la antijuridicidad objetiva 133
§ 32. La teoría de los elementos subjetivos del injusto 135
§ 33. La idea del derecho. Justicia y adecuación al fin 141

bb) La antijuridicidad típica especial

§ 34. El tipo jurídico-penal y su significación en orden a la antijuridicidad del hecho punible 143
§ 35. La técnica de los tipos jurídico-penales. Sus elementos y su estructura 145
§ 36. El sentido de los tipos jurídico-penales. El bien jurídico, el objeto de protección y el objeto de ataque en las distintas disposiciones jurídico-penales 155

b) La exclusión de la antijuridicidad

§ 37. La exclusión de la antijuridicidad en general 159

aa) La exclusión del injusto mediante el consentimiento

§ 38. El consentimiento del lesionado 163
§ 39. El llamado consentimiento presunto 166

bb) La exclusión del injusto en virtud de derechos especiales de acción

§ 40. La legítima defensa 168
§ 41. El estado de necesidad del derecho civil 173
§ 42. Otros derechos privados o públicos 174

cc) La exclusión del injusto en virtud de deberes especiales de acción

§ 43. Situación oficial y de servicio 175
§ 44. Autorización competente 175
§ 45. La acción por mandato 177

§ 46. El derecho de corrección 178
§ 47. La colisión de deberes que excluye el injusto 179

dd) La exclusión del injusto en virtud del principio de la valuación de los bienes

§ 48. El principio de la valuación de los bienes y su significación general 182
§ 49. El principio de la valuación de los bienes en situaciones especiales 185
§ 50. La concurrencia de las distintas causas de exclusión del injusto 186

Capítulo III. La culpabilidad

a) Los fundamentos de la teoría jurídico-penal de la culpabilidad

§ 51. El concepto de la culpabilidad jurídico-penal 189
§ 52. El principio: No hay pena sin culpabilidad 192
§ 53. La legitimidad del reproche de culpabilidad 195
§ 54. Las características legales de la culpabilidad 199

b) La imputabilidad

§ 55. La imputabilidad jurídico-penal y la inimputabilidad en general 201
§ 56. La inimputabilidad de los jóvenes 203
§ 57. La inimputabilidad de los sordomudos 206
§ 58. La inimputabilidad en los casos de anormalidades mentales Ojeada de conjunto 207
§ 59. (cont.). La perturbación de la conciencia 208
§ 60. (cont.). La perturbación morbosa de la actividad del espíritu en general 209
§ 61. (cont.). La perturbación morbosa de la actividad del espíritu en particular 212
§ 62. (cont.). La debilidad mental 216
§ 63. (cont.). Las características valorativas de la inimputabilidad en los casos de anormalidades mentales 217
§ 64. Los efectos jurídicos de la inimputabilidad 222

c) Las formas de la culpabilidad (grados de la culpabilidad)

§ 65. La teoría de las formas de la culpabilidad en general 223
§ 66. La forma legal básica de la culpabilidad, llamada dolo ('dolus', 'dolus malus') en general 226
§ 67. (cont.). La voluntad del hecho (dolo inmediato, indirecto y condicionado) 228
§ 68. (cont). El conocimiento de las circunstancias de hecho .. 237
§ 69. (cont.). La conciencia de la antijuridicidad 247

§ 70. La forma más leve de la culpabilidad, llamada culpa ... 255
§ 70 a. La combinación entre la forma básica de la culpabilidad y la culpa 262

d) Las causas de exclusión de la culpabilidad

§ 71. Las causas de exclusión de la culpabilidad en general 263
§ 72. El estado de coacción del § 52 y el mandato antijurídico obligatorio 263
§ 73. El estado de necesidad del § 54 269
§ 74. El exceso de legítima defensa del § 53, párr. 3, y la colisión de deberes que excluye la culpabilidad 271
§ 75. La no exigibilidad y su significación jurídico-penal 272

B. LAS FORMAS ESPECIALES DE APARICIÓN DEL HECHO PUNIBLE

Capítulo IV. La tentativa

§ 76. La evolución histórica de la teoría de la tentativa 275
§ 77. La resolución de realizar el hecho punible como base de la tentativa 278
§ 78. Preparación y tentativa 281
§ 79. La idoneidad de la tentativa 284
§ 80. El castigo de la tentativa 290
§ 81. El desistimiento de la tentativa 291

Capítulo V. La participación

§ 82. Los fundamentos de la teoría de la participación y las distintas formas de participación en el hecho punible con arreglo al derecho en vigor 297
§ 83. La causalidad como punto de arranque de la teoría de la participación y el tratamiento jurídico-penal de los hechos posteriores 298
§ 84. Diferenciación de las distintas formas de participación ... 301
§ 85. La accesoriedad de la participación 302
§ 86. El autor 305
§ 87. (cont.). El autor mediato 309
§ 88. (cont.). La coautoría 311
§ 89. El instigador 313
§ 90. El cómplice 317
§ 91. Las condiciones personales de los partícipes 319
§ 92 La llamada participación necesaria 323

Capítulo VI. El concurso

a) Principios fundamentales

§ 93. Los principios fundamentales de la teoría del concurso ... 325
§ 94. Consideraciones históricas y de derecho comparado sobre la teoría del concurso ... 329

b) El derecho alemán en vigor: los §§ 73-79

§ 95. La unidad y la pluralidad de la acción ... 333
§ 96. (cont.). La unidad típica de la acción ... 336
§ 97. (cont.). La unidad de la acción en el nexo de continuación (el llamado delito continuado) ... 339
§ 98. El tratamiento jurídico-penal de la unidad de la acción: el llamado concurso ideal ... 343
§ 99. (cont.). El llamado concurso de leyes ... 345
§ 100. El tratamiento jurídico-penal de la pluralidad de la acción: el llamado concurso real ... 347
§ 100 a. Problemas legislativos: el igual tratamiento del concurso ideal y el concurso real, y el principio de la pena única ... 348

TERCERA PARTE

LA PENA

Capítulo I. La pena en sentido estricto

a) Los fundamentos legales de la pena

§ 101. El concepto de la pena según el derecho en vigor ... 353
§ 102. El sistema de penas del derecho en vigor ... 355
§ 103. La determinación legal de la pena ... 358
§ 104. La extinción de la pena ... 369

b) La esencia de la pena

§ 105. El fin de la pena ... 370
§ 106. La justificación de la pena y las llamadas teoría del derecho penal ... 379
§ 106 a. (cont.). La historia de las llamadas teorías del derecho penal ... 380

c) La realización práctica de la pena

§ 107. La determinación judicial de la pena ... 383
§ 108. La ejecución y el cumplimiento de la pena ... 386

Captulo II. Las medidas jurídico-penales de seguridad y corrección

§ 109. El llamado dualismo en el derecho penal 391
§ 110. El sistema de las medidas de seguridad y corrección con arreglo al derecho en vigor 393
§ 111. La crisis del dualismo 400
§ 112. Ojeada de conjunto sobre el derecho extranjero 402

Capítulo III. El especial tratamiento jurídico-penal de los jóvenes

§ 113. La especial evolución del derecho penal de los jóvenes desde la promulgación del código penal del Reich 405
§ 114. El vigente derecho penal alemán de los jóvenes 406
§ 115. Problemas legislativos y ojeada de conjunto sobre el derecho penal extranjero de los jóvenes 414

APENDICE

GUÍA PARA EL TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DE CASOS PRÁCTICOS 421
NÓMINA DE LOS PARÁGRAFOS 435
ÍNDICE DE MATERIAS 437
ÍNDICE 451

Este libro se terminó de imprimir el día 16 de agosto de 1958 en los talleres gráficos PELLEGRINI, IMPRESORES, Alvarez Jonte 2315, Bs. Aires